

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 32 • vol. 203 • jul./ago. 2024

Dossiê política legislativa penal:
reflexões teóricas e práticas para uma legislação mais racional e eficaz

Editores-Associados:
Profa. Dra. Chiavelli Fazenda Falavigno
Prof. Dr. Marcelo Buttelli Ramos

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 32 • vol. 203 • jul./ago. 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 Hélder 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 Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia)
Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal)
Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha)
Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha)
Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP)
Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP)
Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha)
Aury Lopes Jr. (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha)
Carlos Maria Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha)
Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal)
Cornelius 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 Garcia (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)
Luis 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/RS)
Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal)
Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile)
Pilar Gomes Pavón (Universidad Complutense de Madrid – Espanha)
Raúl Cervini (Universidad 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 Martínez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha)
Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME)

Amanda Tavares Borges (Academia de Política do Estado de São Paulo – São Paulo/SP)
Ana Carolina Filippin Stein (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Bianca Jandussi Walther Guedes (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Bruno Corrêa de Sá e Benevides (Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ – Rio de Janeiro/RJ)
Carolina Cutrupi Ferreira (Fundação Getúlio Vargas – FGV – São Paulo/SP)
Cristiane Brandão Augusto (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Debora Simões Pereira (Universidade Federal do Pará – UFPA – Belém/PA)
Denise Neves Abade (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP)
Edson Amaral (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Emetério Silva de Oliveira (Universidade Federal do Ceará – UFC – Fortaleza/CE)
Flávia Sanna Leal De Meirelles (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Gabriel Divan (Universidade de Passo Fundo – Passo Fundo/RS)
Gema Galgani da Fonseca (Faculdade de Patos de Minas, FPM, Patos/MG)
Gisela França da Costa (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Guilherme Michelotto Bôes (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Guilherme Moreira Pires (Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE – Cascavel/Paraná)
Gustavo Rache Cardozo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Iara Maria Machado Lopes (Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil)

James William Santos (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
João Batista Oliveira de Moura (Universidade de Lisboa – Lisboa/Portugal)
Luciano Filizola da Silva (Universidade do Grande Rio – UNIGRANRIO – Duque de Caxias/RJ)
Luísa Walter da Rosa (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Luiz Eduardo Cani (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Mariana Azevedo Couto Vidal (Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC)
Paulo César Busato (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Roberta Poll (Faculdade Dom Alberto – FDA – Santa Cruz do Sul/RS)
Rodrigo Cristiano Diehl (Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – Santa Cruz do Sul/RS)
Salah H. Khaled Jr (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Salo de Carvalho (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Thiago Baldani Gomes De Filippo (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Thiago Bottino do Amaral (Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro – FGV – Rio de Janeiro/RJ)
Tuanny Soeiro Sousa (UEPB – João Pessoa/PB)
Túlio Felipe Xavier Januário (Universidade de Coimbra – Portugal)
Vanessa Lopes (Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil)
Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR – Curitiba/PR)
Vinicius Gomes de Vasconcellos (Universidade Estadual de Goiás – UEG – Goiânia/GO)
Vlamiir Costa Magalhães (Universidade de Coimbra – Portugal)
Wagner Marteleto Filho (Universidade de Lisboa – Portugal)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Amanda Regina Coutinho da Silva (Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil)
Ana Carolina de Moraes Colombaroli (Universidade do Estado de Minas Gerais, UEMG, Brasil)
Andreas Eisele (Universidad de Navarra, Espanha)
Bruno Leitão (Centro Universitário CESMAC, Maceió/AL)
Carolina Costa Ferreira (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, IDP, Brasília/DF)
Eduarda Lorena de Almeida (Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública, CRISP-UFMG, Belo Horizonte/MG, Brasil)
Felipe da Costa De-Lorenzi (Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Florianópolis/SC)
Fernanda Machado Givisiez (LabGepen – Laboratório de Gestão de Políticas Penais, UnB, Brasília/DF)
Francisco de Assis de França Júnior (Centro Universitário CESMAC, Maceió/AL)
Jaqueline Oliveira Bagalho (Universidade Vila Velha, UVV, Vila Velha/ES)

José de Resende Júnior (Universidade Presbiteriana Mackenzie, UPM, São Paulo/SP)
Karine Agatha França (Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil)
Leticia Godinho de Souza (Fundação João Pinheiro, FJP, Brasil)
Marco Aurélio Farias da Silva (Faculdade Damas da Instrução Cristã, FADIC, Recife/PE)
Marília de Nardin Budó (Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil)
Milena Karla Soares (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, IPEA, Brasília/DF)
Natalia Cardoso Amorim Maciel (Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ)
Patrícia Carraro Rossetto (Universidad de Málaga, Espanha)
Raquel Lima Scalcon (Fundação Getúlio Vargas de São Paulo – FGVSP – São Paulo/SP)
Renato Kramer (Universidade Humboldt de Berlim – 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. 203 • jul./ago. 2024

Coordenação (editor-chefe)
ANDRÉ NICOLIT

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



**Revista
dos Tribunais**



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

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 32 • vol. 203 • jul./ago. 2024

Presidência

RENATO STANZIOLA VIEIRA

Coordenação (editor-chefe)

ANDRÉ NICOLITTI

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: [07-2024]

Profissional

Fechamento desta edição: [17.05.2024]





Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2023/2024

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE

Renato Stanzola Vieira

1º Vice-Presidente

Maria Carolina de Melo Amorim

2º Vice-Presidente

Vinicius de Souza Assumpção

1º Secretária

Raquel Lima Scalcon

2º Secretário

Bruno Shimizu

3º Secretária

Carina Quito

1º Tesoureira

Camila Torres Cesar

2º Tesoureiro:

Antonio Pedro Melchior

1ª Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais

Juliana Sanches Ramos

2ª Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais

Luanna Tomáz de Souza

3ª Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais

Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho

CONSELHO CONSULTIVO

MEMBROS

Marina Pinhão Coelho Araújo

André Nicolitt

Ester Judite Rufino

Felipe Cardoso Moreira de Oliveira

Cleunice Aparecida Valentim Bastos Pitombo

Marcos Alexandre Coelho Zilli

OUVIDORA

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

CONSELHO DE DIVERSIDADE

MEMBROS

Andre Pires de Andrade Kehdi

Clarice Beatriz

Débora Viviane

Isadora Brandão

Lúcia Ribeiro

Marcio Romualdo

Maria Sylvia de Oliveira

Michael Mary Nolan

Priscila França

Priscila Pamela C Santos

DEPARTAMENTOS

Acessibilidade

Luciana Dias

Luiz Otávio Rodrigo Romeiro

Amicus Curiae

Débora Duprat

Biblioteca

Simone Henriques

Boletim

Fernando Gardinali

Convênios Nacionais

Luan Moyano

Convênios Internacionais

Livia Moscatelli

Cursos

Daniel Zaclis

Estudos e Projetos Legislativos

Chiavelli Falavigna

Cursos IBCCRIM – Coimbra

Marcelo Ruivo

Grupo de estudos avançados (GEAS)

Debora Mota

Infância e Juventude

Ana Paula Freitas

Iniciação Científica (Laboratórios)

Camila Forigo

Justiça e Segurança Pública

Monique De Carvalho Cruz

Justiça Restaurativa

Fabiana Zanatta

Monografias

Ana Cristina Gomes

Novas Tecnologias na Justiça Penal

Maíra Fernandes

Política de Drogas

Dudu Ribeiro

Revista Brasileira de Ciências Criminais

André Nicolitt

Sistema Prisional

Roberto Moura

COMISSÃO ORGANIZADORA

29º Seminário Internacional

de Ciências Criminais – Presidentes

Diogo Malan

Marta Saad

Marcela Diório

Saulo Mattos

Bartira Miranda

EQUIPE DO IBCCRIM NÚCLEOS DE PUBLICAÇÕES

SUPERVISÃO

Willians Meneses

EQUIPE

Helen Christo

NÚCLEO de ADMINISTRAÇÃO, EDUCAÇÃO e BIBLIOTECA

SUPERVISÃO

Fernanda Barreto

EQUIPE

Alexandre Soledade de Oliveira

Patrícia Jardim Grellet

Ana Paula da Silva

Hegle Borges da Silva

Anderson Fernandes Campos

NÚCLEO FINANCEIRO

SUPERVISÃO

Roberto Seracinskis

EQUIPE

Andrea Pereira dos Santos

Vanessa dos Santos Lima

Sara Lemos de Oliveira

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 32 • vol. 203 • jul./ago. 2024

Diretores de Conteúdo e Operações Editoriais

ALEXANDRE FERREIRA MATTIOLI E JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

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

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: Ariel Villalba e Cinthia Riveros

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

SUMÁRIO

DOSSIÊ POLÍTICA LEGISLATIVA PENAL: REFLEXÕES TEÓRICAS E PRÁTICAS PARA UMA LEGISLAÇÃO MAIS RACIONAL E EFICAZ

Política legislativa penal: um campo de estudos em construção no Brasil <i>Criminal legislative policy: a field of study under construction in Brazil</i> CHIAVELLI FALAVIGNO e MARCELO BUTTELLI.....	17
O medo do crime na política legislativa penal latino-americana: estudo das justificações dos projetos de Lei no Brasil e no Chile (1980-2020) <i>Fear of crime in Latin American legislative criminal policy: study of the justifications of bills in Brazil and Chile (1980-2020)</i> ANA CAROLINA DE MORAIS COLOMBAROLI.....	23
Política criminal legislativa no Brasil: o avanço de um campo autônomo de pesquisa (2013-2023) <i>Legislative criminal policy in Brazil: the progress of an autonomous field of research (2013-2023)</i> CAROLINA COSTA FERREIRA	63
A central de vagas versus o "punitivismo" infracional? O processo de implementação do serviço nos sistemas estaduais de atendimento socioeducativo <i>The centre for vacancies versus "punitive" offending? The process of implementing the service in state socio-educational care systems</i> EDUARDA LORENA DE ALMEIDA, FERNANDA MACHADO GIVISIEZ e LETÍCIA GODINHO DE SOUZA.....	81
Crime de tráfico de pessoas no Brasil: lacunas na tutela penal e propostas de inclusão do Protocolo de Palermo <i>Human trafficking crime in Brazil: gaps in criminal protection and proposals for inclusion in the Palermo Protocol</i> MARCO AURÉLIO FARIAS DA SILVA	109

A política criminal do ecocídio no Brasil: propostas de criminalização entre subversão e reprodução da modernidade/colonialidade penal

The criminal policy of ecocide in Brazil: criminalization proposals between subversion and reproduction of penal modernity/coloniality

MARÍLIA DE NARDIN BUDÓ, KARINE AGATHA FRANÇA e AMANDA REGINA

COUTINHO DA SILVA..... 137

La corrupción pública en la política criminal de la Unión Europea: breves consideraciones

Public corruption on the European Union criminal policy: brief remarks

PATRICIA CARRARO ROSSETTO..... 173

FLUXO COMUM

É possível a aplicação da "teoria" da cegueira deliberada no Brasil?

Is it possible the application of the willful blindness doctrine in Brazil?

ANDREAS EISELE 215

A presença de amigos e familiares da vítima exigindo justiça no plenário do júri: reflexões sobre a necessidade de manutenção de um cenário equilibrado e imparcial na disputa de narrativas entre acusação e defesa

The presence of friends and family of the victim demanding justice in the jury plenary: reflections on the need to maintain a balanced and impartial scenario in the dispute of narratives between prosecution and defense

BRUNO LEITÃO, FRANCISCO DE ASSIS DE FRANÇA JÚNIOR e RENATO KRAMER 237

Kant e o direito penal do inimigo de Günther Jakobs: a incompatibilidade do conceito de pessoa

Kant and the enemy criminal law of Günther Jakobs: the incompatibility of the concept of person

JOSÉ DE RESENDE JÚNIOR..... 261

Why do women steal? A qualitative study on the factors that influenced women convicted by article 157 of the Penal Code

Por que as mulheres roubam? Um estudo qualitativo sobre os fatores que influenciaram mulheres condenadas pelo artigo 157 do Código Penal

JAQUELINE OLIVEIRA BAGALHO, MARIANA LOUZADA LEAL e HENRIQUE GEAQUINTO
HERKENHOFF..... 281

Crítérios objetivos de quantidade para aplicação da Lei de Drogas no Brasil: projeções de impacto na população carcerária <i>Drug quantity threshold for Drug Law enforcement in Brazil: projections of impact on the prison population</i> NATALIA CARDOSO AMORIM MACIEL e MILENA KARLA SOARES	299
O <i>habeas corpus</i> como instrumento de controle na justiça penal negociada: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais superiores <i>Habeas corpus as an instrument of control in negotiated criminal justice: an analysis based on the case law of the Brazilian higher courts</i> FELIPE DA COSTA DE-LORENZI	333

DIREITO POR QUEM O FAZ

Parecer – do conceito de erro judiciário no direito brasileiro <i>Opinion – the concept of miscarriage of justice in Brazilian Law</i> RAQUEL LIMA SCALCON	365
--	-----

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES	389
TEMAS	393

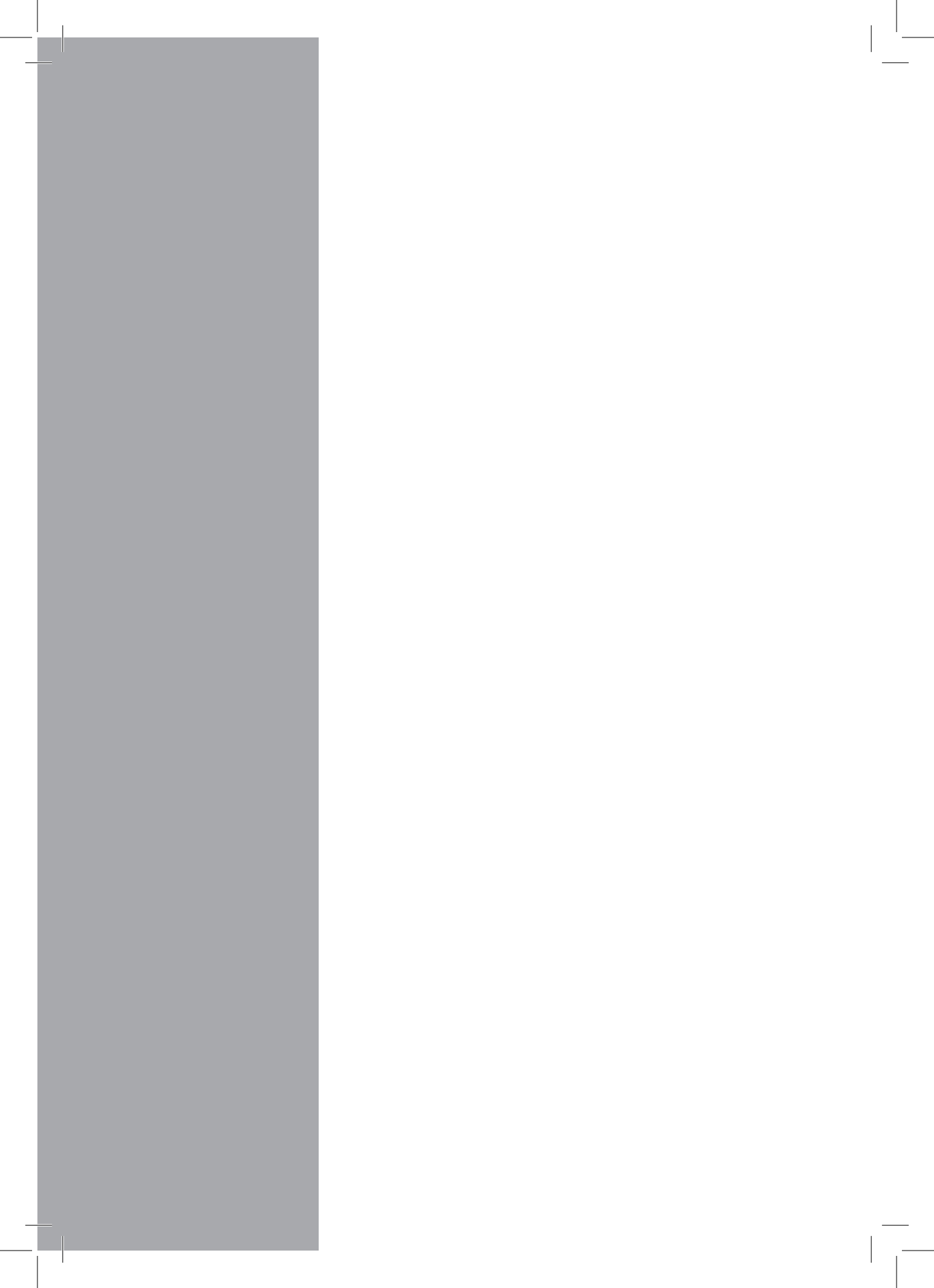
NORMAS DE PUBLICAÇÃO – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS	397
---	-----

DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS	409
---	-----

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (<i>Check List</i>)	415
--	-----

The background of the page features a series of overlapping, semi-transparent circles and a dense pattern of fine, radiating lines that create a sense of depth and movement. The overall color palette is light gray and white.

**Dossiê política legislativa penal:
reflexões teóricas e práticas
para uma legislação mais
racional e eficaz**



POLÍTICA LEGISLATIVA PENAL: UM CAMPO DE ESTUDOS EM CONSTRUÇÃO NO BRASIL

CRIMINAL LEGISLATIVE POLICY: A FIELD OF STUDY UNDER CONSTRUCTION IN BRAZIL

CHIAVELLI FALAVIGNO

Professora de Direito Penal da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Estágio pós-doutoral em Política Legislativa Penal pela Universidade de Málaga. Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-7264-2171>]
chiavelli.falavigno@gmail.com

MARCELO BUTTELLI

Professor de Processo Penal e Criminologia em cursos de pós-graduação *lato sensu* na Unisinos (Campus Porto Alegre) e na Universidade de Caxias do Sul (UCS). Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogado.

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-7923-0604>]
mbuttelliramos@hotmail.com

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Constitucional

Pensar a atuação dos legisladores de forma crítica e científica é um desafio que, por muito tempo, não fez parte da agenda de pesquisa dos programas de pós-graduação em Direito no país.

Ainda que o Brasil pertença à família jurídica ocidental da *Civil Law*, ou seja, ainda que se admita ser a legislação, sobretudo no âmbito penal, a fonte primeira de informação a respeito dos comportamentos humanos criminalizados, o olhar dos pesquisadores jurídicos foi por demasiado tempo direcionado à dogmática e à jurisprudência. Não à toa, argumenta-se que o processo primário de criminalização vem sendo relegado ao oportunismo político e à improvisação¹.

-
1. Díez RIPOLLÉS, José Luis. Un modelo dinámico de legislación penal. In: Díez RIPOLLÉS, José Luis (Coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. [S. l.]: Tecnos, 2002. p. 291-330, esp. p. 292.

Claro, não se nega aqui a importância do momento de aplicação do Direito: os doutrinadores e suas construções teóricas aproximam o juiz do fato, permitindo a elaboração de critérios e de excusas para a incidência ou não da norma penal. O comportamento do juiz, como ator do processo político criminal de realização do direito penal material, também suscita grande interesse, inclusive por meio de alguns trabalhos que questionam a possibilidade de se tratar a própria jurisprudência de fonte primária do direito penal. Contudo, nos últimos anos – e como resultado da influência de pesquisas conduzidas em solo estrangeiro, sobretudo espanhol –, o processo de criação das leis penais começou a atrair a atenção de alguns pesquisadores nacionais.

Isso se deu, muitas vezes, sob a nomenclatura de outras áreas de estudo mais consolidadas, como a Ciência da Legislação, a Legística, a Política Criminal etc. No Brasil, e especificamente no campo penal, destacamos os profícuos trabalhos de Raquel Scalcon, Carolina Ferreira – que integra esse volume como autora convidada – Roberta Simões Nascimento, Maíra Rocha Machado, Salo de Carvalho, entre outros.

Chama a atenção a interdisciplinaridade intrínseca a este campo de estudos: não se pode abordar a contento a tomada de decisão legislativa que culmina na criação de normas penais sem se considerar os diversos fatores políticos, sociológicos, econômicos e culturais que permeiam esse processo, bem como os dados específicos relacionados à própria matéria que será objeto da lei – como meio ambiente, tecnologia etc. Por isso, ao se estudar o processo legislativo de criação do direito penal, serão bem-vindas pesquisas realizadas em colaboração com pesquisadores de outros campos do saber, inclusive mediante o uso de metodologias variadas, além das já consagradas no âmbito das análises jurídicas.

Não obstante o salutar crescimento do interesse acadêmico pelas práticas e pelos discursos implicados no processo primário de criminalização, uma questão parece ainda não ter sido suficientemente tematizada pela doutrina: por que, diante de um fenômeno já amplamente conhecido como o processo primário de criminalização, haveria de se pensar em um novo campo de estudos, a chamada Política legislativa penal? Por que não abordar esse fenômeno à luz da Legística ou mesmo da Política Criminal?

Inicialmente, é importante notar que, embora haja certa sobreposição (também se pode falar em convergência) entre os objetos de estudo dessas disciplinas teóricas, a Política Legislativa Penal aprofunda (e especializa) as discussões tradicionalmente promovidas pela Legística e pela Política Criminal sem perder de vista as peculiaridades relacionadas ao ato de legislar em matéria penal (e seus particulares universos simbólico e discursivo).

Dizemos isso porque não se trata apenas de olhar para a fase legislativa propriamente dita, que vai da propositura à promulgação da lei, mas também do estudo de fenômenos mais específicos, como as táticas regimentais de aceleração ou desaceleração do processo legislativo (e.g., decretação de regimes de urgência, realização de obstruções (*filibuster*) visando o adiamento de votação de matérias polêmicas, previsão de emendas “jabuti” em proposições de interesse do governo ou da oposição com o fito de ampliar [e pulverizar] o número de discussões etc.).

Além disso, esse emergente campo de estudos abrange também as chamadas fases pré e pós-legislativas, cenários em que fatores e atores não tipicamente jurídicos adquirem importância – como a mídia, os grupos de pressão (especializados ou não) e os agentes e organismos

internacionais. Tudo isso na esteira de robustos programas teóricos como aqueles idealizados por Díez Ripollés² e Manuel Atienza³.

Com Díez Ripollés, por exemplo, aprendemos que uma legislação pode ser qualificada como racional se e somente se estabelece algum grau de correspondência com os dados da realidade que os legisladores pretendem transformar:

“Uma decisão legislativa a respeito de matérias relativas ao controle social, e ao controle penal mais particularmente, haverá de ser considerada racional quando levar em consideração, senão todos, a maior parte dos dados relevantes das realidades social e jurídica sobre as quais os legisladores pretendem incidir.” (tradução nossa).⁴

Resulta da salutar preocupação externada pelo autor, a necessidade de se dedicar maior atenção aos dados empíricos que informam (ou deveriam informar) a atividade legislativa, sobretudo por meio da realização de investigações que buscam tanto caracterizar o problema do qual se ocupa a lei quanto avaliar os efeitos que a lei aprovada poderá produzir – por meio das chamadas análises de impacto pré e pós-legislativo. É nesse último ponto, aliás, que pensar em uma ideia como a Política Legislativa Penal faz ainda mais sentido, já que nesse emergente campo de estudos a legislação é dignificada como algo que merece ser avaliado sistemática e periodicamente, de forma a se proceder aos ajustes normativos, executivos ou orçamentários que se mostrarem necessários ao longo do tempo.

Inclusive porque, como toda medida política, uma proposta de intervenção legislativa resulta de uma agenda interessada na promoção de interesses aparentes que não só podem como devem ser submetidos a um amplo escrutínio público.

Dito isso, convém ainda registrar que os estudos em matéria de Política Legislativa Penal também se notabilizam pelo espaço que conferem a indagações sobre a dimensão e qualidade dos espaços que a ciência e os pesquisadores devem ocupar no processo legislativo, e sobre como a Universidade pode, nesse intrincado e muitas vezes conflagrado contexto, participar e agregar maior racionalidade a um espaço que abriga, democraticamente, disputas entre interesses contrários e, por vezes, irreconciliáveis.

O enfrentamento dessas indagações é, sem sombra de dúvida, um dos principais desafios que a Política Legislativa Penal nos coloca: a ampliação dos canais de diálogo e de transmissão de conhecimento entre a Universidade e os tomadores de decisão – gesto que convida os analistas da legislação penal a refletir sobre outras possibilidades de intervenção na esfera pública além das tradicionais publicações em periódicos especializados e participações em eventos acadêmicos.

2. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

3. ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.

4. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad legislativa penal: decisiones en un procedimiento socio-legislativo complejo. In: OLIVER-LALANA, A. Daniel (Ed.). *La legislación en serio: estudios sobre derecho y jurisprudencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 119-170, esp. p. 131.

Citamos, a título de sugestão, a confecção de *policy briefs*⁵ e a realização de jornadas, oficinas ou *workshops* com a participação de representantes dos Poderes Executivo e Legislativo.

Por óbvio que não se pretende, com a ampliação do número de atores implicados nos debates parlamentares engessar o processo político de construção do Direito ou, ainda, submetê-lo a um escrutínio de natureza positivista, é dizer, essencialmente formalista, pois são conhecidos os conflitos que podem se estabelecer entre as formas de pensar científica (idealista e analítica por natureza) e política (pragmática e dinâmica em essência). Contudo, não se deve perder de vista que o engajamento de um número maior de atores nessas discussões, se por um lado torna o processo mais complexo, por outro, tende a incrementar a qualidade do debate parlamentar, adequando o processo legislativo às atuais exigências de *accountability* e representatividade colocadas pelas mais modernas visões sobre a democracia, que já não se contentam em caracterizá-la como um simples e desprezioso processo de escolha de políticos profissionais.

A ampliação e a garantia da publicidade das audiências públicas, a previsão da necessidade de inclusão e a valoração de memoriais de impacto pré e pós-legislativos em novos projetos de lei, a incorporação de *surveys* e a aplicação de *checklists* ao longo das fases legislativa e pós-legislativa, o desenvolvimento de projetos de extensão universitária em parceria com Assembleias Legislativas, com o Congresso Nacional etc., são apenas algumas ideias que visam a tornar mais operacional esse tão necessário e profícuo diálogo entre a academia e o Parlamento.

Pois foi no intuito de explorar o potencial heurístico desse emergente campo de estudos que o presente dossiê reuniu e agora publiciza trabalhos inéditos que lograram identificar e propor: 1. critérios e técnicas capazes de contribuir para o desenvolvimento e para a concretização das racionalidades implicadas no processo de criação de normas penais, fomentando, destarte, regulações jurídicas mais claras, coerentes e eficazes, capazes, no limite, de reduzir a incerteza jurídica entre os aplicadores do Direito; 2. lacunas e inconsistências sistêmicas da legislação penal, tudo por meio do mapeamento e da resolução de problemas teóricos e práticos relacionados tanto ao excesso quanto à falta de legislação.

Aos editores convidados que assinam o presente editorial resta apenas agradecer à Revista Brasileira de Ciências Criminais pelo privilegiado espaço e aos autores e autoras desta publicação pelo empenho na idealização e execução de pesquisas tão inovadoras quanto necessárias para salvaguardar a legislação penal brasileira de uma política legislativa calcada, em larga medida, em improvisos, jargões moralistas e cálculos eleitorais.

São Paulo, abril de 2024.

5. Sobre o tema: DAGENAIS, Christian., RIDDE, Valéry. Policy brief as a knowledge transfer tool: to “make a splash”, your policy brief must first be read, *Gaceta Sanitaria*, Volume 32, Issue 3, 2018, Pages 203-205, ISSN 0213-9111, <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2018.02.003>. (<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0213911118300360>).



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Constitucional

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- En busca de la racionalidad: la necesidad de un nuevo camino para la política legislativa penal de Brasil, de Chiavelli Falavigno – *RBCCrim* 175/19-39; e
- Racionalidade legislativa em matéria penal: proposta de um modelo de elaboração das leis penais expansivas do poder punitivo, de Marcos Afonso Johner – *RBCCrim* 197/97-137.

O MEDO DO CRIME NA POLÍTICA LEGISLATIVA PENAL LATINO-AMERICANA: ESTUDO DAS JUSTIFICAÇÕES DOS PROJETOS DE LEI NO BRASIL E NO CHILE (1980-2020)

FEAR OF CRIME IN LATIN AMERICAN LEGISLATIVE CRIMINAL POLICY: STUDY OF THE JUSTIFICATIONS OF BILLS IN BRAZIL AND CHILE (1980-2020)

ANA CAROLINA DE MORAIS COLOMBAROLI

Doutora em Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo (2023). Mestra e Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2017 e 2015). Professora. Lattes: [http://lattes.cnpq.br/5228895621804996] ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-4433-8463] c.colombaroli@gmail.com

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.11094636]

Recebido em: 14.03.2024

Aprovado em: 19.04.2024

Última versão da autora: 21.04.2024

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Nas últimas décadas, na América Latina, o medo do crime tem ocupado posição central no cotidiano das pessoas, as discussões sobre segurança e delinquência se tornaram pauta prioritária na mídia e na política. Ao mesmo tempo, a política criminal legislativa dos países latino-americanos tem se alterado, em um paradigma de supervalorização securitária, que aumenta a punição como resposta à delinquência clássica e aposta no uso intensivo e extensivo da pena de prisão como forma de controle do crime. O artigo se apresenta com o objetivo de compreender se o medo do crime difundido entre a população apresenta reflexos na elaboração de leis mais repressivas e menos garantistas no âmbito criminal. Foram selecionados, para análise, o Brasil e o Chile, e o período compreendido entre 1980 e

ABSTRACT: In recent decades in Latin America, fear of crime has occupied a central position in people's daily lives, discussions about security and delinquency have become a priority agenda in the media and politics. At the same time, the legislative criminal policy of Latin American countries has changed, in a paradigm of security overvaluation, which increases punishment as a response to classic delinquency and bets on the intensive and extensive use of prison sentences as a form of crime control. The paper is presented with the objective of understanding if the fear of crime spread among the population is reflected in the elaboration of more repressive and less guaranteeing criminal laws. Brazil and Chile were selected for analysis, and the period analyzed goes from 1980 to 2020. Through

COLOMBAROLI, Ana Carolina de Moraes. O medo do crime na política legislativa penal latino-americana: estudo das justificações dos projetos de Lei no Brasil e no Chile (1980-2020).

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203. ano 32. p. 23-62. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.11094636]

2020. Por meio de pesquisa documental, analisamos o conteúdo das justificações dos projetos de lei aprovados nos dois países, evidenciando que o medo do crime foi largamente utilizado pelo legislador para embasar o aumento de punição, a restrição de garantias processuais penais e o recrudescimento da execução da pena.

PALAVRAS-CHAVE: Medo do crime – Política legislativa criminal – Pesquisa documental – Justificações de projetos de lei – América Latina.

documentary research, we analyzed the content and justifications of bills approved in both countries, showing that the fear of crime was widely used by the legislator to support the increase in punishment, the restriction of criminal procedural guarantees and the imposition of tougher conditions in prison.

KEYWORDS: Fear of crime – Legislative criminal policy – Documentary research Justifications of bills – Latin America.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O medo do crime no Brasil e no Chile. 2.1. Opinião pública e dimensão política do medo do crime. 3. O populismo punitivo como resposta da classe política. 4. A presença do medo do crime na política legislativa penal no Brasil e no Chile. 4.1. Metodologia da pesquisa empírica. 4.2. Resultados quantitativos: direcionamento da norma, efeitos punitivos, período, matéria e origem dos projetos. 4.3. Categorias de medo do crime mobilizadas pelo legislador brasileiro e chileno. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O discurso jurídico-penal moderno é baseado na racionalidade do poder punitivo. A partir da segunda metade do século XVIII, a Escola Clássica, preocupa-se em concentrar o *ius puniendi* nas mãos do Estado e, ao mesmo tempo, limitar seu alcance em nome dos direitos individuais e da dignidade humana. A partir dos ideais de igualdade, autonomia entre os sujeitos, imparcialidade do julgador, direito penal do fato (e não de autor), sistema processual penal acusatório e intervenção fragmentária e subsidiária, a observação de rigorosos princípios, o direito penal se apresenta como imprescindível à convivência humana.

O direito penal moderno só poderia ser aplicável e universalizável em decorrência de sua racionalidade. Assim, a dogmática jurídico-penal se desenvolve enquanto uma ciência que vive em busca de seu fundamento: elabora toda a sua produção teórica com vistas a manter coerência com uma função pretensamente positiva e racional do poder punitivo, que autoriza a aplicação do direito penal aos casos concretos.

Ao invés de considerar os aspectos reais do poder punitivo – que consiste, em verdade, em um poder político, econômico e social – e reconhecer as limitações do poder jurídico, a dogmática cria um mundo próprio, “ensaia a planificação de todo o exercício do poder punitivo como se este se adequasse às pautas dos teóricos” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2011, p. 71). Em outras palavras, o discurso jurídico-penal, vai moldando suas

teorias legitimadoras do poder punitivo¹ para fornecer sustentação ao poder criminalizante, racionalizando-o continuamente.

Os estudos criminológicos críticos há muito têm demonstrado que o direito penal não cumpre as funções oficialmente declaradas de proteção de bens jurídicos fundamentais, combate à criminalidade, retribuição proporcional combinada à prevenção geral e especial, limitação por princípios de direito material e processual, mas, pelo contrário, atua de forma seletiva e estigmatizante sobre a pobreza, especialmente sobre homens jovens, pobres e não brancos, que opera como mecanismo de reprodução e aprofundamento de desigualdades.

Nos últimos anos, porém, chama a atenção o fato de que o discurso de racionalidade da dogmática jurídico-penal dominante não tem encontrado eco na sociedade e, tampouco, entre aqueles que operam o sistema de justiça criminal. Em sentido oposto, tem-se aderido com entusiasmo a uma perspectiva bélica, simplista e irracional do poder de punir².

O discurso de racionalidade do direito penal é um discurso falacioso, e tem se tornado insustentável, uma vez que a prática punitiva, ante as crescentes contradições e desigualdades das sociedades contemporâneas, tem se revelado cada vez mais irracional. À produção científica no campo das ciências criminais cabe a escolha entre aderir à perspectiva bélica e legitimá-la dogmaticamente ou enfrentá-la.

Este artigo adere expressamente à posição de enfrentamento. Propõe-se aqui o desenvolvimento de um tema que questiona a suposta racionalidade do direito penal buscando compreender a influência de um sentimento – o medo – na produção e alteração da legislação em matéria penal.

Principalmente aos juristas, pode parecer que a dimensão dos afetos em nada contribui para a compreensão da produção normativa ou, pior, atrapalharia o conhecimento racional do objeto. No entanto, nas últimas décadas, o discurso político criminal tem adquirido um caráter cada vez mais emocional, ao mesmo tempo em que o medo do crime tem se tornado uma questão cada vez mais relevante para a opinião pública.

Sustenta-se aqui que a discussão sobre o medo é fundamental para compreender as ciências criminais, especialmente a política criminal e as recentes modificações no campo penal. O medo do crime não é um infiltrado, um elemento disfuncional da racionalidade jurídico-penal, mas um elemento que, embora tradicionalmente ocultado por esta, atualmente assume condição inegável de protagonista. A política criminal, assim como toda política, “é, em sua determinação essencial, um modo de produção de circuito de afetos” (SAFATLE, 2015, p. 38-39).

1. Assim foram as teorias que justificaram a pena como *retribuição proporcional pelo mal causado, ressocialização do condenado, prevenção geral negativa* e, entre as mais recentes, as que sustentam a pena como *afirmação da validade da norma, incapacitação seletiva* de indivíduos perigosos, proteção de *novos bens jurídicos* socialmente relevantes, preservação da *confiança na ordem jurídica*.
2. Como expõe Rubens Casara (2020, p. 95), “os próprios atores do Sistema de Justiça criminal não aceitam limites ao exercício do poder penal. No Estado Pós-Democrático, os atores jurídicos (ministros, procuradores, juízes, policiais etc.) estão dominados pelo verbo modal ‘poder’”.

Estudar como o medo do crime influencia e é mobilizado na elaboração da legislação em matéria criminal é fundamental para buscar uma contenção do poder punitivo, não através do retorno a uma pretensa (e falaciosa) racionalidade do direito penal, mas justamente pelo reconhecimento de sua permeabilidade a sentimentos viscerais incompatíveis com o Estado democrático de direito, limitando sua legitimação e restringindo a criminalização.

É importante destacar que a tese de que o medo do crime tem influência na política criminal e na política legislativa não representa uma novidade no campo da criminologia e da política criminal. David Garland (2008), analisando as sociedades britânica e estadunidense ao final do século XX, verificou que o medo do crime emergiu como tema cultural proeminente, revelando a presunção consolidada de boa parte da população de que as taxas de criminalidade estão piorando – independentemente dos níveis efetivamente verificados – e a desconfiança nas instituições do sistema de justiça criminal.

“A percepção de um público amedrontado e revoltado teve grande impacto no tipo e no conteúdo das políticas nos anos recentes. O crime foi redramatizado. A imagem aceita, própria da época do bem-estar, do delinquente como um sujeito necessitado, desfavorecido, agora desapareceu. Em vez disto, as imagens modificadas para acompanhar a nova legislação tendem a ser esboços estereotipados de jovens rebeldes, de predadores perigosos e criminosos incuravelmente reincidentes. Acompanhando essas imagens projetadas, e em reação retórica a elas, o novo discurso da política criminal insistentemente invoca a revolta do público, cansado de viver com medo, que exige medidas fortes de punição e proteção. O mote aparente da política é agora mais a revolta coletiva e o justo reclamo por retribuição do que um compromisso com a construção de soluções sociais justas.” (GARLAND, 2008, p. 54).

No Brasil, podemos citar o trabalho de Sérgio Adorno (1996), que identifica uma íntima relação entre o medo do crime, as demandas punitivas da sociedade e as propostas de contenção da violência a qualquer custo apresentadas pelo Estado. Pastana (2003) afirma que a cultura do medo representa um gatilho para a inflação punitiva, e apresenta como exemplo significativo a Lei de Crimes Hediondos, que inaugurou, pouco após a redemocratização do país, a ideia dominante de que somente leis duras seriam eficazes no controle da criminalidade. Wermuth (2011) sustenta que as leis penais recebem influência do medo do crime vez que, com a alteração normativa, busca-se aplacar o medo da sociedade frente aos perigos e reestabelecer a confiança nas instituições e na capacidade do Estado de combater a criminalidade.

Acerca do Chile, Dammert e Arias (2007) afirmam que, diante da demanda por segurança, o Estado tende a apresentar respostas de caráter penal, criminalizando condutas, aumentando penas, ampliando os limites da atuação policial, impondo prisões preventivas, reduzindo a idade de responsabilização de adolescentes. Morales Peillard (2012) destaca a referência feita pelos legisladores e profissionais do sistema de justiça criminal à insegurança sentida pela população como justificativa das propostas de recrudescimento punitivo.

A inovação proposta neste artigo não se refere à hipótese, mas à verificação empírica e à atenção específica ao contexto latino-americano. Analisamos as justificativas dos projetos de lei para verificar se, e de que forma, o discurso do medo do crime e da insegurança foi mobilizado pelo legislador brasileiro e chileno para justificar as mudanças legislativas relativas à criminalidade de rua³.

A escolha do Brasil e do Chile como países de análise decorre da diferença existente entre os índices de criminalidade e a importância ocupada pelo medo do crime na opinião pública: o Brasil tem altas taxas de letalidade violenta intencional⁴, a delinquência/segurança pública não representa o principal problema do país para grande parcela da opinião pública; o Chile, de outro lado, é considerado o país mais seguro da América Latina, mas situa a delinquência/segurança pública como principal problema do país. Essa diferença reforça a constatação de que criminalidade e medo do crime, embora possam ter um grau de correlação entre si, são fenômenos autônomos, com dinâmicas próprias, causas e consequências distintas, além de permitir verificar os reflexos do medo do crime propriamente dito – e não da criminalidade – na produção legislativa em matéria criminal.

Trazendo uma discussão teórica e os resultados empíricos acerca da mobilização do medo do crime pelo legislador latino-americano, o artigo encontra-se dividido em cinco partes, incluída esta introdução. No segundo item, apresentamos considerações teóricas acerca do medo do crime no Brasil e no Chile, bem como dados de pesquisas de opinião, que nos permitem dimensionar a importância política do tema nos dois países latino-americanos.

Na terceira parte do trabalho, buscamos empreender uma discussão (ainda que breve) acerca da relação entre a expressividade alcançada pelas discussões jurídico-penais no âmbito da política contemporânea e a relação estabelecida entre a classe política e o punitivismo.

Na quarta seção, apresentamos os principais resultados da pesquisa empírica realizada para verificar se, e de que modo, o medo do crime influencia e é mobilizado para a elaboração de uma legislação em matéria penal mais repressiva e menos garantista no Brasil e no Chile. Na última seção do artigo, são apresentadas as considerações finais.

3. A utilização da categoria *criminalidade de rua* foi central para a seleção e análise das justificações do projeto de lei, e decorrente do senso comum acerca da noção de crime. “A” criminalidade é comumente identificada, simbólica e institucionalmente reduzida a condutas visíveis contra interesses individuais, especialmente a propriedade, mas também e em menor medida a vida, a integridade física e a liberdade sexual. Em razão da política criminal de guerra às drogas instaurada na América Latina a partir do último quarto do século XX, os delitos de tráfico, especialmente os de pequenas quantidades e praticados pelas classes marginalizadas, também passam a compor a noção de criminalidade no imaginário coletivo. Quando a população experiencia o medo do crime, ou quando este torna-se uma questão política, esse afeto não está relacionado a delitos econômicos ou aqueles que visam punir condutas praticadas contra grupos historicamente minorizados e vítimas de violências estruturais ou contra de direitos e liberdades democráticas. O medo do crime está vinculado ao senso comum acerca do crime e da criminalidade.
4. Que, embora tenha reduzido nos últimos cinco anos, permanece muito elevada e, ao longo das últimas décadas, esteve entre as mais elevadas do mundo.

COLOMBAROLI, Ana Carolina de Moraes. O medo do crime na política legislativa penal latino-americana: estudo das justificações dos projetos de Lei no Brasil e no Chile (1980-2020).

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203, ano 32, p. 23-62. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.11094636]

2. O MEDO DO CRIME NO BRASIL E NO CHILE

O medo do crime surge como um campo de estudos da criminologia e das ciências sociais a partir de meados da década de 1960, como um resultado inesperado de investigações que, buscando constatar um denunciado aumento de delitos no momento das lutas pelos direitos civis, verificaram não um aumento da criminalidade, mas do medo (KESSLER, 2011, p. 105).

A preocupação com o medo do crime, sua descoberta como campo de estudo, está em parte relacionada à compreensão de que este traz consequências para além da ansiedade gerada nos indivíduos. Os desdobramentos do medo do crime forneceram manchetes aos jornais, slogans para políticos, e chamaram a atenção dos criminólogos e cientistas sociais (HALE, 1996, p. 80).

A maior produção, tanto no âmbito das pesquisas científicas quanto no âmbito das iniciativas políticas, adveio dos criminólogos e dos profissionais do sistema de justiça criminal dos Estados Unidos da América, embora também seja verificada uma tendência crescente na literatura europeia.

Na América Latina, o medo do crime, antes de tornar-se objeto de investigação acadêmica, apareceu fundamentalmente como tema político nos anos 1990 e, ainda hoje, é um conteúdo mais recorrente na cobertura da mídia do que em livros e artigos (DAMMERT, 2012, p. 27).

O fenômeno adquire características particulares no contexto latino-americano: seu aparecimento enquanto tema fundamental na agenda pública é tardio, se comparado com os países do Norte Global, mas as condições históricas, econômicas e sociais fazem com que logo ele se enraíze e produza graves consequências. As tradicionais preocupações associadas aos projetos de desenvolvimento dos países são substituídas de modo progressivo pelos temores de ataques à propriedade privada (BARRIOS RODRIGUEZ, 2017, p. 1).

Eduardo Galeano (2010, p. 79), considerando o mesmo período que este artigo, afirmou que

“Até trinta anos passados, a ordem teve inimigos de todas as cores, desde o rosa pálido até o vermelho vivo. A atividade dos ladrões de galinha e dos navalheiros de arrabalde só atraía os leitores das páginas policiais, os devoradores de violências e os peritos em criminologia. Agora, no entanto, a chamada delinquência comum é uma obsessão universal. O delito se democratizou e está ao alcance de qualquer um: muitos o exercem, todos o sofrem. Tamanho perigo constitui a fonte mais fecunda de inspiração para políticos e jornalistas, que em altos brados exigem mão de ferro e pena de morte; e também auxílio civil de alguns chefes militares. O pânico coletivo, que identifica a democracia com o caos e a insegurança, é uma das explicações possíveis para o sucesso das campanhas políticas de alguns generais latino-americanos.”

Se, durante as ditaduras militares, o medo no Brasil e no Chile estava relacionado às múltiplas e intensas violências políticas ou à desordem e subversão, durante os processos de democratização, o medo ganha novos contornos e sujeitos, voltando-se para a delinquência e para a criminalidade.

Sérgio Adorno (1996, p. 148), analisando o caso brasileiro, sustenta que, apesar da ausência de estudos históricos que permitam comparação, a irrupção do debate sobre o crime e

de estratégias para combatê-lo na imprensa, na mídia, na academia, nos movimentos sociais e agências de pesquisa é coincidente com os eventos que resultaram na transição democrática. Para Pastana (2003, p. 41) a emergência da preocupação com o aumento da criminalidade e com a violência perpetrada pelos delinquentes iniciaram-se justamente no momento de arrefecimento da repressão ditatorial, que tem como marco a Lei de Anistia.

Embora Zaluar (2007, p. 31) destaque que o período foi marcado por taxas crescentes de criminalidade, especialmente homicídios entre homens jovens, e pela mudança na organização do crime (1995, p. 392), não é possível desconsiderar o papel do Estado e da mídia na indução desse sentimento de insegurança generalizado. O Ministério da Justiça determinou aos estados a elaboração de índices de aumento da criminalidade, realizou eventos com vistas a propor medidas para redução desses índices, instaurou Comissão Parlamentar de Inquérito para debater as causas da violência urbana e delinear uma reforma da legislação penal. Ao mesmo tempo, a mídia passa a enfatizar a preocupação com segurança por meio de matérias que exasperavam o aumento do número de delitos, a violência e o medo em sentido geral e divulgar reportagens sobre crimes e criminosos (PASTANA, 2003, p. 42-43).

No Chile, as preocupações com o crime e a delinquência nos fóruns de discussão públicos aparecem mais tardiamente, ao passo que o seu processo de redemocratização também é o mais tardio do Cone Sul. Lechner (1992, p. 26-27) demonstra que, em fins da ditadura militar, a população de Santiago temia mais o aumento das taxas de crimes e uso de drogas do que a repressão do regime, destacando o papel do Estado: “uma ditadura aumenta a demanda por segurança, o que alimenta o desejo de *mano dura*”⁵.

Segundo Dammert e Arias (2007, p. 177), é o regresso da democracia que marca a forte presença da problemática da segurança cidadã no debate público, decorrente do aumento da denúncia de delitos, a extrema politização dos delitos e sua extensa cobertura pelos meios de comunicação.

Apesar de um aumento do número de crimes que causam comoção social no primeiro governo democrático, principalmente decorrentes das ações das Forças Rebeldes Lautaro⁶ e grupos similares, os debates políticos e a cobertura midiática em torno dos crimes e do incremento da delinquência foram fortemente determinados pelo interesse da oposição e política a convencer os cidadãos de que o governo era fraco e incapaz de controlar o fenômeno criminal (DAMMERT; ARIAS, 2007, p. 177).

Não há como afirmar – ao menos, não com dados empíricos fidedignos – se realmente houve um aumento dos índices de delinquência durante os períodos de redemocratização dos

5. Tradução nossa. No original: “a dictatorship increases de demand for security, which then feeds the desire for a *mano dura* (strong hand)”.

6. Grupo guerrilheiro que iniciou, em 1987, a luta armada de guerrilha em Santiago e arredores para derrubar a ditadura militar pinochetista. Realizou diversos assaltos a bancos e postos de gasolina. Foi duramente reprimido e suas ações delitivas foram praticamente neutralizadas ao final do governo do primeiro governo de transição (1990-1994).

dois países⁷. Ainda se considerarmos que os delitos de fato aumentaram nos períodos mencionados, o fenômeno pode estar inserido em uma tendência global: Adorno (1996, p. 19) refere-se ao consenso de que as taxas de criminalidade, após período longo de estabilidade (1860-1950), tenham apresentado fortes tendências de crescimento, primeiro nos países de língua inglesa anglo-saxões e, pouco a pouco, estendendo-se para os países de tradição católica, inclusive na América Latina.

Independente do real crescimento do número de delitos, a dramatização da violência no Brasil e no Chile tem início quando não havia mais espaço para os discursos autoritários de segurança nacional. Os imaginários do medo, e consequentemente as demandas por ordem e repressão estatal, são ligadas, então, a certos espaços públicos e a indivíduos situados na marginalidade.

As pesquisas de opinião demonstram que as populações brasileira e chilena têm elevados índices de medo do crime⁸, mas as percepções do público sobre o delito não são coincidentes com as taxas de vitimização. O Brasil tem altas taxas de letalidade violenta intencional⁹, mas delinquência/segurança pública não representa o principal problema do país para uma grande parcela da opinião pública. O Chile, por outro lado, apresenta uma taxa de homicídios que se mantém abaixo da média mundial ao longo dos anos, é considerado o país mais seguro da América Latina, mas situa a delinquência/segurança pública no topo do *ranking* como principal problema do país. Em ambos os países, mesmo quando as experiências com o delito diminuem, a percepção majoritária é a de que a delinquência aumentou e a segurança pública está pior.

Tais contradições reforçam a constatação de que a criminalidade e o medo do crime são fenômenos autônomos que, embora tenham um grau de correlação entre si a depender do grupo social, do local e do tipo de crime, têm dinâmicas próprias, causas e consequências distintas. Ela também permite verificar os reflexos do medo do crime propriamente dito – e não da criminalidade – na política e, mais especificamente, na produção legislativa em matéria criminal.

2.1. Opinião pública e dimensão política do medo do crime

A este artigo interessa, especialmente, a dimensão política do medo do crime, a opinião pública sobre o tema, uma vez que se pretende investigar a conexão existente entre o medo

7. No Brasil, os dados sobre homicídios só passaram a ser sistematizados em nível nacional em 1979, e os demais delitos ainda hoje não contam com um sistema de produção de dados confiável e uniforme, enquanto, no Chile, até o final dos anos 1990, a informação oficial sobre os crimes denunciados era realizada pelos *Carabineros*, sem qualquer supervisão governamental. Mesmo que as estatísticas fossem confiáveis à época, seria necessário considerar o fenômeno da cifra oculta, certamente mais elevado em contextos de elevada desconfiança da população nos órgãos estatais de segurança e crimes violentos perpetrados pelo próprio Estado.
8. Acerca das pesquisas realizadas no Brasil, cf.: IBGE, 2010, 2022a, 2022b e Bokany, 2015. Sobre o Chile, cf.: INE 2010, 2012, 2021, 2022.
9. Que, embora tenha reduzido nos últimos cinco anos, permanece muito elevada e, ao longo das últimas décadas, esteve entre as mais elevadas do mundo.

do crime e a proposição e aprovação de leis penais. É a opinião pública que pode, eventualmente, resultar na aprovação de leis penais. A apropriação do medo do crime pela classe política ocorre com vistas a satisfazer e colher benefícios de curto prazo junto à opinião pública.

As pesquisas que verificam a posição da delinquência/segurança pública entre as principais preocupações do país são capazes de melhor demonstrar a relevância do tema na agenda política. As pesquisas de opinião do Latinobarômetro – realizadas periodicamente nos países latino-americanos com entrevistas presenciais e amostras representativas da população nacional de cada país –, nos permitem comparar os dados entre Brasil e Chile, bem como apresentar uma série histórica desde o ano de 1995 até o ano de 2020.

Embora o Latinobarômetro não seja uma investigação especializada em vitimização e insegurança, por meio das pesquisas de opinião, é possível coletar percepções, atitudes, valores, comportamentos e conhecimento, e indagar os impactos sociais e institucionais do medo do crime na democracia, governabilidade e Estado, como eles interferem no comportamento coletivo no âmbito dos países latino-americanos (DAMMERT; LAGOS, 2012, p. 7).

Anualmente, a pesquisa pergunta aos entrevistados “Em sua opinião, qual você considera o problema mais importante no país?”, e não apresenta um rol de possibilidades, de modo que o entrevistado pode responder o que entender mais adequado.

As pesquisas captam, assim, os *climas de opinião*, e é importante que sejam assim ponderados e considerados¹⁰. Apesar disso, independente de os climas de opinião pública poderem representar uma busca dos indivíduos por adequação, eles são recebidos e apropriados pelas classes políticas como a “voz das ruas”.

Na próxima página apresentamos a evolução do percentual de pessoas que situa a segurança/delinquência como o problema mais importante do país.

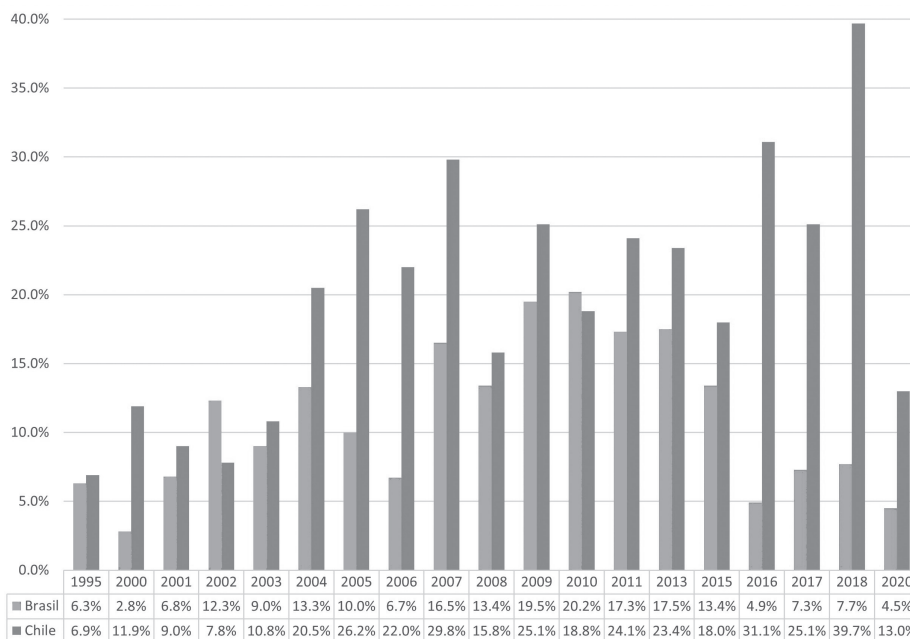
Nota-se, desde a primeira olhada, que um percentual muito maior de chilenos considera a delinquência o principal problema do país quando comparados aos brasileiros. Exclusivamente nos anos de 2002 e 2010 a questão da segurança é mais mencionada no Brasil do que no Chile.

No Chile, a delinquência/segurança como principal problema público atinge seu pico no ano de 2018, sendo mencionada por 39,7% dos entrevistados. No Brasil, o auge do tema dentre as preocupações públicas ocorre em 2010, mencionada por 20,2% dos entrevistados.

Essas diferenças não significam que delinquência e segurança não sejam preocupantes para os brasileiros, mas que a opinião pública considera que há outras questões mais urgentes ou relevantes no momento.

-
10. Elisabeth Noelle-Neumann (2002) desenvolveu uma teoria da opinião pública em seu livro *A Espiral do Silêncio*, sustentando que a agenda informativa que forma os climas de opinião pode, ou não, significar o que as pessoas realmente pensam, e estas pessoas podem, ou não, explicitar o que pensam. Para evitar o isolamento em questões públicas, muitas pessoas levam em conta o que acreditam ser a opinião da maioria em seu ambiente, ocultando seus pontos de vista se acharem que são minoria, ou expressá-los se acreditarem que seus pontos de vista coincidem com a opinião majoritária. Assim, as opiniões que são vistas como dominantes ganham ainda mais terreno, e as opiniões alternativas recuam ainda mais.

Figura 1 – Percentual de entrevistados que consideram delinquência, segurança, violência ou gangues como principal problema do país



Fonte: elaborada pela autora, a partir dos dados disponibilizados na Base de Dados do Latino-barômetro (LATINOBARÔMETRO, 2022). Nota: a partir do ano de 2008, o Latinobarômetro acrescentou a categoria “violência/gangues” em sua pesquisa, o que não ocorria até então. Para poder realizar a série temporal no gráfico, somamos os percentuais de “delinquência/segurança” ao percentual “violência/gangues”. No Chile, os impactos não são significativos, posto que a categoria “violência/gangues” não ultrapassou, em nenhum dos anos, o valor de 1%. No Brasil, entretanto, a inserção foi relevante, sendo o percentual relativo à “violência/gangues” de 7,7%, 13,4%, 10,3%, 10,7%, 7,2%, 4,7%, 2,2%, 4,8%, 2,7% e 1,5%, respectivamente, nos anos de 2008, 2009, 2010, 2011, 2013, 2015, 2016, 2017, 2018 e 2020, por vezes ultrapassando a categoria “delinquência/segurança”.

Quando comparamos o posicionamento das preocupações com a criminalidade e outros temas apontados pela pesquisa no período, verificamos que, no Chile, a delinquência ocupa o primeiro lugar entre as preocupações do país a partir do ano de 2005 e ali permanece até o ano de 2018, sendo que, nos anos de 2006 e 2010, ficam empatados com as preocupações com desemprego. No período compreendido entre 1995 e 2004, são as preocupações com desemprego que ocupam o primeiro lugar da agenda pública. Com a pandemia de Covid-19, as preocupações com segurança descendem do primeiro para o terceiro lugar, ficando atrás das preocupações com desemprego, mas à frente das preocupações com a pandemia (LATINO-BARÔMETRO, 2022).

Analisando a situação econômica do Chile nas últimas décadas, o que se percebe é que a importância da delinquência como principal problema do país ocorre em momentos de crescimento econômico e boas taxas de emprego. Entretanto, em momentos de crise econômica, a delinquência perde o seu protagonismo, o que demonstra que sua variação diz menos sobre as taxas de vitimização, e mais sobre a evolução econômica.

No Brasil, as preocupações com segurança e delinquência (somadas com violência e gangues) só ocupam o primeiro lugar entre as preocupações do país nos anos de 2008 e 2009. Há uma diversidade de questões que ocupam o primeiro lugar no período, como o desemprego¹¹, a saúde¹² e a corrupção¹³.

A relação entre crescimento econômico e aumento dos empregos e preocupações com delinquência também podem ser observadas no Brasil: em 2007, o desemprego brasileiro havia atingido a menor taxa da década e, em 2009, permanecia baixa. Mas os dados também demonstram que a saúde pública é um problema que causa grande preocupação aos brasileiros. As preocupações com corrupção ganham a primeira posição no auge da exposição midiática da Operação Lava Jato, nos anos imediatamente anterior e posterior ao impeachment de Dilma Rousseff, o que pode representar uma considerável relevância dos meios de comunicação e manifestações populares para formação dos climas de opinião.

Ao passo que a opinião pública posiciona a criminalidade como o principal problema do país, ou entre os principais, os agentes políticos passam a buscar estratégias para dar resposta aos objetivos e demandas dos cidadãos.

A agenda da segurança é incorporada como fonte de capital e disputa política, num marco em que as fronteiras ideológicas têm se diluído. As demandas por segurança provocaram a proliferação de um sem-número de operativos, dispositivos e manejos de cifras, desde os governos locais até o âmbito nacional. Tornam-se recorrentes os enunciados que fazem referência a operações, cruzadas ou campanhas contra a delinquência, e também são criadas instâncias de coordenação da segurança que mesclam autoridades e atores privados como grupos empresariais, meios de comunicação, entre outros (BARRIOS RODRÍGUEZ, 2017, p. 4-5).

A população, por outro lado, tende a apoiar respostas imediatistas e simplistas para seus problemas com segurança e delinquência: pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo demonstrou que, apesar de 85% dos entrevistados concordarem com a afirmação de que a educação e formação profissional contribuem mais para diminuir a delinquência do que ações repressivas, o mesmo percentual afirmou que penas mais rigorosas reduzem a criminalidade, 86% afirmaram que a certeza da impunidade é uma das principais razões para o aumento da criminalidade e 89% afirmaram que os menores de idade que cometam crimes violentos devem ser julgados como adultos (BOKANY, 2015, p. 11).

11. Anos de 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 e 2010.

12. Anos de 1995, 2010, 2011, 2013, 2016, 2018 e 2020.

13. Anos de 2015 e 2017.

As demandas por mais punição, não raro, convertem-se no apoio ao justicamento e execuções sumárias: o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2015 (FBSP, 2015, p. 7) apresentou que “50% dos residentes nas grandes cidades brasileiras concordam com a frase ‘bandido bom é bandido morto’”, sendo ainda maior o percentual entre moradores da região Sul do país, os autodeclarados brancos e os homens.

Pesquisas realizadas pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2017, 2022) demonstram a existência de uma relação entre o medo do crime e o apoio a posições autoritárias.

Extrapolando as análises apresentadas pelo FBSP e considerando as subvariáveis da personalidade autoritária propostas por Theodor Adorno (2019), é possível sustentar que a adesão a posições autoritárias está relacionada ao apoio à defesa da redução da idade penal, postulação por prisões perpétuas e penas de morte, crítica aos mecanismos de progressão da pena, defesa da violência policial, demandas por aumento de penas e criação de novos tipos penais, em ambos os países.

3. O POPULISMO PUNITIVO COMO RESPOSTA DA CLASSE POLÍTICA

Não há espaço neste artigo para estabelecer uma discussão sobre o conceito de populismo em seu sentido amplo¹⁴. Optamos por dar enfoque ao tipo de populismo que efetivamente nos interessa, o populismo punitivo¹⁵. Segundo Manuel Anselmi (2018, p. 73):

“Entre a família dos populismos, o populismo penal representa o tipo mais incomum, tanto em termos de estrutura quanto em razão dos problemas associados a ele. Ele não é um populismo puramente político, embora o condicionamento social que ele gera e sua instrumentalização sejam políticos para todas as intenções e propósitos. O populismo penal relaciona-se principalmente com o campo da justiça e do Estado de Direito, da aplicação apropriada das leis e o condicionamento social que decorre das aplicações impróprias.

Diferente dos populismos puramente políticos, o populismo penal não está necessariamente ancorado a um líder; ao invés disso, ele constitui uma dinâmica que alguns líderes ou organizações, sejam eles sociais ou políticos, podem explorar para gerar consenso. A interpretação distorcida do funcionamento do sistema de justiça por parte da opinião pública produz uma deslegitimação do Estado de direito.”¹⁶

14. Sobre o tema, cf.: FERREIRA, 2001; GOMES, 1996; ANSELM, 2018.

15. Alguns autores adotam o termo *populismo penal*, enquanto outros adotam o termo *populismo punitivo*. Em que pese as sutis diferenças entre os termos, preferimos não alterar a denominação adotada pelo autor, razão pela qual, nesse texto, podem ser entendidas como sinônimos.

16. Tradução nossa. Na versão em inglês: “Among the family of populisms, penal populism represents the most unusual typology, both in terms of structure and because of the problems associated with it. It is not a purely political populism, although the social conditioning that it generates and its instrumental use are political to all intents and purposes. Penal populism primarily relates to the realm of justice and the rule of law, the proper application of laws and the social conditioning that arises from improper applications. Unlike purely political populisms, penal populism is not necessarily anchored to

John Pratt (2007, p. 8), afirma que, embora a ideia de populismo penal seja geralmente utilizada pelo senso comum para rotular políticos que propõem políticas penais mais punitivas que parecem ter apelo com o público em geral, o fenômeno é mais complexo e incorporado às estruturas sociais, representando uma grande mudança na configuração do poder penal nas sociedades contemporâneas.

Pastana (2019, p. 71-72) nos alerta para a complexificação do populismo punitivo como categoria de análise nas últimas décadas, posto que:

“abrange não apenas um alarme social construído midiaticamente, mas sobretudo agrega um fenômeno de massa na própria construção da ideia do controle. Em outras palavras, o populismo penal é, também, um apelo emocional, que reacende com virulência certos sentimentos vingativos no seio da sociedade fazendo emergir discursos de ódio voltados contra o desviante. O resultado é quase sempre medidas extremas no combate ao crime, chanceladas por cidadãos ameaçados e descontentes com a resposta penal quando a mesma parece branda demais.”

Paul Chevigny (2003) dá ênfase ao tom emocional adotado pelo populismo penal e sua forma de mobilizar os (res)sentimentos da população ao denominá-lo *populismo do medo*, um estilo de controle social que conta com exhibições extravagantes de abusos policiais nas ruas, com a retórica constantemente repetida de “dureza com o delito” e cria uma atmosfera de desordem que contribui, por si mesma, com a política baseada no crime.

O fenômeno do populismo penal emerge de uma justaposição irracional e não funcional das esferas jurídica, política e de opinião pública. É identificado com a interpretação social que dissemina uma cultura de justiça que não é coerente com os princípios básicos do Estado de Direito, e que eleva a si mesmo a uma condição de consenso que condiciona os debates públicos e políticos, e as ações dos magistrados, deslegitimando todo o sistema de justiça criminal (ANSELMi, 2018, p. 74).

Pratt (2007, p. 12) argumenta que o populismo penal diz respeito ao modo como os criminosos são vistos pela sociedade, à ideia de que os delinquentes encarcerados foram favorecidos às custas das vítimas e das “pessoas de bem” em geral. Ele se alimenta de expressões de desencantamento, raiva e desilusão com o sistema justiça criminal tradicional, ao considerar que as garantias legais não protegem o cidadão que tem seu bem-estar e segurança ameaçados, mas protegem os criminosos e comprometem essa segurança. Busca assim que sejam aplicadas penas duras aos que delinquem para (supostamente) proteger a população.

Um dos elementos fundamentais para a identificação do populismo penal é o fato de as medidas propostas para o campo da punição serem legitimadas sob o argumento de que correspondem ao que as pessoas pensam, sentem ou desejam (SOZZO, 2012, p. 118).

a leader; rather, it constitutes a dynamic that some leaders or organizations, be they social or political, can exploit to generate consensus. Penal populism arises in the sphere of the reception of the rule of law by citizens. Distorted interpretation of the functioning of the justice system on the part of public opinion produces a delegitimization of the rule of law.”

COLOMBAROLI, Ana Carolina de Moraes. O medo do crime na política legislativa penal latino-americana: estudo das justificações dos projetos de Lei no Brasil e no Chile (1980-2020).

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203, ano 32, p. 23-62. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.11094636]

Não podemos perder de vista que o populismo punitivo não é um fenômeno a-histórico, mas, ao contrário, decorre de um contexto político, social e econômico específico. Como aponta Larrauri (2006, p. 16-17), as mudanças na penalidade e na forma como é encarada pela sociedade contemporânea só foram possíveis diante do surgimento dos seguintes fatores: a) o *neoliberalismo econômico*, que acentuou as desigualdades sociais e produziu uma ansiedade ante a instabilidade do mercado de trabalho; b) o *neoconservadorismo político*, que enfatiza a mensagem de periculosidade da delinquência, apresenta um discurso de responsabilidade individual do delinquente e denomina impunidade as penas que não considera duras o suficiente; c) o *sentimento de insegurança ontológica*, ante as mudanças sociais ocorridas na pós-modernidade, que dissolvem os vínculos da modernidade tradicional; d) o *aumento quantitativo* dos delitos e mudança de suas características, tornando-se mais organizado e transnacional.

É dentro desse contexto que o populismo punitivo estabelece um sistema de relações que se retroalimentam com vistas ao aumento do controle penal: as massas demandam o incremento da punição, a mídia apresenta uma versão distorcida da criminalidade e se coloca como porta-voz da opinião pública, e a classe política colhe benefícios eleitorais ao propor aumentos de penas e redução de garantias aos acusados.

Em Estados de bem-estar social, ou mesmo nos regimes ditatoriais, as discussões jurídicas, especialmente as jurídico-penais, não eram de interesse da classe política. Nos primeiros, porque a obtenção de votos e aprovação popular dependia das políticas públicas propostas ou implementadas e, nos segundos, porque não eram necessários votos ou aprovação popular.

Nils Christie (2011, p. 65) destaca que a expressão política criminal não poderia ser considerada adequada para denominar o que ocorria, uma vez que não era política, nem eram os políticos que a comandavam.

“As decisões eram tomadas por ‘especialistas’ e, então, obedientemente implementadas pelos políticos. Juristas exerciam enorme influência. [...] Os parlamentares, especialmente os líderes das Comissões de Assuntos Legais, constantemente recorriam aos juristas.”

Nos contextos de *common law*, Garland (2008, p. 126) destaca a autoridade da *expertise* social na condução das políticas penais e das instituições penais-previdenciárias voltadas à reabilitação.

No Estado neoliberal, no entanto, o espaço de atuação dos políticos foi imensamente reduzido, “restaram poucas áreas capazes de proporcionar exposição nacional aos políticos e a seus partidos” (CHRISTIE, 2011, p. 65). Assim, com o aumento das preocupações da população com assuntos relacionados ao delito, o envolvimento dos políticos em assuntos jurídico-penais aparece como uma forma de projeção, atração da atenção e simpatia da mídia e do público e, consequentemente, de votos durante a corrida eleitoral.

Consequência da característica de aproveitamento das insatisfações com o sistema de justiça criminal tradicional, o populismo punitivo se esforça para estabelecer um discurso de oposição entre as demandas da população e os conhecimentos e propostas dos especialistas, em detrimento desses últimos (SOZZO, 2012, p. 118). Além do rechaço aos especialistas, os eleitores também têm mostrado repúdio ao *establishment* político, tanto nos países do centro do

capitalismo quanto naqueles da periferia, sentimentos aproveitados, principalmente, pela extrema direita¹⁷.

Ante a construção dessa oposição, os políticos populistas buscam, muitas vezes, construir para si uma imagem de “antissistema”, em conflito com os poderes públicos tradicionais, reclamando que os juízes, o executivo e as leis são muito lenientes no combate à criminalidade e opondo-se aos especialistas (não raro, referidos como “defensores de bandidos”), sustentando estratégias punitivas e vingativas em prejuízo de estratégias garantistas ou reabilitadoras (CHEVIGNY, 2003, p. 79).

Necessário destacar que o populismo punitivo não é estratégia exclusiva dos políticos de oposição, nem de extrema direita ou direita.

“A retórica de que os eleitores estão acometidos por perigos tanto pessoais quanto patrimoniais, que as políticas anticrime do candidato os deixarão seguros, enquanto as propostas de seu oponente aumentarão o perigo, é um discurso que poucos políticos em campanha, dentro ou fora do cargo, podem resistir. As tentações do populismo do medo enredam os políticos, mesmo quando eles estão cientes de que tal política tem algo em comum com um governo autoritário e puxam a democracia nessa direção.”¹⁸ (CHEVIGNY, 2003, p. 79).

As dinâmicas de engajamento político em torno do tema do crime garantem que o governo e o legislativo estejam sempre atentos ao sentimento público de que os criminosos estão sendo insuficiente punidos ou que indivíduos perigosos estão sendo fracamente controlados. Há uma forte e constante pressão para que medidas que expressem e aliviem essas preocupações sejam implementadas (GARLAND, 2008, p. 373).

Ante a percepção de que a opinião pública aprova medidas drásticas e rigorosas de combate à criminalidade, como redução da idade de imputabilidade penal, criação de novos delitos, aumento de pena aos delitos existentes e redução das garantias processuais e materiais do acusado, aqueles que estão no governo e no legislativo propõem leis penais que são votadas,

17. Eleição de Donald Trump nos Estados Unidos; o governo de uma coalisão de inspiração fascista na Itália; o crescimento do partido extremista Democratas Suecos, que se tornou o segundo maior da Suécia; a consolidação dos partidos de extrema direita na França, Alemanha, Áustria, Espanha, Polônia, Bulgária e República Tcheca. Especialmente nos dois países objeto desta pesquisa, tem-se a eleição de Jair Bolsonaro em 2018 e, apesar de não ter sido reeleito em 2022, a maior bancada do Congresso Nacional é de políticos do seu partido e, no Chile, apesar da eleição de Gabriel Boric como presidente em 2022, a ultradireita venceu com larga vantagem, em 2023, as eleições proporcionais para o novo Conselho Constitucional.
18. Tradução nossa. No original: “The appeal of the politics of crime, moreover, is not limited to those who happen to be in the opposition; the rhetoric that the voters are threatened with danger, both to person and property, that the candidate’s anti-crime policies will make them safe, while his opponent’s proposals will increase the danger, is a pitch that few campaigners, whether in or out of office, can resist. The temptations of the populism of fear ensnare politicians, even when they are aware that such politics has something in common with authoritarian rule, and pulls a democracy in that direction.”

muitas vezes, de forma casuística, impensada e atécnica (BECHARA, 2008, p. 412). Como explica Garland (2008, p. 372):

“[...] as relações do campo [da justiça criminal] com o público e com o processo político se modificaram. Surgiu uma nova relação entre políticos, o público e os especialistas do sistema penal, segundo a qual os políticos têm mais autoridade, os especialistas têm menos influência e a opinião pública constitui o ponto de referência para determinar as posições. A justiça criminal está mais sensível às mudanças no humor do público e à reação política. Novas leis e políticas são rapidamente instituídas sem consulta prévia aos profissionais do sistema penal e o controle da agenda pública por tais profissionais foi consideravelmente reduzido por um estilo populista de fazer política.”

Os políticos do espectro de esquerda, quer no governo ou fora dele, também aderem ao populismo punitivo. De início, suas reivindicações para ampliação do campo de intervenção penal eram voltadas à perseguição da criminalidade dourada e da corrupção e, especialmente, nas últimas décadas, tem adquirido o papel de gestores atípicos da moral que, em prol dos interesses de grupos feministas, ambientais, LGBTQIAP+, consumidores, pacifistas, entre outros, promovendo a criminalização de diversas condutas, muitas vezes, de forma inadequada e contraproducente (KARAM, 1996, p. 82; BECHARA, 2008, p. 413).

Entretanto não demora para que o discurso punitivo das esquerdas se volte também para a delinquência comum. Em razão da preocupação cada vez maior da população com a temática da segurança pública e a crescente sensação de que a prevenção da delinquência está cada vez pior, os políticos de esquerda são instados a oferecer uma resposta: a limitação do poder de atuação estatal no neoliberalismo soma-se à falta de criatividade: “sobra o apelo à criminalização como forma simbólica de enfrentamento dos problemas e males sociais” (KARAM, 2021, p. 15).

Em uma democracia, a aquisição, pelos políticos, do poder para fazer política depende da disputa pelo voto popular (CHEVIGNY, 2003, p. 78). Quando o *establishment* político é colocado em desconfiança pelos eleitores, o populismo punitivo emerge como uma relevante tática voltada à obtenção de benefícios de curto prazo (GARLAND, 2008, p. 372). O espaço de intervenção penal é alargado quantitativa e qualitativamente para conferir uma resposta puramente simbólica aos anseios dos eleitores.

“A maior intervenção do sistema penal torna-se a propagandeada solução para todos os males e problemas sociais, sustentada, à direita e à esquerda, uns oferecendo-a como uma fácil – mas decerto falsa – resposta aos anseios individuais por segurança, outros como um pretenso – mas obviamente inviável – instrumento de emancipação dos oprimidos.” (KARAM, 2021, p. 15-16).

Garland (2008, p. 372-373) alerta que, ainda que haja uma mudança no comportamento social e as iniciativas punitivistas deixem de representar um lucro político, a atual situação tem consequências deletérias e de longo prazo no modo como a política criminal é feita e na capacidade dos políticos de alterarem as práticas da justiça criminal. Por meio de mudanças penais e processuais penais (aumento de penas mínimas, qualificadoras e majorantes;

previsões legais que tornam praticamente obrigatórias as prisões preventivas; impedimentos e dificultadores para obtenção de benefícios na execução penal etc.), os legisladores e o governo passam a incidir de forma mais direta na atuação judicial e a guiar os resultados práticos da sentença. As demandas por mais punição da população, a partir desse novo modo de pensar e moldar a política criminal, são agora fácil e instantaneamente transpostas em sentenças que aplicam penas mais longas e rigorosas.

Analizando o caso estadunidense, Jonathan Simon afirma que o crime e o medo se tornaram modos de governança, que agora “governa-se através do crime”. A assertiva polêmica proposta pelo autor é justificada a partir de três corolários. O crime tornou-se uma questão estratégica significativa pois, em todos os tipos de configurações institucionais, os políticos e demais agentes públicos têm suas ações legitimadas sempre que direcionadas a prevenir crimes ou outros comportamentos desviantes. Também é possível perceber a utilização da categoria de crime para legitimar intervenções que têm, na verdade, outras motivações. Por fim, as tecnologias, discursos e metáforas do delito e da justiça criminal foram adotadas por todo tipo de instituições, onde elas podem gerar novas oportunidades de governança¹⁹ (SIMON, 2007, p. 3-5).

Não entendemos ser possível estabelecer um paralelismo entre o *governo através do crime* exposto por Simon nos Estados Unidos e a situação dos países latino-americanos ou, particularmente, do Brasil e do Chile. Os níveis de punitivismo evidenciados na sociedade e na política estadunidense são obviamente mais elevados.

No entanto, o primeiro corolário apresentado pelo autor – a legitimação de todas as ações tomadas sob a justificativa de prevenir delitos e outros desvios – pode sim ser observada nos dois países. As medidas autoritárias de restrição de direitos e garantias, aumento de penas, criminalização de condutas, abusos do uso das prisões processuais são objeto de ampla aceitação e apoio pela mídia e pela opinião pública, nos campos conservador e progressista. Mais do que isso, sob o pretexto de proteger e impor ordem à sociedade, de dar fim à impunidade, são justificadas as torturas, execuções sumárias e chacinas cometidas pelas polícias, a tortura psicológica e os processos obviamente eivados de ilegalidades conduzidos no judiciário, os discursos de defesa de torturadores e da volta da ditadura empreendidos pelos políticos.

-
19. Para o primeiro corolário, o autor apresenta como exemplo a forma como o Poder Executivo, especialmente os governadores, têm buscado expandir seu papel em questões que vão desde a pena de morte até a restrição do direito ao voto para criminosos depois de cumprida a pena. Para o segundo, destaca que a alteração legislativa que torna ataque a mulher grávida que resulte em aborto ou dano ao feto crime federal distinto tem mais relação com a políticas sobre o aborto do que sobre crime, mas, porque é dirigida a criminosos, passa a obter apoio da maioria. Em relação ao terceiro, destaca as preocupações com a criminalidade juvenil, que tornam-se medidas nas escolas que tratam estudantes como criminosos ou vítimas em potencial para, depois, transformarem-se em ataques ao fracasso escolar como um tipo de crime pelo qual alguém deve ser responsabilizado, seja o aluno (com a eliminação da progressão continuada), os professores (que têm seu pagamento vinculado às notas nos testes) ou escolas inteiras (fechadas em razão das notas baixas nos testes) (SIMON, 2007, p. 3-5).

4. A PRESENÇA DO MEDO DO CRIME NA POLÍTICA LEGISLATIVA PENAL NO BRASIL E NO CHILE

A hipótese desta pesquisa é a de que o medo do crime influencia e é mobilizado na elaboração de uma legislação em matéria criminal mais repressiva e menos garantista. A apresentação do medo do crime, ao mesmo tempo, enquanto sujeito ativo e passivo se dá em razão, justamente, da dinâmica de produção populista da legislação: o legislador atua de forma reativa às demandas do público, ao mesmo tempo em que apela ao medo do crime como tática política para colher benefícios de curto prazo (CHEVIGNY, 2003, p. 78; GARLAND, 2008, p. 372).

Como já mencionado na introdução, há produções teóricas que vão ao encontro da hipótese levantada, mas, apesar dos debates, ainda existe uma lacuna quanto à sua verificação empírica. É justamente esta a inovação a que se pretende: analisar as justificações das leis para verificar se o discurso do medo do crime e da insegurança foi mobilizado para justificar as mudanças legislativas relativas à criminalidade de rua, no período compreendido entre 1980 e 2020.

Apresentamos, nessa seção do artigo, as notas sobre a metodologia utilizada e, em seguida, a análise de conteúdo demonstrando que o medo do crime é mobilizado pelo legislador para amparar as alterações legislativas em matéria penal.

4.1. Metodologia da pesquisa empírica

O período selecionado para análise foi aquele compreendido entre 1980 e 2020²⁰. Dentro do período selecionado, optou-se por analisar somente as normas que entraram em vigor, ainda que tenham sido posteriormente revogadas ou alteradas.

Quanto aos tipos de normas jurídicas, foram objeto de levantamento, no Brasil, as leis ordinárias, os decretos-lei e leis complementares. No Chile, foram objeto do levantamento leis ordinárias, decretos com força de lei e decretos-lei.

Acerca dos temas, o levantamento buscou todas as *normas em matéria criminal* no período, assim entendidas como normas de direito penal, direito processual penal e execução penal.

Entendeu-se necessário extrapolar o campo exclusivo do direito penal material²¹, uma vez que o processo penal e a execução penal encontram-se em uma relação de complementaridade

20. Inicialmente, pretendia-se analisar somente a legislação em matéria penal publicada a partir dos anos 2000, uma vez que é somente a partir da virada do século que o medo do crime se tornou objeto de interesse de pesquisas acadêmicas e de opinião no Brasil e no Chile. No entanto, ao longo da pesquisa, e tendo em conta seu objetivo de verificação documental da hipótese, constatou-se a necessidade de retroceder aos anos de 1980 para averiguar se a tendência de recrudescimento punitivo da criminalidade de rua e o discurso do medo do crime são fenômenos das duas últimas décadas ou já se faziam presente na atividade legislativa dos dois países no final do século passado.

21. A análise das normas de direito criminal *independentemente da localização* nos diferentes diplomas normativos inspirou-se na tipologia adotada por Machado et al. (2010). Segundo os autores (2010, p. 17) “independentemente de onde tenham sido alocadas, essas normas descrevem comportamentos ou estabelecem regras sobre as sanções, sobre o processo, sobre a organização judiciária etc.”. Assim, é

funcional àquele, apresentando natureza de garantia e, cada vez mais na contemporaneidade, de funcionalidade. A orientação político criminal punitivista traduz-se na criação de novos tipos penais, na ampliação dos tipos, aumento de penas, mas também na facilitação da persecução penal pela redução de garantias processuais ao acusado, antecipação da prisão para o momento de investigação ou processo, fomento à delação premiada, ou, em sede de execução, na redução das possibilidades de substituição de penas privativas de liberdade por medidas restritivas de direitos, dificuldade para progressão de regime ou concessão de benefícios na execução.

Tanto o Brasil quanto o Chile apresentam pulverização de leis penais e, em menor medida, de leis processuais penais e de execução, em um sem-número de diplomas legais distintos, fora dos códigos. Assim, foi necessário que o levantamento das normas em matéria penal também extrapolasse os limites dos códigos e englobasse a legislação extravagante.

O levantamento da legislação em matéria criminal nos dois países foi realizado por meio dos sites oficiais²². Concluído o inventário, foram listadas 281 (duzentas e oitenta e

possível lançar olhar sobre as normas penais que integram não só os Códigos Penais dos dois países, mas também os Códigos Processuais Penais, as leis de Execução Penal e, principalmente, à *legislação especial*, técnica de produção normativa largamente utilizada no Brasil e no Chile que não aloca um determinado conjunto de normas nos diplomas com os quais guarda afinidade funcional ou temática, mas cria microssistemas, apartados dos códigos.

22. Para as normas brasileiras, utilizou-se o site da Presidência da República e, para as normas chilenas, o site da Biblioteca do Congresso Nacional. Para a realização do levantamento da legislação em matéria penal brasileira, primeiramente recorreu-se ao Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal, listando todas as normas que realizaram modificações, inserções e revogações no período. Em seguida, passou-se ao arrolamento da legislação extravagante, realizado no portal de pesquisa de legislação da Presidência da República, com busca a normas que faziam referência aos termos “pena” ou “crime”, aplicando filtros por tipo do ato os “decretos leis”, “leis ordinárias” e “leis complementares”. Após a leitura dos textos integrais, algumas normas foram descartadas por não tratarem de matéria criminal. Para a legislação chilena, foi realizado o levantamento de todas as modificações, inserções e revogações ocorridas, no período analisado, no *Código Penal*, no antigo *Código de Procedimiento Penal* e no *Código Procesal Penal*, que substituiu integralmente o anterior em 2000. Diferentemente do Brasil, o Chile não conta com uma lei que regule de maneira orgânica e unitária todas as questões relativas à execução de penas e medidas de segurança. Assim, o levantamento em relação à matéria se deu, nesse primeiro momento, em conjunto com os já mencionados códigos. Posteriormente, a análise foi voltada para a legislação extravagante. Necessário mencionar que a construção dos tipos penais incriminadores no Chile impossibilitou que a realização da pesquisa se desse nos mesmos moldes daquela realizada no Brasil, com busca pelas palavras “crime” e “pena”. Ademais, a alteração das normas não se dá com a modificação de todo o artigo, inciso ou parágrafo: quando não se pretende substituir o artigo ou inciso por outro completamente distinto, é comum que as normas indiquem a intercalação de expressões entre palavras existentes no artigo modificado, ou a eliminação de somente uma palavra ou expressão do artigo. O inventário da legislação chilena foi consideravelmente mais trabalhoso. Para a realização do levantamento da legislação extravagante em matéria penal no Chile, foi necessário recorrer às obras de compilações de delitos da legislação chilena, que reúnem e sistematizam os crimes que estão dispersos em diversos corpos legais. No entanto, as obras não apresentam as modificações sofridas pelas leis, mas somente o texto vigente, em sua última versão. Desse modo, guiada pelas compilações, procedeu-se à busca manual de cada uma das leis penais elencadas no site oficial da Biblioteca do Congresso Nacional

COLOMBAROLI, Ana Carolina de Moraes. O medo do crime na política legislativa penal latino-americana: estudo das justificações dos projetos de Lei no Brasil e no Chile (1980-2020).

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203. ano 32. p. 23-62. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.11094636]

uma) normas no Brasil e 340 (trezentas e quarenta) normas no Chile que apresentaram em seu texto alterações na punição ou nos arranjos a ela relacionados no período compreendido entre 01 de janeiro de 1980 e 31 de dezembro de 2020.

Considerando a matéria sobre a qual versava cada uma das leis, elas foram dispostas em seis categorias: *penal*; *processual penal*; *execução penal*; *dispositivo penal em lei de outra matéria*; *dispositivo processual penal em lei de outra matéria*; *dispositivo de execução penal em lei de outra matéria*²³.

Analisando o conteúdo e suas consequências aos infratores, as normas foram classificadas quanto aos seus efeitos. Naquelas categorizadas como *penal*, *dispositivo penal em lei de outra matéria* e *dispositivo penal e processual penal em lei de outra matéria*, verificou-se a existência de *incremento punitivo* – constatado pela criação de novos tipos penais, ampliação do enquadramento típico, aumento de pena, agravantes, majorantes, ampliação do prazo prescricional, penas alternativas etc.; ou *redução punitiva* – constatada pela revogação de tipos penais, hipóteses de extinção da punibilidade, restrição do enquadramento típico, atenuantes, privilegiadoras ou redução do prazo prescricional etc.

Para aquelas categorizadas como *processual penal*, *dispositivo processual penal em lei de outra matéria*; *dispositivo penal e processual penal em lei de outra matéria*, averiguou-se se a norma representou um *recrudescimento na persecução penal* ou a *ampliação de garantias processuais penais*. Foram utilizados como parâmetro de classificação os limites da atuação policial, as prisões processuais, possibilidades de atuação da defesa, os recursos, o sistema acusatório, assistência jurídica gratuita, mecanismos de facilitação e aceleração da punição, legitimados para propositura de ação penal, consonância com os princípios de processo penal etc.

Já para as enquadradas na categoria *execução penal*, a classificação se deu pelo *recrudescimento na execução penal* ou pela *ampliação de garantias na execução penal*. Como parâmetro, tem-se o regime de cumprimento de pena, progressão de regime, concessão de benefícios na execução, condições mínimas do estabelecimento penitenciário etc.

É possível que mais de uma classificação esteja presente na mesma norma, quer por tratar de mais de uma matéria, quer porque, ao mesmo tempo, tem disposições que importam em gravames e outras que importam em benefícios. Também podem ser classificadas como *neutras* quando seus efeitos são indiferentes se comparados com a situação normativa anterior.

O último critério de qualificação das leis em matéria criminal levantadas no período foi o direcionamento destas à *criminalidade de rua*. Essa rotulação é imprescindível a uma pesquisa que tem o medo do crime como objeto. Em razão do paradigma etiológico e da seletividade estrutural²⁴ dos sistemas de justiça penal e de segurança pública, “a” criminalidade foi

do Chile. Durante a leitura de cada um dos textos integrais, verificava-se se a norma havia passado por alguma alteração no período de análise e, em caso afirmativo, buscava-se a norma modificadora.

23. Em alguns casos, a mesma lei dispõe sobre mais de uma das matérias criminais, razão pela qual mais de uma categoria pode ser utilizada para identificar a mesma norma.
24. Alessandro Baratta (2002, p. 162) traz as principais constatações da criminologia crítica que demonstram a seletividade do sistema de justiça criminal: “a) o direito penal não defende todos e somente os

identificada, simbólica e institucionalmente reduzida à criminalidade de rua, ou seja, à criminalidade da pobreza (ANDRADE, 2013, p. 339-340).

Embora a partir das duas últimas décadas do século XX o direito penal tenha buscado estender seu âmbito de aplicação para a criminalidade econômica (criminalidade dos poderosos), para o senso comum, a noção crime corresponde a condutas visíveis contra interesses individuais, principalmente contra a propriedade, mas também contra a outros bens personalíssimos, como a vida, a integridade física e a liberdade sexual.

Quando se fala do medo do crime, não se está referindo ao medo da corrupção, da lavagem de ativos, dos delitos ambientais, nem dos crimes tributários. É à criminalidade de rua que se vincula a concepção corrente de violência, é a criminalidade de rua que afeta e é sentida de forma aguda e direta pelo cidadão comum, gerando alarme social e medo de ser vítima de crime, especialmente se cometida com violência física (SOTO NAVARRO, 2005, p. 78-79).

Assim, analisando o texto das leis levantadas, verificou-se se eram normas dirigidas à *criminalidade de rua* ou se eram normas direcionadas à totalidade de condutas puníveis, foram identificadas como *geral*.

Para verificar a mobilização do medo do crime como justificativa para a alteração de leis penais utiliza-se como documentos de análise as justificações das leis aprovadas. No Brasil, os documentos de justificção dos projetos de lei são denominados exposição de motivos quando oriundos do Executivo e de justificativas em projetos provenientes do legislativo, quer da Câmara dos Deputados ou do Senado. No Chile, as justificções provenientes do legislativo são denominadas moções parlamentares e, se propostas pelo Presidente da República ou por Ministros de Estado, mensagens do Executivo.

As justificções são documentos apresentados junto com o projeto de lei, explicitando as inovações que propõe para o âmbito jurídico, geralmente apresentando os novos institutos trazidos, bem como aqueles alterados ou suprimidos. Também trazem em si argumentos para legitimar as mudanças que propõe, destacando a importância destas, defendendo-as ideologicamente, ajustando-as aos valores e princípios a que o legislador busca se alinhar.

Assim, o discurso presente nas justificções, para além de situar-se no campo jurídico, está diretamente inserido no campo do político, o que o torna objeto privilegiado para verificação e análise da influência do medo do crime na produção de leis em matéria criminal.

Na busca por legitimar o projeto de lei, o legislador tem o desafio de influenciar opiniões para obter adesões, rejeições ou consensos, construindo imaginários de filiação comunitária em nome de um comportamento comum (CHARADEAU, 2011, p. 40). Embora imediatamente direcionadas aos parlamentares, que irão aprovar ou rejeitar o projeto de lei proposto, as justificções são também indiretamente direcionadas aos eleitores, com os quais o

bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.”

legislador procura interagir e cujos valores e princípios supostamente compartilhados procura defender. As justificações, enquanto elemento de discurso político, são

“ao mesmo tempo, lugar de engajamento do sujeito, de justificação de seu posicionamento e de influência do outro, cuja encenação varia segundo as circunstâncias de comunicação.” (CHARADEAU, 2011, p. 43).

Embora seja possível afirmar que todas as justificações dos projetos de lei aprovados no período sejam constitutivas do discurso político-criminal, não serão todas elas objeto de análise do presente trabalho, tanto por motivos de pertinência temática quanto por motivos de exequibilidade.

Como o medo do crime não está atrelado ao conceito jurídico de delito, mas sim à delinquência de rua e aos estereótipos de criminalidade, quando da seleção de justificações para análise, foram excluídas aquelas que não se relacionam direta ou indiretamente à criminalidade de rua²⁵. Somente foram levantadas as justificações das leis direcionadas à *criminalidade de rua* e das leis de caráter *geral*.

Embora tenham sido selecionadas 71 (setenta e uma) leis brasileiras e 75 (setenta e cinco) leis chilenas para levantamento da justificação, nem todas possuíam justificações²⁶.

25. Foram excluídas da análise das justificações as normas direcionadas a delitos econômicos, contra a administração pública, ambientais, contra o consumidor e demais crimes de colarinho branco, bem como aqueles delitos voltados para a punição de condutas praticadas contra grupos minorizados, como como mulheres, crianças, idosos, grupos étnico-raciais, população LGBTQIAP+, pessoas com deficiência etc. A criminalização dessas últimas faz parte de um processo iniciado nos anos 1980 que recorre ao direito penal como instrumento de transformação da sociedade e intervenção contra os que obstaculizavam formas mais igualitárias de convivência democrática. As condutas contra grupos minorizados são tidas por parte significativa da esquerda como criminalidade dos poderosos, o que supostamente justificaria a ampla intervenção do direito penal (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 88). Especificamente no que interessa à presente pesquisa, elas não correspondem ao estereótipo de criminalidade e ao imaginário da violência, de modo que não é a elas que se relaciona o medo do crime.
26. No caso brasileiro, duas leis – Lei 7.960/1989 e Lei 9.804/1999 – eram fruto da conversão de medidas provisórias editadas pelo Presidente da República e, anteriormente à Emenda Constitucional 32/2001, as medidas provisórias não apresentavam exposições de motivos. Assim, 69 (sessenta e nove) justificações foram levantadas para análise. Quanto ao Chile, seis normas não possuíam justificações. O Decreto com Força de Lei 6/1993 não possui mensagem do executivo, uma vez que estas não são necessárias nos casos em que a norma seja proposta por ministério com vistas a introduzir mudanças de redação necessárias para manter a correlação lógica e gramatical das frases correspondentes, sem alterar o sentido e alcance das respectivas disposições legais. As Leis 18.050/1981, 18.222/1983, 18.288/1984, 18.699/1988 e 18.857/1989 não possuem mensagens do executivo porque automaticamente aprovadas pela Junta de Governo. Não se pode esquecer que a ditadura militar chilena perdurou até 1990, tendo elaborado uma Constituição em 1980. A Lei 17.983/1981 (primeira aprovada após a Carta Constitucional), previa os procedimentos legislativos, garantindo poderes constituintes e legislativos à Junta de Governo e possibilitando-a aprovar as leis ditadas pela unanimidade de seus membros, sem qualquer necessidade de submetê-las ao Congresso.

Assim, foram analisadas 69 (sessenta e nove) justificações de projetos de lei de cada um dos países.

Para as leis brasileiras, o levantamento das exposições de motivos e justificativas foi realizado por meio dos sites da Câmara dos Deputados e do Senado, a depender da origem da proposta. No caso das leis chilenas, foi possível levantar as moções parlamentares e mensagens do Executivo no site da Biblioteca do Congresso Nacional.

Com a leitura do texto de cada uma das justificações levantadas, foi realizada a análise de conteúdo para verificar se a temática da insegurança e do medo do crime se fazia presente.

Para demonstrar a presença da temática do medo do crime, buscou-se, inicialmente, a menção expressa do legislador à insegurança sentida pela população como razão para a alteração da norma, que apareceu em quantidade considerável das justificações analisadas.

Entretanto, diante da heterogeneidade do material analisado, e da pluralidade de expedientes utilizados para abordar a temática de forma implícita, foi necessário adicionar outras categorias para identificar as justificações que remetem ao medo do crime e à insegurança subjetiva experienciada pela população dos dois países.

Assim, considerou-se como critério de representação do discurso do medo do crime as referências feitas pelo legislador ao aumento da ocorrência e frequência de determinados delitos ou da criminalidade em geral, respaldadas ou não por dados e estatísticas.

Também foram incluídas aquelas justificações que discorreram sobre a impunidade, fosse ela referida pelo legislador como generalizada ou relativa a determinados delitos, real ou percebida pela população.

Arrolou-se como mobilizadoras do medo do crime aquelas justificações que aludiram a casos – singulares ou plurais – que ganharam a atenção midiática, ou à pressão exercida por meio da mídia para a alteração da legislação.

Foram consideradas, igualmente, aquelas normas que caracterizavam os criminosos (em geral, ou de determinados “tipos”) como inimigos da sociedade, que necessitavam ser contidos. Essa caracterização do criminoso como inimigo apareceu, basicamente, de duas formas: em alguns projetos, o criminoso aparecia como um indivíduo de elevada crueldade e periculosidade, quase como “monstruoso” e, em outros, advogava-se pela adoção de um “direito penal do inimigo”, tal qual descrito por Jakobs (2007), segundo a qual, para determinados “tipos” de criminosos, deveria ser adotada uma lógica de incapacitação, eliminando-se garantias penais, processuais e de execução da pena.

Quando da análise de conteúdo, verificou-se justificações que destacavam a necessidade de proteger ou satisfazer os interesses da vítima – o que é legítimo e compatível com o estado democrático de direito. No entanto, em grande parte delas, a satisfação do interesse da vítima era identificada pelo legislador exclusivamente com a punição do criminoso. Nesses casos, essas justificações foram incluídas como representativas do medo do crime.

Em diversas justificações, o proponente referia-se à obrigação do Estado em proteger os cidadãos e garantir a segurança pública, identificando a proteção estatal com a aplicação da punição ao criminoso. Tais justificações também foram indicadas como mobilizadoras do discurso do medo do crime.

Como último critério de identificação do discurso do medo do crime, foram incluídas as justificações em que o legislador realizava um esforço discursivo para relacionar o objeto da norma (que era de caráter geral ou relacionada a outro delito específico) com crimes causadores de grande comoção social ou especialmente relevantes para a geração de insegurança subjetiva.

Dessa maneira, o discurso do medo do crime foi disposto em oito categorias: a) menção expressa à sensação de insegurança; b) aumento do número de delitos; c) impunidade; d) repercussão midiática; e) caracterização do criminoso como inimigo; f) punição como satisfação à vítima; g) identificação entre proteção estatal e punição; h) relação com delitos que geral comoção social. Na maioria das justificações que mobilizaram o discurso do medo do crime, mais de uma das categorias foi incorporada.

Os resultados foram interseccionados com as matérias, os efeitos, e o direcionamento geral ou à criminalidade de rua, permitindo uma análise quantitativa. Também foi possível verificar, dentro das categorias de medo do crime elaboradas, quais foram as mais utilizadas pelo legislador brasileiro e chileno.

4.2. *Resultados quantitativos: direcionamento da norma, efeitos punitivos, período, matéria e origem dos projetos*

Entre as 69 (sessenta e nove) justificações analisadas no Brasil, foram encontradas 23 (vinte e três) que apresentavam ao menos uma das categorias de discurso do medo do crime. No Chile, das 69 (sessenta e nove) justificações analisadas, 34 (trinta e quatro) mobilizavam uma ou mais categorias de discurso do medo do crime.

A maior proporção de justificações chilenas que mobilizaram o medo do crime coaduna com os dados apresentados na segunda seção do trabalho, que demonstram a maior relevância da insegurança subjetiva na opinião pública daquele país.

De um lado, para justificar as mudanças legislativas, de outro para apresentar uma resposta (simbólica) ao temor, no Chile o legislador recorre com mais frequência a argumentos vinculados com a insegurança generalizada e o medo sentido pelos cidadãos.

Além dessas justificações que fizeram uso da insegurança subjetiva para fundamentar as alterações na legislação em matéria criminal (em geral, no sentido de aumento da punitividade), no Chile também foram encontradas duas mensagens do Executivo que abordaram a percepção da opinião pública e o senso comum punitivo de forma crítica (Leis 19.617/1999 e 19.856/2003), questionando as soluções simplistas adotadas e destacando que o uso da pena privativa de liberdade não é capaz de reduzir os índices de criminalidade.

Nas próximas linhas, voltamos a uma análise quantitativa da mobilização do discurso do medo do crime nas justificações dos projetos de lei, verificando se as normas relativas à criminalidade de rua e de caráter geral, se as normas tinham efeito mais ou menos punitivo, o período em que os projetos de lei foram apresentados, a matéria da norma e a origem do projeto.

No Brasil, das justificações levantadas, 41 (quarenta e uma) estavam diretamente relacionadas à criminalidade de rua e 28 (vinte e oito) eram normas de caráter geral. No Chile, 40 (quarenta) referiam-se à criminalidade de rua e 29 (vinte e nove) a normas de caráter geral.

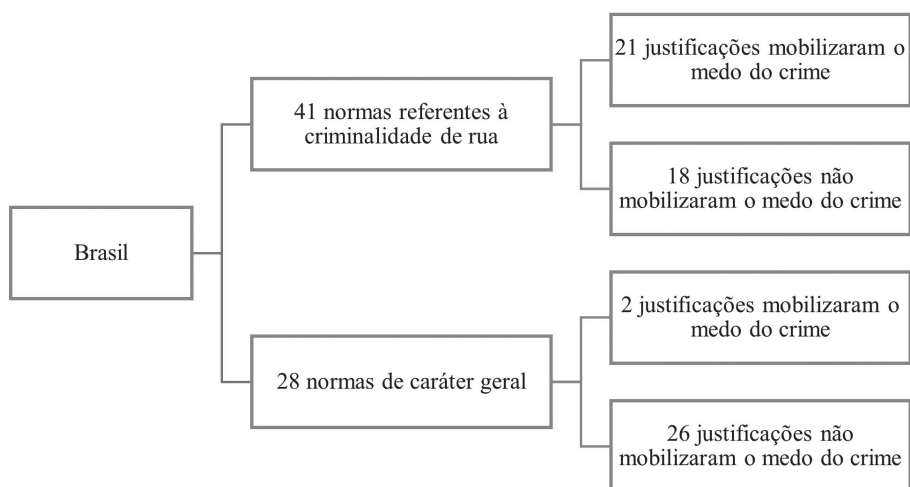
A coincidência no número de justificações, e os números muito próximos de normas relativas à criminalidade de rua e gerais²⁷ permitem uma fácil visualização dos dados quantitativos de forma comparada.

A partir dos critérios e categorias já elencados, o discurso do medo do crime se fez presente em 23 (vinte e três) justificações de projetos de lei brasileiros. No Chile, o discurso do medo do crime foi mobilizado em 34 (trinta e quatro) justificações de projetos de lei, além 2 (duas) justificações que abordaram o sentimento generalizado de insegurança de forma crítica.

A hipótese inicialmente levantada pela pesquisa – de que o medo do crime é mobilizado na elaboração de uma legislação em matéria criminal – foi corroborada pela análise documental. Em ambos os países, o discurso do medo do crime e da insegurança se fez presente em uma parcela significativa das justificações dos projetos de lei analisadas: no Brasil, em um terço delas e, no Chile, em cerca de metade. Neste último, foi possível encontrar também justificações que remetem à percepção de insegurança da opinião pública, mas questionam o senso comum punitivo, opondo-se à ideia simplista de que a gravidade das penas, rapidez ou intensidade na aplicação das sanções funcionariam como redutores da insegurança.

Também encontrou respaldo na análise documental a ideia de que o discurso do medo do crime se faria presente, especialmente, nas justificações dos projetos de lei relativos à criminalidade de rua, como se verifica nas figuras 2 e 3.

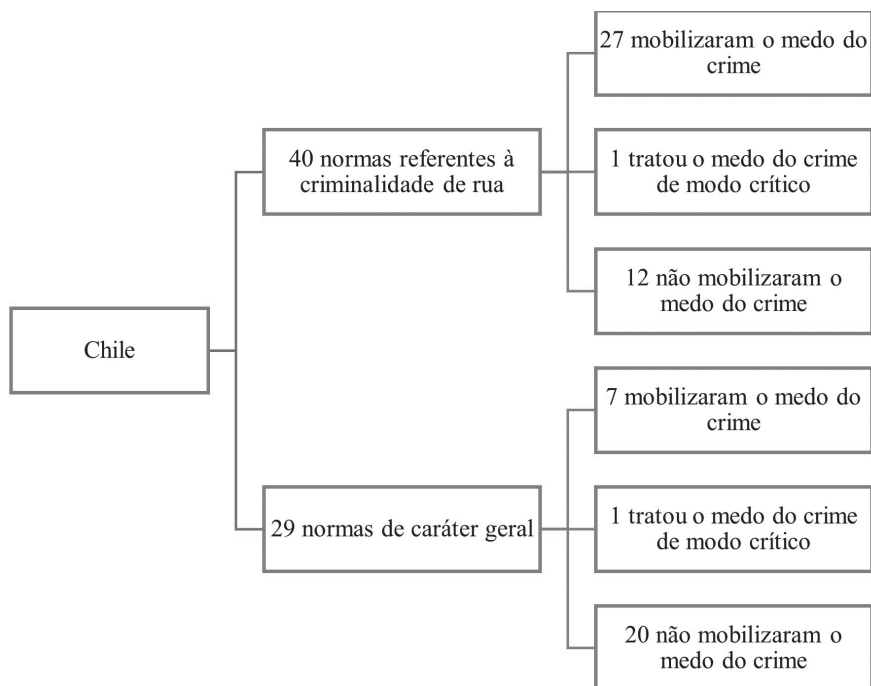
Figura 2 – Mobilização do medo do crime nas justificações do Brasil, considerando normas relativas à criminalidade de rua e de caráter geral



Fonte: elaborada pela autora.

27. Que não decorreram de uma escolha deliberada da autora, mas do processo de levantamento e classificação já descritos.

Figura 3 – Mobilização do medo do crime nas justificações do Chile, considerando normas relativas à criminalidade de rua e de caráter geral



Fonte: elaborada pela autora.

Enquanto, nas normas de caráter geral, o medo do crime foi mobilizado em 7% das justificações, naquelas relativas à criminalidade de rua, o medo do crime foi mobilizado em 54% das justificações apresentadas no Brasil.

No Chile, para as normas de caráter geral, 24% das justificações mobilizaram o medo do crime e, naquelas voltadas especificamente à criminalidade de rua, a mobilização do medo do crime se fez presente em 67,5% das justificações analisadas.

Interseccionando o efeito das normas aprovadas e a utilização do discurso do medo do crime pelo legislador, é possível afirmar que o medo é argumento potente para fundamentar a adoção de medidas mais punitivas, como a criação de novos tipos penais, aumento de penas, facilitação da persecução penal e redução de garantias processuais do acusado, a antecipação do momento da prisão, recrudescimento das condições de execução das penas, imposição de dificuldades para progressão de regime ou benefícios na execução, entre outros.

Como se verifica na tabela a seguir, entre as normas brasileiras que apresentaram como efeito maior punitividade, 53% mobilizaram o discurso do medo do crime em suas justificações. No Chile, o medo do crime foi utilizado para fundamentar 76% das normas que tiveram efeito de incremento da punitividade.

Tabela 1 – Mobilização do medo do crime nas justificações do Brasil e do Chile, considerando os efeitos da norma

Efeitos	Total	Brasil		Total	Chile		
		Mobilizam o medo do crime?			Mobilizam o medo do crime?		
		Sim	Não		Sim	Não	Crítica
Mais punitivas	34	18	16	41	31	10	0
Menos punitivas	27	3	24	21	1	19	1
Mistas	3	2	1	4	2	1	1
Neutras	5	0	5	3	0	3	0

Fonte: elaborada pela autora. Foram consideradas como *mais punitivas* as normas que resultaram em incremento punitivo, recrudescimento da persecução penal e/ou recrudescimento da execução penal. Foram consideradas *menos punitivas* as normas que resultaram em redução punitiva, ampliação de garantias processuais penais e/ou ampliação de garantias na execução penal. Considerou-se *mistas* aquelas que continham, ao mesmo tempo, normas *mais punitivas* e *menos punitivas*. Foram consideradas *neutras* aquelas normas que não trouxeram incremento nem redução punitiva em seu texto, mantendo a situação anteriormente existente quanto aos efeitos.

Foi também possível confirmar que o aumento da punitividade é a principal finalidade da utilização do discurso do medo do crime. Das 23 (vinte e três) justificações brasileiras que trouxeram o medo do crime como fundamentação, 78% resultaram em leis com efeitos exclusivamente mais punitivos, somadas a 9% que trouxeram medidas mais punitivas, embora acompanhadas por outras de caráter menos punitivo²⁸.

28. Cabe mencionar que existem três justificações que mobilizam o medo do crime, mas que resultaram em normas penais menos punitivas. A primeira delas, a Lei 9.033/1995, que “Dá nova redação ao § 1º do art. 408 do Código de Processo Penal e acaba por ampliar garantias processuais penais”, tinha por intuito inicial impedir a liberdade provisória nos crimes dolosos contra a vida, mas, ao longo da sua tramitação no Congresso, o objetivo inicial do projeto não foi alcançado, resultando, contrariamente, em norma mais garantista ao excluir o lançamento do nome do réu no rol dos culpados. No caso da Lei 9.807/1999, que “Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal”, a norma é considerada, a partir dos critérios de classificação já explicados, menos punitiva, pois reduz a pena para o delator. Na prática, porém, representa um instrumento de facilitação da pretensão punitiva

No Chile, das 34 (trinta e quatro) justificações que apresentaram o discurso do medo, 91% resultaram em medidas exclusivamente mais punitivas, e 6% eram normas de efeitos mistos²⁹.

Ao atentar para o período em que as normas foram propostas³⁰, verifica-se que o medo do crime não se fez presente em nenhuma justificação de projeto de lei nos períodos em que os países ainda estavam submetidos a ditaduras³¹. Isso se deve ao fato de que não há, entre o marco inicial da pesquisa e o fim dos respectivos períodos ditatoriais, produção de quantidade significativa de leis relacionadas à criminalidade de rua ou normas de caráter geral³². Também deve-se considerar que as ditaduras apresentavam um discurso mais voltado à segurança nacional e repressão de grupos dissidentes dos regimes, não apelando à ideia de “segurança cidadã”.

É justamente durante os respectivos processos de redemocratização que se verifica a ascensão do emprego do sentimento de insegurança pelo legislador como justificativa de seus projetos de lei, com maior intensidade e velocidade no Chile do que no Brasil. O regresso da democracia nos dois países marca o início da presença da temática da segurança cidadã no debate público, em razão do aumento das taxas de delitos³³ – considerado por Zaluar (2007,

estatal. Já a Lei 12.681/2012 não tinha, na proposta inicial, qualquer intuito de ampliação de garantias processuais penais, mas, ao longo da tramitação, foi inserido dispositivo que impede a anotação de inquéritos policiais nos atestados de antecedentes criminais.

29. Interessa notar que há uma única norma chilena que, apesar de apresentar o discurso do medo do crime em sua justificação, traz medidas de redução punitiva, ampliação de garantias processuais penais e na execução penal: a Lei 20.084/2005, que “Estabelece um sistema de responsabilidade dos adolescentes por infrações à lei penal.” A norma pode ser considerada menos punitiva por aumentar a idade de maioridade penal para 18 anos, reconhecer a natureza penal das sanções e, assim, obrigar a observação de garantias processuais penais, bem como adequa-se a convenções internacionais, trazendo garantias especiais na execução das sanções para os adolescentes. Entretanto, a despeito dos avanços em relação ao sistema tutelar anteriormente existente, a legislação apresenta forte enfoque na possibilidade de responsabilização penal dos adolescentes, que passa a ser possível a partir dos 14 anos de idade.
30. Considera-se, aqui, a data em que o projeto de lei foi proposto junto à casa legislativa, não a data em que a lei foi efetivamente aprovada e publicada. Especialmente no Brasil, e em menor medida no Chile, é comum que os projetos de lei demorem anos tramitando junto à casa legislativa antes de sua aprovação.
31. Até 15 de março de 1985 no Brasil, e 11 de março de 1990 no Chile.
32. Embora, no caso brasileiro, a reforma do Código Penal e a Lei de Execução Penal, dois marcos fundamentais na legislação em matéria criminal brasileira, tenham sido editados no final da ditadura militar.
33. Necessário salientar que, em ambos os países, a emergência das preocupações com segurança encontrou sistemas de informação pouco sistemáticos e sofisticados. No Chile, segundo Dammert (2005, p. 7), a informação de denúncias era sistematizada e publicada pelas instituições policiais sem revisão ou análise do governo ou da sociedade, situação que só foi superada ao final dos anos 1999, com a implementação de um sistema de informação de denúncias pelo Ministério da Justiça, que se converteu em fonte oficial de informação sobre o acionamento policial no país. No Brasil, as instituições de segurança pública e especialmente as polícias permaneceram, em grande parte, nos mesmos moldes do passado autoritário, pouco transparentes e refratárias ao controle social, sem dados consistentes que permitissem uma análise qualificada. Visando sanar o problema de má qualidade dos dados sobre segurança pública, o Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública foi criado em 1997, mas

p. 31) como paradoxos dos processos de democratização –, bem como a intensa cobertura dos meios de comunicação e a extrema politização da problemática (DAMMERT, 2005, p. 7).

Tabela 2 – Mobilização do medo do crime nas justificações do Brasil e do Chile por período de propositura do projeto de lei

Período	Brasil			Chile			
	Total	Mobilizam o medo do crime?		Total	Mobilizam o medo do crime?		
		Sim	Não		Sim	Não	Crítica
1981-1985	3	0	3	2	0	2	0
1986-1990	5	2	3	2	0	2	0
1991-1995	10	4	6	16	9	6	1
1996-2000	3	2	1	13	4	9	0
2001-2005	15	5	10	15	9	5	1
2006-2010	17	4	13	7	5	2	0
2011-2015	12	5	7	9	5	4	0
2016-2020	4	2	2	5	2	3	0

Fonte: elaborada pela autora.

Como demonstrado na tabela anteriormente citada, no Chile, os períodos em que o medo do crime foi proporcionalmente mais utilizado pelo legislador nas justificativas foram entre 1991 e 1995 (quando 56% dos projetos apresentados referiam-se ao medo do crime), e entre 2001 e 2010 (quando 64% dos projetos apresentados referiram-se ao medo do crime). Nos outros períodos analisados, sua operação manteve-se consistente. No Brasil, por sua vez, não é possível falar em períodos em que o medo do crime é consideravelmente mais mobilizado do que em outros.

Ao cruzar os dados quantitativos das matérias a que se referem as normas³⁴ e a presença do discurso do medo do crime nas justificações, verifica-se que a mobilização da sensação de

ainda hoje a deficiência crônica de dados e informações não foi superada no país. Em que pese as limitações das estatísticas oficiais sobre criminalidade e segurança, há uma tendência dominante da literatura da sociologia da violência e das agências oficiais, tanto do Brasil quanto do Chile, em afirmar a presença de uma tendência crescente de delitos logo após a redemocratização dos dois países.

34. Como já explicado anteriormente, nas notas metodológicas, optou-se pela classificação por matéria em: *direito penal, direito processual penal, execução penal, dispositivos penais em lei de outra matéria, dispositivos processuais penais em lei de outra matéria ou dispositivos de execução penal em lei de outra matéria*.

insegurança se dá, principalmente, nas normas de direito penal material: no Brasil, 68% das normas penais analisadas apresentam em suas justificações o discurso do medo e, no Chile, 58%.

Tabela 3 – Mobilização do medo do crime nas justificações do Brasil e do Chile, considerando a matéria da norma

Matéria	Brasil			Chile			
	Total	Mobiliza medo do crime?		Total	Mobiliza medo do crime?		
		Sim	Não		Sim	Não	Crítica
Direito Penal	19	13	6	36	21	14	1
Dispositivos de Direito Penal em leis de outra matéria	2	1	1	2	2	0	0
Direito Processual Penal	38	12	24	40	20	19	1
Dispositivos de Direito Processual Penal em leis de outra matéria	3	2	1	0	0	0	0
Execução Penal	19	3	16	10	1	8	1
Dispositivos de Execução Penal em leis de outra matéria	1	0	1	1	0	1	0

Fonte: elaborada pela autora. *Nota:* A soma das normas por matéria é superior ao número de justificações analisadas (69 no Brasil e 69 no Chile), pois diversas leis tratavam de mais de uma matéria.

Interessante notar que no Chile, de forma muito mais pronunciada do que no Brasil, o discurso do medo é também mobilizado nas justificações das inovações normativas de direito processual penal (50%). Tal ocorrência pode ser justificada pela profunda reforma processual penal verificada no país após o fim da ditadura pinochetista, marcada por um forte caráter democrático, com a adoção de um sistema processual acusatório e a determinação de garantias aos acusados. No entanto, pouco tempo após a reforma, avança a preocupação securitária e as garantias processuais passam a ser abordadas como sinônimo de impunidade e leniência com os criminosos, de modo que o legislador passa a demandar alterações voltadas para o recrudescimento da punição.

Averiguou-se também a relação entre a presença do discurso do medo do crime na justificação e a origem do projeto de lei objeto de análise: se proveniente do *Poder Executivo*, da *Câmara dos Deputados* ou *Senado*. No Brasil, um dos projetos de lei foi apresentado por uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, compostas por senadores e deputados, e outro

projeto foi subscrito por Ministro da Justiça, Secretária de Direitos Humanos e uma deputada. Em razão desses dois projetos, acrescentou-se a categoria de projetos de origem *mista*.

Tabela 4 – Mobilização do medo do crime nas justificações do Brasil e do Chile, considerando a origem do projeto de lei

Origem	Brasil			Chile			
	Total	Mobiliza medo do crime?		Total	Mobiliza medo do crime?		
		Sim	Não		Sim	Não	Crítica
Poder Executivo	17	3	14	37	16	19	2
Câmara dos Deputados	29	13	16	24	16	8	0
Senado	21	7	14	8	2	6	0
Mista	2	0	2	0	0	0	0

Fonte: elaborada pela autora.

É possível verificar que o medo do crime, em ambos os países, é mobilizado principalmente pelos deputados. No Brasil, a prevalência dos projetos de origem da Câmara dos Deputados é especialmente destacada: entre todas as justificações que apresentaram o discurso do medo, 56% eram de projetos apresentados por deputados federais. O Senado brasileiro também mobiliza consideravelmente o discurso do medo, mas, nos projetos oriundos do Executivo, esse discurso aparece em muito menor medida.

No Chile, é relevante a quantidade de normas de caráter geral e direcionadas à criminalidade de rua propostas pelo Poder Executivo: mais da metade das normas analisadas foram apresentadas pelo presidente, vice-presidente e ministros, e o discurso do medo é manifesto em 43% delas. São também do Executivo as duas justificações que abordam a insegurança subjetiva de forma crítica.

Dos projetos apresentados por deputados chilenos, 67% mobilizaram o medo do crime sentido pela população em suas justificações. Interessante notar que esses projetos foram subscritos, em sua maioria, por um grande número de deputados, e diversas vezes agregaram como autores do mesmo projeto representantes de diferentes partidos políticos.

4.3. *Categorias de medo do crime mobilizadas pelo legislador brasileiro e chileno*

A identificação do discurso do medo do crime nas justificações dos projetos de lei foi realizada por meio de oito categorias que apontamos como modos de produção de discurso do medo. Tais discursos – marcados pela situação social, historicidade, relações com o político

e imaginário constitutivo – dão protagonismo ao sentimento de insegurança experimentado pela população de seus respectivos países, apropriando-se dele para justificar a adoção de uma legislação em matéria criminal mais punitiva, ao mesmo tempo em que apela a punição como modo simbólico de enfrentamento dos problemas sociais.

Como já mencionado, o discurso do medo do crime se apresenta nas justificações com a menção expressa à sensação de insegurança sentida pela população, referência ao aumento do número de delitos, alegações sobre impunidade, alusão a casos e temáticas de repercussão midiática, caracterização do criminoso como inimigo, associação da satisfação à vítima com a punição, identificação entre a proteção estatal e a aplicação da punição ou a busca por estabelecer uma relação entre a lei proposta e delitos que geram comoção social.

As justificações, tanto no Brasil como no Chile, desenvolveram no mesmo texto mais de um modo de produção do discurso do medo.

É importante mencionar que, em geral, as exposições de motivos e justificações dos projetos de lei brasileiras têm textos muito mais curtos do que aqueles verificados no Chile, um indicativo de sua (falta de) densidade e consistência³⁵. As categorias de medo anteriormente relacionadas, em muitos casos, estão contidas em uma única frase ou parágrafo curto, o que é sintoma não de sua desimportância, mas da própria concisão das justificações apresentadas pelo legislador brasileiro.

Dito isso, foi possível identificar que principais categorias de produção do discurso do medo do crime apresentadas nas justificações brasileiras são o aumento do número de delitos e a caracterização do criminoso como inimigo, mobilizados em 11 (onze) justificações cada um.

Entre as justificações que se referem ao aumento do número de delitos como justificativa para o incremento da punitividade estatal, somente uma apresentou dados com vistas a comprovar tais alegações, e estes dados referiam-se somente a três unidades da federação, sem citação da fonte.

Acerca da caracterização do criminoso como inimigo, algumas das justificações argumentam que a redução ou eliminação de garantias seria necessária para que fosse aplicada a punição a determinados tipos de criminosos, em uma lógica de *periculosidade/inimigo*, enquanto em outras é apresentada uma caracterização do criminoso num paradigma de monstruosidade e extrema violência, características que exigiriam seu controle e exclusão em prol da proteção da sociedade.

Em nove das justificações analisadas, o legislador aduz a obrigação do estado na promoção da segurança e combate a condutas socialmente danosas, identificando a proteção estatal com o incremento da punitividade.

O sentimento generalizado de insegurança foi expressamente mencionado em seis das justificações, descrevendo a sociedade brasileira como perplexa, atemorizada, aterrorizada, estarrecida, em pânico e que, portanto, demandaria com urgência uma resposta estatal a essa insegurança experimentada.

35. Resultado similar foi encontrado por Machado et al. (2009) quando da análise de projetos de lei distintos destes que são objeto deste trabalho.

Outro expediente comum utilizado pelo legislador brasileiro foi a busca por estabelecer uma relação entre o objeto da norma proposta – alteração processual penal, ou criminalização e aumento de pena de determinadas condutas – com outros delitos, causadores de maior comção social, mas que não eram tema específico da legislação alterada.

O argumento da impunidade apareceu em normas de direito processual penal, nas quais as garantias de presunção de inocência foram questionadas, bem como o tempo de duração dos processos, e normas de direito material, argumentando que as lacunas da legislação impediam a punição do criminoso.

A menção à repercussão midiática apareceu em quatro justificações, ora citando casos específicos que ganharam a atenção da mídia, ora mencionando a notícia de casos pela mídia de forma geral ou a existência de uma campanha promovida por meio da mídia para alteração da norma.

A necessidade de aplicar a punição como satisfação à vítima de delito foi verificada em apenas uma das justificações analisadas.

No Chile, a frequência e as formas de mobilização das categorias se dão de forma distinta daquela verificada no Brasil.

Analisando o conteúdo das justificações chilenas, constata-se que a categoria de medo do crime mais mobilizada pelo legislador foi a identificação entre a proteção que deve ser oferecida pelo Estado aos seus cidadãos com a aplicação da pena: foi apresentada com frequência a necessidade de o Estado demonstrar força e a obrigação estatal de resolver as questões sociais que afligem a comunidade por meio do aumento de penas, aplicando-as o mais rapidamente possível, ou aumentando o poder de atuação do policial.

Em seguida, tem-se as justificações que fizeram uso das categorias de menção expressa à sensação de insegurança e aumento do número de delitos, que aparecem em 16 (dezeses) justificações cada uma.

Ao mencionar expressamente a sensação de insegurança experienciada pela população chilena – diferentemente do Brasil, em que esta é apresentada principalmente por meio de adjetivações – o legislador argumenta que a delinquência e a segurança pública são os problemas que mais preocupam a população, que altera todas as formas de convivência e afeta todas as atividades do país, por vezes citando diretamente pesquisas de opinião. O texto esforça-se para demonstrar preocupação do legislador não só com o fenômeno do crime em seu aspecto objetivo, mas também com o sentimento experienciado, as percepções dos cidadãos e a sensibilidade ante a delinquência, declarando que a alteração legislativa se faz necessária para satisfazer a opinião pública.

Acerca das justificações que apresentam o aumento do número de delitos como fundamento, metade delas referiu-se a dados estatísticos, enquanto metade alegou o aumento da criminalidade sem apresentar um respaldo objetivo. Embora alguns dos dados apresentados tenham sido enviesados pelo proponente da norma, a preocupação com trazer dados do legislador chileno é maior do que aquela do legislador brasileiro.

Outra categoria de produção do discurso do medo bastante mobilizado pelo legislador chileno foi a impunidade, que apareceu em 14 (quatorze) justificações visando alterar normas

processuais penais para facilitar a denúncia, agilizar a punição – inclusive, antes da instrução processual –, dar mais discricionariedade aos policiais, impedir benefícios na execução penal.

A necessidade de aplicação da pena como forma de satisfação dos interesses da vítima apareceu em 11 (onze) das justificativas chilenas analisadas, o que justificaria a aplicação da pena da forma mais dura e com a maior celeridade possível.

A referência à repercussão midiática foi verificada em três justificações chilenas, tendo duas citado casos específicos que ganharam a atenção da mídia e causaram comoção pública, e uma modalidade de delito fartamente noticiada. Também foram três as justificações que caracterizaram o criminoso como inimigo, por meio da retórica da periculosidade generalizada daqueles que ingressam no sistema de justiça criminal ou argumentando a necessidade de tratamento diferenciado, visando eliminar do convívio público, determinados delinquentes.

Só duas das justificações chilenas fizeram uso da estratégia de vincular a alteração de normas processuais a casos que geram grande comoção social.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio das pesquisas de opinião e possível verificar a prioridade dada ao medo do crime pela opinião pública, tendo em consideração o conjunto de problemas públicos e sociais, como é o caso das pesquisas do Latinobarômetro (2022). No Chile, a delinquência se situa no topo do *ranking* dos principais problemas do país consistentemente entre os anos de 2005 e 2018, e atinge o seu pico nesse último, mencionada por quase 40% das pessoas entrevistadas. Somente com a crise econômica aguda decorrente da pandemia é que ela perde essa posição. No Brasil, o índice de pessoas que apontam a segurança pública como principal problema do país é, em geral, mais baixo do que no Chile, embora seja sempre expressivo.

Quando a opinião pública posiciona a criminalidade e a delinquência como principal problema do país, ou entre os principais, os agentes públicos passam a buscar estratégias para dar resposta às demandas dos cidadãos.

A agenda da segurança é incorporada como uma fonte de capital e disputa política, e as fronteiras ideológicas entre a direita e a esquerda se diluem. Torna-se recorrentes, desde os governos locais até o âmbito nacional, ações e discursos políticos que fazem referências a campanhas contra a delinquência. A população, por outro lado, tende a apoiar respostas imediatistas e simplistas para os problemas com segurança e delinquência.

A disseminação do medo do crime e das preocupações com segurança e delinquência permitem a emergência e consolidação do populismo punitivo, que se incorpora às estruturas sociais, reconfigura o poder penal nas sociedades contemporâneas e promove discursos de ódio voltados contra o desviante e o apoio a medidas extremas em nome do controle do crime.

Ante o papel ocupado pelo Estado neoliberal, o aumento das preocupações com segurança e a insatisfação da população com o *establishment* político e judiciário, os políticos populistas (especialmente de direita) constroem suas imagens como se fossem “antissistema”, reclamando que as leis, o executivo e o judiciário são lenientes no combate à criminalidade,

sustentando estratégias punitivas e vingativas em franca oposição ao garantismo e à reabilitação do condenado (CHEVIGNY, 2003, p. 79).

A retórica de que os eleitores estão constantemente ameaçados pela criminalidade e que as políticas garantistas ou reabilitadoras irão deixá-los ainda mais inseguros é também amplamente utilizada no espectro da esquerda política (salvo raras exceções). No campo do controle do crime, as fronteiras ideológicas entre direita e esquerda se dissolvem, a criminalização, ampliação de penas e redução de garantias são apresentadas, tanto por um quanto por outro, como a panaceia para todos os males – mesmo para aqueles políticos que têm consciência do quão prejudicial é para a democracia.

A pesquisa empírica realizada foi capaz de demonstrar que o medo do crime tem significativa influência na produção de uma legislação mais repressivista e menos garantista. A comparação entre Brasil e Chile foi capaz de demonstrar que o medo do crime – e não a criminalidade – tem um efeito significativo na produção legislativa: o Chile, com menores taxas de criminalidade objetiva, mas com taxas mais elevadas de insegurança subjetiva, apresentou uma influência mais forte do medo do crime na modificação da legislação em matéria criminal, com o discurso do medo do crime encontrado em metade das justificações analisadas. No Brasil, embora em menor proporção, o discurso do medo do crime também se fez significativamente presente, verificado em um terço das justificações, evidenciando sua influência na legislação criminal produzida.

O discurso do medo do crime foi verificado, especialmente, nas justificações dos projetos de lei relativos diretamente à *criminalidade de rua* e foi utilizado com a finalidade de aumentar a punitividade. A maioria das justificações embasadas no medo eram de direito penal, mas no Chile, de forma muito mais pronunciada do que no Brasil, o discurso do medo também foi largamente mobilizado para justificar alterações nas normas processuais penais.

Apesar de a maior parte dos projetos de lei que mobilizam o medo do crime em suas justificações terem sido apresentados por políticos de direita e centro-direita, aqueles apresentados por políticos da centro-esquerda e esquerda também são de número expressivo. No Chile, chama a atenção o fato de muitos projetos virem assinados por diversos parlamentares, onde para propor maior criminalização e redução de direitos e garantias fundamentais do acusado, unem-se políticos dos mais diversos espectros políticos. No Brasil isso ocorre, mas em menor medida.

O medo do crime e a sensação de insegurança da população não são fenômenos que podem ser minimizados ou desprezados. A legislação penal, processual penal e de execução penal produzida com o fomento desse medo tem caráter profundamente excludente e anti-democrático.

É especialmente relevante, e também urgente, olhar para as formas de consolidação do estado punitivo no momento em que ameaças autoritárias pairam, de forma evidente, sobre a América Latina. Tanto no Brasil como no Chile, as direitas tradicionais perderam espaço para aquelas que defendem abertamente as ditaduras militares e o seu legado e pregam a exclusão e a eliminação daqueles considerados inimigos. Não nos deixemos enganar: o populismo punitivo não é um projeto popular, mas, ao contrário, extremamente prejudicial à democracia, deixando as portas abertas para o autoritarismo político e social.

À classe política comprometida com a democracia é necessária uma tomada de posição: a democracia deve ser pensada de forma “maximalista”, sem espaços para exclusão dos marginalizados e criminalizados. É primordial abandonar qualquer discurso pautado na criminalização como resposta simbólica aos problemas sociais. É preciso se posicionar abertamente contra o projeto de controle e encarceramento massivo em curso, e também contra a violência cotidianamente empreendida pelas forças de segurança. É imprescindível implementar propostas que promovam, de fato, a segurança dos cidadãos sem violar os direitos dos desviantes.

6. REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio. *A gestão urbana do medo e da insegurança: violência, crime e justiça penal na sociedade brasileira contemporânea*. 1996. 282 f. Tese (Livre-Docência em Ciências Humanas). Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 1996.
- ADORNO, Theodor W. *Estudos sobre a personalidade autoritária*. Trad. Virginia Helena Ferreira da Costa, Francisco López Toledo Corrêa, Carlos Henrique Pissardo. São Paulo: Editora Unesp, 2019.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A colonização da justiça pela justiça penal: potencialidades e limites do Judiciário na era da globalização neoliberal. *Revista Katálysis*, v. 9, n. 1, p. 11-14, jan. 2006. Disponível em: [www.scielo.br/j/rk/a/Mx-4DHxgJKgJwY5ttmPyWWzQ/?format=pdf&lang=pt]. Acesso em: 17.12.2022.
- ANSELM, Manuel. *Populism: an introduction*. Trad. Laura Fano Morrissey. Nova York: Routledge, 2018.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2011.
- BARRIOS RODRIGUEZ, David. Trayectorias contemporâneas del miedo en América Latina; *Amérique Latine Histoire et Mémoire*, Les Cahiers ALHIM, n. 34, 2017. Disponível em: [http://journals.openedition.org/alhim/5751]. Acesso em: 04.06.2020.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, p. 411-436, 2008. Disponível em: [www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67812/70420]. Acesso em: 08.11.2020.
- BOKANY, Vilma (Coord.). *Pesquisa de opinião pública: segurança pública: janeiro de 2015*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo; Fundação Rosa Luxemburgo, 2015. Disponível em: [http://novo.fpabramo.org.br/media/18748]. Acesso em: 18.01.2017.
- CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

- CHARADEAU, Patrick. *Discurso Político*. Trad. Fabiana Komesu e Dilson Ferreira da Cruz. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2011.
- CHEVIGNY, Paul. The populism of fear: Politics of crime in the Americas. *Punishment & Society*, v. 5, n. 1, p. 77-96, 2003. Disponível em: [<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1462474503005001293?journalCode=puna>]. Acesso em: 21.05.2020.
- CODATO, Adriano Nervo. Uma história política da transição brasileira: da ditadura militar à democracia. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 25, p. 83-106, nov. 2005. Disponível em: [www.scielo.br/j/rsocp/a/yMwgJMTKNWTwG-qYTZMzcPhM/?format=pdf&lang=pt]. Acesso em: 11.11.2022.
- CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- DAMMERT, Lucia. *Violencia criminal y seguridad ciudadana en Chile*. Santiago: Naciones Unidas, 2005.
- DAMMERT, Lucia; ARIAS, Patricia. La construcción de una sociedad temerosa: crimen y castigo en Chile. In: ISLA, Alejandro (comp.). *En los márgenes de la ley: inseguridad y violencia en el Cono Sur*. Buenos Aires: Paidós, 2007. p. 177-210.
- DAMMERT, Lucia; LAGOS, Marta. *La seguridad ciudadana: el problema principal de América Latina*. Corporación Latinobarómetro: Lima, 2012.
- FBSP – FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2015. Disponível em: [https://forumseguranca.org.br/storage/9_anuario_2015.retificado_.pdf]. Acesso em: 19.11.2017.
- FBSP – FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Medo da violência e o apoio ao autoritarismo no Brasil: índice de propensão ao apoio a posições autoritárias*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/10/FBSP_indice_propensao_apoio_posicoes_autoritarios_2017_relatorio.pdf]. Acesso em: 22.01.2018.
- FBSP – FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Violência e democracia: panorama brasileiro pré-eleições de 2022: percepções sobre medo de violência, autoritarismo e democracia*. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Disponível em: [<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/09/pesquisa-violencia-e-democracia-2022-fbsp-raps.pdf>]. Acesso em: 17.09.2022.
- FERREIRA, Jorge (Org.). *O populismo e sua história: debate e crítica*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar: a escola do mundo às avessas*. Trad. Sérgio Faraco. São Paulo: L&PM Pocket, 2010.
- GARLAND, David. As contradições da sociedade punitiva: o caso britânico. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 13, p. 59-80, nov. 1999. Disponível em: [www].

- scielo.br/j/rsocp/a/gDHjvtQy9VR7Ft6vZRF9gZt/?format=pdf&lang=pt]. Acesso em: 18.03.2018.
- GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- GARRETÓN, Manuel Antonio. A redemocratização no Chile: transição, inauguração e evolução. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 27, p. 59-92, 1992. Disponível em: [www.scielo.br/j/ln/a/BZ4CHqL5kYsy9v3rpVR3Qn/?format=pdf&lang=pt]. Acesso em: 11.11.2022.
- GOMES, Angela de Castro. O populismo e as ciências sociais no Brasil: o populismo e sua história. *Tempo*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 31-58, 1996.
- HALE, Chris. Fear of crime: A review of the literature. *International Review of Victimology*, v. 4, n. 2, p. 79-150, 1996. Disponível em: [https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/026975809600400201journals.sagepub.com/doi/10.1177/026975809600400201]. Acesso em: 12.08.2019.
- IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Características da vitimização e do acesso à justiça no Brasil*: 2009. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=247311]. Acesso em: 15.12.2022.
- IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*: vitimização: furtos e roubos em 2021. Rio de Janeiro: IBGE, 2022a. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101983]. Acesso em: 15.12.2022.
- IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*: vitimização: sensação de segurança em 2021. Rio de Janeiro: IBGE, 2022b. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101984]. Acesso em: 15.12.2022.
- INE – INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. *6ª Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana*: ENUSC 2009. Santiago (Chile): INE, 2010. Disponível em: [www.ine.gob.cl/docs/default-source/seguridad-ciudadana/publicaciones-y-anuarios/2009/s%C3%ADntesis-de-resultados---vi-enusc-2009.pdf?sfvrsn=8cd562d2_2]. Acesso em: 15.12.2022.
- INE – INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. *8ª Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana*: ENUSC 2011. Santiago (Chile): INE, 2012. Disponível em: [www.ine.gob.cl/docs/default-source/seguridad-ciudadana/publicaciones-y-anuarios/2011/s%C3%ADntesis-de-resultados---viii-enusc-2011.pdf?sfvrsn=6efbeb1_2]. Acesso em: 15.12.2022.
- INE – INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. *Informe anual de estadísticas policiales 2020*. Santiago (Chile): INE, 2021. Disponível em: [www.ine.gob.cl/docs/default-source/estadisticas-policiales-y-judiciales/publicaciones-y-anuarios/reporte-estadistico/informe-anual-estad%C3%ADsticas-policiales_2020-reporte.pdf?sfvrsn=667167cb_2]. Acesso em: 15.12.2022.

- INE – INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. *18ª Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana*: ENUSC 2021. Santiago (Chile): INE, 2022. Disponível em: [www.ine.gob.cl/docs/default-source/seguridad-ciudadana/publicaciones-y-anuarios/2021/s%C3%ADntesis-de-resultados-18-enusc-2021.pdf?sfvrsn=3ffa352a_2]. Acesso em: 15.12.2022.
- JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos sediciosos*, v. 1, n. 1, p. 79-92, 1996.
- KARAM, Maria Lúcia. A “esquerda punitiva”: vinte e cinco anos depois. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.
- KESSLER, Gabriel. La extensión del sentimiento de inseguridad en América Latina: relatos, acciones y políticas en el caso argentino. *Revista Sociología Política*, Curitiba, v. 19, n. 40, p. 103-114, out. 2011.
- LATINOBARÓMETRO. *Base de Datos*: Opinión Pública Latinoamericana. Santiago (Chile), 2022. Disponível em: [www.latinobarometro.org/latContents.jsp]. Acesso em: 15.12.2022.
- LECHNER, Norbert. Some people die of fear: fear as a political problem. In: CORRADI, Juan; WEISS FAGEN, Patricia; GARRETÓN, Manuel Antonio (eds.). *Fear at the edge: state terror and resistance in Latin America*. Berkeley: University of California Press, 1992. p. 26-35.
- MACHADO, Maira Rocha et al. *Análise das justificativas para a produção de normas penais*. Brasília: Ministério da Justiça/PNUD, 2010.
- MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan (Coord.). *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2010.
- MORALES PEILLARD, Ana María. La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden. *Política criminal*, v. 7, n. 13, p. 94-146, 2012. Disponível em: [www.scielo.cl/pdf/politcrim/v7n13/art03.pdf]. Acesso em: 11.06.2022.
- NOELLE-NEUMANN, Elisabeth. *La spirale del silencio*: per una teoria dell’opinione publica. Trad. Sabra Befani. Roma: Metelmi, 2002.
- PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo*: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: Método, 2003.
- PASTANA, Débora Regina. *Política e punição na América Latina*: uma análise comparativa acerca da consolidação do Estado Punitivo no Brasil e na Argentina. Rio de Janeiro: Revan, 2019.
- PRATT, John. *Penal Populism*. Nova York: Routledge, 2007.

- SADER, Emir; GENTILI, Pablo. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- SAFATLE, Vladimir. *O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.
- SIMON, Jonathan. *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- SOTO NAVARRO, Susana. La delincuencia en la agenda mediática. *Revista española de investigaciones sociológicas*, v. 112, n. 1, p. 75-130, 2005. Disponível em: [www.ingentaconnect.com/content/cis/reis/2005/00000112/00000001/art00003#]. Acesso em: 18.06.2022.
- SOZZO, Máximo. ¿Qué es el populismo penal? [Entrevista concedida a] Andrés Gómez e Fernanda Proaño. *Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*. Quito, n. 11, p. 117-122, mar. 2012. Disponível em: [www.redalyc.org/pdf/5526/552656551011.pdf]. Acesso em: 08.04.2019.
- SOZZO, Máximo (Org.). *Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017.
- WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- ZALUAR, Alba. Democratização inacabada: fracasso da segurança pública. *Estudos Avançados*, v. 21, p. 31-49, 2007. Disponível em: [www.scielo.br/j/ea/a/MZWRj-Q7yGKVvZJXGsg8SVxD/?format=pdf&lang=pt]. Acesso em: 12.02.2016.



PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Legislação penal do medo: compreendendo os impactos e as distorções do medo do crime na atividade legislativa penal, de Eduardo Bolsoni Riboli e Andressa Batista Lopes – *RBCCrim* 147/273-310.

POLÍTICA CRIMINAL LEGISLATIVA NO BRASIL: O AVANÇO DE UM CAMPO AUTÔNOMO DE PESQUISA (2013-2023)

LEGISLATIVE CRIMINAL POLICY IN BRAZIL: THE PROGRESS OF AN AUTONOMOUS FIELD OF RESEARCH (2013-2023)

CAROLINA COSTA FERREIRA

Doutora em Direito, Estado e Constituição (UnB). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/5101049656368655>]

ORCID: [<http://orcid.org/0000-0003-0664-9559>]

Carolina.ferreira@idp.edu.br

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.11094687>]

Autora convidada

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo identificar o processo de construção da Política Criminal Legislativa como campo autônomo de pesquisa, nos últimos dez anos, no Brasil. Para tanto, o artigo conceituará a política criminal legislativa a partir de uma revisão sistemática de literatura no Portal de Teses e Dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), com o objetivo de identificar principais autores e autoras do campo, indicando quais são e foram os elementos de pesquisa mais investigados de 2013 a 2023; ao final, o trabalho apontará lacunas nas agendas de pesquisa e temas mais recorrentes, projetando as possibilidades de discussão e de intervenção no campo político-crime brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Política Criminal Legislativa – Políticas Públicas – Legística – Processo Legislativo Criminal – Populismo Penal.

ABSTRACT: This paper aims to identify the process of building Legislative Criminal Policy as an autonomous field of research over the last ten years in Brazil. To this end, the article will conceptualize legislative criminal policy based on a systematic literature review: it will identify the main authors in the field, indicating which research elements have been most investigated in the last decade; in the end, the work will be able to point out gaps in the research agendas and the most recurrent themes, projecting the possibilities for discussion and intervention in the Brazilian political-crime field.

KEYWORDS: Legislative Criminal Policy – Public Policy – Legislation Science – Criminal Legislative Process – Criminal Populism.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Política criminal: um conceito caleidoscópico. 3. Resultados da revisão sistemática de literatura. 4. Perguntas para o futuro: o que esperar das agendas de pesquisa sobre Política Criminal Legislativa?. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Política Criminal, como ciência autônoma em um modelo (democrático) de ciências criminais, tem sido objeto de cada vez mais trabalhos no Brasil, sobretudo o campo que denominamos “Política Criminal Legislativa”. A análise e a interpretação do processo legislativo, sobretudo o que se passa no Congresso Nacional, é muito importante para que possamos pensar em chaves de aperfeiçoamento e de participação social nesse momento pré-legislativo, tão relevante para que possamos pensar na estrutura de proteção a bens jurídicos relevantes e à manutenção das garantias processuais penais definidas na Constituição Federal.

O presente artigo representa a continuidade de muitos estudos, palestras, pesquisas empíricas a que me dediquei, nos últimos doze anos, sobre questões político-criminais que permeiam o cotidiano brasileiro. Em média, são aprovadas 6 (seis) novas leis penais ou processuais penais, por ano, no Brasil, conforme acompanhamento legislativo apresentado em trabalho anterior, que atualizo a cada 31 de dezembro (FERREIRA, 2017, p. 69); os dados indicam uma discreta queda na taxa nos três primeiros anos da década de 2020, a qual chegava a 7 (sete) novas leis até a década de 2010. De toda forma, a intensa produção legislativa nos remete à necessidade de investigação a respeito das motivações e articulações que movem o Congresso Nacional no campo da criminalização e da descriminalização de condutas, na mudança de dispositivos penais e processuais penais, na alteração de procedimentos processuais penais.

Pensando na Política Criminal como campo de estudo cada vez mais desenvolvido no Brasil, o presente trabalho apresentará o estado da arte da chamada “Política Criminal Legislativa” e a necessidade de uma aproximação ao conceito de política pública, na linha dos estudos propostos por Maria Paula Dallari Bucci (2006, 2013) e Rafael Strano (2022). A falta de conhecimento de conceitos básicos da teoria de políticas públicas, aliada a uma amarração, a uma abordagem positivista do Direito e das Ciências Criminais.

Na segunda seção do texto, especialmente, indicarei os principais textos produzidos sobre o assunto no Brasil. Para tanto, a metodologia se concentrará na revisão sistemática de literatura, a se realizar por meio do acesso ao Portal de Teses e Dissertações da Capes¹, com as palavras-chave “política criminal” e “políticas criminais”. Foi elaborada uma planilha, que identifica autor/a, título do trabalho, ano de publicação, Unidade da Federação em que se situa o/a autor/a ou universidade a que está vinculado/a, principais referências ou marcos teóricos utilizados no trabalho e principais argumentos sistematizados em cada um dos trabalhos identificados. Na seção seguinte, serão expostos resultados desta revisão de literatura,

1. Disponível em: [<https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/>]. Acesso em: 20.04.2024.

FERREIRA, Carolina Costa. Política criminal legislativa no Brasil: o avanço de um campo autônomo de pesquisa (2013-2023). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 203. ano 32. p. 63-80. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024. DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.11094687>]

indicando os pontos de encontro e de distanciamento entre os trabalhos encontrados. Espera-se que, com a revisão sistemática de literatura organizada, possa-se compreender se a Política Criminal Legislativa pode ser considerada campo autônomo de pesquisa, no Brasil, em interlocução com estudos que a associem à Criminologia, à Política Criminal, aos estudos dogmáticos do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Além disso, o estudo será importante para situar se a Política Criminal Legislativa pode ser pensada como porta de entrada aos estudos associados à Legística (material e formal) (FERREIRA, 2017), às dinâmicas e rupturas próprias do Poder Legislativo, às crises institucionais e ao uso da criminalização primária como reforço do populismo penal punitivo (CAMPOS; AZEVEDO, 2014), à definição de política pública criminal (STRANO, 2022; RAMOS, 2023) entre outras questões candentes para as ciências criminais no Brasil.

2. POLÍTICA CRIMINAL: UM CONCEITO CALEIDOSCÓPICO

A Política Criminal, desde a concepção lisztiana da *gesamte Strafrechtswissenschaft*, traduzida como “modelo de ciência penal integrada” ou “ciência penal global”, apresenta diferentes conceitos e premissas. Para Juarez Cirino dos Santos (2002, p. 53), a política criminal é “o programa oficial de controle do crime e da criminalidade”, delimitando sua atuação à representação do Código Penal, compreendendo que “o instrumental básico de política criminal de qualquer código penal é constituído pelas penas criminais”. O conceito, ainda que sucinto, é uma excelente provocação para as ciências criminais, em especial porque apresenta uma ideia advinda do campo das Políticas Públicas – programa – para apresentar, no modelo de ciência penal global, o conjunto de estudos que tensiona com as Criminologias² e com a Dogmática Penal. Por estar entre Criminologias e Direito Penal, a Política Criminal, em muitas produções legislativas, judiciais e acadêmicas, se insere em um “meio-termo”, sem a devida explicação a respeito de seu desenvolvimento ou conceito.

Por sua vez, Mireille Delmas-Marty (2004, p. 42) dialogou com o clássico conceito de Política Criminal de Feuerbach (“o conjunto dos procedimentos repressivos por meio dos quais o Estado reage contra o crime”) para compreender, para além do conceito de reação ao crime – ou controle da criminalidade, como vimos na concepção anterior –, que a política criminal é “o conjunto de procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”. Assim, a autora amplia o alcance da titularidade das políticas criminais não só ao Estado, mas a toda a sociedade, além de mudar o foco da “reação estatal” para

-
2. Utilizo, no presente texto, o plural para enunciar as diversas concepções criminológicas, na linha do que ensina Vera Regina Pereira de Andrade (1996), ao entender que, no Brasil, os paradigmas etiológico e da reação social se organizaram em diferentes correntes teóricas, que se articulam em diferentes programas de política criminal. Também entendo que os caminhos das Criminologias Críticas nos trazem muitas possibilidades de enfrentamento a questões urgentes, como o encarceramento em massa, a irracional política criminal de drogas, o racismo institucional, entre tantos outros temas enfrentados pelo campo das ciências criminais. Sobre esses caminhos, ver Ferreira, 2016.

a “organização das respostas”, o que dá à própria política criminal um conceito mais amplo e estratégico.

O conceito mais completo e provocativo sobre Política Criminal vem de Nilo Batista, em seu clássico “Introdução crítica ao Direito Penal”:

“Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se política criminal. Segundo a atenção se concentre em cada etapa do sistema penal, poderemos falar em política de segurança pública (ênfase na instituição policial), política judiciária (ênfase na instituição judicial) e política penitenciária (ênfase na instituição prisional), todas integrantes da política criminal.” (BATISTA, 2007, p. 34).

Vera Regina Pereira de Andrade situou a “Política Criminal contemporânea” em movimentos de continuidade e descontinuidade do controle penal:

“Por Política Criminal contemporânea, sobretudo no marco euro-americano, entendo, portanto, e quero circunscrever o campo dos movimentos-modelos de controle penal, entendidos como respostas teórico-práticas à crise do sistema penal, as quais, ao respondê-las, coconstituem o próprio sentido da crise. Tais são os modelos e os movimentos abolicionistas, minimalistas e efficientistas, que passam a ocupar o cenário do controle social a partir da década de 1980, no contexto do capitalismo globalizado sob a ideologia neoliberal.” (ANDRADE, 2012, p. 278).

Nilo Batista amplia o conceito de Política Criminal, em seu trabalho mais recente sobre o tema, para compreender que Estado e sociedade são atores importantes para a elaboração de programas e projetos, mas, mais do que isso, indica uma característica essencial da Política Criminal: o seu caráter de recomendação, de diretriz, não cogente. O viés principiológico da Política Criminal é seu maior trunfo, mas, também, seu maior empecilho, pois, ainda que se espere que haja concordância com os seus fundamentos, dada a dinâmica e a complexidade dos arranjos institucionais no Brasil – como a segurança pública, por exemplo –, podemos perceber o desrespeito a premissas ou a recomendações realizadas por órgãos de controle penal³.

A respeito da (desejada) aproximação entre Criminologias Críticas e Política Criminal, Nilo Batista, em seu livro “Cadernos de Política Criminal” – o qual foi escrito como um curso inacabado de política criminal, dada a própria dinamicidade dessa ciência – explica:

3. Para um exemplo mais concreto, a Recomendação 62-2020, publicada pelo Conselho Nacional de Justiça para instruir juízes e juízas na atuação em tempos de pandemia de Covid-19, foi sucessivamente descumprida, perdendo o seu caráter político-criminal. Sobre isso, ver Wang, Ferreira e Barros, 2024.

“Ver na Política Criminal uma Criminologia Aplicada, ou qualquer outro dos tantos paralelismos propostos (*transformar/ interpretar, criticar/estética* etc.) não tornam confusas as fronteiras acadêmicas, sempre convencionais, entre ambas as disciplinas. A Política Criminal tem por objeto imediato o poder punitivo e as agências governamentais encarregadas de sua distribuição social (o sistema penal). Se a Ciência Política se ocupa do poder e da sua institucionalização governamental, a Política Criminal pretende privilegiar o exame de certa parte do poder, precisamente do poder punitivo. Portanto, a Política Criminal já poderia estar girada metodologicamente enquanto a criminologia positivista ainda se arrastava no lamaçal etiológico atrás do homem delinquente. A Política Criminal deveria, desde o primeiro dia, ter olhado para a reação social concretamente formalizada.” (BATISTA, 2022, p. 17, grifos do original).

Assim, percebe-se a provocação no sentido de se considerar a Política Criminal não apenas como ciência autônoma, mas com perspectiva crítica, propositiva, aplicada. E, nesse sentido, nada mais condizente com as definições de Maria Paula Dallari Bucci (2013, p. 103) sobre *policies* e *politics*: a *politics*, “centrada nas questões clássicas do poder e suas formas institucionais”, e a *policy*, consistente na análise dos “novos problemas governamentais, considerando as diversas variáveis que conformavam os processos de poder ou exerciam influência sobre ele” (BUCCI, 2013, p. 104). Assim, a *politics* se refere à atividade política em sentido mais amplo, enquanto a *policy* consiste em programas que materializam princípios da *politics*. No âmbito da Política Criminal brasileira, podemos afirmar que temos *policies* não necessariamente consideradas como tal; além disso, em muitos casos, há mudanças sensíveis de gestão – nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário –, o que pode provocar desalinhos nas políticas, tanto em seus desenhos iniciais quanto na execução, monitoramento e avaliação delas.

Para que a Política Criminal se fortaleça, a base de dados coletada e apresentada na seção seguinte indica algumas questões encontradas na revisão de literatura.

3. RESULTADOS DA REVISÃO SISTEMÁTICA DE LITERATURA

Como já mencionado na introdução do texto, a revisão sistemática de literatura teve por base os documentos e as informações encontrados no Portal de Teses e Dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Por meio das palavras-chave “política criminal” e “políticas criminais”, encontrei 1005 (mil e cinco) e 145 (cento e quarenta e cinco) resultados, respectivamente; utilizando o recorte temporal, com o filtro 2013-2023, além da restrição do filtro a trabalhos desenvolvidos em programas de pós-graduação em Ciências Sociais Aplicadas e, mais especificamente, em Programas de Direito e de Ciências Criminais, os resultados chegaram a 159 (cento e cinquenta e nove) trabalhos para a palavra-chave “política criminal” e 73 (setenta e três) ocorrências para “políticas criminais”.

A íntegra deste *corpus* foi checada, uma a uma, de forma a identificar os trabalhos que mencionassem diretamente o tema da Política Criminal Legislativa; trabalhos que mencionavam “política criminal” de forma genérica, ou que se debruçaram sobre aspectos relacionados aos processos de criminalização secundária ou terciária não foram considerados. Após

essa conferência, chegamos ao conjunto de unidades de análise desta pesquisa: 16 (dezeses) trabalhos que se referem especificamente à política criminal, política legislativa ou se propõem a analisar criticamente o processo legislativo de alguma lei penal. Importante ressaltar que alguns trabalhos podem não estar catalogados porque suas versões integrais não estavam disponíveis no portal da Capes ou nos repositórios institucionais.

Em relação aos 232 (duzentos e trinta e dois) trabalhos, todos os seus resumos foram listados e lidos; alguns trabalhos foram acessados e 4 (quatro) foram lidos em sua íntegra, para a devida identificação ou não destes com o objeto da pesquisa. Ao todo, 16 (dezeses) trabalhos, ao longo de uma década de estudos, foram desenvolvidos, agrupados na tabela a seguir:

Tabela 1 – Teses e dissertações elaboradas no Brasil sobre Política Criminal

	<i>Título e Tipo de trabalho</i>	<i>Autor/a</i>	<i>Ano</i>	<i>UF</i>	<i>Principais referências ou marcos teóricos utilizados</i>
1	A política criminal brasileira no Governo Lula: diretrizes, reformas legais e impacto carcerário – Dissertação	Ana Claudia Cifali	2015	RS	David Garland, Maximo Sozzo.
2	Política Pública Criminal – Tese	Rafael F. Strano	2023	SP	Maria Paula Dallari Bucci, Carolina Costa Ferreira; modelos de políticas públicas (múltiplos fluxos, modelo da lata do lixo).
3	Criminologia e política criminal: aportes críticos sobre o sistema penitenciário – Tese	Fernando Braga Viggiano	2016	SP	Não foi possível identificar, já que a íntegra do trabalho não foi encontrada na Plataforma Supacupira ou em publicações autônomas (em formato de livro ou artigo, por exemplo).
4	O risco de deslegalização no direito penal: análise da complementação administrativa do ordenamento punitivo – Tese	Chiavelli Facenda Falavigno	2018	SP	Sebastian Scheerer, José Luís Díez-Ripollés.

FERREIRA, Carolina Costa. Política criminal legislativa no Brasil: o avanço de um campo autônomo de pesquisa (2013-2023). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 203. ano 32. p. 63-80. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094687]

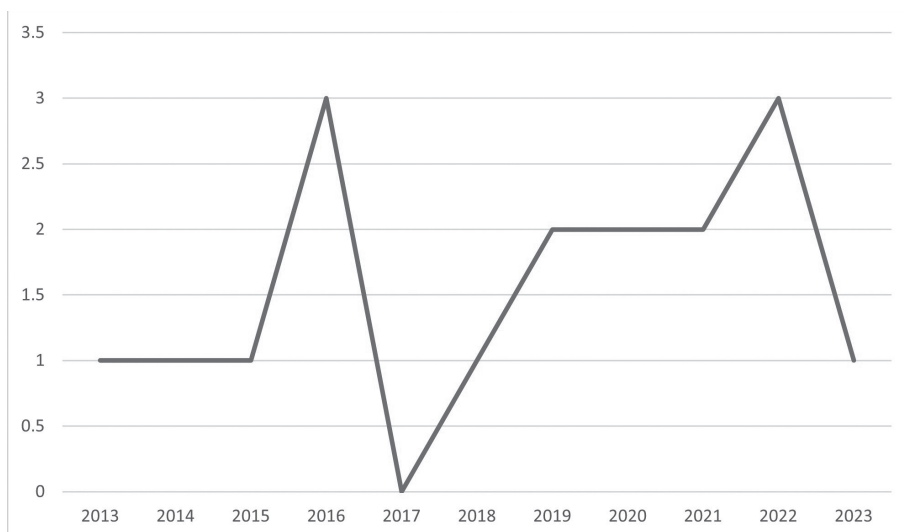
	<i>Título e Tipo de trabalho</i>	<i>Autor/a</i>	<i>Ano</i>	<i>UF</i>	<i>Principais referências ou marcos teóricos utilizados</i>
5	O Estudo de Impacto Legislativo como estratégia de enfrentamento a discursos punitivos na execução penal – Tese	Carolina Costa Ferreira	2016	DF	Maria Paula Dallari Bucci, José Luís Díez-Ripollés, Eugenio Raúl Zaffaroni, Pierre Bourdieu.
6	Polícia militante: deputados policiais militares na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (1999-2011) – Tese	Danilo Cymrot	2014	SP	O trabalho apresenta mais dados do que elementos teóricos.
7	As disputas pela definição da justiça juvenil no Brasil: atores, representações sociais e racionalidades – Tese	Ana Claudia Cifali	2019	RS	Carolina Costa Ferreira, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, José Luís Díez-Ripollés.
8	A tutela penal diante da homofobia e o PLC 122/2006: sobre a legitimidade da demanda político-criminal do movimento LGBT – Dissertação	Clara Moura Masiero	2013	RS	Mireille Delmas-Marty, José Luís Díez-Ripollés, Calvo Garcia.
9	Entre práticas populistas e crimes hediondos: uma proposta de análise a partir da teoria política de Ernesto Laclau – Dissertação	Marcelo Butelli Ramos	2016	RS	Ernesto Laclau.
10	Análise da trajetória legislativa das leis de gênero no Brasil – Dissertação	Júlia Lambert Gomes Ferraz	2020	SP	Katherine Bartlett, Fabiana Severi.
11	Controle de constitucionalidade formal pela proporcionalidade: análise crítica sob o enfoque da dogmática penal – Dissertação	Elisa Fernandes Blasi	2020	SP	Jesús-María Silva-Sánchez.

	<i>Título e Tipo de trabalho</i>	<i>Autor/a</i>	<i>Ano</i>	<i>UF</i>	<i>Principais referências ou marcos teóricos utilizados</i>
12	Por uma Política Legislativa Penal Brasileira: fundamentos e limites jurídico-democráticos para o ato de criação de leis penais – Tese	Marcelo Butelli Ramos	2022	RS	José Luís Díez-Ripollés, Álvaro Pires, Raquel Scalcon, Carolina Costa Ferreira, José Becerra Muñoz, Marcelo da Silveira Campos.
13	O problema da maioria penal: as propostas de redução da idade penal e suas implicações político-criminais diante da efetividade do sistema prisional e da concepção de adolescência – Dissertação	Patrícia Jobim Sathler Souza	2019	RS	José Luís Díez-Ripollés.
14	“O povo clama”: um estudo dos discursos parlamentares acerca do sofrimento psíquico em adolescentes em conflito com a lei – Dissertação	Alana Katiuscia Schutz da Silva	2021	RS	Criminologia Crítica.
15	Cortina de fumaça: Os discursos mitológicos da monitoração eletrônica no Brasil e sua adequação à realidade carcerária após mais de uma década de vigência da Lei 12.258/2010, a partir da experiência do Distrito Federal – Dissertação	Vinicius Santos Silva	2021	DF	Carolina Costa Ferreira, Luís Wanderley Gazoto, Michel Foucault.
16	Políticas criminais no processo legislativo: as justificativas do Congresso Nacional para alterações na Lei dos Crimes Hediondos entre os anos de 2015 e 2020 – Dissertação	Strauss Vidrich de Souza	2022	SP	Celina Souza, Rafael Strano, Alessandro Barratta, Juarez Cirino dos Santos, Carolina Costa Ferreira, Maria Paula Dallari Bucci.

Fonte: Elaboração própria.

Percebe-se, pelo levantamento citado anteriormente, que a produção sobre Política Criminal Legislativa está concentrada em três Unidades da Federação: Rio Grande do Sul (RS) e São Paulo (SP) sediaram 7 (sete) trabalhos, respectivamente, seguidos pelo Distrito Federal (DF), com 2 (dois) trabalhos. Quanto ao gênero, dos 16 (dezesesseis) trabalhos, 9 (nove) foram produzidos por mulheres e 7 (sete) por homens. Sobre o tipo de trabalho, encontrei 7 (sete) teses de Doutorado e 9 (nove) dissertações de Mestrado; entre os anos de 2013 e 2023, o gráfico a seguir mostra o movimento das publicações sobre o tema no Brasil:

Gráfico 1 – Produções sobre Política Criminal Legislativa no Brasil (2013-2023), divididas por ano



Fonte: CAPES. Elaboração própria.

O gráfico aponta para uma oscilação na produção acadêmica, no Brasil, sobre o tema: em 2016, tivemos o ápice dessa produção, que, ainda que tenha se mantido equilibrada em 2019 e em 2020, não observou aumento em 2023.

Sobre os conteúdos dos trabalhos, percebi que apenas o trabalho de Danilo Cymrot (2015) se referiu a um contexto estadual, descrevendo a ocupação da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo por policiais militares como Deputados Estaduais; em sua tese, Cymrot discute a formação de bancadas, de arranjos para a aprovação de leis estaduais, concluindo que a performatividade nos discursos de lei e ordem era muito maior do que o efetivo sucesso na aprovação de novas leis. Em outras palavras, os parlamentares ligados à Polícia Militar marcavam presença em plenário, mas sem muito sucesso na coalizão para a aprovação de seus projetos.

O primeiro trabalho acadêmico sobre o tema, no Brasil, no período pesquisado, é a dissertação de Mestrado de Clara Moura Masiero (2013), em que a autora discute o PLC 122/2006, antes do julgamento da ADO 26 pelo Supremo Tribunal Federal. Masiero entende que

“A partir da avaliação do projeto em trâmite no Congresso Nacional (do PLC 122/2006 e seus substitutivos), chegou-se à conclusão de que, por mais que seja legítima a criminalização da homofobia, há um equívoco na estratégia político-criminal eleita para este fim. Propõe-se, então, que, ao invés de se associar à Lei 7.716/1989 (como o faz o PLC 122/2006), melhor seria trilhar um caminho próprio, que tivesse criatividade para romper com a racionalidade penal moderna. Isto é, um caminho que procurasse se apropriar do poder simbólico que o Direito penal exerce perante a cultura social punitivista e utilizá-lo de forma a produzir o menor dano possível, dentro de uma pauta racional e democrática de política criminal. Ora, tendo em vista que é tão somente no plano simbólico que se pode esperar algum efeito virtuoso da criminalização da homofobia e que esse poder simbólico, conforme visto no trabalho, adviria da simples denominação do “crime homofóbico” no Código Penal e, ainda, percebendo-se que a violência homofóbica atinge bens jurídicos tradicionais já tutelados pelo Direito penal, então, definitivamente, não é necessário proceder-se a “neocriminalizações” neste campo, bastando que se insiram agravantes, ou qualificadoras ou mesmo causas de aumento de pena nesses delitos, quando motivados pelo preconceito de orientação sexual ou identidade de gênero, de forma a nominá-lo ‘crime homofóbico.’” (MASIERO, 2013, p. 15).

Um tema muito recorrente no *corpus* encontrado é a discussão a respeito da alteração à Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990). As dissertações de Ana Claudia Cifali (2015), de Marcelo Butelli Ramos (2016) e de Strauss Vidrich (2022) utilizam-na como exemplo de falta de cuidado com a produção legislativa, tanto pelas disputas políticas em torno do preenchimento do rol de crimes hediondos. Segundo Ramos (2016, p. 154):

“Os argumentos guindados, ao longo das últimas décadas, à condição de razões de justificativa para a ampliação da normatividade da Lei dos Crimes Hediondos, denotam, pois, como a ideia de soberana popular vem sendo invocada de maneira arbitrária pelos membros do parlamento. Quando cogitamos tal arbitrariedade, temos em mente, precisamente, o seguinte: (i) afora o caso do PLS 243/10 e do PLC 4.850/05, a ampliação da normatividade da Lei dos Crimes Hediondos não foi precedida de estudos que buscassem compreender as especificidades da problemática social sobre a qual se pretendia intervir; (ii) não houve, ademais disso, por parte dos legisladores cujos discursos foram analisados, qualquer consideração em relação a análise dos custos humanos e econômicos decorrentes da ampliação da normatividade da Lei dos Crimes Hediondos; (iii) parte das proposições analisadas, inclusive a própria lei de regência (Lei Federal 8.072/90), foi processada no âmbito do Congresso Nacional em regime de urgência, circunstância que impossibilitou a realização de um debate democrático, no sentido forte do termo, acerca do mérito dos motivos alegados.”

A análise sobre a viabilidade da consideração da política criminal como política pública, com o ferramental à disposição para a elaboração de estudos de impacto, avaliações *ex ante* e

ex post a respeito do aumento do sistema penitenciário, por exemplo, foi registrado nos trabalhos de Carolina Costa Ferreira (2016), Marcelo Butelli (2022) e Rafael Strano (2023). O processo de tomada de decisão é estrategicamente discutido por Strano:

“Em relação à fase da tomada de decisão, o ferramental teórico das políticas públicas pode evidenciar quem são os grupos de interesse envolvidos, especialmente a partir do modelo de coalizões de defesa. O conceito de mobilização de viés também é relevante, pois, em relação à divisão ideológica entre os atores políticos, o populismo penal torna qualquer distinção nebulosa, eis que o empreendedor deste e a mídia atingem de forma tão drástica o consciente coletivo sobre o sistema punitivo que dificilmente o restante da classe política assume o ônus de propor políticas contrárias à expansão punitiva, vale dizer, não é apenas a propositura voltada à expansão do sistema punitivo que denota o populismo penal, mas também a inviabilização de propostas redutoras ou alternativas. Por fim, a noção de regras do jogo é importante para entender o resultado do processo de tomada de decisão, uma vez que os pontos de sanção e veto se somam ao pluripartidarismo político, acrescentando mais uma camada de complexidade à análise.” (STRANO, 2023, p. 210).

A justiça juvenil é discutida por Ana Claudia Cifali em sua dissertação e em sua tese, e também por Patricia Jobim (2019) e por Alana Silva (2021), em suas dissertações. Os debates em torno da redução da maioridade penal ganham muito espaço, assim como as críticas a respeito da ausência de evidências científicas que possam fundamentar qualquer alteração constitucional nesse sentido, dado o direito constitucional à proteção integral a crianças. O uso de estereótipos associados à classe e à raça aparecem nas descrições dos discursos legislativos, o que é fortemente criticado pelas autoras, em seus respectivos trabalhos.

Os discursos legislativos a respeito da monitoração eletrônica estão presentes na minha tese de Doutorado (FERREIRA, 2016) e na dissertação de Vinicius Santos Silva (2021), que se aprofundou no estudo dos discursos do Projeto de Lei que culminou na aprovação da Lei 12.258/2010, refletindo sobre as evidências que poderiam ter sido utilizadas para uma discussão mais aprofundada sobre a população carcerária que deveria receber a monitoração de forma prioritária. Percebe-se, em seu trabalho, que o dispositivo eletrônico é utilizado para aumentar o controle penal no Distrito Federal, pois não é voltado às pessoas que poderiam antecipar a progressão de regime para o semiaberto, sendo oferecidas as tornozeleiras a quem está no regime aberto. Silva também destaca que o projeto de lei teve andamento mais rápido quando provocado pela mídia:

“A despeito das justificativas formais dos Projetos de Lei que culminaram na aprovação da Lei 12.258/2010 invocarem finalidades de redução da superlotação, dos custos, bem como de promoção da humanização da pena e da ressocialização, percebe-se dos discursos, pronunciamentos e debates em plenários que o Projeto de Lei somente avançou em dois momentos de grande comoção nacional em razão da notícia de crimes bárbaros (em 2007 pela morte do menino João Hélio e em 2010 pelo caso do ‘maníaco de Luziânia’) que acendeu o clamor público por maior punição.

Os motivos invocados em plenário, ao contrário do discurso formal, foram baseados na necessidade de aumentar a possibilidade do Estado o de elevar à máxima potência, com auxílio da tecnologia de geolocalização, o poder panóptico sobre os ‘outros’ – os condenados –, possibilitando um maior controle sobre esses indivíduos, em um movimento expansão do poder punitivo estatal (colocação de uma maior quantidade de pessoas em cumprimento de pena, sob vigilância em período integral, com o menor custo). O objetivo expressado foi o de punir mais pessoas, com mais rigor e com maior e mais intensa fiscalização, sem maiores preocupações com a humanização da pena, ressocialização ou mesmo redução da superlotação prisional e, consequentemente, com os custos.

Esse viés punitivista do legislador encontrou eco na cultura também punitivista dos Tribunais, que passaram a aplicar a monitoração eletrônica não como medida alternativa ao cárcere, e sim como meio de incremento de fiscalização daqueles que, ordinariamente, já não seriam submetidos ao cárcere tradicional.” (SILVA, 2021, p. 154).

A associação da instância informal de controle, que é a mídia, com a instância formal de controle do Congresso Nacional é percebida por Ferreira (2016), Silva (2021), Ramos (2022) e Cifali (2019).

A respeito das questões de gênero, encontrei apenas o trabalho de Júlia Ferraz (2020), que assim compreendeu a legislação criminal pensada para a proteção aos bens jurídicos tutelados:

“No caso brasileiro, o Direito Penal de Gênero teve início com a criminalização da esterilização forçada (1996), seguidas por outras oito alterações legislativas resultantes da mobilização de pautas tradicionalmente feministas pelas suas representantes no Congresso Nacional, apelidada de ‘bancada feminina’: a tipificação do assédio sexual; a previsão do tipo penal especial de violência doméstica (2004), a primeira reforma dos crimes sexuais, a Lei Maria da Penha, a segunda reforma dos crimes sexuais, a qualificadora penal do feminicídio, a criminalização do descumprimento de medida protetiva e a terceira reforma dos crimes sexuais. 6. A trajetória das leis penais de gênero revelou problemas importantes quanto ao processo de criminalização primária. Em primeiro lugar, nota-se, com frequência, a ausência do devido rigor técnico e científico a respeito da matéria legislada. Não raras vezes, os parlamentares justificam as suas proposições com base em matérias de jornal e revistas, revelando uma significativa influência das coberturas midiáticas na formulação de leis penais de gênero. Além disso, alguns dos erros técnicos constatados decorreram da necessidade de urgência na tramitação das propostas, como é o caso do esquecimento da proposta de alteração do Título VI do Código Penal durante a 1ª reforma dos crimes sexuais.

7. Além da ausência de rigor técnico e científico, outra falha constatada no processo de criminalização primária foi a preferência do legislador por tipos penais abertos. Sob a justificativa de que a ‘tradição legislativa’ impõe ao Judiciário a tarefa de explicar o conteúdo jurídico das formulações legais, o Legislativo elaborou redações demasiadamente abertas para alguns dos tipos penais analisados, como é o caso do estupro, assédio sexual e feminicídio. O principal problema decorrente da formulação aberta, para além das ponderações sobre legalidade e segurança jurídica, é que ela permite uma margem interpretativa

perigosamente subjetiva ao aplicador do direito, o que, no caso dos crimes sexuais, se mostra especialmente problemático.” (FERRAZ, 2020, p. 176).”

Para chegar às conclusões alcançadas acima, Ferraz se utiliza dos instrumentos metodológicos propostos por Katherine Bartlett e por Fabiana Severi, em uma associação às metodologias feministas do Direito com a política criminal legislativa.

Sobre referenciais teóricos, destacam-se a presença de José Luís Díez-Ripollés (2015; 2016) em 6 (seis) trabalhos e de Maria Paula Dallari Bucci (2006; 2013) em 3 (três) trabalhos do *corpus*.

4. PERGUNTAS PARA O FUTURO: O QUE ESPERAR DAS AGENDAS DE PESQUISA SOBRE POLÍTICA CRIMINAL LEGISLATIVA?

As questões raciais não aparecem nas produções analisadas. Nenhuma delas indica o racismo institucional como problema na Política Criminal Legislativa, sequer a falta de representatividade de pessoas negras no Congresso Nacional, o que impacta as alterações à Lei Maria da Penha, por exemplo, em que há sinais, dados no contexto da avaliação legislativa, de que mulheres brancas são vítimas que se sentem mais protegidas pela lei. Uma possibilidade de ampliação da agenda de pesquisa pode se dar com a recente criação da Bancada Negra no Congresso Nacional, e a observação de sua atuação pode auxiliar a preencher essa lacuna nos trabalhos acadêmicos sobre política criminal legislativa. Questões de gênero aparecem de forma incipiente. Discussões relacionadas à proteção a bens jurídicos de natureza difusa, como o meio ambiente, por exemplo, também não ganham projeção.

Também ainda há espaço para o amadurecimento das teorias que aproximam a Política Criminal das políticas públicas. Em minha tese de Doutorado (FERREIRA, 2016), defendi a criação de um Estudo de Impacto Legislativo, como forma de contenção – ou de sofisticação dos argumentos – a projetos de lei que não possuam evidências científicas como fundamentação, ou que não se refiram a problemas nacionais. A articulação dos parceiros institucionais em ações de *advocacy* também não é suficientemente explorada nos trabalhos analisados, merecendo mais atenção em agendas futuras de pesquisa.

Por último, a composição e a atuação das bancadas parlamentares mais conhecidas, como a Bancada Feminina e a “Bancada da Bala” não figuraram nos trabalhos encontrados. Temas específicos de segurança pública, como a política armamentista, surgem de forma pouco aprofundada. O tema da unificação das polícias e dos desafios da militarização também não estão presentes no *corpus* da pesquisa, o que indica mais possibilidades de investigação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou colaborar com a reflexão em torno das agendas de pesquisa sobre Política Criminal no Brasil. Considerar a política criminal como uma política pública

implica a necessidade de transparência, responsabilidade e participação social no processo legislativo. A transparência nesse processo ajuda a garantir a legitimidade das leis penais e processuais penais, fortalecendo a democracia.

Outros pontos importantes são a análise contínua dos dados e a organização de evidências sobre o impacto das políticas em questões como percepção e políticas de segurança pública, observação sobre o encarceramento e a articulação com as ações promovidas pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente no âmbito do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, do enfrentamento ao racismo institucional e da promoção de acesso à justiça. O Congresso Nacional desempenha um papel central nesse processo, revisando e atualizando as leis conforme necessário para garantir que elas atendam aos objetivos de justiça e segurança pública. No entanto, sua atual composição, ao invés de facilitar a discussão desses temas, promove o efeito oposto. Tais fenômenos precisam estar na agenda de pesquisa de quem se aventurar a desenvolver instrumentos de avaliação e monitoramento na Política Criminal Legislativa.

O caminho, sem dúvida, está no começo, mas, somando-se este trabalho, com todo o dossiê que agora se apresenta, além das produções já consolidadas sobre política criminal em periódicos como a Revista Brasileira de Ciências Criminais, entende-se que há muito, ainda, a se discutir, projetar e produzir.

6. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Movimentos contemporâneos do controle do crime. Disponível em: [www.geocities.ws/criminologia.critica/artigos/movimentos.pdf]. Acesso em: 10.04.2024.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BATISTA, Nilo. *Capítulos de Política Criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2022.
- BLASI, Elisa Fernandes. *Controle de constitucionalidade formal da lei penal pela proporcionalidade: análise crítica sob o enfoque da dogmática penal*. Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020. Disponível em: [ps://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=9694952c]. Acesso em: 20.04.2024.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CAMPOS, Marcelo da Silveira; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A ambiguidade das escolhas: a política criminal no Brasil de 1989 a 2016. *Revista Sociologia e Política*, v. 28, n. 73, 2020. Disponível em: [www.scielo.br/j/rsocp/a/vR44MqkgK4q-jHYh6kDbxH5S/abstract/?lang=pt]. Acesso em: 25.06.2023.

- CIFALI, Ana Claudia. *A política criminal brasileira no Governo Lula (2003-2010): diretrizes, reformas legais e impacto carcerário*. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2015. Disponível em: [ps://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=2229308]. Acesso em: 21.04.2024.
- CIFALI, Ana Claudia. *As disputas pela definição da justiça juvenil no Brasil: atores, representações sociais e racionalidades*. Tese de Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2019. Disponível em: [ps://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=8029697]. Acesso em: 21.04.2024.
- CYMROT, Danilo. *Polícia militante: policiais militares na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo*. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=3399830]. Acesso em: 21.04.2024.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. São Paulo/Barueri: Manole, 2004.
- FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *O risco de deslegalização no direito penal: análise da complementação administrativa do ordenamento punitivo*. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=3930933]. Acesso em: 21.04.2024.
- FERRAZ, Júlia Lambert Gomes. *Análise da trajetória legislativa das leis de gênero no Brasil*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=9281521]. Acesso em: 20.04.2024.
- FERREIRA, Carolina Costa. *O estudo de impacto legislativo como instrumento de enfrentamento a discursos punitivos na execução penal*. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2016. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=3606663]. Acesso em: 21.04.2024.
- FERREIRA, Carolina Costa. *A política criminal no processo legislativo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- MASIERO, Clara Moura. *A tutela penal da homofobia e o PLC 122/2006: sobre a legitimidade da demanda político-criminal do movimento LGBT*. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=2229308]. Acesso em: 21.04.2024.

- br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=100591]. Acesso em: 21.04.2024.
- PIRES, Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca. *Whistleblowing, investigações internas corporativas e a mentira organizada na política criminal legislativa brasileira*. Tese de Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2019. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=13071777]. Acesso em: 21.04.2024.
- RAMOS, Marcelo Butelli. *Entre práticas populistas e crimes hediondos: uma proposta de análise a partir da teoria política de Ernesto Laclau*. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2016. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=4679740]. Acesso em: 21.04.2024.
- RAMOS, Marcelo Butelli. *Por uma Política Legislativa Penal Brasileira: fundamentos e limites jurídico-democráticos para o ato de criação de leis penais*. Tese de Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. Porto Alegre, 2022. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=11635772]. Acesso em: 20.04.2024.
- RAMOS, Marcelo Buttelli. Política (pública) criminal, ciência do direito penal e criminologias: aporte para uma construtiva relação de interdisciplinaridade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 272-291, abr. 2023.
- SANTOS, Juez Cirino dos. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 53-57, 2002.
- SOUZA, Strauss Vidrich de. *Políticas criminais no processo legislativo: as justificativas do Congresso Nacional para a alterações na Lei de Crimes Hediondos entre os anos 2015 e 2020*. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de Campinas, 2022. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=12831400]. Acesso em: 20.04.2024.
- SILVA, Alana Katiuscia Schutz da. “O povo clama”: um estudo dos discursos parlamentares acerca do sofrimento psíquico em adolescentes em conflito com a lei. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2021. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=11318339]. Acesso em: 20.04.2024.
- SILVA, Vinícius Santos. *Cortina de fumaça: os discursos mitológicos da monitoração eletrônica no Brasil e sua adequação à realidade carcerária após mais de uma*

- década de vigência da Lei 12.258/2010, a partir da experiência do Distrito Federal. Dissertação de Mestrado – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Brasília, 2021. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=11470110]. Acesso em: 21.04.2024.
- SOUZA, Patricia Jobim Sathler. *O problema da maioridade penal: as propostas de redução da idade penal e suas implicações político-criminais diante da efetividade do sistema prisional e da concepção de adolescência*. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2019. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=10882109]. Acesso em: 20.04.2024.
- STRANO, Rafael Folador. *Política criminal e política pública*. Doutorado em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2022. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-19082022-170231/en.php]. Acesso em: 25.06.2023.
- STRANO, Rafael F. *Política pública criminal*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023.
- VIGGIANO, Fernando Braga. *Criminologia e política criminal: aportes críticos sobre o sistema penitenciário*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=3930933]. Acesso em: 21.04.2024.
- WANG, Daniel Wei Liang; FERREIRA, Luísa Moraes Abreu; BARROS, Matheus de. Decidindo não decidir: a atuação penal do STF durante a pandemia de Covid-19. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 10, p. e884, 2024. Disponível em: [www.scielo.br/j/rbdpp/a/LCXkmQhYSj5LGXf5WKWSDXw/?format=pdf&lang=pt].



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Criminologia cultural e estudos culturais em educação: uma aliança político-epistemológica contra o populismo autoritário, de Moysés da Fontoura Pinto Neto – *RBCCrim* 195/321-335;
- Notas sobre o populismo penal midiático: a análise do discurso nas imputações por crime doloso, de Taiguara Libano Soares e Souza e Carlos Eduardo Barreiros Rebelo – *RBCCrim* 192/113-127; e
- Populismo penal: o que nós temos a ver com isso?, de Luiz Phelipe dal Santo – *RBCCrim* 168/225-252.

A CENTRAL DE VAGAS *VERSUS* O "PUNITIVISMO" INFRACIONAL? O PROCESSO DE IMPLEMENTAÇÃO DO SERVIÇO NOS SISTEMAS ESTADUAIS DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO

*THE CENTRE FOR VACANCIES VERSUS "PUNITIVE" OFFENDING? THE PROCESS OF
IMPLEMENTING THE SERVICE IN STATE SOCIO-EDUCATIONAL CARE SYSTEMS*

EDUARDA LORENA DE ALMEIDA

Pesquisadora do Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública (CRISP-UFMG). Mestre em Estudos Latino-americanos pela Universidade de Salamanca (USAL).
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/3899402177314183>]
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-9638-9919>]
dudalory@gmail.com

FERNANDA MACHADO GIVISIEZ

Pesquisadora do LabGepen – Laboratório de Gestão de Políticas Penais da UnB. Mestre em Direitos Humanos e Liberdades Públicas pela *Université Paris X – Nanterre*.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/7531697117592623>]
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-3605-3361>]
fernandagivisiez@gmail.com

LETÍCIA GODINHO DE SOUZA

Pesquisadora em Ciência e Tecnologia da Fundação João Pinheiro, professora da Escola de Governo e coordenadora do Programa de Mestrado em Administração Pública da FJP. Possui Mestrado (2005) e Doutorado (2011) em Ciência Política pela Universidade Federal de Minas Gerais, e Bacharelado em Direito pela mesma universidade (2002).
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/4333929511296586>]
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-5083-5899>]
leticia.godinho@fjp.mg.gov.br

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.11094652>]

Recebido em: 16.04.2024

Aprovado em: 26.04.2024

Última versão das autoras: 26.04.2024

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Em 2021, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução CNJ 367 estabelecendo diretrizes gerais para a criação do serviço da Central de Vagas no âmbito dos Sistemas Estaduais de Atendimento Socioeducativo. Em linhas gerais, o serviço visa promover uma nova política de gestão das vagas nas unidades de internação, semiliberdade e internação provisória, de modo que a lotação dos estabelecimentos socioeducativos não ultrapasse o percentual de 100%. O presente trabalho objetiva analisar o processo de implementação da Central de Vagas nas unidades da federação, além de debater em que medida o serviço se apresenta como estratégia de arrefecimento do "punitivismo" infracional. No geral, verificou-se um cenário de expansão de 3 para 21 Centrais de Vagas implantadas entre os anos de 2015 e 2023. Além disso, argumentou-se que a Central de Vagas é um importante modelo de operacionalização do princípio da brevidade e da excepcionalidade da medida socioeducativa. Entretanto, arranjos institucionais do serviço em alguns estados tendem a distorcer a ideia central do modelo, reforçando localmente a lógica do Estado-juiz ainda do Código de Menores.

PALAVRAS-CHAVE: "Punitivismo" infracional – Sistema socioeducativo – Central de vagas – *Numerus clausus* – Dignidade humana.

ABSTRACT: In 2021, National Council of Justice published CNJ Resolution 367 establishing general guidelines for the creation of the Vacancy Center in the State Socio-Educational Service Systems. In general terms, the service aims to promote a new policy for managing vacancies inside the juvenil detention centers, so that the capacity of socio-educational unites does not exceed 100%. The present work aims to analyze the implementation process of the Vacancy Center in the federation units, in addition to debating the extent to which the service presents itself as a strategy to face the infractional punitiveness. Cutting across, there was a scenario of expansion from 3 to 21 Vacancy Centers implemented between 2015 and 2023. Furthermore, we argue that the Vacancy Center is an important model to operationalize the principle of brevity and exceptionality of the socio-educational measures. However, institutional service arrangements in some states tend to distort the central idea of the model, locally reinforcing the state-judge logic of the old Juvenile Code.

KEYWORDS: Infracrational punitiveness – Socio-educational system – Vacancy center – *Numerus clausus* – Human dignity.

SUMÁRIO: 1. Apresentação. 2. A Central de Vagas: conceito, histórico de criação e o "punitivismo" infracional. 3. Análise dos dados. 3.1. Panorama geral do processo de implementação do serviço da Central de Vagas. 3.2. As semelhanças e diferenças dos modelos da Central de Vagas nas unidades da federação. 3.2.1. O limite máximo de 100% de ocupação das unidades socioeducativas. 3.2.2. Os critérios objetivos para a análise dos pedidos de vagas. 3.2.3. A previsão de lista de espera. 3.2.4. A regionalização do serviço da Central de Vagas e o princípio da convivência familiar e comunitária. 3.2.5. Destaques adicionais dos modelos analisados. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas. 6. Legislação. 7. Jurisprudência.

1. APRESENTAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 228 que são penalmente inimpuníveis os sujeitos menores de 18 anos. Dessa forma, diante do cometimento da prática de um

ato infracional, os adolescentes de 12 a 18 anos estarão sujeitos à legislação especial, de modo que, se condenados, a eles será imputada a aplicação das medidas socioeducativas.

Nessa linha, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) determinou, em seu art. 121, que ocasionada a prática do ato infracional, a autoridade judicial competente poderá aplicar as medidas socioeducativas, que serão de advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviço à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e interação em estabelecimento educacional. No intuito de regulamentar a aplicação das medidas socioeducativas no país foi publicada, em 2012, a Lei do Sinase (Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012), que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

Esse arcabouço normativo foi constituído no intuito de se estabelecer um processo de responsabilização, desaprovação da conduta infracional e integração social dos adolescentes a quem se atribua a prática de ato infracional. Dito de outra forma, essa arquitetura institucional objetiva materializar ferramentas e ações que propiciem ao poder público implementar uma atuação integrada e interfederativa que logre responsabilizar os adolescentes autores de ato infracional pela sua conduta, mas, sobretudo, a eles ofertar acesso a serviços e processos de fortalecimentos de vínculos familiares e comunitários, que pavimentem percursos que os distanciem das dinâmicas criminais.

Apesar do arcabouço legal protetivo instituído, as avaliações do Sinase trazem dados preocupantes sobre a qualidade do atendimento socioeducativo do meio fechado. Pesquisa do governo federal publicada em 2020¹ apontou para um cenário de significativa superlotação do sistema em algumas unidades da federação (no período analisado) e trouxe informações inquietantes sobre a qualidade do atendimento socioeducativo. Algumas dessas limitações foram igualmente realçadas no último Levantamento Anual do Sinase (2023)².

Na mesma linha, dados do último relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)³ sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil (2021) retratam uma série de fragilidades da política socioeducativa no país e endossam o cenário de recorrente violação de direitos que atravessam a vivência de adolescentes que se encontram em cumprimento de medida. Informações como a preferência por soluções de políticas públicas pautadas na privação de liberdade em detrimento de medidas em meio aberto, e denúncias de maus-tratos, superlotação das unidades socioeducativas (à época) e tortura são exemplos de rupturas e fragilidades da política recorrentemente evidenciadas.

Esse é o cenário por detrás da decisão de mérito do *Habeas Corpus* 143.988/ES, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 25 de agosto de 2020, cuja determinação impôs que os estabelecimentos socioeducativos não mais ultrapassem a ocupação de sua capacidade

1. Pesquisa de Avaliação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Disponível em: [www.ufrgs.br/cegov/files/pub_151.pdf]. Destaca-se que esta pesquisa indicou a Central de Vagas como estratégia de enfrentamento à lotação das unidades socioeducativas. Acesso em: 11.01.2024.
2. Levantamento Nacional de dados do SINASE. Disponível em: [www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/LevantamentoSINASE2023.pdf]. Acesso em: 11.01.2024.
3. Disponível em: [www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2023/070.asp]. Acesso em: 11.01.2024.

projetada, adotando, o *numerus clausus* como princípio de gestão das vagas das unidades. Ou seja, foi tributado ao aspecto da superlotação dos estabelecimentos socioeducativos uma das razões basilares da degradação do atendimento socioeducativo nas diversas unidades da federação. Outrossim, reforçando a importância da medida, a decisão reconheceu, no voto do Ministro Gilmar Mendes, que o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional poderia ser igualmente aplicado ao sistema socioeducativo.

Alicerçado na decisão do HC 143.988, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou, em 2021, a Resolução CNJ 367/2021. Dita normativa estabeleceu diretrizes e normas gerais para a criação do serviço da Central de Vagas como estratégia de implementação da decisão do referido HC e, por conseguinte, de endosso da aplicabilidade do princípio da brevidade e excepcionalidade da medida socioeducativa. A partir de um processo de indução nacional, passou-se de um cenário nacional de 3 (três) centrais de vagas existentes para 21 (vinte e um) serviços criados e implementados nas unidades da federação.

Nesse sentido, o presente trabalho objetiva compreender como se deu o processo de criação e difusão do serviço da Central de Vagas nas unidades da federação. Ou seja, pergunta-se: para onde o modelo se espalhou? Quais as principais semelhanças entre os estados? Encontramos diferenças locais nos modelos criados e difundidos? Além disso, nos propusemos a debater se, e em que medida o serviço da central de vagas se constitui como estratégia regional de enfrentamento ao “punitivismo” infracional, fazendo frente à lógica do Estado-juiz ainda do Código de Menores (CIFALI, 2021).

As próximas seções deste trabalho contêm a seguinte divisão. O primeiro tópico explicará o que é central de vagas e apresentará seu histórico de criação. Em seguida, analisamos o processo de implementação do serviço por meio de um estudo comparado do modelo entre as unidades da federação. Discutimos ainda sobre se, e em que medida, o serviço da central de vagas como foi implementado nos estados se apresenta ou não como um contraponto ao “punitivismo” infracional. Finalmente, apresentamos as considerações finais do trabalho.

2. A CENTRAL DE VAGAS: CONCEITO, HISTÓRICO DE CRIAÇÃO E O “PUNITIVISMO” INFRACIONAL

De maneira geral, o que se espera com a aplicação das medidas socioeducativas é cultivar um modelo de tratamento dos adolescentes autores de ato infracional que “estabeleça o equilíbrio entre os atributos pedagógico-social e responsabilizador das medidas socioeducativas”⁴. Logo, é almejado que a socioeducação seja pautada por ações de caráter restaurativas, educativas, que respeitem a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento atribuída aos adolescentes e, sobretudo, que sejam garantidoras de direitos políticos e sociais. Para tanto, é entendimento basilar que não há como aplicar estratégias pedagógicas e de responsabilização

4. *Amicus Curiae* – ADI 6.286. Disponível em: [https://prioridadeabsoluta.org.br/wp-content/uploads/2016/05/amicus-curiae-adi-6286-porte-de-armas-para-agentes-socioeducativos-no-rio-de-janeiro.pdf]. Acesso em: 10.01.2024.

de adolescentes em estabelecimentos socioeducativos que sejam precários, superlotados e em condições de inabitabilidade.

Apesar disso, segundo dados do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em 2018 existiam 16.161 vagas disponíveis em todas as unidades de internação no sistema socioeducativo dos estados da federação, ao passo que sua ocupação total era de 18.086 adolescentes⁵. O que representava, portanto, uma superlotação de 11,91% à época (BRASIL, 2019). Na mesma linha, dados do Programa Justiça Presente do CNJ, de 2019, evidenciavam que a taxa de lotação das unidades de internação do período era de 12,6%, apontando, portanto, para um leve acréscimo da lotação quando comparado com o período anterior (CNJ, 2019).

Os dados anteriores, meramente exemplificativos, expõem um cenário de unidades socioeducativas superlotadas. E, por conseguinte, contribuindo para um atendimento precarizado e que faz preponderar rotinas de segurança em detrimento de atividades pedagógicas.

Esse contexto levou o Supremo Tribunal Federal (STF) a reconhecer, no julgamento de pedido liminar formulado no bojo do HC 143.988/ES⁶, de relatoria do Ministro Edson Fachin, que

“os direitos fundamentais dos adolescentes internados estão a sofrer graves violações motivados pela superlotação, razões pelas quais não podem permanecer na situação degradante que se encontram.” (p. 05).

Assim, em 2018, o Ministro Fachin concedeu liminarmente a ordem determinando que na Unidade de Internação Regional Norte em Linhares, no estado do Espírito Santo, fosse delimitada a taxa máxima de ocupação em 119%, procedendo-se a transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estivessem com capacidade de ocupação superior a essa taxa. Subsidiariamente, determinou que, caso a transferência não fosse possível, o Sistema de Justiça, por meio dos magistrados, deveria atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012. Isto é, colocar o adolescente em programa de meio aberto, exceto nos casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, até que fosse atingido o mencionado percentual máximo de ocupação estabelecido. Em maio de 2019, esta mesma decisão foi estendida aos Estados da Bahia, Ceará, Pernambuco e Rio de Janeiro, a pedido das respectivas Defensorias Públicas.

A grande novidade desse cenário é que, em agosto de 2020, foi finalizada a votação do *Habeas Corpus* Coletivo 143.988/ES, tendo a 2ª Turma do STF decidido que o Brasil não poderia mais conviver com o cenário de superlotação em unidades socioeducativas para adolescentes e jovens. O voto do relator foi acompanhado à unanimidade pelos demais Ministros da

5. Segundo dados do último Levantamento Anual do Sinase (2023) esse número passou para 11.556 adolescentes. Dados do último Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023) informa, por sua vez, o valor de 12.154 adolescentes.
6. Decisão disponível na página: [https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&-docID=753732203]. Acesso em: 18.01.2024.

Segunda Turma. Dessa forma, restou vetada, em nível nacional, a possibilidade da existência de unidades socioeducativas de meio fechado acima de sua capacidade de operação.

Em termos gerais, o voto do Ministro Relator apontou para as seguintes definições: i) adoção do princípio *numerus clausus* como estratégia de gestão de vagas das unidades socioeducativas; ii) reavaliação dos adolescentes internados exclusivamente em razão da reiteração em infrações cometidas sem violência ou grave ameaça à pessoa; iii) proceder-se à transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior ao limite projetado do estabelecimento, contanto que em localidade próxima à residência dos seus familiares; iv) subsidiariamente, caso as medidas propostas sejam insuficientes e essa transferência não seja possível, o magistrado deverá atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012; v) na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas *supra*, que haja conversão de medidas de internação em internações domiciliares, sem qualquer prejuízo ao correto cumprimento do plano individual de atendimento; vi) alternativamente, a adoção justificada pelo magistrado de outras diretrizes que entenda adequadas e condizentes com os postulados constitucionais e demais instrumentos normativos.

O princípio do *numerus clausus*, também conhecido como princípio da ocupação taxativa, determina que deverá haver a ocupação de uma pessoa por vaga dentro das diversas instituições, entre elas os locais de privação de liberdade. Estabelece, portanto, a ocupação máxima de 100% de lotação desses espaços (ROIG, 2016). O princípio possui aplicação recente no âmbito internacional, tendo produzido efeitos importantes na redução da superlotação de estabelecimentos prisionais de países como a França, entre outros⁷.

Chenain (2005), entre outros autores, argumenta que a legitimidade do *numerus clausus* reside em permitir o debate sobre os objetivos e necessidade da privação da liberdade, suas funções e significados, debate que deve se desdobrar a partir do respeito da dignidade da pessoa humana. A adoção do princípio da capacidade taxativa constituiria, assim, um indicador importante do caráter democrático do Sistema de Justiça e precondição para o efetivo exercício dos direitos humanos da população reclusa. Incluindo, consequentemente, os adolescentes privados e restritos de liberdade.

Nesse sentido, Ferrajoli (2016) defende a inconstitucionalidade da superlotação, uma vez que contradiz dois princípios fundamentais nos quais deve se apoiar o Sistema de Justiça: de que as penas não podem consistir em tratamentos contrários ao senso de humanidade e que a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada e garantida a todos, sem distinção. Para ele, um único remédio seria eficaz contra tal inconstitucionalidade que seria a adoção do *numerus clausus*. Também adverte que o emprego do *numerus clausus* deveria necessariamente implicar na alocação de presos que cumprem penas ou sentenças de curta duração para medidas alternativas, gerando o duplo benefício de determinar a anistia automática de medidas

7. De acordo com Roig, a adoção do *numerus clausus* seria a única maneira de remediar o problema da superlotação prisional no país (França) e da criação dos meios para proibir a sua reprodução. Além disso, sua implementação ensejaria um ambiente mais propício ao trabalho e objetivo de reinserção social (ROIG, 2016, p. 105-106).

de aprisionamento muito curtas e interromper o tratamento desumano de outros que permanecem reclusos⁸ (FERRAJOLI, 2016 apud ROIG, 2016).

Apoiado na fundamental principiológica do *numerus clausus*, a decisão do STF abriu caminhos para o avanço de iniciativas que visem dar cumprimento a um adequado processo de gestão de vagas no sistema socioeducativo, de modo que as unidades não mais convivam com o percentual de lotação acima do patamar de 100% de ocupação. Esse precedente fortaleceu, em nível nacional, a estratégia de implementação do serviço da Central de Vagas (CNJ, 2021).

De maneira geral, a Central de Vagas é um serviço que objetiva promover a gestão de vagas em unidades de internação, semiliberdade e internação provisória do Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo, em todas as unidades da federação, respeitando-se o percentual máximo de 100% de lotação. Apoiada na decisão do HC 143.988/ES e pautada em experiências exitosas anteriores⁹, o serviço foi proposto pela Resolução CNJ 367, de 19 de janeiro de 2021.

Conforme disposto no artigo 2º, parágrafo único, da norma, o serviço deverá ser gerido pelo Poder Executivo, mas implementado cooperativamente com o Sistema de Justiça. Essa definição derivou na atuação do CNJ, por meio do Programa Fazendo Justiça¹⁰, como ator central no processo de indução e qualificação do serviço nas unidades da federação.

De modo complementar, destaca-se que o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescentes (Conanda) publicou, em 2022, a Resolução 230¹¹, de 24 de novembro. A normativa igualmente versa sobre as diretrizes e procedimentos para a implementação e funcionamento da Central de Vagas, sinalizando, por sua vez, o compromisso da sociedade civil com a pauta e com a implementação do serviço de forma ampliada.

De forma resumida, o modelo da Central de Vagas defende que, proferida a decisão judicial de internação provisória ou de internação-sanção ou a aplicação de sentença de medida socioeducativa de internação ou de semiliberdade, caberá ao magistrado solicitar ao Poder Executivo a disponibilização de vaga em unidade socioeducativa (art. 7º da Resolução CNJ 367/2021). Ato contínuo, o Poder Executivo receberá o pedido de solicitação de vagas cabendo-lhe indicar, por meio de critérios objetivos (art. 7º, § 2º), a disponibilidade de alocação de adolescente em unidade de atendimento ou, em caso de indisponibilidade (quando atingido o percentual de 100%), sua inclusão em lista de espera.

8. Ressalta-se que para os casos dos adolescentes privados de liberdade, é importante que eles não recebam tratamento mais gravoso que os adultos e que o princípio da legalidade seja observado.
9. Dos estados do PR e SC.
10. O programa Fazendo Justiça é um programa coordenado pelo CNJ, em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e diversos apoiadores, e visa acelerar transformações no campo da privação de liberdade. O programa tem em seu escopo a atuação de assistentes técnicos estaduais que atuam nos Tribunais de Justiça dos estados, no intuito de induzir no território a implementação das suas ações. Disponível em: [www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/]. Acesso em: 12.01.2024.
11. Disponível em: [www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-230-de-24-de-novembro-de-2022-446398280]. Acesso em: 12.01.2024.

Nesse ínterim, o magistrado pode monitorar a posição do adolescente na lista de espera (art. 9º, § 2º), podendo incluí-lo em programa de meio aberto mediante decisão judicial fundamentada (art. 9º, § 1º).

Outro ponto importante do desenho institucional do serviço, trata-se das medidas de qualificação da porta de saída¹² do sistema socioeducativo. Sobre o tema, foi explicitado pela Resolução que o fluxo de funcionamento da Central de Vagas também depende da capacidade dos atores do Sistema de Justiça de adotarem medidas concretas para esvaziar os estabelecimentos socioeducativo, quando sua ocupação se aproxime do percentual de 100% de lotação.

Ou seja, a Central de Vagas é um serviço difundido pelo CNJ para um contínuo enfrentamento do cenário de lotação das unidades socioeducativas. O serviço, visa ainda, introjetar nos atores do Sistema de Justiça o *modus operandi* de que os adolescentes autores de ato infracional só devem ser internados em caráter excepcional e de forma breve. Contrariando, portanto, a lógica do Código de Menores onde o “menor era visto como um problema social que deveria ser tutelado pelo estado” (GISI, SANTOS e ALVAREZ, 2021, p. 20).

Apesar de relativamente novo¹³, é importante lembrar que o modelo da Central de Vagas se propõe a enfrentar um desafio que é não é tão recente, tendo em vista que os ditames da brevidade e excepcionalidade da privação e restrição de liberdade constituem princípio constitucional estabelecido em 1988 (art. 227, § 3º, inc. v) e endossado, em 1990, pelo ECA (art. 121).

Passados 30 anos de publicação do ECA, ainda são muitos os desafios para sua implementação (CIFALI, CHIES-SANTOS e ALVAREZ, 2020). Fato é, que o socioeducativo ainda insiste em transitar no lugar de indefinição entre um sistema que se apresenta como punitivista/retributivo *versus* integrativo/educativo. E como era de se esperar, essa dicotomia existencial parece estar contaminando as diversas formas e modelos de Central de Vagas implementados ao longo do país.

Dito isso, passamos à apresentação metodológica do trabalho.

Para compreender o processo de difusão das Centrais de Vagas no território brasileiro, realizamos pesquisa de mote quantiquantitativo com análise descritivo-analítica dos dados. Para tanto, pesquisamos nas 27 unidades federativas do Brasil as normativas publicadas que versam sobre a criação do serviço da Central de Vagas. A coleta foi feita no site das Assembleias Legislativas, Tribunais de Justiça e páginas *web* do Poder Executivo dos estados, por meio da busca de palavras-chave¹⁴.

A partir dos resultados preliminares encontrados, foi realizada uma análise do conteúdo de todas as normativas, de modo a compreender as semelhanças e divergências entre os textos e, portanto, do modelo da Central de Vagas adotado formalmente nos estados.

12. Para maior compreensão, vide art. 12 da Resolução CNJ 367/2021.

13. A primeira Central de Vagas nos moldes reconhecido pelo CNJ foi criada em 2015 no estado do Paraná.

14. Buscou-se pelas palavras “central de vagas” e “gestão de vagas”.

Foram encontradas 23 normativas publicadas, sendo que 21 atenderam aos critérios mínimos de elegibilidade¹⁵ do serviço, e 3 delas foram implementadas antes da publicação da Resolução CNJ 367. Além disso, observamos que houve características na arquitetura institucional do serviço em alguns estados que terminaram contrariando as disposições da Resolução do CNJ, ao impor uma lógica mais punitivista ao modelo. Por outro lado, também foi possível encontrar desenhos mais garantidores de direitos para os adolescentes.

Passamos então à apresentação dos achados da pesquisa.

3. ANÁLISE DOS DADOS

3.1. *Panorama geral do processo de implementação do serviço da Central de Vagas*

Antes do processo de implementação do serviço da central de vagas, a definição de onde alocar os adolescentes nos estabelecimentos socioeducativos era definida pela ordem temporal de emissão da decisão judicial de aplicação da medida socioeducativa e sua subsequente solicitação de vagas. A partir disso, o poder executivo analisava os pedidos e os cumpria, sempre que possível.

Dessa forma, os gestores de vagas dos sistemas estaduais de atendimento socioeducativo definiam o lugar onde o adolescente iria cumprir sua medida socioeducativa, mesmo que isso significasse aloca-lo num estabelecimento de internação, internação provisória ou semi-liberdade acima da sua capacidade (100%), ou até mesmo interná-lo num local distante dos seus familiares e comunidade. Esse procedimento inadequado promovia um cenário de malversação de recursos físicos e humanos e uma precarização do atendimento socioeducativo.

Em alguns casos, o atendimento da solicitação de vaga se dava por meio da articulação entre Poder Executivo e o Poder Judiciário, que ao cabo “negociavam” quais pedidos seriam ou não atendidos (CNJ, 2021). Ou seja, não era incomum que o fluxo de solicitação e alocação de vagas ocorresse sem que os princípios da Administração Pública da impessoalidade e publicidade fossem levados em consideração.

A fim de reverter este panorama, foram criadas as primeiras Centrais de Vagas nos estados do Paraná (PR), em 2015, e em Santa Catarina (SC), em 2017. Isto é, antes mesmo da publicação da Resolução CNJ 367/2021.

Conforme indicado pelo CNJ, o processo de implementação da Central de Vagas nesses estados não foi ponto pacífico, já que magistrados e promotores interpretaram que o novo modelo proposto poderia interferir na autonomia do Poder Judiciário de prolação de sentenças (CNJ, 2021). Como consequência, representantes do Sistema de Justiça e do Poder Executivo do PR e SC tiveram que realizar um incessante trabalho de convencimento dos atores locais, de forma que o modelo proposto fosse reconhecido e legitimado. Dito de outra forma,

15. Esses critérios serão mais bem detalhados a seguir.

A., E. L. de; G., F. M.; S., L. G. de. A central de vagas versus o “punitivismo” infracional? O processo de implementação do serviço nos sistemas estaduais de atendimento socioeducativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 203, ano 32, p. 81-108. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094652]

havia um cenário institucional incerto e melindroso para a consolidação da Central de Vagas, que foi sendo revertido diante de alinhamentos institucionais e resultados concretos¹⁶.

Foi espelhado nos modelos da Central de Vaga dos estados do PR e SC e, no intuito de operacionalizar a aplicação da decisão de mérito do HC 143.988/ES, que o CNJ publicou a Resolução 367/2021. A norma dispõe sobre as diretrizes para a implementação do serviço nos Sistemas Estaduais de Atendimento Socioeducativo, no âmbito do Poder Judiciário, e definiu, em seu art. 14, a obrigatoriedade de o Judiciário envidar esforços para que no prazo de um ano, a contar da data de sua publicação, todas as unidades federativas passassem a contar com o serviço.

Essa conjunção de fatores “pavimentou o terreno” para que, a partir de 2021, passássemos de uma fotografia de 3 serviços (PR, SC e GO)¹⁷ existentes para um total de 21 (vinte e uma) Centrais de Vagas implementadas ao longo do país. O quadro 1 a seguir apresenta o consolidado desse avanço.

Quadro 1: Consolidado dos estados que instituíram (ou tentaram) o serviço da Central de Vagas nos Sistemas Estaduais de Atendimento Socioeducativo (em ordem de publicação).

Estado	Ano	Normativa
<i>Anteriores à Resolução CNJ 367/2021</i>		
Distrito Federal	2013	Portaria Conjunta 001/2013.
Paraná	2015	Resolução SEJU 43/2015, atualizada em 2018 pela Resolução GS/SEJU 169. Visto em 23 de dezembro de 2022. Resolução 169, de 21 de dezembro de 2018. Lei Ordinária 20.862, de 07 de dezembro de 2021
Goiás	2016	Provimento 003, de 16 de fevereiro de 2016. Atualizado pela Portaria Conjunta 01/2022
Santa Catarina	2017	Resolução Conjunta 001, de 23 de novembro de 2017
Ceará	2019	Portaria 146/2019 – SEAS. Atualizada em 2021 pela Portaria 67/2021 – SEAS e Resolução do Órgão Especial n. 28/2021

16. Para aprofundar os resultados concretos da operacionalização da Central de Vagas nos estados do PR e SC, vide capítulo 4 do Manual do CNJ sobre o tema. Disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/manual-central-vagas-socioeducativo.pdf]. Acesso em: 12.01.2024.

17. As normativas do DF e CE anteriores à Resolução CNJ 367 se referiam ao funcionamento de um processo de gestão de vagas no estado e não propriamente de uma central de vagas.

Estado	Ano	Normativa
<i>Posteriores à Resolução CNJ 367/2021</i>		
Acre	2023	Portaria Conjunta 58/2023
Amazonas	2023	Lei 6.741, de 05 de outubro de 2023 ¹⁸
Amapá	2023	Portaria Conjunta 001/2023 – GP-TJAP
Maranhão	2021	Portaria IJ 4412021, de 29.01.2021. Atualizada por Resolução-GP 73 de 18 de julho de 2022
Pernambuco	2021	Portaria Interinstitucional 001/2021, de 25 de maio de 2021
Rio de Janeiro	2021	Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ 1550, de 26 de maio de 2021
São Paulo	2021	Portaria Normativa 358, de 20 de julho de 2021
Minas Gerais	2021	Resolução Conjunta SEJUSP/TJMG/MPMG/DPMG/PCMG 18, de 15 de dezembro de 2021.
Rondônia	2021	Portaria Conjunta 001/2021
Roraima	2022	Portaria 30 SETRABES/GAB, de 17 de janeiro de 2022. Atualizada pela Portaria 61/SETRABES/GAB/UGAM/DP/NRH, de 09 de janeiro de 2023
Rio Grande do Sul	2022	Resolução 001/2022 – SJPS, de 08.02.2022. Resolução 014/FASE/2022-DG
Mato Grosso do Sul	2022	Resolução Conjunta SEJUSP/Corregedoria-Geral da Justiça 02, de 21 de fevereiro de 2022
Rio Grande do Norte	2022	Portaria Conjunta 01, de 7 de outubro de 2022
Pará	2022	Resolução Conjunta 01/2022
Mato Grosso	2022	Termo de Cooperação Técnica 05/2022
Tocantins	2023	Portaria Conjunta 05/2023, de 12.04.2023

18. PB e AM por serem leis, provavelmente terão normativas específicas que melhor detalharão o funcionamento do serviço, acrescentando elementos como os critérios objetivos.

A., E. L. de; G., F. M.; S., L. G. de. A central de vagas versus o "punitivismo" infracional? O processo de implementação do serviço nos sistemas estaduais de atendimento socioeducativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 203, ano 32, p. 81-108. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094652]

Estado	Ano	Normativa
Espírito Santo	2023	Ato Normativo Conjunto 06/2023, de 12.04.2023
Paraíba	2023	Lei 12.635, de 09 de maio de 2023

Fonte: Elaboração própria, a partir das normativas analisadas nos estados.

Foram analisadas 23 normativas, sendo que dessas, 5 (PR, SC, DF, GO e CE¹⁹) foram anteriores à publicação da Resolução CNJ 367/2021. Do total analisado observa-se que há atualmente 21 serviços implementados, já que os outros 2 (RO e DF) constituem-se apenas um processo de gestão de vagas²⁰ e não propriamente uma central de vagas.

Sobre o conteúdo das normativas, verificou-se que a maioria delas apresentam uma estrutura padronizada de organização do seu texto. Ou seja, observamos que as normas seguem um padrão organizativo imitativo, espelhado no modelo da Resolução CNJ 367/2021.

Elencamos aqui algumas hipóteses iniciais para explicar o processo de difusão da Central de Vagas e seu padrão imitativo. Em um primeiro momento – que se inicia com a implementação do modelo e eficácia na redução da lista de espera e superlotação no estado do Paraná (GODINHO et al., 2021) –, podemos inferir que o esforço de cópia do modelo do Paraná por Santa Catarina e Goiás é motivado por ganhos de legitimidade e melhora em suas práticas organizacionais, prevalecendo, dessa forma, um processo de isomorfismo institucional mimético (DIMAGGIO e POWELL, 2005).

Esses ganhos de legitimidade e incrementos organizações no estado do PR seriam, por exemplo, a redução do cenário de lotação das unidades socioeducativas e a redução do total de adolescentes na lista de espera que caiu de 1125 pedidos de vagas nas unidades de internação, em 2015, para um cenário de 158 pedidos de vaga, em 2019 (CNJ, 2021). Além disso, foi relatado pela gestão estadual que a implementação do serviço possibilitou o

“(…) aprimoramento da qualidade do atendimento socioeducativo, além de propiciar uma conjuntura favorável para que os parâmetros de segurança sejam implementados estritamente como meio, e não como fim do atendimento socioeducativo.” (p. 86).

Um segundo momento é marcado pela publicação da Resolução 367/2021, ela própria inspirada nos modelos do PR e de SC. Essa norma exerce pressão formal sobre os Tribunais de Justiça nos estados, já que é emanada por autoridade da qual dependem ou que exerce função de controle sobre eles (isomorfismo institucional coercitivo – DIMAGGIO e POWELL, 2005). Se por um lado, a publicação da Resolução gerou um cenário de questionamento do

19. No caso do CE, analisou-se as normativas de antes e depois da publicação da Resolução CNJ 367/2021.

20. No próximo tópico detalharemos quais são os critérios mínimos de elegibilidade e funcionamento do serviço, que definem se há no estado ou não uma simples gestão de vagas ou uma Central de Vagas nas UFs.

modelo proposto, por outro, esses atores se depararam com o dilema de terem que se organizar institucionalmente para dar cumprimento à decisão do HC 143.988/ES.

Logo, a delicadeza e a novidade do tema e, ao mesmo tempo, a incerteza institucional quanto a sua viabilidade, e sobre como implementar o modelo nos estados, reforçou o surgimento de respostas padronizadas entre estados, diante de um cenário de inseguranças institucionais.

Por outro lado, houve unidades federativas que implementaram sua política de gestão de vagas apenas do ponto de vista formal. Conforme analisado, RO e DF adotaram apenas práticas cerimoniais para prestar contas à determinação do art. 14 da Resolução CNJ 367/2021, sem efetivamente alterar suas rotinas e práticas organizacionais de gestão das vagas. Além disso, SP desconsiderou elementos importantes do modelo original, como os critérios objetivos.

Levantamos ainda a hipótese de que casos inovadores como SP e DF, que adotaram majoritariamente práticas cerimoniais na implementação de seus serviços, seriam daqueles estados que possuem tanto maior capacidade técnica para introduzir mudanças adaptadas ao contexto local, quanto maior capacidade política para eventualmente resistir à determinação de instâncias superiores (CNJ). No caso de RO, haveria uma insistência do Tribunal de Justiça de que o modelo proposto atenderia às disposições da Resolução do CNJ. Logo, existiria uma resistência local ou divergência de compreensão sobre como funcionaria o modelo da Central de Vagas proposto a nível nacional (CNJ, 2023).

Por fim, é importante reconhecer que o avanço na implementação da política da Central de Vagas não é irrelevante, já que 21 UFs implementaram o serviço, pelo menos do ponto de vista formal. Destarte, sendo a Central de Vagas uma ferramenta que operacionaliza os princípios da brevidade e excepcionalidade da medida socioeducativa, assumimos que há um esforço nacional, induzido pelo CNJ, de arrefecimento do “punitivismo” infracional. Ou seja, existe um movimento coordenado e taxativo de tentar implementar a privação e restrição de liberdade, apenas quando de fato ela seja necessária. Por outro lado, não é sem uma avalanche de resistência que esse processo caminha.

Não obstante, sublinhamos que o princípio da brevidade e excepcionalidade da medida socioeducativa são longevos (CF/1988 e o ECA). Dessa forma, a necessária atuação do CNJ enquanto ator indutivo desse processo representa o peso da permanência das práticas minoristas, que ainda insistem em contaminar a Justiça Juvenil e o Sistema Socioeducativo.

A seguir, passaremos para a análise mais detalhadas das normativas estaduais, considerando os critérios mínimos de elegibilidade e funcionamento da Central de Vagas.

3.2. *As semelhanças e diferenças dos modelos da Central de Vagas nas unidades da federação*

Procuramos verificar, na análise pormenorizada dos dados, se há uma homogeneidade de práticas organizacionais entre os estados. Investigamos, ainda, se os serviços implementados adotaram os critérios mínimos de elegibilidade e funcionamento para se considerar na UF a existência de um serviço de Central de Vagas e, não, uma mera gestão administrativa de vagas.

Esses critérios foram definidos no Manual da Resolução CNJ 367/2021 e no Relatório Anual de Monitoramento da Central de Vagas²¹.

Considerando o manual, esses parâmetros mínimos exigidos seriam: i) a definição do limite máximo de 100% de ocupação das unidades socioeducativas (limite máximo estabelecidos no HC 143.988/ES); ii) o estabelecimento de critérios objetivos para a análise dos pedidos de vagas; iii) a previsão de lista de espera e, iv) a regionalização do serviço (em observância ao princípio da convivência familiar e comunitária). O quadro 2 exibe um consolidado da análise.

Quadro 2: Presença dos critérios mínimos de elegibilidade e funcionamento do serviço da Central de Vagas nos estados

Estados	Critérios mínimos de elegibilidade do serviço da Central de Vagas			
	Limite máximo de ocupação de 100%	Lista de espera	Convivência familiar e comunitária (regionalização)	Critérios objetivos
Acre	Sim (art. 7º, § 1º)	Sim (art. 7º, § 2º)	Sim (“considerandos”)	Sim (art. 5º, § 2º)
Amazonas	Sim (art. 5º, inc. inc. 2º)	Sim (art. 3º)	Sim (art. 4º, inc. IV)	Não
Amapá	Sim (art. 6º, inc. II)	Sim (art. 2º, §1º)	Sim (art. 4º inc. IV)	Anexo
Ceará	Sim (art. 3º, § 2º)	Sim (art. 2º, inc. IV)	Sim (art. 2º, inc. VIII)	Sim (art. 5º)
Espírito Santo	Sim (art. 11)	Sim (art. 15)	Sim (art. 4º, inc. IV)	Sim (art. 12, parágrafo único)
Maranhão	Sim (art. 11)	Sim (art. 2º, § 1º)	Sim (art. 4, inc. IV)	Sim (art. 10)
Mato Grosso	Sim (cláusula 6.1, inc. II)	Sim (cláusula 2.1)	Sim (cláusula 4.1, IV)	Sim (cláusula 9.2)

21. Disponível em: [www.cnj.jus.br/relatorio-centrais-vagas-socio]. Acesso em: 19.01.2024.

<i>Estados</i>	<i>Critérios mínimos de exigibilidade do serviço da Central de Vagas</i>			
	<i>Limite máximo de ocupação de 100%</i>	<i>Lista de espera</i>	<i>Convivência familiar e comunitária (regionalização)</i>	<i>Critérios objetivos</i>
<i>Mato Grosso do Sul</i>	Sim (art. 7º)	Sim (art. 2º, § 1º)	Sim (art. 4º, inc. II)	Sim (art. 8º, inc. II)
<i>Minas Gerais</i>	Sim (art. 6º, parágrafo único)	Sim (art. 11, § 6º)	Sim (art. 1º, inc. IV)	Sim (art. 11, §1º)
<i>Pará</i>	Sim (art. 12)	Sim (art. 2º, § 1º)	Sim (art. 4º, inc. IV)	Sim (art. 11)
<i>Paraíba</i>	Sim (art. 5º, inc. VI)	Sim (art. 2º, § 1º)	Sim (art. 3º, inc. IV)	Não
<i>Paraná</i>	Sim (art. 3º, III, a)	Sim (Art. 3º, III, e)	Sim (art. 5º, § 4º)	Sim (art. 3º, III, a)
<i>Pernambuco</i>	Sim (art. 14, § 5º)	Não	Sim (art. 9, § 1º)	Sim (art. 9º, inc. I)
<i>Rio de Janeiro</i>	Sim (art. 11)	Sim (art. 2º, § 1º)	Sim (art. 4º, inc. IV)	Sim (art. 10)
<i>Rio Grande do Norte</i>	Sim (art. 13)	Sim (art. 13)	Sim (art. 1º, inc. IV)	Sim (art. 12)
<i>Rio Grande do Sul</i>	Sim (art. 6, inc. II)	Sim (art. 2º)	Sim (art. 4º, inc. III)	Sim (art. 9º)
<i>Roraima</i>	Sim (art. 16)	Sim (art. 16)	Sim (art. 2º, inc. IV)	Sim (art. 15)
<i>Santa Catarina</i>	Não	Sim (art. 2º, inc. II)	Sim (art. 2º, inc. II)	Sim (art. 2º, parágrafo único)

Estados	Critérios mínimos de exigibilidade do serviço da Central de Vagas			
	Limite máximo de ocupação de 100%	Lista de espera	Convivência familiar e comunitária (regionalização)	Critérios objetivos
Tocantins	Sim (art. 12)	Sim (art. 3º, inc. II)	Sim (art. 4º, inc. IV)	Sim (art. 12, § 2º)
São Paulo	Sim (art. 3º)	Sim (art. 3º)	Não	Não
Distrito Federal	Não	Não	Não	Não
Rondônia	Não	Não	Não	Não

Fonte: Elaboração própria, a partir das normativas analisadas nos estados.

De maneira geral, verifica-se que no âmbito formal a maioria dos serviços implementados apresentam desenhos institucionais que se adéquam na integralidade ao que prevê a Resolução 367 e o Manual do CNJ. Apesar de terem normativa publicada, DF e RO são exemplos em que se considera que não há uma central de vagas em funcionamento, já que não adotaram nenhum dos critérios de exigibilidade do serviço. Por fim, destaca-se que os estados de AL, BA, PI e SE não apresentam o serviço da Central de Vagas regulamentado²². Dessa forma, essas UFs não entraram na nossa análise.

Nos demais casos, há problemas pontuais na regulamentação formal de algum dos critérios mínimos de funcionamento da Central de Vagas, mas que podem comprometer o modelo. SC, por exemplo, não apresenta em sua norma uma determinação expressa de limitação do percentual de 100% de lotação das unidades socioeducativas, apesar de na prática adotarem essa conformação (CNJ, 2021). Essa ausência foi igualmente verificada nos casos do DF e RO.

PE, DF e RO não mencionaram em sua portaria a necessidade de existência de uma lista de espera. Sobre a adoção do princípio da convivência familiar e comunitária, SP, DF e RO não se manifestaram a respeito. Finalmente, AM, PB, DF, RO e SP não trouxeram, no anexo da norma, os critérios objetivos de análise do pedido de vaga.

Na sequência, explicaremos as divergências e novidades entre os modelos da Central de Vagas implementados nos estados, a partir dos critérios mínimos de exigibilidade e funcionamento do serviço.

22. Até a data de elaboração deste trabalho.

3.2.1. O limite máximo de 100% de ocupação das unidades socioeducativas

Conforme previsto no art. 6º, inc. I, da Resolução CNJ 367/2021, a Central de Vagas deve assegurar que a ocupação dos estabelecimentos socioeducativos não ultrapasse o número de vagas existentes. Logo, a implementação de um serviço que não implemente esse critério à risca seguramente descumpra sua essência, já que coloca em risco a dignidade humana dos adolescentes em privação e restrição de liberdade, ao obrigá-los a cumprir medida socioeducativa num local degradado e que, por conseguinte, ameaçaria sua integridade física e psicológica.

Dito isso, não é à toa que apenas três estados (DF, SP e RO) foram os únicos que não dispuseram expressamente em seus textos legais o limite máximo de 100% de ocupação das unidades socioeducativas²³. Dada a centralidade desse critério, entre outros fatores, o CNJ decidiu por não reconhecer a existência do serviço implementado em duas dessas UFs, conforme Relatório Anual de Monitoramento da Central de Vagas publicado (CNJ, 2023).

Lado outro, ressalta-se que não é trivial a função de definir quais adolescentes terão prioridade no acesso às vagas de internação e semiliberdade, num cenário de pedidos de vagas que extrapolem àquelas existentes. É aí que entra a operacionalização dos critérios objetivos da Central de Vagas, nosso próximo tópico a ser debatido.

3.2.2. Os critérios objetivos para a análise dos pedidos de vagas

A Resolução CNJ 367/2021 dispõe que a solicitação de vagas deverá ser feita considerando os critérios de disponibilidade de vaga, proximidade familiar, local de cometimento do ato infracional, idade, gravidade e reiteração do ato infracional. Segundo a norma (art. 7º, § 2º), a operacionalização desses critérios deverá ser formulada regionalmente pelo Poder Judiciário, em cooperação com o Poder Executivo, Ministério Público, Defensoria Pública e com o Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente (CEDCA). Esses atores deverão, ainda, fixar um prazo de resposta às solicitações de vagas encaminhados ao Poder Executivo.

Isto é, os critérios objetivos definem um sistema de pontuação para organizar e determinar a entrada dos adolescentes nas unidades socioeducativas, a partir de uma ordem de prioridade. Esse modelo de funcionamento visa garantir que num cenário de possível lotação do sistema, apenas os pedidos de vagas de atos infracionais cometidos mediante violência e grave ameaça à pessoa tenham predileção na obtenção de vaga.

Ou seja, a Central de Vagas, nada mais faz do que sinalizar caminhos práticos para se operacionalizar o art. 122 do ECA, que desde 1990 limitou as possibilidades em que a medida socioeducativa de internação de adolescentes deverá ser aplicada. Além de viabilizar o

23. Estamos aqui considerando o caso de SC como um estado que adota o limite máximo de 100% de lotação das unidades, já que na prática o serviço opera dessa forma, conforme CNJ (2021).

A., E. L. de; G., F. M.; S., L. G. de. A central de vagas versus o "punitivismo" infracional? O processo de implementação do serviço nos sistemas estaduais de atendimento socioeducativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 203, ano 32, p. 81-108. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094652]

cumprimento do princípio da brevidade e excepcionalidade da medida socioeducativa e o respeito à condição peculiar do adolescente enquanto pessoa em desenvolvimento (art. 121 do ECA).

Ressalta-se que esse modelo de funcionamento é utilizado para determinar a entrada dos adolescentes na unidade – e apenas para tal finalidade. Isso quer dizer que a pontuação atribuída ao adolescente na análise do pedido de vaga, não deverá interferir, em nada, no momento da decisão judicial e tampouco na futura avaliação do cumprimento de sua medida socioeducativa.

Partindo para a análise, verificamos que as normativas dos estados do PR e SC (anexos) trazem exemplos de diferentes critérios objetivos. Na tabela de pontos do PR, que é trazida como exemplo no Manual do CNJ, são atribuídas ponderações aos seguintes critérios: reiteração do ato infracional, cumprimento de medida socioeducativa anteriormente aplicada, se o adolescente se encontra apreendido ou não em delegacia, além da natureza do ato infracional (gravidade). Atos infracionais considerados graves recebem mais pontos, ao passo que os de menor gravidade recebem um menor valor (tabela de pontos).

Como exemplo, a tabela define a maior pontuação (100 pontos) para o ato infracional análogo ao latrocínio, ao passo que estabelece 2 pontos para o ato infracional análogo à lesão corporal culposa. A partir desse parâmetro, os demais atos infracionais foram pontuados de forma ponderada.

Por sua vez, o caso de SC estabeleceu seu sistema de pontuação por meio da utilização da lógica da pena mínima em abstrato (PMA) prevista na legislação penal²⁴. Em outros termos, o que fez o serviço da Central de Vagas no estado foi definir uma pontuação para os atos infracionais de forma análoga à dosimetria da pena do Sistema Criminal. Além disso, a causa de diminuição de pena e a situação de apreensão do adolescente estão presentes como fatores de ponderação na fórmula (anexo II).

Na nossa análise, no tocante aos critérios objetivos para a análise do pedido de vagas, nos concentramos em entender como as normativas estaduais previram seus critérios objetivos e suas respectivas “tabelas de pontos”. Das 23 normativas, observamos que AM, DF, SP, RO e PB²⁵ não possuem uma tabela de pontos publicizada em suas normas. Onze estados (CE, MT, PE, RN, GO, MS, RR, ES, PA, TO e RS) instituíram uma tabela de pontos igual ou bastante similar à do Paraná.

Já as tabelas de MG e do RJ seguiram a lógica adotada em SC, em que os pontos atribuídos a cada ato infracional são estabelecidos considerando a PMA prevista de forma análoga ao tipo penal no qual se baseia.

Além disso, é importante destacar que as inovações observadas nos modelos analisados, seguem um sentido mais punitivista, de maneira geral. Por exemplo, o CE incluiu outras

24. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm]. Acesso em: 24.01.2024.

25. A Paraíba possui uma lei instituindo a CV, mas ainda não há norma que regulamente o funcionamento do serviço no estado, bem como AM. Além disso, o estado do Mato Grosso cita em sua cláusula 9.2 que os critérios objetivos estão presentes no anexo I. Entretanto, não o encontramos para a análise.

condições em que há aumento de pontos (organização criminosa), mas também um caso de diminuição de pontos (caso de estupro de vulnerável com idade correlata). SC, PE, MG e RJ consideraram emprego de violência e arma de fogo como condições de aumento de pontuação.

As normativas do CE e de PE atribuíram mais pontos para ato infracional análogo ao tráfico de drogas (em comparação com a normativa do PR). Esse aspecto merece ser ressaltado, já que a Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (art. 3º, “c”)²⁶ define que os atos infracionais análogos ao tráfico de drogas, praticados por adolescentes, devem ser encarados como uma das piores forma de trabalho infantil. Além disso, a Súmula 492 do STJ dispõe que o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não deve conduzir obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente.

Logo, adolescentes com menos de 18 anos de idade, vítimas dessas violações, devem, sempre que possível, receber medidas protetivas ao invés de terem suas trajetórias de vida criminalizadas (CNJ, 2021). Entretanto, dados do Levantamento Anual do Sinase (2017, 2023) demonstram que não é esse o tratamento que o sistema de Justiça Juvenil vem dando a esses casos, já que o tráfico de drogas tem sido a segunda maior causa de privação e restrição de liberdade desse público no país.

Por fim, outra significativa inovação observada refere-se aos pontos atribuídos a determinadas faixas etárias dos adolescentes, hipótese que não encontra amparo no arcabouço legal da Justiça Juvenil e do Sistema Socioeducativo (ECA e Lei do Sinase). Tais condições estão presentes nas normativas do RJ e MG²⁷. A título de exemplo, a normativa de MG atribui como mais grave, para a obtenção de vaga, os atos infracionais praticados por adolescentes entre 15 e 17 anos, seguidos daqueles entre 12 e 14 anos e, finalmente, os entre 18 e 20 anos. Ou seja, observa-se na arquitetura institucional da central de vagas desse estado uma tentativa de priorizar os pedidos de vagas para os casos que envolvam adolescentes na faixa etária entre 15 a 17 anos, atribuindo, portanto, uma maior punibilidade a este grupo em detrimento dos demais. Sem que haja uma aparente justificativa sociolegal para essa definição.

3.2.3. A previsão de lista de espera

A lista de espera se refere à relação de adolescentes que aguardam a entrada nas unidades socioeducativas, quando ultrapassado o percentual de 100% de ocupação das vagas (art. 4º, inc. II, da Resolução CNJ 367/2021). Ou seja, uma vez existindo um cenário de lotação, os adolescentes que não conseguirem obter uma vaga entrarão numa lista de espera, que será classificada pela ordem de gravidade dos casos.

-
26. A Convenção 182 da OIT estabelece, em seu art. 3º, que a utilização, recrutamento ou a oferta de crianças para a realização de atividades ilícitas, em particular a produção e o tráfico de entorpecentes é uma das piores formas de trabalho infantil.
27. No RJ, a faixa compreendida entre 12-14 anos = 0 pontos; 15-18=2 pontos, 19-21 = 1 ponto. Em MG, 12-14 = 1 ponto, 15-17 anos = 2 pontos, 18-20 = 0 pontos.

É importante que essa lista de espera considere a tipologia de vagas²⁸ e que os atores do Sistema de Justiça Juvenil, no caso, o juiz do processo de conhecimento, defina a situação desse adolescente enquanto aguarda a liberação da vaga. Uma opção, seria incluí-lo em programa de meio aberto. (art. 49, inc. II, da Lei do Sinase e art. 9º, § 1º, da Resolução CNJ 367/2021). Enquanto isso, o magistrado pode monitorar a posição do adolescente (§ 2º), podendo a qualquer tempo requisitar informação para o serviço da Central de Vagas.

Ou seja, a lista de espera define o modo como se operará o princípio *numerus clausus*. Destarte, assim como definido em outros sistemas de políticas públicas – como nas políticas de saúde (hospitais), educação (escolas) e assistência social (por exemplo, as unidades de acolhimento institucional) –, diante da inexistência de vagas o público-alvo aguardará a liberação da vaga solicitada. A mesma lógica se aplica no serviço da Central de Vagas.

Ainda sobre o tema, a Resolução do CNJ definiu que transcorridos 150 dias da inclusão do adolescente na lista de espera sem que o pedido seja atendido, caberá ao juiz competente avaliar a pertinência de manutenção ou revogação da solicitação da vaga (art. 9º, § 4º). Essa definição foi pensada no intuito de compelir os atores do Sistema de Justiça a avaliarem se aquele pedido de vaga/aplicação de medida ainda faz sentido, ou se outra forma de responsabilização do adolescente foi conferida ao caso concreto, em consonância com o princípio da atualidade. Tornando, portanto, dispensável àquela medida mais gravosa.

Ademais, considerando que a noção de tempo para os adolescentes é diferente da dos adultos (MICHEL, HARB e HIDALGO, 2012), essa reavaliação é ainda mais necessária, já que, por exemplo, pouco sentido faria privar um adolescente de liberdade depois de 6 meses aguardando um pedido de vaga, nos casos em que ele tenha, por exemplo, cumprido uma medida de meio aberto e já esteja, por consequência, com a vida reposicionada e afastada da dinâmica criminal.

Sobre a análise dos dados, apenas PE, DF e RO não estabeleceram em seu texto legal a existência da lista de espera. Sua presença massiva nos demais estados, parece-nos uma sinalização de como ela é necessária para o adequado funcionamento do serviço da Central de Vagas.

3.2.4. A regionalização do serviço da Central de Vagas e o princípio da convivência familiar e comunitária

Finalmente, abordaremos o aspecto da regionalização e, portanto, da aplicação do princípio da convivência familiar e comunitária. A regionalização das vagas significa que os estabelecimentos socioeducativos devem ser definidos e construídos de maneira capilarizada. Ou seja, não é efetivo que haja unidades socioeducativas e, portanto, vagas apenas em territórios administrativos cuja demanda se sobressaia ou ainda nas capitais ou regiões metropolitanas dos estados. Essa diretriz de gestão deveria estar na ordem do dia dos dirigentes dos Sistemas

28. São critérios das tipologias de vagas a sua separação entre internação provisória, semiliberdade, internação e internação-sanção, bem como a separação entre vagas femininas e masculinas.

A., E. L. de; G., F. M.; S., L. G. de. A central de vagas versus o "punitivismo" infracional? O processo de implementação do serviço nos sistemas estaduais de atendimento socioeducativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 203. ano 32. p. 81-108. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094652]

Estaduais de Atendimento Socioeducativo, já que viabilizará ou não aos adolescentes terem chances concretas de conviver com seus familiares e membros comunitários, enquanto estiverem privados ou restritos de liberdade.

A família, em seu conceito ampliado, tem uma dimensão fundamental na consecução da política de atendimento socioeducativo, bem como em diversas outras políticas públicas setoriais, tais como na assistência social (ROSA 2006; MIOTO, CAMPOS e LIMA, 2006). Trata-se de um *locus* privilegiado de amparo, proteção e promoção das possibilidades plenas de desenvolvimento de seus integrantes (CNJ, 2021). É na família que esses adolescentes e jovens deveriam encontrar acolhida e provisão do seu bem-estar social, bem como na sua comunidade. Dessa forma, impelir aos adolescentes cumprirem suas medidas socioeducativas longe de seus parentes e demais referências afetivas, significa fragilizá-los ainda mais.

Consciente da relevância da dimensão familiar e comunitária para a política socioeducativa (art. 1º, § 2º, inc. II, da Lei do Sinase), a Resolução CNJ 367/2021 definiu esse princípio como basilar para o funcionamento da Central de Vaga (art. 5º, inc. IV). Isso significa que a operacionalização desse serviço deve garantir que a análise dos pedidos de vaga considere a necessidade de os adolescentes cumprirem suas medidas nas proximidades da residência de seus familiares e sua comunidade, de modo que suas relações sociais sejam estimuladas e viabilizadas, sempre que forem benéficas. Essa troca é essencial para o desenvolvimento psicossocial dos adolescentes e trata-se de um direito humano que deve ser garantido.

Desse modo, é de extrema relevância que a conformação das vagas e unidades socioeducativas sejam definidas de forma regionalizada. Ademais, sempre que porventura haja adolescentes cumprindo medida longe de seus familiares/comunidade²⁹, é de suma relevância que o Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo viabilize financeiramente o deslocamento dos seus membros até as unidades nos dias de visita³⁰.

Apesar da relevância desse critério, há sete estados (AM, MA, MT, RJ, RO, SP, DF) que não representaram em suas normativas como se definem seus critérios de regionalização. E há razões distintas para isso.

Há estados, como AM, que de fato não tem um sistema socioeducativo regionalizado, já que apenas detêm unidades na capital. Por outro lado, há estados (como o RJ) que deliberadamente decidiram por desconsiderar a importância do princípio da convivência familiar e comunitária em detrimento de “aumentar as chances” de os adolescentes obterem vagas nas unidades socioeducativas, frente aos pedidos advindos do Poder Judiciário.

Esse descumprimento enseja preocupação, já que adiciona uma camada a mais na precarização da vida dos adolescentes. Isto é, observa-se nesses estados um possível cenário de descaracterização dos atributos típicos das medidas socioeducativas (convivência familiar e comunitária), em prol da implementação de lógicas penalizadoras do estado-juiz ainda do Código de Menores (CIFALI, 2021). Reforçando o que já vem apontando Gisi, Santos e

29. Por exemplo, nos casos em que os adolescentes são transferidos de unidade por motivos de segurança ou obras, ou nos casos em que indevidamente não há uma dimensão regionalizada do sistema socioeducativo.

30. Há normativas da Central Vagas que trazem expressamente essa definição, como no RN e RS.

Alvarez (2021) em seu trabalho, que não seria incomum que a lógica punitiva venha desfrutando de amplo espaço no funcionamento das instituições socioeducativas.

Por outro lado, verificou-se também pontos interessantes na análise. Algumas normativas apresentaram o detalhamento dos critérios de regionalização, de forma a não deixar dúvidas para os atores do Sistema de Garantia de Direitos (SGD) qual unidade o adolescente deve ser direcionado. Como exemplo, citamos a norma do estado do PR que definiu em seu texto legal o raio máximo de 150 km de distância da unidade socioeducativa e o local de residência do adolescente.

Minas Gerais, por sua vez, considerando sua ampla dimensão territorial e a existência no estado de 853 municípios, teve que se organizar de outro modo. A saída encontrada pela UF foi estabelecer um raio máximo de 400 km de distância entre a comarca do juiz solicitante e a unidade socioeducativa³¹. Além disso, estabeleceu uma ordem de prioridade (opção 1, 2 ou 3) na análise e definição do pedido de vaga. Dessa maneira, apesar da distância máxima ainda ser considerável, é necessário reconhecer que houve um esforço da gestão de propor novos arranjos institucionais, considerando a atual ampla regionalização das unidades socioeducativas existentes no estado.

3.2.5. Destaques adicionais dos modelos analisados

Há ainda outras semelhanças e diferenças que merecem ser compartilhadas.

Do ponto de vista positivo, observamos em algumas normas a adoção de medidas de qualificação da porta de saída do sistema socioeducativo. Esse ponto é fundamental, pois para que o fluxo de funcionamento da Central de Vagas seja dinâmico, é essencial que a porta de saída³² opere a contento. São exemplos dessa qualificação, a definição em alguns estados de que, alcançado um certo percentual de lotação das unidades (85%, 90% ou 95%), a Central de Vagas já deverá adotar medidas para avaliação dos casos de adolescentes em condições de progredir ou de ter sua medida socioeducativa extinta ou, por sua vez, realizar audiências concentradas³³. Estabelecer medidas de qualificação da porta de saída traz um equilíbrio para o sistema estadual e garante os princípios da brevidade e excepcionalidade da medida socioeducativa, bem como, assegura direitos para os adolescentes que terão suas medidas reavaliadas de forma frequente e de acordo com as normativas nacionais e internacionais.

Houve estados que definiram no desenho do serviço unidades de atendimento inicial (UAI)³⁴, que seriam locais onde os adolescentes apreendidos aguardariam a decisão de existência ou não de vagas. Essa lógica de funcionamento é interessante, pois estabelece uma

31. Para os casos de internação provisória.

32. Dinâmica de reavaliação do cumprimento da medida socioeducativa dos adolescentes.

33. Para maiores informações sobre as audiências concentradas, ver Recomendação CNJ 98/2021 ou o manual sobre o tema, disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/manual-audiencias-concentradas.pdf]. Acesso em: 15.01.2023.

34. Chamados em alguns estados de centros de triagem e em outros de quarto pernoite/quarto flagrante.

alternativa à implementação do art. 185, § 2º, do ECA. Acreditamos que esse arranjo seja benéfico, desde que as UAIs respeitem o limite máximo de 100% de lotação e que suas condições e qualidade de atendimento sigam os parâmetros definidos na Lei do Sinase, sobretudo, considerando as nocivas condições infraestruturais das delegacias da Polícia Civil no interior dos estados ao longo do país.

Outros pontos trazidos foram: i) houve normas que previram expressamente a necessidade de realização do exame de corpo de delito para o pedido de vaga/entrada na unidade socioeducativa, a fim de prevenir a tortura e violência institucional; ii) definição de que os pedidos de transferência terão predileção em detrimento de pedidos de novas vagas e a proibição de transferência de adolescentes que já estejam no final do cumprimento da sua medida socioeducativa; iii) definição da separação de vagas nas unidades socioeducativas considerando a identidade de gênero e a orientação sexual; iv) utilização de um sistema informativo para otimizar e dar ainda mais transparência à análise dos pedidos de vagas; v) definição de suporte para alimentação, vestuário e produtos de higiene para os adolescentes que estejam apreendidos na delegacia e, finalmente, vi) disposições sobre a necessidade de monitoramento e avaliação do serviço da Central de Vagas.

Sobre pontos negativos adicionais, destaca-se que há estados cujas normativas são instrumentos legais frágeis, tais como um termo de cooperação técnica³⁵. Além disso, alguns estados tentaram desconfigurar o potencial de funcionamento da Central de Vagas de diversas formas. Por exemplo, no MT está prevista a garantia de vagas de maneira irrestrita para os pedidos de internação provisória (IP), assim, fica o questionamento sobre como garantir que não haja uma lotação nas unidades de IP quando a demanda ultrapassar a oferta de vagas. No RS houve uma tentativa de vincular o pedido de vagas aos casos de adolescentes com mandato de busca e apreensão (MBA). Além disso, observou-se no estado uma fragilização da competência de operacionalização da Central de Vagas, que deveria ser estritamente do Poder Executivo. Finalmente, observa-se uma confusão no estado de PE que define vaga a partir de leito, desconsiderando, portanto, as definições de vaga da Resolução Conanda 46/1996 e a 119/2006.

4. CONCLUSÃO

Neste trabalho, analisamos a implementação do modelo da Central de Vagas, adotado após a decisão de mérito do *Habeas Corpus* 143.988/ES, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 2020, cuja determinação impôs que os estabelecimentos socioeducativos não mais ultrapassassem a ocupação de sua capacidade projetada e adotando o *numerus clausus* como princípio de gestão das vagas das unidades. A decisão e consequente política judicial adotada se justificam a partir da perspectiva de que a superlotação dos estabelecimentos socioeducativos é uma das razões da degradação do atendimento socioeducativo nas diversas unidades

35. Estado do Mato Grosso.

A., E. L. de; G., F. M.; S., L. G. de. A central de vagas versus o "punitivismo" infracional? O processo de implementação do serviço nos sistemas estaduais de atendimento socioeducativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 203, ano 32, p. 81-108. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094652]

da federação. Sua adoção constituiu, então, uma iniciativa de democratização do Sistema de Justiça e pré-condição para o efetivo exercício dos direitos humanos da população reclusa, incluindo, consequentemente, os adolescentes em privação e restrição de liberdade.

Reforçando o entendimento de que o modelo da Central de Vagas, desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça, visa a um adequado processo de gestão de vagas no sistema socioeducativo, analisamos o processo de implementação das Centrais de Vagas nos estados brasileiros e distrito federal, buscando debater em que medida o serviço contribui para o arrefecimento do “punitivismo” no âmbito das respostas oferecidas às infrações juvenis.

A Resolução 367/2021 do CNJ, normatizou a operacionalização do modelo. Nesta prescrição, o CNJ não apenas adotou um modelo que já havia sido proposto, com sucesso e comprovado por dados, em alguns estados para a adequada gestão das vagas, mas reforçou sobretudo os princípios constitucionais da brevidade e excepcionalidade da medida socioeducativa. A normativa tornava obrigatória a adoção do modelo em um prazo de até um ano a partir de sua publicação. Ainda, de acordo com a resolução, caberia aos respectivos tribunais de justiça conduzir o processo de implementação nas unidades da federação, definindo, em parceria com o Executivo e demais atores da rede de proteção, as especificidades locais.

A investigação realizada a partir da análise das normativas publicadas pelas unidades da federação para a implementação das Centrais de Vagas conduziu a achados importantes. Em linhas gerais, foi encontrada uma expansão da adoção da CV de 3 para 21 unidades da federação entre os anos de 2015 e 2023. Além disso, observamos que o processo de difusão não foi homogêneo entre as UFs.

Em primeiro lugar, notamos que a maior parte das normativas se inspirou no modelo da Central de Vagas já adotado e em funcionamento no estado do Paraná; ao passo que outras, no modelo de Santa Catarina. Apenas quatro estados (AL, BA, PI e SE) não haviam regulamentado o serviço da Central de Vagas até o ano de 2023. No entanto, consideramos que duas unidades da federação dos estados que publicaram uma normativa, não seguiram o modelo da central de vagas, já que não adotaram nenhum ou quase nenhum dos critérios de exigibilidade do serviço, de acordo com a Resolução 367 do CNJ. O restante dos estados apresentou desenhos institucionais para as centrais de vagas majoritariamente adequadas considerando as previsões da resolução.

Além disso, parcela dos estados apresentaram inovações institucionais no processo de regulamentação local da CV que podem ser considerados garantidores de direitos para os adolescentes. Em contrapartida, foi possível observar uma série de desafios à adequada implementação do modelo, visto que aspectos do arranjo institucional do serviço introduzidos por alguns deles tenderam a distorcer a ideia central da política, contrariando as disposições da Resolução do CNJ, em lógicas expressamente punitivistas.

Entre as inovações produzidas a partir de lógicas garantidoras de direitos, algumas normas adotaram: medidas de qualificação da porta de saída do sistema socioeducativo; previram unidades de acolhimento inicial para evitar que adolescentes aguardassem por uma vaga em locais inadequados; houve normas que previram a necessidade de realização do exame de corpo de delito para o pedido de vaga/entrada na unidade socioeducativa, a fim de prevenir a tortura e violência institucional; outra definiu que pedidos de transferência terão prioridade

em detrimento de pedidos de novas vagas e proibiu a transferência de adolescentes que já estivessem ao final do cumprimento da sua medida socioeducativa; outras definiram a separação de vagas nas unidades socioeducativas considerando a identidade de gênero e a orientação sexual; a utilização de um sistema informativo para otimizar e dar ainda mais transparência à análise dos pedidos de vagas; definição de suporte para alimentação, vestuário e produtos de higiene para os adolescentes que estejam apreendidos em delegacia; disposições sobre a necessidade de monitoramento e avaliação do serviço da Central de Vagas; e disposições na chamada tabela de pontos que reduzem a prioridade à vaga em determinadas condições, em acordo à lógica garantista.

Entre as inovações observadas que seguem um sentido mais punitivista, destacamos o caso de alguns estados que incluíram condições em que se atribui aumento de pontos, claramente contrariando as disposições legais que regulam o socioeducativo no país. É o caso, por exemplo, de adolescentes que praticaram ato infracional análogo ao tráfico de drogas, ou que se situam em determinada faixa etária. Há ainda estados cujas normativas são instituídas em instrumentos legais frágeis, como termos de cooperação técnica. E alguns casos que colocam em risco o adequado funcionamento da Central de Vagas por não apresentarem em sua normas: uma determinação expressa de limitação do percentual de 100% de lotação das unidades socioeducativas; a necessidade de uma lista de espera; não definição do processo de regionalização das vagas nas unidades socioeducativas dos estados; e estados que não trouxeram critérios objetivos (“tabela de pontos”) para a análise da solicitação de vaga.

Portanto, a despeito do avanço importante que significa a previsão e implementação da Central de Vagas, que sinaliza um esforço nacional, induzido pelo STF e CNJ, de arrefecimento do “punitivismo” infracional; ainda persistem desafios e resistências para o avanço da política no nível local. Tais barreiras expressam a persistência da lógica do Estado-juiz presente no Código de Menores e a dificuldade de se garantir integralmente os direitos infanto-juvenis no Brasil, mesmo após mais de quatro décadas de sua substituição pela Constituição de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Finalmente, destacamos que avaliar o processo de implementação da Central de Vagas nas unidades da federação, para além dos aspectos formais, é um tópico relevante para pesquisas vindouras, bem como a compreensão das proximidades e influências do modelo nas políticas penais e prisionais.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVAREZ, Marcos César; LOURENÇO, Luiz. Cláudio; TONCHE, Juliana (2017). A experiência precoce da punição: justiça juvenil, adolescentes em conflito com a lei e instituições de internamento. *Plural* (São Paulo. Online), v. 24, p. 1-9. Disponível em: [www.revistas.usp.br/plural/article/view/137496]. Acesso em: 10.01.2024.
- BRASIL (2019). Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Panorama da execução dos programas socioeducativos de internação e semiliberdade nos estados*

- brasileiros. Brasília: CNMP. Disponível em: [Publicacoes/documentos/2019/LIVRO_PROGRAMA_SOCIOEDUCATIVOS_WEB.pdf]. Acesso: 22.06.2023.
- BRASIL (2020). *Pesquisa de Avaliação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo*. MMFDH, Pnud, UFRGS, Cegov. Brasília / Porto Alegre, 2020. Disponível em: [www.ufrgs.br/cegov/files/pub_151.pdf]. Acesso: 22.08.2023.
- BRASIL (2023). *Levantamento Nacional de dados do SINASE – 2023*. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania.
- CHENAIN, Liliane (2005). Usage barbare? Contribuição ao seminário Population carcérale et “numerus clausus” – débat autour d’un concept incertain. Paris, set. 2005.
- CIFALI, Ana Claudia; CHIES-SANTOS, Mariana Santiago; ALVAREZ, Marcos César. Justiça juvenil no Brasil: continuidades e rupturas. *Tempo Social*. v. 32 (3), p. 197-228, 2020.
- CIFALI, Ana Claudia (2021). As disputas em torno da definição do modelo de justiça juvenil do Estatuto da Criança e do Adolescente. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 23, n. 58, p. 138-167, set.-dez. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2019). *Reentradas e reiteraões infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros*. Brasília: CNJ. Disponível: [www.conjur.com.br/dl/panorama-reentradas-sistema.pdf]. Acesso: 25.08.2023.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2023). *Centrais de Vagas do socioeducativo: relatório anual*. Disponível em: [www.cnj.jus.br/relatorio-centrais-vagas-socio]. Acesso em: 25.08.2023.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2021). *Situação dos direitos humanos no Brasil*. Relatório, 2021. Disponível em: [www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf]. Acesso em: 20.12.2023.
- DEQUECH, David. (2002). The demarcation between the “Old” and the “New” Institutional Economics: Recent complications. *Journal of Economics Issues*, v. 36, 02, p. 565-572, 2002.
- DIMAGGIO, Paulo; POWELL, Walter (2005). A gaiola de ferro revisitada: isomorfismo institucional e racionalidade coletiva nos campos organizacionais. *RAE*, v. 45, n. 2, p. 74-89, 2005.
- DIMAGGIO, Paulo; POWELL, Walter (1999). Introducción. In: POWELL, W. W.; DIMAGGIO, P. J. (Org.). *El nuevo institucionalismo en el análisis organizacional*. Cidade do México, México, 1999.
- FROEMMING, Cecília Nunes (2020). *Guia para programa de acompanhamento a adolescentes pós-cumprimento de medida socioeducativa de restrição e privação de liberdade (internação e semiliberdade): Caderno I / Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

- GISI, Bruna; SANTOS-CHIES, Mariana Santiago; ALVREZ, Marcos César (2021). O “punitivismo” no sistema de justiça juvenil brasileiro. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 23, n. 58, p. 18-49, set-dez 2021.
- HALL, Petter A.; TAYLOR, Rosemary. C. R. (2003). As três versões do neo-institucionalismo. *Lua Nova*, n. 58, p. 193-223, 2003.
- MEYER, J. W.; ROWAN, B. (1999). Organizaciones institucionalizadas: la estructura formal como mito y ceremonia. In: POWELL, W. W.; DIMAGGIO, P. J. (Org.). *El nuevo institucionalismo en el análisis organizacional*. Ciudad de México, México, 1999.
- MICHEL, Fernando, HARB, Francine e HIDALGO, Maria Paz Loayza (2012). The concept of time in the perception of children and adolescents. *Trends in Psychiatry and Psychotherapy*, 34(1), 38-41, 2012.. Disponível em: [www.scielo.br/j/trends/a/BZzTSWYjqHt8qYsLq4WrjVk/abstract/?lang=pt#]. Acesso em: 10.01.2024.
- MIOTO, Regina Célia Tamaso; SILVA, Marta Campos; LIMA, Telma Cristiane Sasso (2006). Quem cobre as deficiências das Políticas Públicas? Aportes para o debate sobre o papel da família na provisão de bem-estar social. In: *Jornada Internacional De Políticas Públicas*, 2, São Luís. Anais. São Luís: UFMA. Disponível em: [www.redalyc.org/pdf/3211/321129119006.pdf]. Acesso em: 10.01.2024.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada (2016). *Execução penal: teoria crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ROSA, Elizabete Terezinha Silva (2006). A centralidade da família na política de assistência social. In: *I Congresso Internacional De Pedagogia Social*. Disponível em: [www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MS-C0000000092006000100011&lng=en&nrm=abn]. Acesso em: 16.04.2024.

6. LEGISLAÇÃO

- BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 05.10.1988.
- BRASIL (1990). 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*, 16.07.1990.
- BRASIL (2012). Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19.01.2012
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2021). *Resolução CNJ 367, de 19 de janeiro de 2021*. Dispõe sobre diretrizes e normas gerais para a criação da Central de Vagas no Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo, no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3679#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20diretrizes%20e%20normas,no%20%C3%A2mbito%20do%20Poder%20Judici%C3%A1rio.&text=DJe%2FCNJ%20n%C2%BA%201-7%2F2021,5%2D9]. Acesso em: 25.08.2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2021). *Manual Resolução CNJ 367/2021: a central de vagas do Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo*. Disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/manual-central-vagas-socioeducativo.pdf]. Acesso em: 25.08.2023.

7. JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2020), *Habeas Corpus* 143.988/ES – Espírito Santo, Acórdão – inteiro teor, rel. Min. Edson Fachin, Brasília, 24.08.2020. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753732203]. 25.08.2023.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A desnaturalização do punitivismo penal e a ressignificação da ofensa sob a égide restaurativa, de Daniel Soares de Jesus Pinheiro – *RBCCrim* 181/93-116;
- A socioeducação e a repetição do discurso ressocializador, de Lara Maria Tortola Flores Vieira – *RBCCrim* 130/369-397;
- Justiça juvenil restaurativa: como prevenir o risco de expansão da rede penal? Reflexões a partir de estudo empírico na 17ª Vara Cível da Comarca de Aracaju (adolescentes em conflito com a lei), de Daniela Carvalho Almeida da Costa, Karyna Batista Sposato e Jéssica Menezes Martins Cardoso – *RBCCrim* 158/127-162;
- Medida socioeducativa de internação: noções fundamentais e questões relevantes aos operadores e adolescentes em conflito com a lei, de Sandor Krisztan Borcsik – *RT* 999/465-502;
- Punir adolescentes na França e no Brasil: legislações, instituições e equilíbrio entre sanção e educação, de Mariana Chies Santiago Santos e Juliana Vinuto – *RBCCrim* 173/487-516; e
- Socioeducação, a política pública do atendimento socioeducativo: um estudo de caso, de Dirceia Moreira e Crisna Maria Muller – *RBCCrim* 177/233-270.

CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS NO BRASIL: LACUNAS NA TUTELA PENAL E PROPOSTAS DE INCLUSÃO DO PROTOCOLO DE PALERMO

HUMAN TRAFFICKING CRIME IN BRAZIL: GAPS IN CRIMINAL PROTECTION AND PROPOSALS FOR INCLUSION IN THE PALERMO PROTOCOL

MARCO AURÉLIO FARIAS DA SILVA

Mestrado Acadêmico em Direito pela Faculdade Damas (2022). Mestrado Profissional em Gestão Empresarial pela UniFBV (2020). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1990), lecionou Direito Penal na Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco (1998-2022). Atualmente é Procurador de justiça do Ministério Público de Pernambuco.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/2635887888805842>]

ORCID: [<https://orcid.org/0009-0005-4099-8607>]

marcodhsilva@gmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.11094640>]

Recebido em: 14.03.2024

Aprovado em: 16.04.2024

Última versão do autor: 18.04.2024

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Este trabalho partiu de uma síntese dos tratados internacionais para o advento da lei penal brasileira que incriminou algumas condutas, como tráfico de pessoas, provocando uma reflexão sobre a temática, objetivando descrever suas lacunas e sugerindo encaminhamentos resolutivos. Enfim: a lei penal acompanhou em sentido e alcance os preceitos mínimos do Protocolo de Palermo? A hipótese é que o Legislador incidiu no princípio da proibição da proteção deficiente. Historicamente, o primeiro precedente foi a criminalização do tráfico de pessoas da África para o Brasil, o segundo, o tráfico de mulheres brancas da Europa para as Américas, além de outros construídos sob a égide da Organização das Nações Unidas, que praticamente foram unificados no Protocolo de Palermo. Nesse cenário, deu-se a

ABSTRACT: This work started from a synthesis of international treaties for the advent of Brazilian criminal law that incriminated some conducts as human trafficking, provoking a reflection on the subject, aiming to describe its gaps and suggesting resolute approaches. Finally: has criminal law followed the minimum precepts of the Palermo Protocol in meaning and scope? The hypothesis is that the Legislator focused on the principle of prohibiting deficient protection. The first precedent was the criminalization of human trafficking from Africa to Brazil, the second, the trafficking of white women from Europe to the Americas, in addition to others built under the aegis of the United Nations, which were practically unified in the Protocol of Palermo. In this scenario, an analysis of criminal laws in relation

análise das leis penais em relação ao crime especificamente aquelas surgidas após 2005 até os dias atuais, baseada na doutrina e jurisprudência, demonstrando suas lacunas, imprecisões técnicas e novos conflitos normativos que ameaçam a eficácia da lei penal. A análise identificou as situações não assistidas pela lei, bem como suas contradições e riscos de ineficácia em sua aplicação. As conclusões se cingiram a propor caminhos, independentemente de forma, para que a tutela internacional aporte no território nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Crime de Tráfico de Pessoas – Direito Penal – Direito Internacional – Proteção deficiente – Protocolo de Palermo.

to crime was carried out, specifically those that emerged after 2005 to the present day, based on doctrine and jurisprudence, demonstrating their gaps, technical inaccuracies and new normative conflicts that threaten the effectiveness of criminal law. The analysis identified situations not covered by the law, as well as its contradictions and risks of ineffectiveness in its application. The conclusions were limited to proposing ways, regardless of form, for international protection to contribute to national territory.

KEYWORDS: Crime of Human Trafficking – Criminal Law – International right – Poor protection – Palermo Protocol.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Precedentes do Protocolo de Palermo. 2.1. Segundo precedente. 2.2. Outros precedentes. 3. Diretrizes do Protocolo de Palermo. 3.1. Tutela jurídica. 3.2. Problemática do consentimento. 4. Crime de tráfico de pessoas no Brasil. 4.1. Lacunas da Lei Federal 11.106/2005. 4.2. Incompletudes da Lei Federal 12.015/2009. 4.3. Desníveis da Lei Federal 13.344/2016. 4.3.1. Bem jurídico tutelado. 4.3.2. Elementares objetivas. 4.3.3. Decotes dos Meios. 4.3.4. Causas de aumento de pena. 4.3.5. Crime de Migração ilegal. 5. Conclusões. 6. Referências. 7. Legislação. 8. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

O enfrentamento ao crime de tráfico de pessoas talvez tenha uma prevenção das mais complexas, ante a necessidade de uma política pública que agregue um modelo de migração segura, ordenada e regular, porque o Direito à migração deve ser concebido enquanto um Direito Humano e, nessa perspectiva, o mesmo não pode ser restringido em nome da segurança pública sem um argumento razoável, que assegure o controle da atuação estatal, bem como seja adequado ao enfrentamento das finalidades que o tipo penal também se propõe a prevenir, já que elas também são previstas como crime no território nacional.

Foi na senda da defesa da dignidade da pessoa humana, ainda que não pensada da forma que esse princípio ganhou após a Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), que a legislação brasileira iniciou a sua proteção à pessoa das ações criminosas do tráfico de pessoas para fins de exploração: primeiro, durante o Século XIX, em relação à população que vinha da África para ser escravizada no Brasil, seguindo-se, já no início do Século XX, no enfrentamento do tráfico de pessoas para a prostituição, chegando ao início do Século XXI com uma proposta de enfrentamento que compatibilize as ações com o vício de consentimento da pessoa deslocada e a prevenção da finalidade, modelo apresentado no Protocolo de Palermo.

Dentro desse contexto, portanto, o Protocolo de Palermo sintetiza, embora como um modelo mínimo, as definições do crime de tráfico de pessoas, numa proposta de enfrentamento global contra as ações que devem ser consideradas criminosas, sem desprezar a cultura local, que deveria incidir para tornar o enfrentamento mais eficaz, para cumprir o princípio da justiça penal universal.

É importante salientar que a definição contida no Protocolo de Palermo deve ser entendida como o patamar do tipo penal, vez que há toda uma lógica de proteção e assistência à vítima, designadamente porque há atuação de organizações criminosas na preparação e execução dos atos criminosos, que não se exaurem internamente, ante as potencialidades das ações no plano transnacional.

Noutras palavras, a própria forma como é apresentada a definição do crime de tráfico de pessoas na normativa internacional não deve ser exaustiva, mas os seus elementos devem constituir um mínimo a ser observado, mesmo que adequado à cultura jurídica do Brasil, e esse também pode ser um ponto a explicar o histórico de três modificações no Código Penal brasileiro em onze anos.

Com a ratificação do Protocolo de Palermo, o Poder Legislativo Federal editou três leis modificando o Código Penal brasileiro, mas em todas elas ocorreram significativas críticas em relação ao paradigma internacional, noutras palavras, a inserção do tipo penal no Código Penal, na busca de uma sistematização com a lógica de 1940, não gerou a proteção à pessoa vítima de tráfico de forma adequada, especialmente porque as elementares do tipo não promovem a proteção mínima às mulheres, crianças, adolescentes e pessoas em situação de vulnerabilidade, nem observa as adequações relativas ao consentimento da vítima, sobretudo as situações já diagnosticadas pelos estudos realizados para a elaboração do Protocolo de Palermo.

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica e a análise documental, especialmente os artigos científicos sobre o assunto e os textos de convenções internacionais e leis brasileiras sobre o crime de tráfico de pessoas, com o objetivo de descrever e comparar as legislações para classificar as diferenças, apresentando caminhos para a supressão dos desníveis observados.

A situação anterior demonstra a presença de uma proteção penal deficiente e, portanto, a lei penal não protege adequadamente o bem jurídico que deveria proteger, sobretudo no que se refere às hipóteses de vício de consentimento. Assim, essa passa a ser a hipótese inicial, gerada a partir da pergunta sobre o resultado do cotejo entre as disposições do Protocolo de Palermo e o art. 149-A do Código Penal brasileiro.

Lembra-se, por oportuno, que a realidade é retratada por jornais nacionais e internacionais, e, por exemplo, podem ser constatados no sítio eletrônico da Organização das Nações Unidas (ONU, 2023), que destaca ser essa a terceira atividade mais lucrativa do mundo, além do fato ser objeto de várias pesquisas acadêmicas no Brasil, consoante a plataforma eletrônica da Biblioteca Digital de Teses e Dissertações (BDTD).

Dessa forma, percebe-se a importância social e acadêmica para se descrever as lacunas dessas leis, com destaque para a última delas, até porque é a que está em vigor, e apresentar proposições de como elas poderiam ser superadas, na perspectiva de sintonizar a proteção penal à vítima do crime de tráfico de pessoa no Brasil com a matriz do cenário internacional,

ante as obrigações assumidas pela União Federal com a ratificação do Protocolo de Palermo em enfrentar esse crime de dimensão transnacional.

Para tanto, o trabalho apreciará em primeiro lugar os precedentes do Protocolo de Palermo, seguindo com as suas diretrizes e definições sobre o crime em comento, além dos significados e limites propostos, para então analisar o crime de tráfico de pessoas no Brasil, apresentando na conclusão um encaminhamento a uma solução viável para suprimir as suas lacunas e inconsistências ora observadas.

2. PRECEDENTES DO PROTOCOLO DE PALERMO

Entende-se que no Brasil o primeiro precedente para o enfrentamento ao tráfico de pessoas foram os tratados internacionais, que levaram o Legislativo Imperial a editar a Lei Feijó e a Lei Eusébio de Queirós (VENSON; PEDRO, 2013, p. 63; SHECAIRA; SILVEIRA, p. 3), que incriminaram a conduta para fins de trabalho escravo, e modificaram o art. 179 do Código Criminal do Império do Brasil de 1930.

Muito embora, antes mesmo do Império, alguns movimentos internos já denunciasses a prática desumana da Coroa Portuguesa no território hoje brasileiro, nesse sentido, Moraes (1916, p. 11) destacou que no Século XVIII foram registradas várias manifestações de opiniões, que podem ser representadas pela obra: *Ethiope, resgatado, empenhado, sustentado, corrigido, instruído e libertado*, publicada em 1758, onde o autor, o Advogado Manuel Ribeiro Rocha, português e residente em Salvador, buscou despertar a consciência da cristandade daquela época contra a escravidão, com elogios ao seu trabalho:

“Levantar-se um apóstolo da liberdade humana no foco então mais incandescente da escravidão africana – a Bahia: fulminar o tráfico protegido, a escravidão perpetua e a do ventre livre, fundando-se nos nossos princípios religiosos e jurídico, é maravilha que nos deve encher de satisfação e de legítimo orgulho.” (MORAES, 1916, p. 11).

Moraes (1916, p. 18) aponta os movimentos ocorridos na Inglaterra como importantes para a abolição da escravidão no mundo, que pelos marcos temporais revelam o trabalho de Wilberforce no Parlamento inglês, culminando com a *Bill Aberdeen*.

No entanto, autores como Willians (1944, p. 136) apontaram outra causa para o abolicionismo, que seria o interesse dos industriais ingleses para possibilitar uma concorrência menos desigual, revelando a estratégia utilizada na defesa dos interesses dos empresários ingleses em três fases: o ataque ao tráfico de escravos, abolido em 1807; à escravidão, encerrada em 1833; e, à obrigação preferencial do açúcar, estabelecida em 1846.

A negociação da Coroa da Inglaterra com a Coroa Portuguesa no início do Século XIX refletiu a pressão dos empresários ingleses por meio do Tratado da Amizade de 1810, designadamente o seu artigo X, que estipulou os locais permitidos para o tráfico português de pessoas escravizadas, seguindo-se do Tratado da abolição do tráfico de escravos ao norte do Equador,

assinado em 1815; e a Convenção de 1817, que mantinha as obrigações entre as Coroas até 15 anos após a abolição do tráfico de pessoas escravizadas para o Brasil (SANTOS, 2009, p. 28).

Moraes (1916, p. 31-32, 36-37) lembrou que após cinco anos da assinatura dos tratados com a Inglaterra, sobrevivendo a declaração de independência da Coroa de Portugal, o Império os repactuou em 23 de novembro de 1826, e os ratificou em 13 de março de 1827, tendo por objeto a proibição do tráfico de pessoas da África para o Brasil imperial, que cumpriu a sua parte com a Lei de 7 de novembro de 1831, Lei Feijó, mas que foi mal concebida e, portanto, não cumpriu o seu objetivo. Após a Lei inglesa de 8 de agosto de 1845, Bill Aberdeen, foi aprovada no Brasil a Lei 584, conhecida como a Lei Eusébio de Queirós, estabelecendo novas medidas para a repressão ao tráfico ilícito de africanos para o Império do Brasil.

Os resultados dessa lei foram interpretados como positivos, inversamente aos da Lei Feijó, consoante declarou o presidente do Instituto dos Advogados do Brasil naquela época:

“Esse grande impulso na civilização do paiz, essa grande obra humanitária, christã, e de immenso alcance utilitario e moral para a Estado, foi devido ao talento, energia, perseverança, e legitima influencia de um Brasileiro distincto por todas os titulas e dotes os mais elevados do espírito humano, do coração o mais bem formado, cujo nome a posteridade proferirá com a veneração devida aos grandes homens. Temos especial prazer em declinar-o, Conselheiro Eusebio de Queirós Coutinho Mattoso Camara, então Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Justiça.” (MALHEIROS, 1867, p. 56).

Aparentemente superada essa fase, observou-se o segundo precedente relacionado ao tráfico de mulheres para fins de prostituição.

2.1. Segundo precedente

Em um segundo momento, Soares (2004, p. 564) reputa a Conferência Internacional de Paris de 1902 como outro precedente que chegou ao Brasil, agora sobre o tráfico de mulheres para a prostituição, ao citar o tráfico de mulheres brancas em Portugal, Uruguai, Argentina e Holanda. E essa foi e continua a ser uma questão complexa para o seu enfrentamento.

Realmente, foi a Conferência Internacional de Paris de 1902 que resultou no Acordo internacional de 18 de maio de 1904 (RAGO, 2008, p. 288), sobre a Supressão de Escravas Brancas, e o Brasil o aderiu por meio do Decreto 5.591, de 13 de julho de 1905, e da Convenção Internacional de 4 de maio de 1910, especialmente no que se refere ao tráfico de mulheres brancas.

Esses compromissos internacionais provocaram a reforma do Código Penal da República de 1890 pela Lei 2.992, de 25 de setembro de 1915, que ficou conhecida como a Lei Mello Franco, tornou-se crime a conduta de manutenção ou exploração de casa de prostituição, também conhecida como casa de tolerância, dispondo que a vítima poderia ser de qualquer sexo, e estendeu a proteção às mulheres menores de idade, mesmo que alguns atos tenham sido praticados em outro país, seguindo os princípios adotados pelos defensores de uma vertente proibicionista, que entendem que toda prostituição é forçada (SONTAG, 2021, p. 407).

Castilho (2007, p. 11) resume o histórico das convenções internacionais que antecederam e plasmaram o Protocolo de Palermo, afirmando que esse representa a terceira fase do controle jurídico internacional em matéria de tráfico de pessoas e da prostituição, contido no segundo período da história das normas internacionais, já sob a coordenação da ONU, destacando quatro aspectos: sendo os dois primeiros em relação às pessoas a serem tuteladas, inicialmente eram protegidas só as mulheres brancas, depois mulheres e crianças, até chegar a proteger o ser humano; o estabelecimento de serviços assistenciais e mecanismos de denúncia; a finalidade do tráfico de pessoas, porque até a Convenção de 1949 o fim era a repressão à prostituição; por último, foi acolhida a preocupação da Convenção Interamericana sobre o Tráfico Internacional de Menores para combater o tráfico de pessoas para fins de propósitos ilícitos, neles incluídos a prostituição, a exploração sexual e a servidão, com a defesa de mais de um bem jurídico, que parece ser mais adequado ao fato social que circunda essa prática criminosa nos dias atuais.

Antes, porém, deve-se observar que a questão relativa ao tráfico de mulheres para fins de prostituição teve uma discussão sobre a sua finalidade e, sobre o qual Doezenia (2002, p. 33) considerou importantes as discussões sobre o tema protagonizadas pela *Coalition Against Trafficking in Women* (CATW) com a *Global Alliance Against Trafficking in Women* (GAATW) no âmbito da ONU, no ano de 1990.

Noutras palavras, a CATW considerou que toda prostituição era forçada, mas a GAATW admitiu que não é o exercício da prostituição em si que é abusivo, porém as más condições de trabalho, acatando o relatório de uma pesquisa mundial, na perspectiva feminista transnacional, encomendado pela Relatora Especial da ONU sobre a Violência contra as Mulheres, Rhadika Coomarswamy, em meados da década de 1990, recomendando que a ONU distinguisse conceitualmente o tráfico da prostituição, concluindo pela distinção entre prostituição forçada e voluntária, recomendando a proteção estatal contra a prostituição forçada (KEMPADOO, 2005, p. 64).

Segundo Castilho (2007, p. 12), para acompanhar o trabalho dos Estados-Partes, em 1983, o Conselho Econômico e Social da ONU decidiu cobrar relatórios daquelas entidades. Assim, como medida auxiliar àquelas a serem adotadas, em 1992, a ONU lançou o Programa de Ação para a Prevenção da Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil.

No ano de 1992, o Brasil promulgou, por meio do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, que em seu Artigo 6, proibiu todas as formas de escravidão e a servidão, como também o tráfico de escravos e de mulheres (BRASIL, 1992). Importante instituto para o controle convencional das atividades do Estado brasileiro em cumprir os instrumentos internacionais de Direitos Humanos como o aperfeiçoamento do direito interno.

Mas as consequências da falta de proteção às crianças foram relatadas por Siqueira (2013, p. 24), ao destacar o Primeiro Congresso Mundial contra a Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes, realizado na cidade de Estocolmo, Suécia, de 27 a 31 de agosto de 1996, no qual uma apresentação realizada pela Organização das Nações Unidas para a Infância (Unicef) revelou que um milhão de crianças desapareceriam no mundo anualmente,

vítimas do tráfico com a finalidade que iria desde a adoção ilegal até a exploração sexual comercial ou o tráfico de órgãos.

Registra-se que o Protocolo facultativo à convenção sobre direitos da criança relativos à venda de crianças, prostituição e pornografia infantil foi ratificada no Brasil em 27.02.2004, um dia antes da ratificação do Protocolo de Palermo.

2.2. *Outros precedentes*

As finalidades do tráfico de pessoas não são poucas, principalmente em razão do lucro fácil, mas para os fins da vinculação ao Protocolo de Palermo, cita-se o tráfico de órgãos e tecidos humanos, que ganhou impulso após o sucesso do primeiro transplante dessa natureza que ocorreu nos Estados Unidos da América no ano de 1954, porém a escassez de doadores provocou o comércio ilegal conhecido como “tráfico de órgãos” (ANDRADE, 2013, p. 553-554).

Em verdade, ao mesmo tempo em que se realizava a articulação global para a repressão ao tráfico humano com a finalidade de remoção de órgãos, considerando os avanços das ciências médicas, a legislação brasileira iniciou a regulamentação da remoção de tecidos e órgãos humanos por meio da Lei Federal 4.280, de 06 de novembro de 1963, dispondo sobre a possibilidade de remoção de órgãos ou tecidos de pessoa falecida.

Em uma segunda fase, a Lei Federal 4.280/1963 foi revogada pela Lei Federal 5.479/1968, que expôs expressamente acerca da gratuidade da doação de órgãos do corpo de cadáveres, inclusive com a criação de tipos penais para a não observação dos procedimentos a serem adotados para a remoção de órgãos e tecidos.

Entretanto, a Lei Federal 5.479/1968 foi revogada pela Lei Federal 8.489/1992, que passou a permitir a pessoa maior e capaz dispor gratuitamente de órgãos, tecidos ou partes do próprio corpo vivo para fins humanitários e terapêuticos.

Atualmente, a matéria é regulamentada pela Lei Federal 9.434/1997, que dispõe em seu art. 2º que a realização de transplante ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderá ser realizada em estabelecimento de saúde, público ou privado, e por equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), com o objetivo de ser conhecida a equipe que trabalhará com a demanda específica, na tentativa de reduzir os transplantes ilegais (BRASIL, 1997).

A Lei 9.434/1997, que atualmente regula a matéria, prevê os tipos penais aplicáveis para a conduta de remoção não autorizada e não regulamentada de tecidos e órgãos humanos nos seus arts. 14, 15, 16 e 17.¹

-
1. Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei:
Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa.
§ 1º Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe:
Pena – reclusão, de três a oito anos, e multa, de 100 a 150 dias-multa.

3. DIRETRIZES DO PROTOCOLO DE PALERMO

O Protocolo de Palermo, considerando todos os aspectos anteriores, estabeleceu diretrizes para a consecução dos seus objetivos, ou seja, a prevenção e o enfrentamento ao crime de tráfico de pessoas enquanto um desafio internacional, podendo ser utilizada a cooperação internacional, em razão da importância da união de esforços dos vários países no enfrentamento da criminalidade organizada em termos globais, contribuindo para a garantia dos Direitos Humanos, porque o tráfico de pessoas, vem sendo observado como uma grave violação de direitos, ferindo diversos bens jurídicos principalmente a liberdade individual (LEAL, 2013, p. 47).

Em seu art. 2º, o Protocolo elegeu os seus objetivos, que são: a prevenção e o combate ao tráfico ilícito de pessoas, com atenção especial às mulheres e às crianças; a proteção e a assistência às vítimas desse tráfico, com respeito pleno aos seus Direitos Humanos; e promoção da cooperação internacional para alcançar esses objetivos (GALLAGHER, 2001, p. 983-984;

§ 2º Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido:

I – incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II – perigo de vida;

III – debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV – aceleração de parto;

Pena – reclusão, de três a dez anos, e multa, de 100 a 200 dias-multa

§ 3º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta para o ofendido:

I – Incapacidade para o trabalho;

II – Enfermidade incurável;

III – perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

IV – deformidade permanente;

V – aborto;

Pena – reclusão, de quatro a doze anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

§ 4º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte:

Pena – reclusão, de oito a vinte anos, e multa de 200 a 360 dias-multa.

Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena – reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.

Art. 16. Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena – reclusão, de um a seis anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

Art. 17. Recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena – reclusão, de seis meses a dois anos, e multa, de 100 a 250 dias-multa. [...] BRASIL. Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm]. Acesso em: 17.04.24.

FRANCISCHETTO, 2013, p. 119). Analisando os objetivos do Protocolo de Palermo, Heinrich (2010, p. 2) descreve-os como o modelo dos três pés, vale dizer, prevenção ao crime, proteção à vítima e perseguição à pessoa acusada da prática delitiva.

Com o Protocolo de Palermo, viu-se que algumas decisões exaltaram a defesa da dignidade humana como o bem jurídico a ser protegido, a exemplo da decisão do Marco do Conselho da Europa de 2002, relativo à luta contra o tráfico de seres humanos, quando foi considerado uma grave violação de direitos fundamentais da pessoa e da dignidade humana, vítimas de práticas cruéis, abuso, fraude a pessoas vulneráveis, além do emprego da violência física e psicológica, coação bem como a servidão por dívidas (EUR-LEX, 2002).

Nesse sentido, a doutrina espanhola corrobora com a decisão do Conselho da Europa, Queralt Jiménez (2010, p. 183) justifica a tutela anteriormente mencionada em razão dos resultados para as vítimas, pois, são tratadas como coisas, restando privadas de suas humanidades; porém, ainda há quem argumente que a ofensa aos atributos morais são os relevantes, a exemplo de Terradillos Basoco (2010, p. 15).

Dessas diretrizes, é possível inferir que há um bem jurídico a ser protegido, mas não deverá ser o único, porque a intenção é a criminalização do tráfico de pessoas, que pode ser interpretado como uma tutela à liberdade individual de ir, vir ou permanecer, com destaque para a proteção das mulheres e das crianças, mas não significa que apenas esses grupos constarão da objetividade jurídica, vez que essa será para todas as pessoas submetidas a deslocamentos com vício de consentimento, ainda que ficto, situação de vulnerabilidade, a fim de serem exploradas em situação criminosas. Por isso, outros bens jurídicos deverão ser protegidos, ainda que de forma mediata.

Alonso Álamo (2007, p. 4) propôs a compreensão da dignidade como o interesse inerente a toda pessoa humana, pelo simples fato de ser e existir, sendo que o tráfico ilícito de pessoas não dignifica a ninguém, mas humilha, degrada, trata o sujeito de direito como se coisa fosse.

Infere-se, portanto, que o Protocolo de Palermo tem como objetivo principal a ampliação da proteção às vítimas do tráfico de pessoas e, superando o entendimento de outros compromissos internacionais que abordaram o tema, qualquer pessoa poderá ser vítima, mas deverá ser construída uma proteção adequada e apropriada para mulheres, crianças e pessoas em situação de vulnerabilidade (FRANCISCHETTO, p. 118).

3.1. *Tutela jurídica*

O art. 3º do Protocolo de Palermo apresenta a definição para o tipo penal sugerido, destacando os limites do consentimento da vítima, sobretudo para considerá-lo inválido diante de uma situação de vulnerabilidade social, seguindo a lição de Schünemann (2005, p. 35), que entende ser dever do Estado zelar para que uma situação de “desvantagem social” não seja utilizada para submeter alguém a uma situação degradante e, não havendo outros meios de enfrentá-la, deve a conduta ser criminalizada.

Na definição do Protocolo de Palermo são encontradas as seguintes condutas: recrutar, no sentido de atrair as vítimas; transportar, alguém que leva alguém de um lugar para outro utilizando um meio; transferir, enquanto ato de fazer mudar ou trocar de local; alojar, dar

alojamento; acolher pessoas, receber alguém. Todas essas condutas devem ter uma finalidade, consoante indicou o Protocolo (BRASIL, 2004).

Os meios da atuação são: emprego da ameaça, uso da força ou outras formas de coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade ou situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra, para fins, no mínimo, das seguintes formas de exploração: prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, trabalhos ou serviços forçados, escravidão ou práticas similares à escravidão, a servidão ou remoção de órgão (BRASIL, 2004).

Para Castilho, o Protocolo ao empregar a cláusula para fins de exploração, que passa a ser o terceiro elemento da definição, engloba formas de exploração das pessoas, seja ela referente à prostituição, ao trabalho, ou remoção de tecidos humanos, fez uma enumeração exemplificativa. Portanto, para a autora, não existe limitação quanto às pessoas a serem protegidas, nem as formas de exploração, destacando-se quanto ao consentimento da vítima, que:

“Cabe registrar, porém, a mudança que se estabeleceu acerca do valor consentimento e, ainda, o detalhamento conceitual. Inicialmente a prostituição era mencionada como uma categoria única. Hoje o gênero é a exploração sexual, sendo espécies dela turismo sexual, prostituição infantil, pornografia infantil, prostituição forçada, escravidão sexual, casamento forçado.” (CASTILHO, 2007, p. 11).

Na linha do pensamento de Castilho, passa-se a analisar como o consentimento da vítima foi considerado nas normativas internacionais.

3.2. *Problemática do consentimento*

A inclusão do uso da força ou do engano como um elemento essencial do tráfico significou um afastamento importante da perspectiva abolicionista da Convenção de 1949 e tem um caráter emancipatório potencial. Isso foi possível a partir da mudança do foco de proteção da sexualidade e moralidade às condições reais de trabalho e crimes contra as pessoas (DITMORE; WIJERS, 2003, p. 87).

Dessa forma, para ficar mais evidente que o meio incidirá sobre o consentimento da vítima, a alínea “b” consignou que nos casos mencionados a anuência da vítima diante da elementar objetiva não será válida quando for empregado um dos meios previstos na definição do crime; e, se a vítima for considerada criança para fins do Protocolo, vale dizer, pessoa menor de 18 anos, não exigirá um dos meios indicados para a tipificação penal, sendo suficiente a conduta prevista como elementar objetiva e uma das finalidades previstas em lei.

Sobre o trabalho escravo, Gil (2020, p. 176) descreveu que a compreensão dessa conduta passa pela observação do exercício dos atributos referentes ao proprietário de um bem, que submete uma outra pessoa a tal desconsideração, submetendo-a ao tráfico de seres humanos, em particular, mulheres e crianças, sendo que o art. 7º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional parece ser mais amplo do que as diretrizes do Protocolo de Palermo, porque

não se limitou às possíveis elementares objetivas, mas equiparou a escravidão ao próprio tráfico ilícito.

Por outro lado, o consentimento passa a ser relevante para excluir o tipo penal quando dado por mulheres e homens adultos, desde que não haja a ameaça, coerção, fraude, abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade, bem como não haja oferta de vantagens para quem tenha autoridade sobre outrem (a vítima), não sendo admitido como válido o consentimento expressado por pessoa menor de 18 anos.

Entretanto, a exigência da ocorrência de meios pode ser dispensada quando houver vício de consentimento e o Protocolo de Palermo prevê situações mínimas a serem observadas.

Segundo Castilho (2007, p. 12), o debate sobre o tema do consentimento foi intenso na elaboração do Protocolo, e considerou que a redação aprovada ficou ambígua, para contemplar a descriminalização total da prostituição com reconhecimento do “trabalho sexual”, subsistindo a criminalização dos proxenetas e daqueles que utilizam a exploração sexual de pessoas consideradas crianças, nos termos do Protocolo (pessoa menor de 18 anos), além das que não podem exercer com liberdade a sua vontade, ou que estão em situação de vulnerabilidade, afirmando:

“Ficou enfraquecida a proteção das mulheres adultas, quando se trata do exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual, e de modo geral das pessoas, na exploração do seu trabalho. Rompe com o paradigma das Convenções sobre escravidão e práticas análogas à escravidão e sobre a exploração da prostituição.” (CASTILHO, 2007, p. 12).

Na análise de Oliveira (2008, p. 31-32), houve uma ampliação do conceito para a proteção de outras vítimas, exemplificando com homens e pessoas transexuais no âmbito da exploração sexual, além de alcançar outras formas de exploração, como aquela realizada para remoção de órgãos humanos, e a observada sobre a classe trabalhadora.

Castilho (2007, p. 12) ainda adverte que os Estados que ratificaram a Convenção de 1949 permanecerão obrigados a ela enquanto não a denunciarem, porque o Protocolo de Palermo prevê uma cláusula de salvaguarda em relação às garantias legais já estabelecidas:

“Artigo 14

Cláusula de salvaguarda

1. Nenhuma disposição do presente Protocolo prejudicará os direitos, obrigações e responsabilidades dos Estados e das pessoas por força do direito internacional, incluindo o direito internacional humanitário e o direito internacional relativo aos direitos humanos e, especificamente, na medida em que sejam aplicáveis, a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados e ao princípio do *non-refoulement* neles enunciado.
2. As medidas constantes do presente Protocolo serão interpretadas e aplicadas de forma a que as pessoas que foram vítimas de tráfico não sejam discriminadas. A interpretação e aplicação das referidas medidas estarão em conformidade com os princípios de não-discriminação internacionalmente reconhecidos.” (BRASIL, 2004).

Considerados os critérios utilizados no Protocolo de Palermo para orientar as legislações nacionais, passa-se a analisar o devir legislativo da lei penal brasileira em vigor.

4. CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS NO BRASIL

O Protocolo de Palermo exerceu uma importância fundamental para a criminalização do tráfico de pessoas no Brasil, como se infere do trabalho produzido por Kushinir (1996, p. 84), o qual revelou a ausência de atuação estatal para reprimir o tráfico de mulheres para o fim de prostituição até então, muito embora houvesse uma previsão legal incriminando a exploração sexual de mulheres para tal finalidade, no capítulo do lenocínio no Código Penal.

Nesse aspecto, foram realizadas várias discussões sobre o tipo penal de tráfico de mulheres e suas impropriedades para o tema *tráfico de seres humanos*, uma delas coordenada por Jesus (2003, p. 112), que asseverou:

“A lei brasileira, além de não trazer nenhuma menção ao tráfico de crianças, ao criminalizar o de mulheres o faz restringindo-se aos casos em que o deslocamento ocorre para fins de prostituição e, contrariando os documentos internacionais sobre o tema, dispensa, para a caracterização do delito, a existência de fraude, ameaça ou violência.”

Na realidade, o Protocolo de Palermo produziu impactos na modificação legislativa brasileira, por meio das mudanças realizadas no Código Penal em 2005, 2009 e 2016, de onde se pode inferir algumas observações sobre a necessidade de completude da proteção penal em relação ao Protocolo de Palermo, que objetiva um enfrentamento aos criminosos internacionais e àqueles que atuam dentro das fronteiras de um país.

4.1. *Lacunas da Lei Federal 11.106/2005*

A primeira, foi a Lei Federal 11.106/2005 que modificou vários artigos do Código Penal, designadamente os arts. 227, 231 com a introdução do art. 231-A, e manteve o nome legal do Título VI, mas alterou o seu Capítulo V, que passou a ter a seguinte denominação: “Do lenocínio e do tráfico de pessoas”, sendo que o crime previsto no art. 231 mudou a nomenclatura de tráfico de mulheres para tráfico internacional de pessoas.

A Lei Federal 11.106/2005 retirou do Código Penal expressões como mulher honesta, a extinção da punibilidade do agente pelo seu casamento com a vítima, que era uma violação ao princípio da proibição da proteção deficiente, além do crime de tráfico de mulheres, que passou a ser designado de tráfico de pessoas, internacional e interno (RODRIGUES, 2012, p. 23). Pela primeira vez, houve a previsão do crime de tráfico de pessoas dentro do território nacional, fato ignorado à época do Império e por mais de 100 anos de República.

Ao analisar o art. 231 do Código Penal, em relação ao texto anterior, notou-se que foi acrescentado da elementar objetiva intermediar, mantidas as condutas de promover e facilitar, substituindo quem poderá ser a vítima, de mulher para pessoa a sair do país ou que venha ao Brasil.

Inicialmente, anotou-se o preceito internacional existente desde a Convenção de 1949, como observou Castilho (2007, p. 8); portanto, em qualquer conduta, a vítima teria que exercer a prostituição para que ocorresse a consumação do crime, sendo essa a única finalidade do ilícito penal.

Quanto à consumação delitiva, Nucci (2006, p. 281) chegou a classificar o crime como condicionado e sem admitir a possibilidade de tentativa.

O fato é que a norma foi significativamente ampliada para proteger pessoa de qualquer sexo, mas de uma forma condicionada, vale dizer, que a vítima passasse a exercer a prostituição no lugar de destino, e essa finalidade possibilitou o entendimento de que o bem jurídico não foi alterado na própria medida da proteção à vítima, desde que não se observassem outras garantias, sobretudo as constitucionais, mantendo-se o bem jurídico ligado às questões morais, quando a liberdade individual já estaria desrespeitada. Embora, nesse aspecto, Ghidalevich (2005, p. 87), tenha sustentado que a proteção advinda da Lei Federal 11.106/2005 já seria à liberdade pessoal.

Esse caminho encontraria a sua rota na advertência de Roxin (2000, p. 455), ao revelar que os bens jurídicos, em casos semelhantes ao tráfico de pessoas, poderiam deixar de ser apenas a moral sexual para a proteção da liberdade de decidir a respeito dessa questão, a integridade física, a inexperience ou falta de condições de resistência em relação a certos grupos etários, pessoas em situação de vulnerabilidade em seu estado de saúde ou social etc.

Noutra dimensão, desta feita, sobre o tráfico interno de pessoas, a Lei Federal 11.106/2005 registrou a primeira vez que esse tipo penal foi edificado no Direito Penal brasileiro, e o seu art. 2º adicionou ao Código Penal o art. 231-A, no qual o critério de classificação do bem jurídico não foi alterado, pois, ao lado do lenocínio, se colocou o tráfico de pessoas, não apenas de mulheres, ampliando-se a proteção penal, porém, tudo sob o mesmo pálio da proteção aos costumes, em razão da elementar subjetiva do tipo ou do injusto.

A Lei Federal 11.106/2005 não enfrentou o preceito de que o consentimento da vítima era irrelevante para a consumação do crime de tráfico de pessoas em algumas situações, com base na redação do Protocolo de Palermo, a exemplo da anuência externada por pessoas menores de 18 anos. Tal padrão normativo deixava algumas vítimas em condições de desamparo absoluto.

4.2. *Incompletudes da Lei Federal 12.015/2009*

Com o objetivo de melhorar a proteção penal, sobreveio a Lei Federal 12.015/2009, modificando o Título VI do Código Penal de crimes contra os costumes para crimes contra a dignidade sexual, indicando a nova proteção ou bem jurídico mais abrangente do que a anterior, vale dizer, os costumes, sendo que o Capítulo foi readequado para a repressão do lenocínio e do tráfico de pessoas para o fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual, enfrentando algumas das deficiências da tutela penal apresentada pela Lei 11.106/2005.

Quanto às elementares objetivas, a Lei Federal 12.015/2009 suprimiu a conduta de intermediar a entrada ou saída do território nacional de alguém que viesse ou fosse exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, muito embora a atividade de intermediação pudesse ser compreendida como uma das circunstâncias equiparadas, vale dizer, a conduta de

agenciar, como sustentaram Gomes; Cunha e Mazzuoli (2009, p. 71): “não houve supressão da figura criminosa, mas simples alteração formal, continuando o fato típico”.

Essa finalidade é compreensível, mas o crime de tráfico de pessoas não deveria ter sido resumido a tal finalidade, porque outras lesões a direitos antes do exercício da prostituição já eram conhecidas à época, a exemplo daquelas hipóteses previstas no próprio Protocolo de Palermo.

Doutra mão, subsistiu a divergência doutrinária sobre o momento consumativo do crime, porque Nucci (2009, p. 89) classificava o crime como condicionado e sem admitir a possibilidade de tentativa, posição adotada ainda sob a vigência da lei anterior, enquanto Greco (2013, p. 631) e Estefam (2009, p. 142-143) admitiram a consumação sem a condicionalidade, assim como a possibilidade de tentativa.

A hipótese de aumento de pena já era restrita para condutas em relação às pessoas maiores de 18 anos, que saíssem ou entrassem no país para exercer a prostituição, sem haver qualquer referência à exploração dessa atividade por terceira pessoa, pois tal conduta já configuraria outro crime previsto no Código Penal.

Por outro lado, não se pode negar a defesa de outros bens jurídicos que estavam previstos no § 2º, do art. 231, por passar a proteger a vítima, quando essa fosse adolescente maior de 14 e menor de 18 anos; quando estivesse em situação de enfermidade ou deficiência mental, ou por falta do necessário discernimento para a prática do ato; quando o agente fosse ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou, quando houvesse o emprego de violência, grave ameaça ou fraude (COSTA, 2010, p. 49).

Desta feita, tais causas de aumento de pena permitiram alargar o bem jurídico protegido para grupos etários, em situação de vulnerabilidade, por enfermidade, relação de parentesco ou múnus de cuidado, bem como a integridade corporal ou liberdade pessoal, nos casos de violência, grave ameaça ou fraude, que guardaram o conteúdo da dignidade sexual como guia de defesa de direitos, aproximando-se da amplitude contida no Protocolo de Palermo.

O crime de tráfico interno de pessoas também foi acrescido da finalidade de exploração sexual, seguindo o mesmo desiderato do art. 231 do Código Penal, prevendo, enquanto norma penal, a proibição para a promoção ou facilitação de deslocamento de alguém no solo pátrio para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual. Logo, o crime ocorreria com o deslocamento no território nacional, em razão da promoção ou facilitação, desde que a finalidade fosse o exercício da prostituição, mesmo que tal exercício ainda não tivesse ocorrido (COSTA, 2010, p. 50).

A finalidade de exploração sexual passou a integrar o tipo, recebendo o entendimento de que seria mais ampla do que o exercício da prostituição, como antes mencionado, sendo que o deslocamento no território brasileiro ganhou mais uma possibilidade de ser considerado ilícito.

Seguindo a estrutura do crime de tráfico internacional de pessoa para fins de exploração sexual, o de tráfico interno passou a contar com a figura equiparada para quem viesse a agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, tendo conhecimento dessa condição,

transportá-la, transferi-la ou alojá-la. A atitude em relação à vítima não poderia ser de apoio ao exercício de prostituição ou outra forma de exploração sexual. É importante mencionar que a figura equiparada ao crime de tráfico interno de pessoa consignou a elementar objetiva de vender, que não se fez presente no tipo penal de tráfico internacional de pessoa (COSTA, 2010, p. 50).

Lembra-se por oportuno, que a discussão sobre as principais correntes que abordam a exploração sexual no sentido amplo da prostituição, abolição, regulamentação e proibição, não chegaram a um acordo sobre como deve ser tratado o tema, sendo que o Protocolo de Palermo avançou em direção a uma visão de regulamentar a profissão considerada uma das mais antigas do mundo, e acresceu a necessidade de proteção às condições de trabalho de outros profissionais, além do enfrentamento a trabalhos forçados, escravidão, servidão, remoção de tecidos humanos.

Dessa forma, a legislação brasileira continuou em descompasso com as normas internacionais, já que não ocorreu uma compreensão de que o crime de tráfico de pessoas deveria abranger outras finalidades além da dignidade sexual, sobrevivendo mais duas leis por absoluta necessidade de integrar o Brasil na luta contra o crime de tráfico de pessoas, mesmo que apenas no plano formal.

4.3. *Desníveis da Lei Federal 13.344/2016*

Em relação estritamente ao crime de tráfico de pessoas, a Lei Federal 13.344/2016 pretendeu dar vários andamentos ao Protocolo de Palermo, nas áreas da prevenção, proteção e persecução penal, até mesmo buscando uma aparente sintonia com o modelo estabelecido no art. 3º do Protocolo de Palermo.

Como já anunciado, foi a terceira mudança no Código Penal, desta feita, para reclassificar o bem jurídico protegido com a Lei Federal 13.344/2016, revogando expressamente os arts. 231 e 231-A do Código Penal, colocando o crime de tráfico de pessoas no art. 149-A, no Título I, que protege a pessoa, designadamente no Capítulo VI, Seção I, que trata dos crimes contra a liberdade individual, modificando historicamente o bem jurídico, que migrou da moral sexual pública, passando pela dignidade sexual, chegando à liberdade individual, mas não exclusivamente.

Além do mais, outras modificações foram realizadas com a lei de 2016, inclusive no processo de execução penal para as pessoas condenadas por tráfico de pessoas, no qual as condições objetivas para alcançar o livramento condicional deixou de ser de um terço para exigir dois terços do cumprimento da pena, como já era para os crimes hediondos. No entanto, parece que as críticas só aumentaram. Porém, é razoável supor que esse é um tema que pode ser vencido pela jurisprudência pátria.

Quanto à nova estrutura do tipo penal, Cunha e Pinto (2018, p. 12) comentaram que a Lei Federal 13.344/2016 teria adequado a lei penal brasileira às Convenções da ONU, especialmente em relação à prevenção, repressão e punição pela conduta do crime de tráfico de pessoa, com a revogação da Lei Federal 12.015/2009.

Lembram os autores que, além de incluir um novo dispositivo penal no título dos crimes contra a pessoa, que passou a dispor sobre o ilícito penal de tráfico de pessoas, o crime de tráfico internacional deixou de ser um tipo autônomo para ser uma causa de aumento de pena; os meios passaram a ser formas a serem observadas a partir das elementares objetivas; mas o consentimento recebeu um tratamento diverso do Protocolo de Palermo, além de outros questionamentos colocados pela doutrina brasileira.

4.3.1. *Bem jurídico tutelado*

Na realidade, a Lei Federal 13.344/2016 deslocou o bem jurídico principal, que antes era a dignidade sexual, para a liberdade individual, sem abandonar o anterior e incluindo outros, assim buscou uma maior sintonia com os compromissos inseridos no Protocolo de Palermo, expondo-se às críticas especialmente em relação às hipóteses antes criminalizadas autonomamente.

Com o advento dessa Lei, Baltazar Júnior (2017, p. 116) apontou a dignidade humana ameaçada ou atingida pela ação do tráfico ilícito como o bem jurídico protegido pela norma penal, sendo que Ghidalevich (2005, p. 87), mesmo antes da lei em comento, vale dizer, em comentário à Lei Federal 11.106/2005, já entendia que a proteção da norma seria a liberdade pessoal.

Considerou-se, ainda, apropriado, especialmente em razão da singeleza dos argumentos, o comentário sobre a temática elaborado por Busato (2017, p. 338):

“[...] o tipo de ação revela um crime complexo, na medida em que descreve no seu enunciado principal uma forma de submissão da vítima, ou seja, uma aflição à liberdade individual, adicionando, em seguida, um especial fim de agir que traduz a inflição de um perigo contra outro bem jurídico que é variável conforme o inciso, entre a vida ou a integridade física (I), a liberdade de trabalho (II e III), a família (IV) ou à liberdade sexual (V).”

Desta feita, o tipo penal de tráfico de pessoas declara a proteção precípua à liberdade individual e à dignidade humana e, de forma secundária, à vida, à integridade física, à liberdade de trabalho, à família e à dignidade sexual, já que esses bens jurídicos contam com proteção específica.

Quanto à proteção para mais de um bem jurídico existente no caso em análise, há várias classificações doutrinárias aplicáveis. Antes mesmo da lei em análise, Busato (2015, p. 335) designou de crime complexo aquele que agrega mais de um bem jurídico, Santos (p. 111) denominou de crime composto, Jesus (2011, p. 259) classificou como crime pluriofensivo aquele que protege a vários bens jurídicos, sendo que os bens jurídicos secundários serão objeto de outros tipos penais. Para Jesus (2011, p. 157), haverá crime complexo quando forem agregadas várias condutas num mesmo crime, sendo a soma de cada uma forma um novo crime específico. E, nesse caso, o tipo penal apresenta características de crime pluriofensivo.

4.3.2. *Elementares objetivas*

Iniciando com as elementares objetivas, embora tenha-se um acréscimo em relação ao Protocolo de Palermo, designadamente as ações de agenciar, aliciar e comprar, aponta-se

que a realidade da ação comprar não deveria deixar sem punição quem vende, porque equiparar essa conduta a de agenciar será uma verdadeira missão impossível na seara penal, isso porque a conduta foi considerada como medida auxiliar àquelas a serem adotadas, em 1992, quando a ONU lançou o Programa de Ação para a Prevenção da Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto 5.007/2004.²

Talvez por isso, Bitencourt (2016, p.10) considerou no mínimo curioso o fato de a conduta de vender a alguém com as mesmas finalidades não tenha sido também criminalizado, constituindo grande lacuna que dificilmente poderá ser suprida por analogia, tampouco por interpretação analógica.

Parece razoável que uma multiplicidade de elementares objetivas produza o efeito de ampliar a proteção penal, mas a taxatividade contida em cada uma delas pode gerar hiatos, a exemplo do que ocorreu quando a lei em comento elegeu a elementar comprar, mas não incluiu a elementar vender.

4.3.3. *Decotes dos Meios*

No entanto, o cotejo do fato típico do crime em tela em relação às definições do Protocolo de Palermo, pode-se concluir que o legislador brasileiro procedeu às seguintes alterações: em relação às elementares objetivas, ampliou o rol, para incluir as ações de agenciar, aliciar e comprar; quanto aos meios, decotou:

“[...] ao rapto, [...] ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração; e, sobre as finalidades, acresceu em relação à adoção ilegal.” (BRASIL, 2004).

A supressão acima foi objeto de uma observação prática apresentada por Sifuentes (2019, p. 18), ao lembrar que o Protocolo de Palermo considerou como irrelevante o consentimento

2. O Protocolo promulgado pelo Decreto 5.007, de 8 de março de 2004, apresentou as seguintes definições em seu art. 2º: “Para os propósitos do presente Protocolo: a) Venda de crianças significa qualquer ato ou transação pela qual uma criança é transferida por qualquer pessoa ou grupo de pessoas a outra pessoa ou grupo de pessoas, em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação; b) Prostituição infantil significa o uso de uma criança em atividades sexuais em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação; c) Pornografia infantil significa qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança envolvida em atividades sexuais explícitas reais ou simuladas, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins primordialmente sexuais.” BRASIL. Decreto 5.007, de 8 de março de 2004. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5007.htm#:~:text=DECRETA%3A,inteiramente%20como%20nele%20se%20cont%C3%A9m]. Acesso em: 17.04.2024.

dado por pessoa do grupo etário que definiu como criança (pessoa com idade inferior a 18 anos), e, em relação às pessoas maiores de 18 anos, o consentimento será considerado eivado de vício quando ocorrer ameaça, uso da força, coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou nos casos em que haja a oferta de pagamentos ou benefícios para obter esse consentimento.

O Legislador também olvidou a formação jurisprudencial sobre a matéria, porque com a edição da Lei de 2005, especialmente o Tribunal Regional Federal da 1ª Região firmou o entendimento de que não era relevante o consentimento da vítima de tráfico de pessoas para exclusão da tipicidade:

“Penal e Processo Penal. Tráfico internacional de seres humanos. Exploração sexual de mulheres. Artigo 231 do código penal. (art. 239 do ECA). Consentimento das vítimas. Autoria e materialidade comprovadas. 1. O consentimento da vítima em seguir viagem não exclui a culpabilidade do traficante ou do explorador, pois o requisito central do tráfico é a presença do engano, da coerção, da dívida e do propósito de exploração. É comum que as mulheres, quando do deslocamento, tenham conhecimento de que irão exercer a prostituição, mas não têm elas consciência das condições em que, normalmente, se vêem coagidas a atuar ao chegar no local de destino. Nisso está a fraude. 2. O crime de tráfico de pessoas – foi a Lei 11.106, de 28.03.2005, que alterou a redação do art. 231 do Código Penal, de tráfico de mulheres para tráfico internacional de pessoas – consuma-se com a entrada ou a saída da pessoa, homem ou mulher, seja ou não prostituída, do território nacional, independentemente do efetivo exercício da prostituição – basta o ir ou vir exercer a prostituição –, e ainda que conte com o consentimento da vítima. [...]” (BRASIL, 2013).

No entanto, com a vigência da lei em comento, tal entendimento jurisprudencial pode ser modificado, conforme indica um julgado do 3º Tribunal Regional Federal, que restringiu a possibilidade do vício do assentimento aos meios inseridos no tipo penal:

“[...] 11. A contrário sensu, se o consentimento é válido, ou seja, se ele foi deduzido sem grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, não – ao menos na hipótese de exploração sexual, de que se cuida nos autos – não se configura o crime.” (BRASIL, 2017).

Sifuentes (2019, p. 24) ainda apresenta duas observações práticas referente ao tipo penal, designadamente sobre o momento do consentimento e ao uso do vocábulo tráfico. Para demonstrar a importância do momento do consentimento, a autora lembrou que a vítima pode interpretar o fato de forma errônea, ou não perceber a realidade a que será submetida, proferindo o seu assentimento; mas ao descobrir a verdadeira intenção do agente e discordar após a realização do tipo, podendo ensejar a absolvição do acusado. Noutro ponto, assevera que o vocábulo tráfico somente aparece na nomeação do tipo penal e em uma forma de aumento de pena, afirmando:

“Ao revogar os artigos 231 e 231-A e inserir o novo artigo 149-A, sob o pretexto de reunir em um único tipo penal todas as figuras previstas no artigo 3º do Protocolo de Palermo, a nova

lei misturou fatos diferentes, dando idêntico tratamento a ações com finalidades bastante diversas, tais como a remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo, trabalho em condições análogas à de escravo, servidão, adoção ilegal ou exploração sexual.” (SIFUENTES, 2019, p. 24).

Noutra mão, seguindo o modelo do tipo penal previsto no Protocolo de Palermo, sobre a vinculação obrigatória a um meio, vale dizer, grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso não permitirá exaurir todas as formas, ou meios, de vício de vontade que foram previstos, como acima revelou o decote da redação do art. 149-A do Código Penal. Mais uma vez mulheres, crianças, adolescentes e pessoas em situação de vulnerabilidade restaram com uma proteção penal deficiente.

4.3.4. *Causas de aumento de pena*

As causas de aumento de pena versaram sobre as qualidades da pessoa acusada e das vítimas, mas não aplicou os termos do Protocolo de Palermo quanto à proteção especial às mulheres, embora tenha incluído a causa de aumento de pena quando a vítima for criança, mas não deu a mesma proteção à vítima deslocada ao Brasil (art. 149-A, § 1º, inciso II e IV, Código Penal), além de ser exigido dos servidores públicos o compromisso de colaborar com o enfrentamento a uma criminalidade que, não raro, apresenta características de organização criminosa.

Uma crítica lançada por Cunha e Pinto (2018, p. 15) foi sobre a ausência de uma punição adequada quando a pessoa é trazida para o território nacional para ser submetida a uma servidão, por exemplo, é que a nova lei não prevê essa causa de aumento de pena, restando um forte descompasso em relação à vítima retirada do solo brasileiro para a mesma finalidade.

Nesse sentido, Sifuentes (2019, p. 25) também observou que a causa de aumento de pena não deu o mesmo tratamento de quem retira alguém do território nacional para alguém que “importou” uma pessoa para o Brasil. Portanto, o traficante internacional de seres humanos que trouxe uma pessoa para o Brasil, observados os requisitos previstos no “caput” do art. 149-A do Código Penal não receberá o aumento de pena, previsto de um terço até a metade, como ocorreria no caso da saída da vítima do Brasil para outro país.

Para a hipótese do ingresso de pessoa no território nacional, Sifuentes (2019, p. 25) entendeu ser possível, quando muito, a consumação do crime de atribuição de falsa identidade a estrangeiro, previsto no Código Penal, art. 309, parágrafo único.

Por fim, foram lançadas críticas sobre a lei de 2016, sobretudo, em relação à possibilidade de aplicação de penas menores, comparando-se com a lei de 2009, consoante a observação de Bitencourt (2016, p. 25), porque a ideia da nova lei era ampliar a proteção penal de forma adequada, no parâmetro internacional, mas ao revogar os arts. 231 e 231-A do Código Penal, transformaram a referida infração penal em outra menos grave, mesmo com uma pena mínima acima da lei revogada.

Inicialmente, Bitencourt (2016, p. 5) observa que em razão do art. 149-A do Código Penal ter deixado de prever as causas de aumento de pena de metade, se do crime resultar gravidez;

e, de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador, revogou-se duas causas de aumento importantes para a tutela penal em foco, porque a última previsão é aplicável a todos os crimes do VI Título da Parte Especial, Dos crimes contra a dignidade sexual, (BRASIL, 2009).

A menor punição provocada pelo art. 149-A do Código Penal, continua Bitencourt (2016, p. 5), também decorre da previsão da causa de diminuição de pena para quem é tecnicamente primário e não integrante de organização criminosa, como se fosse fácil responsabilizar criminalmente alguém pela prática dessa conduta, praticamente levando o judiciário a aplicar a minorante a todos os casos.

Uma polêmica que se observa é quanto ao conflito aparente de norma penal que pode surgir com a consumação da finalidade pelo mesmo agente, ou seja, se o crime de tráfico de pessoas absolve o crime fim, torna-se crime meio e, portanto, será absolvido, ou as finalidades são tipos penais autônomos em relação a tráfico?

Bitencourt (2016, p. 23) ao explicar que para a consumação do crime não é exigível o resultado de qualquer dessas finalidades, sustenta que se a mesma ocorrer constituirá apenas o exaurimento do crime.

Em sentido diverso, Masson (2018, p. 280) compreende que se estaria diante de concurso de crimes, isto é, haverá o concurso material entre o tráfico de pessoas e o da figura penal autônoma que decorre da prática efetiva de algum dos incisos reveladores da elementar subjetiva do tipo.

4.3.5. *Crime de Migração ilegal*

Sobre a migração ilegal, Cançado Trindade (2008, p. 137) observou que as pessoas que utilizam a migração ilegal não fazem por opção, mas para sair de uma situação de vulnerabilidade, que podem ser de natureza política, bélica e até mesmo ambiental, a exemplo de secas prolongadas, terremotos e outros fenômenos naturais.

Pontua-se os principais aspectos do tipo penal em tela como objetivo evitar confusão com o de tráfico de pessoas, dentro da estratégia de encaminhamento para soluções das lacunas encontradas neste artigo.

O crime de tráfico de pessoas difere do crime de migração ilegal, conforme a lição de Cançado Trindade (2008, p. 137), porque o crime de migração ilegal protegerá as fronteiras dos países em respeito aos ordenamentos jurídicos internos, muito embora a razão dessa forma de migração tenha como discutível a necessidade de pena e a quem aplicá-la, especialmente quando o migrante não puder viver dignamente no local onde se encontra, não se podendo dizer o mesmo de quem explora tal vulnerabilidade.

Para abordar a origem do crime de migração ilegal e a semelhança com o crime de tráfico de pessoas, admite-se que a causa significativa para a imigração poderá ensejar um dos dois crimes, ante o desespero ou desamparo em que se encontrar a vítima potencial.

Apesar das diferenças entre os dois crimes, pode-se ter a migração ilegal, que em outros países é denominada de contrabando de migrantes, como um foco para o enfrentamento ao próprio tráfico de pessoas, como defendeu Gallanger (2001, p. 27), destacando que o

entendimento sobre o enfrentamento às duas condutas delitivas nas leis e políticas nacionais permitirá que os Estados cooperem e colaborem de forma mais eficaz do que nunca.

O legislador brasileiro palmilhou esse caminho e autorizou o Poder Executivo a ratificar o Protocolo sobre migrações ilegais, que dispõe em seu Artigo 6 quais são as suas diretrizes para a elaboração da lei penal interna, dividida em quatro partes, sendo a primeira delas sobre as medidas legislativas para a formulação do ilícito penal, por intermédio da Lei Federal 13.445/2017, que criou o crime de promoção de migração ilegal, também conhecido como contrabando de imigrantes, introduzindo o tipo penal no Capítulo V, que trata do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual, que, no que lhe concerne, está no Título VI, referente aos crimes contra a dignidade sexual, do Código Penal brasileiro.

Além disso, a própria Lei Federal 13.445/2017 prevê, no § 1º, art. 50, que nos casos de deportação seja observado o prazo de 60 dias para que o migrante não nacional regularize a documentação para sua permanência no Brasil, não parece razoável considerar a conduta o agente, vil explorador da vítima, de danosa à segurança nacional.

O último dispositivo indica que o crime em tela é autônomo em relação às ilicitudes penais conexas, significando que se ocorrer o crime de promoção de migração ilegal e o de tráfico de pessoa, poderá haver o concurso material de crimes, com o cúmulo material das penas, consoante a dicção do § 3º do art. 232-A do Código Penal.

Sendo essa mais uma atuação legislativa rumo ao enfrentamento ao crime de tráfico de pessoas, embora por outro caminho e coadjuvante a linha de proteção à pessoa, que não pode ser esquecida na presente análise.

5. CONCLUSÕES

As opiniões dos doutrinadores revelaram que, apesar dos esforços, o legislador brasileiro ainda não conseguiu elaborar uma lei penal capaz de tutelar o bem jurídico na mesma amplitude em que a União Federal se comprometeu no âmbito da ONU, confirmando a hipótese inicial de que ainda subsiste uma proteção penal deficiente na matéria em foco, designadamente em razão do bem jurídico não se revelar suficientemente protegido, relativamente às hipóteses de vícios de consentimentos decotados, riscos de aplicação de pena abaixo do patamar mínimo em razão da generalização da causa de redução de pena, além de outras que será explicitadas, situação que requer um encaminhamento para a sua solução.

Entende-se que deve ser priorizado o modelo que melhor corresponda à realidade brasileira, com o objetivo de preservar a tutela jurídico-penal decorrente do compromisso internacional. Mas não necessariamente fazer uma cópia do art. 3º do Protocolo de Palermo: desde que seja uma lei capaz de gerar a norma penal naquele sentido e alcance, considerando a doutrina e a jurisprudência.

Para tanto, observa-se que o modelo previsto na Lei Federal 12.015/2009 não protegeu todos os bens jurídicos previstos no Protocolo de Palermo, mas protegeu de forma suficiente a liberdade pessoal em relação à exploração da prostituição e outras formas de exploração

sexual, assim como as pessoas em situação de vulnerabilidade, muito embora o bem jurídico-penal precípua fosse a dignidade sexual, e a nova lei fragilizou a proteção de antes, além de desconsiderar as causas de aumento de pena.

Ainda nessa senda, se a opção do Poder Legislativo fosse a de ampliar os bens jurídicos tutelados, não precisaria revogar os art. 231 e 231-A do Código Penal, mas lançar a proteção em relação às demais finalidades, ainda que em dispositivos diversos, correspondendo igualmente aos compromissos assumidos, como as causas de aumento de pena quando a vítima for mulher, pessoa com deficiência ou pessoa menor de 18 anos e maior de 60 anos de idade ao tempo do crime.

No entanto, com as alterações legislativas, parece viável a modificação do próprio art. 149-A do Código Penal, desta vez, recuperando os meios que foram decotados, excluídos com a Lei Federal 13.344/2016, para admitir os vícios de consentimento e o reconhecimento da situação de vulnerabilidade que as vítimas enfrentam e que o conhecimento dessas situações foi valorizado e incluído no Protocolo de Palermo, com os acréscimos que seguem.

A questão do conflito aparente de norma penal deve ser enfrentada em relação ao agente que praticar o crime de tráfico de pessoas e o crime fim. Não se apresenta razoável a aplicação da solução do fato posterior não punível ou com a aplicação do princípio da consunção quando a ação do crime de tráfico de pessoas atingiu mais de uma vítima, nem a aplicação da regra do crime continuado, porque o crime deve ser classificado como pluriofensivo. Para prevenir tais situações é recomendável um dispositivo de lei expressando o cúmulo das penas.

Nas causas de aumento de pena do § 1º do art. 149-A do Código Penal brasileiro, considerando os estatutos em vigor, tem-se como razoável a alteração da sua redação do seu inciso IV, porque não apenas deve incidir o aumento de pena quando a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional, mas também quando foi nele introduzida, a fim de completar o sentido da qualificação do crime de tráfico internacional de pessoas, ou até mesmo gerar uma figura qualificada, tendo em vista outros bens jurídicos afetados a exemplo da administração das fronteiras.

Por fim, o § 2º do art. 149-A do Código Penal brasileiro, que prevê uma causa de redução de pena quando o agente for primário e não integrar organização criminosa se afigura contraditório: primeiro porque a primariedade já é causa atenuante na dosimetria da pena; segundo porque o fato de não integrar organização criminosa é uma inversão que pode gerar um outro conflito aparente de norma com a Lei Federal 12.850, de 2 de agosto de 2013, que define o que vem a ser uma organização criminosa.

Desta feita, a causa de redução de pena deveria pairar sobre a colaboração premiada, essa com o potencial de facilitar a descrição do contexto probatório a permitir a persecução penal, com a completa revogação das atuais causas de redução de pena, deixando expresso que o crime em epígrafe é autônomo em relação ao de organização criminosa.

6. REFERÊNCIAS

- ALONSO ÁLAMO, Mercedes. ¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual. *Revista Penal*, n. 19, p. 3-20, 2007.
- ANDRADE, Daniela Alves Pereira de. Panorama conceitual sobre o tráfico de pessoas para remoção de Órgãos e tráfico de tecidos, órgãos e células humanas: a modernização necessária. In: ANJOS, Fernanda Alves dos et al. (Org.). *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos* / Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação. Brasília: Ministério da Justiça, p. 551-574, 2013.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo, 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. A Nova e Equivocada Tipificação do Crime de Tráfico de Pessoas. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto-SP, a. XXI, v. 25, n. 1, p. 2-26, jan.-jun. 2016.
- BUSATO, Paulo C. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Atlas, 2017.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Uprootedness and the protection of migrants in the International Law of Human Rights. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 51, 2008. Disponível em: [<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=35811693008>]. Acesso em: 23.02.2024.
- CASTILHO, Ela Wiecko. Tráfico de pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo. In: *Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas*. Brasília, p. 7-12, 2007.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. Breves apontamentos sobre a reforma dos crimes contra a dignidade sexual da pessoa humana. *Revista da EMERJ*, v. 13, 49, p. 29-50, 2010. Disponível em: [www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista49/Revista49_29.pdf]. Acesso em: 18.02.2024.
- CUNHA, Rogério S.; PINTO, Ronaldo B. *Tráfico de pessoas: Lei 13.344/16 comentada por artigos*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DOEZEMA, Jo. Loose Women or Lost Women? The re-emergence of the myth of 'with slavery'. In: Contemporary discourses of 'trafficking in women'. *International Studies Convention Washington*, DC, feb. 1999. *Gender Issues*, v. 18, n. 1, Winter, p. 23-50, 2000.
- DITMORE, Melissa; WIJERS, Marjan. The negotiations on the UN Protocol on Trafficking in Persons. *NEMESIS*, n. 4, 2003, p. 79-88. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/287687445_The_negotiations_on_the_UN_protocol_on_trafficking_in_persons]. Acesso em: 20.02.2024.
- ESTEFAM, André. *Crimes sexuais: comentários à Lei n. 12.015/2009*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- EUR-LEX. Disponível em: [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32002F0629>]. Acesso em: 20.02.2024.
- FRANCISCETTO, Gilsilene Passon Picoretti. Pobreza, gênero, desigualdades e tráfico de pessoas. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). *Tráfico de pessoas para*

- exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2013. p. 115-136.
- GALLAGHER, Anne T. Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis. *Human Rights Quarterly*, v. 23: 975-1004, 2001.
- GARCÍA, Paz Lloria. *La trata sexual de mujeres: de la represión del delito a la tutela de la víctima*. Madri: Ministerio de Justicia, 2007.
- GHIDALEVICH, Fabíola Girão Monteconrado. Tráfico de seres humanos: a questão de gênero ainda em destaque. *Circulus Revista da Justiça Federal do Amazonas*, n. 6, p. 82-91, jul.-dez. 2005.
- GIL, Alícia Gil. Artigo 7: Crimes contra a humanidade. In: STEINER, Sylvia Helena; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Disponível em: [www.forumconhecimento.com.br/v2/livro/L1593/E1644/17987]. Acesso em: 13.02.2024.
- GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à reforma criminal de 2009 e à convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 10. ed. Niterói: Impetus, 2013, v. 3.
- HEINRICH, Kelly Hyland. Ten Years After the Palermo Protocol: Where are Protections for Human Trafficking Victims? *Human Rights Brief*, v. 18, n. 1, p. 2-5, 2010.
- JESUS, Damásio E. de. *Tráfico internacional de mulheres e crianças: Brasil: aspectos regionais e nacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1. v.
- KEMPADOO, Kamala. Mudando o debate sobre tráfico de mulheres. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 25, p. 55-78, 2005.
- KUSHINIR, Beatriz. *Baile de máscaras: mulheres judias e prostituição; as polacas e suas associações de ajuda mútua*. Rio de Janeiro: Ed. Imago, 1996.
- LEAL, Maria Lúcia Pinto. Reflexões teóricas sobre o tráfico e migração irregular de mulheres brasileiras na conexão ibérica. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). *Tráfico de pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2013. p. 43-58.
- MALHEIROS, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil*. 3ª Parte. Typographia Nacional: Rio de Janeiro, 1867.
- MASSON, Cleber. *Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.
- MORAES, Evaristo. *Extinção do tráfico de escravos no Brasil (Ensaio Histórico)*. Typ. Martins de Araújo: Capital Federal, 1916.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral/parte especial*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

- OLIVEIRA, Marina Pereira Pires de. Panorama histórico sobre o tráfico de pessoas. In: LANDINI, Tatiana Savoia; OLIVEIRA, Maria P. P. (Org.). *Enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2008. p. 29-34.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Tráfico humano é terceira atividade ilegal mais lucrativa do mundo. *ONU NEWS*, 23.10.2023. Disponível em: [<https://news.un.org/pt/story/2023/10/1822172#:~:text=O%20tr%C3%A1fico%20de%20seres%20humanos,combater%20este%20tipo%20de%20crime>]. Acesso em: 15.02.2024.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. *Derecho penal español*. Parte especial. 6. ed. Barcelona: Atelier, 2010.
- RAGO, Margareth. (2008). *Os prazeres da noite: prostituição e códigos da sexualidade feminina em São Paulo (1890-1930)*. São Paulo: Paz e Terra.
- RODRIGUES, Thais de Camargo. *O tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual e a questão do consentimento*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-30102012-102346/publico/REDACAO_FINAL_Thais_de_Camargo_Rodrigues.pdf]. Acesso em: 30.01.2024.
- ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000.
- SANTOS, Guilherme de Paula Costa. A *Convenção de 1817*: debate político e diplomático sobre o tráfico de escravos durante o governo de D. João no Rio de Janeiro. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas: São Paulo, maio de 2009. (Série: Produção Acadêmica Premiada).
- SCHÜNEMANN, Bern. O Direito Penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 53, p. 9-37, 2005.
- SIQUEIRA, Priscila. Tráfico de Pessoas: Comércio Infamante num Mundo Globalizado. In: ANJOS, Fernanda Alves dos et al. (Org.). *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos* / Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. p. 23-42.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O tráfico internacional de mulheres e crianças. *Boletim IBCCrim*, n. 112, p. 3-4, 2002.
- SIFUENTES, Mônica. Críticas à Lei 13.344/2016 – Tráfico de pessoas. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, São Paulo, a. XXX, n. 143, p. 15-30, out.-dez. 2019. Disponível em: [www.trf3.jus.br/documentos/revs/EDICOES_DA_REVISTA/revista_edicao_143.pdf]. Acesso em: 02.02.2024.
- SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004.
- SONTAG, Raquel Khouri dos Santos Ricardo. In: BRETÓN, Jorge Alberto Trujillo;

- FESSLER, Daniel (Coord.). *El rescate de la memoria Historias de transgresión, marginación y justicia en América Latina, siglos XIX y XX*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 2021.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Trata de seres humanos. In: GONZÁLEZ CUSSAC, J.M. (Org.). *Comentario a la Reforma del Código Penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- VENSON, Anamaria Marcon; PEDRO, Joana Maria. Tráfico de pessoas: uma história do conceito. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 33, n. 65, 2013.
- WILLIAMS, Eric. *Capitalism & Slavery*. Richmond: The William Byrd Press, 1944.

7. LEGISLAÇÃO

- BRASIL. *Decreto 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm]. Acesso em: 10.03.2024.
- BRASIL. *Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm]. Acesso em: 20.02.2024.
- BRASIL. *Decreto 5.017, de 12 de março de 2004*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. 2004c. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm]. Acesso em: 03.02.2021.
- BRASIL. *Lei 11.106, de 28 de março de 2005*. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm]. Acesso em: 10.02.2024.
- BRASIL. *Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e o art. 1º da Lei no 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 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm]. Acesso em: 10.02.2024.
- BRASIL. *Lei 13.344, de 6 de outubro de 2016*. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de

1940 (Código Penal). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm]. Acesso em: 10.02.2024.

BRASIL. *Lei 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm]. Acesso em 18.02.2024.

BRASIL. *Lei 14.197, de 1º de setembro de 2021*. Acrescenta o Título XII na Parte Especial do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), relativo aos crimes contra o Estado Democrático de Direito; e revoga a Lei 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional), e dispositivo do Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14197.htm#art2]. Acesso em: 22.02.2024.

8. JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Tribunal Regional Federal, 1ª. Região, ACR: 1188 AC 0001188-98.2011.4.01.3000, rel. Des. Federal Tourinho Neto, j. 26.03.2013, 3ª T., Data de Publicação: e-DJF1, 05.04.2013. p. 291. Disponível em: [https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23094594/apelacao-criminal-acr-1188-ac-0001188-9820114013000-trf1]. Acesso em: 12.02.2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal, 3ª Região, 1ª T., ApCrim 0003784-95.2010.4.03.6181, rel. Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita, j. 19.09.2017, e-DJF3 25.09.2017). Disponível em: http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6423562]. Acesso em: 12.02.2024.

PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Enfrentamento ao tráfico de pessoas no brasil: apontamentos sobre a Lei 13.344/2016 e seus precedentes, de Michelle Barbosa Agnoleti – *RBCCrim* 175/41-67; e
- O tráfico de pessoas no brasil sob a perspectiva da mulher migrante, de Priscila Campêlo – *RT* 1052/131-155.

A POLÍTICA CRIMINAL DO ECOCÍDIO NO BRASIL: PROPOSTAS DE CRIMINALIZAÇÃO ENTRE SUBVERSÃO E REPRODUÇÃO DA MODERNIDADE/COLONIALIDADE PENAL

*THE CRIMINAL POLICY OF ECOCIDE IN BRAZIL: CRIMINALIZATION PROPOSALS
BETWEEN SUBVERSION AND REPRODUCTION OF PENAL MODERNITY/COLONIALITY*

MARÍLIA DE NARDIN BUDÓ

Doutora em direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestra em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduada em direito e jornalismo pela Universidade Federal de Santa Maria. Professora do departamento de Direito da UFSC. Professora visitante no departamento de criminologia da Universidade de Birmingham (Reino Unido) – bolsa Print/Capes.
mariliadb@yahoo.com.br

KARINE AGATHA FRANÇA

Doutoranda em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestra em ciências criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul, com bolsa Capes. Graduada em direito. Advogada. Integrante do Grupo de Pesquisa Poder, Controle e Dano Social da Universidade Federal de Santa Catarina, sob coordenação da prof^a Dra. Marília de Nardin Budó. Pesquisando Criminologia verde, justiça de transição e vitimização ambiental.
karineagathaf@gmail.com

AMANDA REGINA COUTINHO DA SILVA

Doutoranda em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestra em gestão de riscos e desastres Naturais pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduada em direito. Advogada. Membro do Grupo de Pesquisa Poder Controle e Dano Social da Universidade Federal de Santa Catarina, sob coordenação da prof. Dra. Marília de Nardin Budó. Pesquisa nas áreas de Criminologia Crítica, Criminologia Verde, Criminologia dos Poderosos.
amandarcoutinho23@gmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.11094673>]

Autoras convidadas

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Ambiental

RESUMO: O tema da criminalização do ecocídio tem ganhado cada vez mais destaque internacionalmente, gerando impactos nacionais e locais, a exemplo do Brasil. No Congresso Nacional, tramitam hoje dois projetos de lei que buscam criar tipos penais para incluir o ecocídio na lei de crimes ambientais: os PLs 2.787/2019 e 2.933/2023. Este trabalho busca compreender como a tipificação do ecocídio tem sido proposta e debatida no âmbito político-legislativo brasileiro, a partir de uma leitura crítica que compreende o ecocídio como resultante de uma guerra colonial contra a natureza. Partimos, ainda, da criminologia crítica, em especial da criminologia verde, para pensar o sistema de justiça criminal, sobretudo, as alternativas político-criminais que podem resultar da crítica estrutural ao sistema penal. A pesquisa possui cunho teórico e documental, a partir da análise de conteúdo das propostas legislativas de criminalização do ecocídio e suas justificações, emendas e relatórios, contextualizadas pelos movimentos políticos que inauguram e impulsionam esse debate. Concluímos que as propostas de tipificação do ecocídio no âmbito político-legislativo têm o viés de realimentar os processos de seletividade já existentes em nossa sociedade, sobretudo na imunização daqueles atravessados pelos privilégios da branquitude, além do contínuo afastamento da reparação, responsabilização, que permitam corresponder às demandas de atingidos por graves danos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Colonialidade – Danos sociais – Ecocídio – Política criminal.

ABSTRACT: The theme of criminalization of ecocide has gained increasing prominence internationally, generating national and local impacts, as in Brazil. In the National Congress today two bills that seek to create criminal types to include ecocide in the environmental crimes law are being processed: pls 2,787/2019 and 2,933/2023. This work seeks to understand how the typification of ecocide has been proposed and debated in the Brazilian political-legislative scope, from a critical reading that understands ecocide as a result of a colonial war against nature. We also start from critical criminology, especially green criminology to think the criminal justice system, especially the political-criminal alternatives that may result from structural criticism of the criminal system. The research has a theoretical and documentary nature, from the content analysis of legislative proposals for criminalization of ecocide and its justifications, amendments and reports, contextualized by the political movements that inaugurate and promote this debate. We conclude that the proposals for typification of ecocide in the political-legislative scope have the bias to feed the selectivity processes already existing in our society, especially in the immunization of those crossed by the privileges of whiteness, in addition to the continuous removal from repair, accountability, which allow to meet the demands of those affected by serious social damage.

KEYWORDS: Coloniality – Social harm – Ecocide – Criminal policy.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Movimentos e lutas em rede para a tipificação do ecocídio como crime internacional. 2.1. Uma luta contra o esquecimento: as mudanças climáticas na criminologia verde. 2.2. A criminalização do ecocídio na esfera internacional. 3. As propostas legislativas para a tipificação do ecocídio no Brasil. 3.1. Propostas de alteração da Lei dos Crimes Ambientais pelos PLs 2.787/2019 e 2.933/2023. 3.1.1. Ecocídio, desastre ecológico e rompimento de barragens: proposta e tramitação do PL 2.787/2019. 3.1.2. Ecocídio e mudanças climáticas: o Projeto de Lei 2.933/2023. 3.2. Os novos tipos penais, contextos e justificações. 4. Demandas por justiça no colonial-capitaloceno. 5. Conclusão. 6. Referências. 7. Legislação.

1. INTRODUÇÃO

Os efeitos nocivos do aquecimento global têm se revelado nas últimas décadas na forma de mudanças climáticas, extinção de espécies de animais, destruição de ecossistemas e biomas, além de tornar evidente que a Terra tende a se tornar um planeta inóspito para várias das suas espécies, incluindo o *homo sapiens*. Além disso, o abismo que separa os campos científico e econômico, mediado pelas instituições político-governamentais, tem ensejado a continuidade e proliferação de atividades danosas à natureza e, simultaneamente, o aprofundamento dos massacres ocorridos em territórios indígenas e de comunidades tradicionais e quilombolas (IPEA, 2021; CPT, 2023).

Como vários outros campos do conhecimento científico, a criminologia tem se ocupado de compreender qual é o seu papel nesse cenário. Pensada como uma proposta de “esverdeamento da criminologia” (LYNCH et al., 2020), a criminologia verde busca acoplar ao ferramental da criminologia crítica outras ferramentas teóricas, metodológicas e epistemológicas que deem conta das desafiadoras questões ambientais contemporâneas. Além disso, diante das cruciais epistemologias que desafiam a colonialidade do ser, saber e poder, o campo se vê impactado, de modo que o olhar sobre as questões ambientais precisa profundamente dar conta da raça como um dispositivo de poder e controle na compreensão da colonialidade da natureza (CARNEIRO, 2022; ESCOBAR, 2011; QUIJANO, 2005).

Tais questões tensionam muitos dos conceitos criminológicos e vitimológicos, assim como põem em xeque – uma vez mais – o próprio sistema penal e o saber dos juristas no campo da dogmática penal (BUDÓ; FALAVIGNO, 2020). A política criminal também se vê instrumentalizada por movimentos que, diante da repetida e conhecida desresponsabilização dos grandes perpetradores de danos socioambientais, buscam alcançar algo que se aproxime da justiça para suas vítimas, aí incluídas todas as espécies e entes da natureza.

Nesse contexto, dois projetos de lei de criminalização do ecocídio foram propostos na Câmara dos Deputados em 2019 e em 2023. Eles também aparecem na esteira de propostas de criminalização do ecocídio na esfera internacional. É do interesse do campo da criminologia verde o engajamento nesse debate, sobretudo quando suas raízes provêm da sociedade civil, com os objetivos legítimos de construção de mecanismos de reparação, responsabilização e prevenção de danos (GOYES, 2023; WHITE, 2015).

Apesar das mobilizações nacionais e internacionais em torno da criminalização do ecocídio revelarem a importância do debate público sobre as diferentes dimensões das vitimizações ambientais, elas também revelam o paradoxo de se recorrer ao sistema de justiça criminal colonialista, deslegitimado e marcado pela insustentabilidade, para buscar a justiça ambiental. A partir dessas contradições, pretendemos compreender como a tipificação do ecocídio tem sido proposta no âmbito político-legislativo brasileiro, sobretudo diante do necessário enfrentamento à “guerra colonial contra a natureza¹” (BRUM, 2021). A pesquisa é

1. O conceito de guerra colonial contra a natureza é inspirado na expressão de Eliane Brum (2021), para chamar atenção sobre a política de destruição da natureza e seus povos, promovida pelo Estado, em cumplicidade com o mercado e as grandes corporações. Os principais “inimigos” a serem combatidos

BUDÓ, Marília de Nardin; FRANÇA, Karine Agatha; SILVA, Amanda Regina Coutinho da. A política criminal do ecocídio no Brasil: propostas de criminalização entre subversão e reprodução da modernidade/colonialidade penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 203. ano 32. p. 137-172. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094673]

teórica e documental, a partir da análise de conteúdo das propostas legislativas de criminalização do ecocídio, e dos movimentos políticos que inauguram e impulsionam esse debate no Brasil, bem como suas interações com outras propostas, nacionais e internacionais. A partir da leitura e análise das propostas, de suas justificações e demais documentos de tramitação, extraímos algumas categorias temáticas (BARDIN, 2011), desenvolvendo-as na busca pela compreensão dos sentidos que têm sido atribuídos à descrição do problema que motivaram as propostas, suas causas e, por fim, como podem solucionar o problema descrito (BUDÓ, 2018; CHARAUDEAU, 2011).

O trabalho foi dividido em quatro etapas. Em um primeiro momento, abordamos o papel das mobilizações sociais e políticas em torno da criminalização do ecocídio, no âmbito internacional, a partir da crítica criminológica verde. No segundo momento, debruçamo-nos sobre as propostas legislativas que buscam criminalizar o ecocídio no Brasil. Por último, trabalhamos com as (im)possibilidades, explicitadas pela leitura criminológica, da expansão das fronteiras da dogmática jurídica no contexto dos atores e atrizes envolvidos em crimes ambientais. Tais atores e atrizes devem, para fins de persecução penal e eventual condenação, caber nas limitadas categorias de perpetrador e vítima. Na primeira, aparecem *sujeitos* atravessados pelo estereótipo da “inocência branca”, da masculinidade provedora de empregos e da riqueza proporcionadora de desenvolvimento econômico regional e nacional; na segunda estão os *outros*, os tradicionais objetos da dominação colonial, todos aqueles e aquelas que se identificam, e são identificados como parte da natureza a ser invadida, saqueada e explorada: os povos indígenas, as mulheres não brancas, as comunidades quilombolas e tradicionais. Buscamos, assim, contribuir com as lutas dos movimentos e construir formas de justiça que não estejam calcadas em perspectivas coloniais de exploração da natureza.

2. MOVIMENTOS E LUTAS EM REDE PARA A TIPIIFICAÇÃO DO ECOCÍDIO COMO CRIME INTERNACIONAL

O termo “Antropoceno” foi cunhado inicialmente por Stoermer e Crutzer (como citado por LEWIS e MASLIN, 2015) para designar uma nova era geológica na qual os seres humanos são considerados uma força geofísica, responsável por mudanças drásticas na habitabilidade geral do planeta. Daí emergiram debates para estabelecer sua data de início. A proposta original designava o fim do século XVIII, quando a revolução industrial, ampliação do comércio,

nesta guerra são os grupos que contrariam a lógica capitalista e de mercantilização da natureza, a exemplo dos povos originários, comunidades tradicionais e todos aqueles que lutam pela proteção das florestas, rios, montanhas, árvores e animais. Acrescentamos o termo colonial como forma de situar a forma pela qual a destruição massiva da natureza e seus povos são mobilizadas através de interesses econômicos dos atores poderosos. Quando falamos em natureza, estamos ratificando a ideia de que está interconectada e integrada aos povos e seus territórios ou povos-territórios, sem os quais ela não poderá se manter em pé e, conseqüentemente, manter as possibilidades de vida e existência na Terra em pé. Trata-se de uma guerra assimétrica, onde a natureza, os povos-territórios e seus aliados são constantemente perseguidos, criminalizados e massacrados (BRUM, 2021).

viagens e criação de novas tecnologias teriam levado a concentrações globais de dióxido de carbono e metano. O conceito recebeu reconhecimento em 2016 pelo grupo de estudos do Antropoceno do Congresso Internacional Geológico, datando, porém, o ano de 1950 como seu marco inicial. Para Laura Pulido (2018, p. 124), contudo, não se trata simplesmente de estabelecermos uma data, mas sim, de entendermos que esse debate é “[...] uma oportunidade de revisitar e reinterpretar o nosso passado coletivo”.

O *Homo Sapiens* tem vivido na Terra por aproximadamente 300.000 anos, e, ao longo deste tempo, as formas de vida dessa espécie têm sido as mais diversas. O Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas, o IPCC, tem reconhecido, por exemplo, que o papel de guardiões das florestas por povos que vivem atualmente em harmonia com a natureza tem sido um essencial contraponto aos danos, talvez, irreparáveis causados pela forma de vida típica do modo de produção capitalista de base colonial (IPCC, 2021). Essa base colonial se revela, sobretudo, na construção da categoria “raça”, atrelada à hierarquização de corpos, culturas, saberes, territórios etc., a partir do referencial do masculino, branco, do Norte, ocidental (QUIJANO, 2005; MIGNOLO, 2018). A raça é, assim, a legitimação do extermínio de povos e seus saberes entendidos como bárbaros, incivilizados, inferiores.

Não seria, assim, demasiado linear propor que os seres humanos estariam provocando uma mudança na habitabilidade do planeta, quando é uma determinada racionalidade de base racista e subjacente ao modo de produção capitalista que efetivamente conduz a esse resultado? No contraponto a essa percepção, Lewis e Maslin (2015) propõem como um dos possíveis momentos a partir dos quais podemos falar nessa mudança de era geológica do ano de 1610. Esse ano é caracterizado pelo estabelecimento de um transporte transcontinental regular de espécies da América para a Europa e África e vice-versa. Esse ano registra uma queda no dióxido de carbono atmosférico em decorrência do genocídio praticado contra os povos das Américas (NEVLE e BIRD, como citados por LEWIS e MASLIN, 2015). Pulido (2018) explica que entre 1492 e 1650 aproximadamente 50 milhões de pessoas morreram naquele continente. Para usar as palavras de Krenak (2019), esse foi – e ainda tem sido –, sem dúvidas, o maior “fim do mundo” já experienciado, ao menos da perspectiva dos povos indígenas massacrados naquele encontro.

Interpretando esses dados, Pulido (2018) destaca que a raça foi central na determinação dessas mortes, justamente para justificar ideologicamente o empreendimento colonial. A apropriação do território, o saqueio de seus animais, minerais e vegetais, e a exploração do trabalho escravo de pessoas racializadas seriam, na sua percepção, a primeira fase do modo de produção capitalista. Assim, o Antropoceno seria um evento geo-histórico ligado à história da raça, do racismo, da modernidade/colonialidade e do capitalismo (BALDWIN; ERICKSON, 2020), um Capitaloceno racial (VERGÈS, 2017) ou um Negroceno (FERDINAND, 2023). A desumanização dos corpos *outros* se dá no contexto da negação da humanidade não branca. Como explica Sueli Carneiro (2022), baseada em Frantz Fanon, a construção do *outro* é, assim, simultânea à construção do *eu*, através da sua negação. Assim, a humanidade só se encaixa em quem se encontra na branca zona do *ser*, em oposição à interdição de negros e indígenas, destinados à *zona do não ser* (CARNEIRO, 2022; FANON, 2008; ROMÃO, 2020).

Um outro ponto central do colonialismo nas Américas como marcador da nova era geológica é a expansão em nível global da racionalidade moderna que separa a humanidade (branca) da natureza, e que a percebe a partir da extração e acumulação por despossessão, algo que se dirige também aos corpos antes descritos, incluídos os corpos femininos. A elevação do antropocentrismo característico da modernidade também colocou a natureza no lugar de objeto de dominação, junto com todos aqueles seres que com ela se identificavam. Nas palavras de Davis e Todd (2017), o Antropoceno causado pelo colonialismo trouxe “uma ruptura das relações entre o homem e a terra, entre as plantas e os animais, entre os minerais e os nossos ossos” (DAVIS; TODD, 2017, p. 770).

Esse contexto traz a esteira na qual pretendemos desenvolver, neste tópico, o olhar criminológico sobre as questões ambientais e, especialmente, sobre o aquecimento global (2.1) para, posteriormente, descrever e analisar o movimento e as propostas de criminalização internacional do ecocídio a partir das lentes da criminologia verde e do aporte crítico à colonialidade/modernidade (2.2).

2.1. Uma luta contra o esquecimento: as mudanças climáticas na criminologia verde

A criminologia que se pretende esverdear para superar o antropocentrismo também se vê atravessada pela questão colonial na interpretação do crime/dano social, dos seus perpetradores, de suas vítimas e, por fim, das perspectivas sobre justiça que podem advir da análise macroestrutural desses processos. A criminologia verde emerge, assim, da necessidade de enfrentar, da perspectiva do dano social (HILLYARD; TOMBS, 2004), a sanha devoradora da natureza e destruidora de povos pelo modo de produção capitalista (KRENAK, 2019; WHYTE, 2020).

De outras maneiras, com outras linguagens e em outros lugares do Sul do mundo, questões ambientais já haviam sido levantadas no campo criminológico, a exemplo dos trabalhos críticos de Rosa del Olmo (1987) (GOYES; SOUTH, 2017). O racismo epistêmico e o imperialismo cultural produzido pelas grandes potências econômicas e de uma ciência branca e elitizada, produziram um apagamento e silenciamento de vozes e saberes das periferias globais que denunciam as estratégias adotadas pelos atores poderosos na produção, negação e rotinização dos danos sociais (AGOZINO, 2021; GOYES; SOUTH, 2017).

Mirando a criminalidade transnacional de Estado, Del Olmo (1987) apontou o caráter danoso à natureza pelo uso de armas químicas utilizadas pelo governo estadunidense, em conjunto com os poderes globais, na destruição de plantações de maconha e papoula em território colombiano, a pretexto da guerra às drogas. Em um texto fundamental para compreender a ligação entre a segurança pública e a produção do ecocídio e do genocídio na guerra às drogas, a autora chegou – pioneiramente – a tratar sobre o crime transnacional de “Ecobiogenocídio”.

Assim como outros campos do conhecimento, a emergência climática tem provocado o campo criminológico, sobretudo porque, ao passo que as mudanças climáticas se intensificam, as violências individuais, institucionais e estruturais, as precarizações dos modos de vida, e a produção das vulnerabilidades também aumentam, infligindo mais dor e sofrimento aos seres humanos, não humanos e ecossistemas (GOYES, 2023). As alterações climáticas

ocorridas ao redor do planeta estão interligadas, de alguma forma, através de ações e omissões locais que possuem ramificações, sociais e ecológicas, interconectadas às mudanças climáticas que ocorrem em outras partes do planeta (WHITE, 2015).

Nesse sentido, além do caráter transnacional das mudanças climáticas, Rob White (2015) desenvolve análises sobre o tema a partir das injustiças ambientais, sociais e ecológicas, que o próprio campo criminológico produziu ao longo do tempo, ignorando os acontecimentos climáticos, suas vítimas e algozes. A criminologia que se propõe a estudar as mudanças climáticas aborda com maior atenção os impactos do aquecimento global nas diferentes regiões do globo, a atenção sobre as atividades produzidas pelos ricos e poderosos, e a justiça climática a partir de um olhar abrangente, reconhecendo como vítimas os seres humanos, não humanos, ecossistemas, plantas e animais, assim como o apoio aos movimentos sociais e linhas de enfrentamento sobre o tema (FRANÇA et al., 2023; WHITE, 2015).

Apesar do consenso científico de que as mudanças climáticas são fenômenos globais, seus efeitos são sentidos de formas diferentes, sobretudo em razão do racismo ambiental. O racismo ambiental foi (e ainda é) apagado dos estudos criminológicos verdes, sendo considerado apenas do ponto de vista das consequências dos danos ambientais. No entanto, o racismo ambiental não se explica apenas pela consequência da violência racial ou da discriminação ecológica (GOYES, 2023), senão como um conjunto de ações materiais e subjetivas que moldam os sujeitos a partir de uma lógica de hierarquias e privilégios raciais que determinam quais vidas podem ser passíveis de luto, quais vidas podem ser descartáveis e matáveis, quais podem ser submetidas aos processos de vitimização ambiental sem que se tenha algum grau de comoção e mobilização social (MBEMBE, 2018).

A criminologia que pensa as mudanças climáticas envolve a participação pública e as intervenções sociais que desafiam o atual estado de coisas, sobretudo a partir de uma ecojustiça, ou seja, uma justiça climática para seres humanos e não humanos. Assim, há três formas centrais para compreendermos esse campo criminológico: 1) reconhecer e valorizar a natureza em todos seus aspectos, através de um olhar ecocêntrico sobre o meio ambiente e as relações humanas, desafiando, assim, a fratura ecológica da modernidade (FERDINAND, 2023); 2) prevenir os e/ou responsabilizar aqueles agentes perpetradores dos danos ambientais graves contra seres humanos, ecossistemas e entidades ambientais não humanas (que incluem os rios, montanhas, florestas, plantas etc.) (WEIS; WHITE, 2020); 3) produzir memória, justiça, verdade e reparação diante dos ecocídios coloniais e dos ecocídios do presente, que se concretizam nas mais diversas partes do globo, de formas e com intensidades diversas, e que têm na base a colonialidade ainda presente a sustentar o capitalismo devorador da natureza (incluídos os seres humanos, principalmente aqueles racializados), muitas vezes convertidos em ecogenocídios.

O tema do ecocídio aparece como discussão fundamental para o campo, pois não há como debater os efeitos e consequências da tipificação do ecocídio sem necessariamente tocar nas relações entre a colonialidade da natureza, o racismo, e as violências produzidas pelos Estados e grandes empresas. A maximização dos aparelhos punitivos do Estado no discurso popular está associada, muitas vezes, à inconformidade pública sobre a ineficiência do direito e suas instituições para combater os danos sociais e vitimizações massivas. Racializar a

crítica criminológica exige que possamos enfrentar e compreender os limites de atuação do sistema penal na resolução dos conflitos e vitimizações decorrentes do nexo genocídio-ecocídio (FRANÇA, 2024; PIRES, 2019). O sistema penal não alcança as vitimizações massivas produzidas por atores poderosos, assim como a sua intensificação recai, sobremaneira, contra grupos aliados à luta pelo reconhecimento do ecocídio (BÖHM, 2018; WEIS, 2019; ZAFFARONI, 2012).

Assim, compreender de forma mais complexa as demandas e mobilizações, sejam elas regionais, nacionais e internacionais, a respeito do crime de ecocídio, é importante justamente por entendermos que aquelas e aqueles que estão nos territórios, na linha de frente da guerra colonial estabelecida pelo Estado/corporações contra a natureza, são os que melhor entendem sobre o terror de Estado, a violência institucional e a revitimização. Como pontuam Flauzina (2016), Thomaz e Pires (2019), trata-se de corpos que se situam na zona do não ser (CARNEIRO, 2022), e, portanto, não são considerados valiosos para o Estado. Nós, como mulheres brancas, urbanas, de classe média, reconhecemos que “muitas vezes as lutas sociais são travadas com as armas que se tem em cada momento histórico” (PIRES; THOMAZ, 2019, p. 19). Por isso, o debate sobre o ecocídio vai muito além do simples apelo punitivo.

Propomo-nos, então, a nos somarmos às lutas através da proposição de reflexões e discussões acerca dos projetos de lei que buscam tipificar o crime de ecocídio no Brasil, criando e construindo possibilidades que não se esgotem na gramática penal, em especial diante da previsível frustração que a máquina do sistema de justiça criminal costuma reservar a quem não faz parte do padrão de “humanidade” masculina cis-heteronormativa e branca. Assim, as lentes da criminologia verde, comprometida com a prevenção dos danos, reparação das vítimas e responsabilização dos culpados, deve estar engajada nos estudos que desnudam as relações entre o colonialismo, patriarcado, racismo e especismo, pois são os motores de fortalecimento e intensificação das atividades econômicas nocivas.

2.2. A criminalização do ecocídio na esfera internacional

O termo ecocídio se tornou conhecido a partir de sua utilização pelo biólogo Arthur Galston, inventor do Agente Laranja (uma combinação dos herbicidas 2,4-D e 2,4,5-T), que foi um ferrenho opositor ao seu uso no contexto bélico. Contudo, ao longo de dez anos (1961 a 1971), os campos do Vietnã, Laos e Camboja foram pulverizados com essa e outras armas químicas, fabricadas e vendidas pela gigante química *Dow*, compradas e despejadas pelos Estados Unidos. Estima-se que cerca de 80 mil toneladas desses herbicidas foram derramadas como estratégia militar (KATZ, 2010) para destruir tanto a vegetação usada como camuflagem pelos vietcongs, quanto a produção agrícola de alimentos, impossibilitando a sobrevivência de militares e civis (FALK, 1973). Para além dessa destruição de curto prazo, as substâncias altamente tóxicas entraram na cadeia alimentar, causando, no médio e longo prazo, a destruição de animais e vegetais de diversas espécies, um número incontável de mortes de pessoas por doenças, além de abortos e má-formação de bebês ao longo das décadas subsequentes.

Esse exemplar típico do que Zaffaroni (2022) chama de “Patrimônio Cultural Criminal da Humanidade” protagonizado por autodeclarados guardiões da liberdade e da civilização,

ensejou a utilização do termo “ecocídio” no direito internacional público na Conferência das Nações Unidas, realizada em Estocolmo em 1972 (FALK, 1973; HIGGINS, 2015; GAUGER et al., 2012). Vários líderes mundiais, como Olof Palme, da Suécia, Indira Gandhi, da Índia e Tang Ke, da China, requisitaram na oportunidade que o ecocídio fosse classificado como um crime internacional (GAUGER et al., 2012).

Em 1973, Richard Falk redigiu a “Convenção sobre o Ecocídio”, prevendo a abolição do uso de substâncias químicas como armas de guerra com o efeito de exterminar o povo de um território. O projeto previa que o crime de ecocídio também poderia ser cometido em tempos de paz por atividades industriais, e essa se tornou a principal questão debatida ao longo das décadas seguintes. Essa proposta não chegou a ser votada, mas a destruição ambiental como arma de guerra foi considerada um crime internacional com a aprovação do Estatuto de Roma, em 1998. A criminalização do ecocídio em tempos de paz havia sido proposta ao longo das décadas de debate sobre o tratado que constituiria o Estatuto de Roma, porém, foi “misteriosamente” deixada de lado ao final (GAUGER et al., 2012; ILC, 1996).

A retomada da proposta de criminalização do ecocídio aconteceu já na última década, agora capitaneada por Polly Higgins, que o definiu, amplamente, como “dano extensivo, destruição ou perda do ecossistema de um dado território” (HIGGINS, 2015, p. 74). Mais recentemente, e após a morte de Higgins, a Organização Não Governamental que ela presidia, *Stop Ecocide*, publicou, através de uma comissão de especialistas, o relatório final e o projeto proposto com o objetivo de emendar o Estatuto de Roma para tipificar o crime de ecocídio perante o TPI. Na nova definição, ecocídioseria “unlawful or wanton acts committed with knowledge that there is a substantial likelihood of severe and either widespread or long-term damage to the environment being caused by those acts” (STOP ECOCIDE, 2021).

O contexto no qual o novo projeto de criminalização do ecocídio aparece na esfera internacional se diferencia daquele do pós-guerra do Vietnã, especialmente em razão do aumento, em quantidade e intensidade, do número de eventos climáticos extremos (BUDÓ, 2017). Ao longo desse período, as conferências do clima (COPs) têm sido espaços importantes de negociações a respeito da necessidade de o colapso climático ser tratado como o que é – um problema global –, mas tem falhado miseravelmente em reconhecer o que de fato conduz e perpetua a situação atual (BHAMBRA; NEWELL, 2023; SULTANA, 2022; WHYTE, 2020). Na introdução da proposta, o painel de especialistas afirma que nela há um objetivo maior do que a mera criminalização, buscando, portanto,

“contribuir para uma mudança de consciência, em apoio a uma nova direção que fortaleça a proteção ao ambiente e apoie um quadro legal mais colaborativo e efetivo para nosso futuro comum em um planeta compartilhado.” (STOP ECOCIDE, 2024).

Contudo, não são poucas as suas limitações.

Para além da inquestionável importância da articulação de um movimento social internacional de defesa do planeta, a materialidade da forma colonial e imperialista como o sistema de justiça criminal internacional opera deve ser levada em consideração nessa equação (SILVA, 2023). Alguns dos limites da proposta selecionados pela relação com a política

interna de criminalização do ecocídio são: 1) a desconexão entre o genocídio, o ecocídio e o epistemicídio, que (re)produz a separação colonial entre humano-natureza; 2) o problema da “intenção” ou “consciência”, que de pronto já exclui a maior parte dos casos de grandes destruições ambientais realizadas nas últimas décadas, inclusive que dão causa ao aquecimento global (WHYTE; BERNAT, 2024; FRANÇA et al., 2023); 3) os elementos normativos do tipo, como “gravidade” e “severidade”, que abrem enormes margens de interpretação a serem certamente preenchidas pelo racismo estrutural na projeção do branco inocente e da ideologia desenvolvimentista (FLAUZINA, 2018; SILVA, 2023); 4) o fato de que grandes corporações poluidoras estejam apoiando a proposta promove a desconfiança de ela ser instrumentalizada em uma grande operação internacional de *greenwashing* (WHYTE; BERNAT, 2024); 5) a já antiga e conhecida problemática da atuação colonial do próprio Tribunal Penal Internacional, incapaz de rotular qualquer branco como genocida (FLAUZINA, 2014; SILVA, 2023), e inclinado a reconhecer como vítimas apenas aquelas caracterizadas por fraqueza e vulnerabilidade, dependência e com uma imagem grotesca, somadas com a racialização do acusado (SCHWÖBEL-PATEL, 2018); 6) por fim, e não menos importante, as vítimas não são consideradas como protagonistas nos processos, existindo uma enorme seletividade dos casos, definida mais pelos interesses da Corte do que pela gravidade dos danos (SCHWÖBEL-PATEL, 2018), além de a finalidade da condenação não ultrapassar a lógica do castigo, impossibilitando falar, por exemplo, em termos de transformação social, reparação, e prevenção.

3. AS PROPOSTAS LEGISLATIVAS PARA A TIPIFICAÇÃO DO ECOCÍDIO NO BRASIL

O aprofundamento das preocupações sociais com a destruição da natureza tem se espelhado na busca pela sua proteção por meio do direito. São convenções, tratados internacionais, direitos fundamentais transindividuais e coletivos constitucionalizados, bem como leis e outras normas regulatórias que buscam limitar a legalidade de atividades que provoquem danos ao meio ambiente. As normas penais não ficaram de fora desse contexto, ainda que tragam complexos desafios à dogmática penal. A Lei dos Crimes ambientais (Lei 9.605/1998), que trouxe a possibilidade de criminalização da pessoa jurídica, representou no Brasil um marco nesse sentido.

Como notam Budó e Falavigno (2020), alguns dos vários desafios que se apresentam em relação à dogmática penal são: a determinação do bem jurídico; o princípio da legalidade, com a multiplicação de tipos abertos e vagos; as normas penais em branco e a utilização de outras técnicas de reenvio, como a chamada assessoriedade administrativa; o princípio de lesividade, desafiado pela formulação de crimes de perigo abstrato, com a consequente antecipação de punibilidade; o princípio de culpabilidade, afrontado pelo reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica, além de outras formas de análise de autoria que se aproximam da responsabilidade penal objetiva; o reconhecimento amplificado de erros de proibição decorrentes do excesso de assessoriedade, entre outros.

No campo da política criminal, os desafios não têm sido poucos, considerando uma crescente movimentação no que tange à busca pela utilização dos efeitos simbólicos do direito

penal perante a destruição ambiental. No campo criminológico, a comparação das baixíssimas penas cominadas em abstrato se comparadas, por exemplo, a dos crimes contra o patrimônio, na criminalização primária; a sobre-representação de pequenos pescadores e desmatadores, bem como a imunização dos maiores destruidores de ecossistemas na criminalização secundária, revelam a evidente e conhecida seletividade penal. Além disso, o sistema penal brasileiro é um dos grandes responsáveis pela reprodução estrutural das desigualdades; acarreta enormes problemas ambientais e sanitários, de modo que a aposta nesse sistema não parece ser um caminho para tutelar a sustentabilidade, quer na prevenção e reparação de danos, quer na responsabilização dos agentes poderosos (BUDÓ; FALAVIGNO, 2020).

Nesse cenário, este tópico pretende debater as duas propostas legislativas que pretendem criminalizar tipos penais relacionados de ecocídio no Brasil. A principal diferença dessas propostas em relação àquelas apoiadas por ambientalistas no passado é justamente a participação política de grupos historicamente marginalizados nesses debates, como os povos originários e tradicionais. Assim, considerando uma demanda que vem na linha de frente do que chamamos aqui de “guerra colonial contra a natureza” (BRUM, 2021), cabe-nos compreender com seriedade suas potencialidades e limitações.

3.1. *Propostas de alteração da Lei dos Crimes Ambientais pelos PLs 2.787/2019 e 2.933/2023*

No contexto brasileiro, atualmente, dois projetos de lei encontram-se em tramitação com o propósito de tipificar o crime de ecocídio e integrá-lo aos crimes ambientais estabelecidos pela Lei 9.605/1998. As propostas apresentam divergências tanto em termos políticos quanto normativos, e por terem sido propostas em contextos e por atores diversos, serão abordados separadamente.

3.1.1. *Ecocídio, desastre ecológico e rompimento de barragens: proposta e tramitação do PL 2.787/2019*

O PL 2.787/2019 foi proposto em 09 de maio de 2019, e teve como origem uma série de mobilizações sociais decorrentes dos danos sociais causados pelo rompimento da barragem de rejeitos de mineração, em Brumadinho/MG, no dia 25 de janeiro de 2019, pela empresa da Vale/SA. Três anos antes, o rompimento da barragem do Fundão, em Mariana/MG, já havia levantado questionamentos a respeito das dificuldades de prevenção e responsabilização em relação a danos imensuráveis como esses. As empresas que controlavam as atividades em Mariana eram a Samarco (*joint venture* da Vale e da BHP Billiton). A autoria da proposição originou-se de 34 deputados e deputadas federais que compuseram a “Comissão Externa do Desastre de Brumadinho”, destinada a fiscalizar as barragens existentes no Brasil em razão da sucessão de vitimizações mencionadas (BRASIL, 2019). A proposta original prevê a criação de dois novos tipos penais a serem incorporados à Lei dos Crimes Ambientais (BRASIL, 1998), os arts. 54-A e 60-A. Além disso, propõe alterações no art. 69-A e a atualização dos valores das multas estabelecidas no art. 75 do mesmo diploma legal.

O tipo penal do art. 54-A foi nomeado na ementa como ecocídio, e redigido da seguinte maneira: “Dar causa a desastre ecológico pela contaminação atmosférica, hídrica ou do solo, pela destruição significativa da flora ou mortandade de animais, que gere estado de calamidade pública”. A pena prevista foi de reclusão de 4 (quatro) a 20 (vinte) anos de reclusão e multa na modalidade dolosa (*caput*); e de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa na modalidade culposa (§ 1º).

O tipo penal do art. 60-A, nomeado na ementa como “conduta delitiva do responsável por desastre relativo a rompimento de barragem” teve a seguinte redação: “Dar causa a rompimento de barragem pela inobservância da legislação, de norma técnica, da licença e suas condicionantes ou de determinação da autoridade ambiental e da entidade fiscalizadora da segurança de barragem”. A pena cominada originalmente foi a de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. O tipo penal também incluiu a forma culposa com pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa (§ 1º). As modalidades qualificadas (§ 2º), com penas de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, poderiam ser aplicadas “se o crime”:

“(I) tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana; (II) provocar a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora; (III) causar poluição hídrica que impeça o abastecimento público de água ou a geração de energia hidrelétrica; (IV) interromper atividade agropecuária ou industrial; (V) impedir a pesca, mesmo que temporariamente; (VI) interromper o acesso a comunidades; (VII) causar prejuízos ao patrimônio histórico-cultural; (VIII) afetar o modo de vida de populações indígenas e comunidades tradicionais; ou (IX) dificultar ou impedir o uso público das praias.” (BRASIL, 2019).

Em ambos os tipos penais, o Projeto de Lei explicita que, caso ocorra a morte de pessoa, as penas se aplicariam independentemente daquela do crime de homicídio (§ 2º) (BRASIL, 2019).

Já quanto ao art. 69-A, a proposta altera a redação do tipo penal para incluir o trecho grifado à previsão já existente: “Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental *ou de segurança de barragem* total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão” (BRASIL, 1998. Grifo nosso). Os(as) deputados(as) também propuseram atualizações nos valores das multas previstas no art. 75 da Lei dos Crimes Ambientais, cujo valor mínimo hoje é de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e o teto é R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais). Na proposta, a multa parte de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e alcança R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais), a depender da categoria e gravidade da infração, com fixação em regulamento próprio e atualizado, periodicamente, com base em índices estabelecidos na legislação pertinente.

O projeto tramitou na Câmara dos Deputados em regime de urgência urgentíssima, conforme requerimento aprovado em 05 de junho de 2019 (BRASIL, 2019). Em razão disso, os relatórios das Comissões de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CMADS), Finanças e Tributação (CFT) e Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC), todos assinados pelo Deputado André Janones (AVANTE-MG) foram aprovados diretamente na votação em

plenário. O projeto que foi aprovado em plenário trouxe algumas alterações propostas pela CMADS em relação ao tipo de ecocídio, para acrescentar na parte final do *caput* o trecho grifado: “Dar causa a desastre ambiental, com destruição significativa da flora ou mortandade de animais, *do qual decorra contaminação atmosférica, hídrica ou do solo reconhecida em laudo pericial*”. Além disso, reduziu a pena máxima de 20 (vinte) para 12 (doze) anos de reclusão, com a justificativa da possibilidade de cumulação com a pena do homicídio, quando houver. Em plenário, também foram três propostas de emendas, duas das quais previam o aumento das penas (BRASIL, 2019), que foram rejeitadas; e uma que foi aprovada, na forma de subemenda substitutiva de plenário, excluindo a forma qualificada do tipo do art. 60-A, e transformando os §§ 1º e 2º em parágrafo único. O projeto foi assim aprovado na Câmara dos Deputados em 25 de junho de 2019.

O PL foi encaminhado ao Senado em 26 de junho de 2019, e distribuído às Comissões de Meio Ambiente (CMA) e da Constituição e Justiça (CCJ). O Senador Alessandro Vieira foi designado como relator do projeto na CMA e apresentou relatório alterando apenas formalmente a ementa, para adequá-la às regras de redação legislativa (BRASIL, 2019). O relatório foi lido em 11 de setembro de 2019, na reunião da comissão, onde foi dada vista ao Senador Luis Carlos Heinze (PP), conhecido membro da bancada ruralista. Uma semana depois, o senador devolveu o projeto com uma emenda, propondo a alteração da redação do art. 54-A, para que passasse a incluir os termos grifados a seguir:

“Dar causa a desastre ecológico devido à inobservância da legislação, aos termos da licença ambiental e suas condicionantes e que gere estado de calamidade pública por significativa contaminação atmosférica, hídrica ou do solo, conforme laudo técnico da autoridade ambiental competente que ateste a extensão dos danos.”

O novo relatório do senador Alessandro Vieira apresentou acolhimento parcial da emenda do senador Heinze, incluindo a denominação do tipo penal “Ecocídio”, mas excluindo a parte final proposta (BRASIL, 2019), resultando em Subemenda à emenda 01, que foi aprovada em sessão ordinária em 10 de outubro de 2019 com a seguinte redação: “Dar causa a desastre ambiental de grande proporção ou que produza estado de calamidade pública, com destruição significativa da flora ou mortandade de animais, em decorrência de contaminação ou poluição atmosférica, hídrica ou do solo” (BRASIL, 2019). O último ato da tramitação no Senado Federal foi a apresentação de uma nova emenda pelo senador Alessandro Vieira quando o projeto se encontrava já na CCJ, em 22 de outubro de 2019. Na Emenda 03/CMA, o senador sugere a inclusão de um novo tipo penal para dispor sobre a seguinte conduta: “Art. 54-B Deixar o agente público, sem justa causa, de providenciar imediatamente as ações de contenção e redução de danos e de reparação da área afetada por desastre ambiental”. O senador contextualiza a proposta com o derramamento de petróleo no Nordeste do Brasil, sendo este descrito como um dos mais graves “desastres ambientais” já ocorridos no país. Apesar da proposta de tipificação para inclusão do art. 54-A, o senador justificou a necessidade de “punir” a conduta do agente público que, sem justa causa, prolonga a adoção das providências

necessárias para a contenção e redução de danos, assim como de reparação da área atingida pelo dano (BRASIL, 2019).

A emenda não chegou a ser apreciada, e o projeto permanece parado na CCJ desde então. Com a renovação da Legislatura, em 2023, a proposta continuou a tramitar, e aguarda distribuição na CCJ desde fevereiro daquele ano.

3.1.2. *Ecocídio e mudanças climáticas: o Projeto de Lei 2.933/2023*

O PL 2933/2023, de autoria da bancada da Federação Partido Socialismo e Liberdade (PSOL)/Rede Sustentabilidade (REDE) foi proposto em 05 de junho de 2023, e formou-se a partir das mobilizações em torno dos graves danos produzidos por atividades agroindustriais extrativistas que impulsionam as mudanças climáticas e destroem a vida no Cerrado e na Amazônia. O PL propõe a criação da seção VI-A na Lei dos Crimes Ambientais para inclusão do Art. 69-B, que tipifica o crime de ecocídio. A redação do tipo penal proposta originalmente é: “Praticar atos ilegais ou temerários com a consciência de que eles geram uma probabilidade substancial de danos graves e generalizados ou de longo prazo ao meio ambiente”. A pena prevista é de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e multa (BRASIL, 2023).

De maneira assemelhada à proposta de criminalização internacional do ecocídio, o PL traz, no § 1º, a interpretação de cada um dos principais elementos normativos do tipo penal de ecocídio, nos seguintes termos:

“I – ato ilegal: aquele em desacordo com a lei vigente, licença ou autorização expedida pelos órgãos ambientais. II – ato temerário: aquele com conhecimento do risco de se criarem danos claramente excessivos em relação aos benefícios sociais e econômicos previstos em uma atividade; III – dano grave: dano que implique em mudanças adversas muito graves, perturbação ou dano a qualquer elemento do meio ambiente, incluindo graves impactos à vida humana, à biodiversidade ou aos recursos naturais, culturais ou econômicos; IV – dano generalizado: dano que se estenda para além de uma área geográfica limitada, cruza as fronteiras nacionais ou é sofrido por todo um ecossistema ou espécie ou por um grande número de seres; V – dano de longo prazo: dano irreversível ou que não pode ser reparado por meio de recuperação natural dentro de um período de tempo razoável.” (BRASIL, 2023).

De um ponto de vista estratégico, autores e autoras previram no § 2º um possível alcance da responsabilidade de agentes poderosos ao dispor que o crime de ecocídio se dirige aos “altos dirigentes responsáveis por decisões que levem à promoção, planejamento, financiamento, agenciamento, contratação, gerenciamento e execução de atividades que se enquadrem na hipótese prevista no caput deste artigo”. Ainda dessa perspectiva, propuseram no § 3º a proteção jurídica aos povos indígenas e tradicionais “que sigam vivendo em seus modos de vida tradicional e em seus territórios”, para que não sejam alcançados pela responsabilização penal do crime de ecocídio.

Diferentemente do PL de 2019, nesse caso, a proposta tramita em regime ordinário. O PL foi distribuído à CMADS e CCJC em julho de 2023. Na CMADS foi designado como relator o Deputado Nilto Tatto (PT-SP), que apresentou parecer pela aprovação sem alterações, em 10

de outubro de 2023. O parecer foi lido em reunião no dia 25 de outubro de 2023, e foi pedida vista conjunta pelos Deputados Amom Mandel (CIDADANIA-AM) e Coronel Chrisóstomo (PL-RO). Passado o prazo de vista sem a apresentação de emendas, o relatório foi aprovado em reunião deliberativa extraordinária, no dia 08 de novembro de 2023, tendo como voto contrário apenas o Deputado Zé Trovão (PL-SC), o qual também havia apresentado diversos requerimentos de retirada de pauta da comissão.

As propostas possuem grandes diferenças entre si. É possível observar distintos focos de atenção envolvendo a natureza econômica e social de aplicação das disposições previstas em cada um dos projetos, tanto em razão dos fatos que geraram a proposição, quanto dos atores e atrizes envolvidos em cada uma das propostas.

3.2. *Os novos tipos penais, contextos e justificações*

Vimos até o momento que as propostas de criminalização do ecocídio no Brasil não seguem um curso uniforme, mas ambos recorrem ao sistema penal para obter sanções e responsabilizações. No entanto, buscamos pontuar e compartilhar os principais pontos das propostas legislativas, seus limites, contradições e a sua relevância para o debate crítico. A seguir apresentamos a análise de conteúdo de todos os documentos publicados na tramitação de ambas as propostas nos websites da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a partir da definição de categorias temáticas (BARDIN, 2011). O objetivo é o de compreender os sentidos atribuídos na descrição dos tipos penais, suas causas e, por fim, a forma como a proposta de alteração da norma pode solucionar ou seguir um caminho contrário ao enfrentamento da “guerra colonial contra a natureza” (BRUM, 2021).

O PL 2787/2019 foi proposto pelos deputados e deputadas federais que compuseram, naquele ano, a “Comissão Externa do Desastre de Brumadinho”. Esse contexto é crucial para a compreensão: a) da forma como a proposta foi redigida; e b) da forma como ela tramitou na Câmara dos Deputados e travou no Senado Federal. Em primeiro lugar, os tipos penais propostos, por mais que digam respeito às diferentes formas de “desastres” ambientais e ecológicos, eles claramente foram pensados a partir de uma emergência que tomou conta, sobretudo, da opinião pública em um momento bastante preciso. Foram muitas as mortes causadas em Brumadinho, e por mais graves que tenham sido os danos provocados em Mariana, não há como negar o apelo deste segundo rompimento de barragem, pensando na perspectiva da hierarquia de vítimas ambientais especista e antropocêntrica (WYATT, 2022). As vítimas humanas foram mais numerosas, e aquelas mais visibilizadas no início da cobertura jornalística foram trabalhadores da própria Vale. A *percepção de repetição* também foi crucial para a emergência daí decorrente, que pode ser lida, no parecer aprovado pelo plenário da Câmara, nas expressões: “três anos e três meses após o rompimento da barragem de Fundão”; e “*mais uma barragem se rompeu*” (BRASIL, 2019, p. 02. Grifo nosso).

Na justificação da proposição, os deputados e deputadas da Comissão Externa afirmam terem seguido as sugestões apresentadas em consulta pública, ou seja, uma das traduções da demanda por justiça apresentada foi a da punição aos responsáveis. Assim, se, por um lado, as vítimas são representadas, nos textos do projeto e da tramitação, como vítimas humanas

de rompimento de barragens, os responsáveis projetados aparecem de forma bastante vaga. Termos como “aquele que der causa”; “punindo expressamente o caso de emissão de relatório [...]”; “para apenar administrativamente ações e omissões” chamam a atenção pela falta de concretude do imaginado – que está amarrado discursivamente a uma concretude – autor dos fatos. Por mais que os danos causados pelas empresas citadas em Mariana e Brumadinho lancem concretude à proposta, não se traduzem em concretude em relação a quem seriam os seus responsáveis. Nenhuma crítica à forma de organização das empresas, ou mesmo à desresponsabilização propositalmente pensada na estrutura das grandes corporações, fica clara nesses documentos. Outro ponto interessante é a disparidade terminológica se comparado a outros projetos que buscam o incremento penal, como aqueles de redução da maioria penal e de aumento do prazo de internação, que não poupam adjetivos aos “bandidos”, “criminosos” e “assassinos” (BUDÓ; CAPPI, 2018).

No caso do art. 60-A, a noção de autoria fica um pouco mais evidenciada, pois apesar de usar o termo “punir o caso”, se refere a quem “emite relatório”. E nesse sentido, o indivíduo alcançado pela nova modalidade de punição pode ser alguém que não possui o *animus* de praticar a conduta, ou mesmo o poder para tanto, como é o caso de peritos ou técnicos especializados na área de segurança de barragem. Assim, os detentores de poder econômico ficam de fora do controle punitivo. Pela experiência que temos em relação à operacionalidade real do sistema penal, questionamos: a norma abrangerá todas as pessoas envolvidas na emissão e/ou omissão destes relatórios ou apenas uma ou algumas delas? Quem e quais serão as pessoas escolhidas pelo sistema de justiça? De que maneira a nova definição jurídica pode colaborar com a efetivação da justiça ambiental?

a) *O problema: exceção trágica*

A proposta de incremento punitivo parte de uma narrativa sobre o problema descrita com o uso de expressões como “desastres”, “dolorosas tragédias”, “desastres inaceitáveis”, “danos imensos e irreversíveis para o meio ambiente e as comunidades atingidas”. Curiosamente, tudo se passa como se contaminação ambiental fosse algo novo, como se as mortes decorrentes de crimes ambientais surgissem de forma inédita, ou como se a própria forma como o modo de produção capitalista se desenvolve nas periferias do mundo não tivessem esse efeito cotidiano. O uso dessas expressões remete, assim, à individualização dos fatos, à noção de ineditismo, a algo que foge do esperado, a um “ponto fora da curva”. É evidente que esses dois casos são emblemáticos, mas a estratégia de tratá-los como exceções tem por consequência lançar mão de um tipo de violência cultural (GALTUNG, 1969), que possui o objetivo de evitar a identificação desta violência na sua raiz (GALTUNG, 1969; BUDÓ, 2015; 2018).

Ao mesmo tempo, a escolha da expressão *desastre* sem grandes questionamentos é problemática porque remete a danos sem autoria. A própria origem etimológica da palavra corresponde a situações negativas que decorrem de uma confluência “dos astros”, ou seja, que sequer é possível imputar a alguém. Essa percepção fica ainda mais óbvia na justificação da emenda proposta pelo Senador Luis Carlos Heinze (PP). Para ele, “o uso do termo ‘dar causa’ sem associação direta a algum descumprimento de norma”, pode levar à “responsabilização

de *empreendedores por força maior ou ato de terceiro*” (BRASIL, 2019. Grifo nosso). O uso do termo *empreendedores* busca restringir a possibilidade de etiquetamento dos empresários como criminosos, os quais, para criar uma forma de evitar a sua responsabilização, recorrem a situações de “força maior”, típica das teses de excludentes de ilicitude. Trata-se, portanto, da estratégia “isolar o fato e colocar a culpa nos astros, denominando o evento de desastre, de catástrofe, sem qualquer responsabilização do homem pela sua ocorrência” (BUDÓ, 2015). Em relação ao “ato de terceiro”, novamente nos questionamos sobre quem seria este “terceiro” que pode ser imputado a responsabilidade penal? Como podemos desvelar as possíveis estratégias jurídicas para imunizar o(s) empreendedor(es) responsáveis?

Para além disso, outros casos de contaminação ficaram de fora do projeto proposto pela Câmara, como os casos de contaminação química, nuclear, e outras formas que também podem causar danos massivos. A proposta também não faz referência aos danos comuns praticados no cotidiano, ou como denomina Robert Agnew (2020, p. 52) *ordinary harms*. Os danos comuns são considerados parte das atividades rotineiras de grupos e pessoas, que não são vistos como reprováveis, são atos aceitáveis e, até mesmo, desejáveis na sociedade, a exemplo do consumo de carne. A indústria da carne é a maior emissora de gases poluentes, especialmente o gás metano (CH₄), que provocam o aquecimento global no contexto brasileiro, pois está diretamente ligada ao desmatamento das florestas e à contaminação dos solos (FRANÇA et al., 2023). O uso de agrotóxicos nas lavouras, sobretudo a partir da inserção no mercado nacional de organismos geneticamente modificados, também se insere neste dramático cenário, que não se resume apenas aos danos sociais pontuais como aqueles de grande repercussão midiática (BOMBARDI, 2023; BUDÓ, 2017).

Talvez o ponto mais evidente da violência cultural no tipo de ecocídio previsto pelo PL 2787/2019 seja a *necessidade de declaração de estado de calamidade pública*. A alteração na redação do art. 54-A também exclui todas as demais intervenções e atividades “lícitas” que geram danos sociais, sobretudo de forma invisível, em meio à esteira de exploração contínua que provoca a degradação cotidiana da natureza (LYNCH et al., 2020). Dito em outras palavras, existem muitos danos sociais cotidianos que não geram o reconhecimento do estado de calamidade pública, como os próprios eventos hidrometeorológicos relacionados à aceleração dos efeitos das mudanças climáticas em razão das intervenções humanas².

Também, nesse ponto, o dimensionamento do dano estar baseado em um laudo da autoridade ambiental submete o tipo penal a mais uma esfera de poder político, condicionando ao exclusivo arbítrio de conveniência e oportunidade, seja em âmbito municipal, estadual ou federal. O aparelhamento e sucateamento dos órgãos ambientais durante o governo de Jair

2. O IPCC (2021) destaca que a ocorrência de um evento climatológico ou hidrológico extremo, como secas e inundações, pode ser o resultado da acumulação de eventos que, individualmente, não seriam considerados como extremos, no entanto, o acumulado pode ser. Por sua vez, eventos meteorológicos e climáticos, mesmo não sendo considerados estatisticamente extremos, podem levar a condições ou a impactos extremos, quer seja por ultrapassar um limiar social, ecológico ou físico crítico, quer pela ocorrência simultânea de dois eventos (MOURA et al., 2016).

Bolsonaro (CHAVES, 2022), por exemplo, ilustram o problema de tal restrição em situações que podem ser excessivamente manipuladas em favor de interesses dos poderosos.

Assim, quais pessoas/empresas seriam incluídas como “causadoras” dos danos ambientais? Como comprovar o nexo de causalidade entre o dano e o ato praticado pelo agente? Haveria alguma configuração de responsabilidade direta ou indireta?³ A ausência de autores visíveis e concretos, as vítimas como números, e, por fim, o problema percebido como exceção trágica, facilitam a compreensão de suas causas de forma abstrata e normativa, como veremos a seguir.

b) *A causa: fragilidade da legislação penal*

Na justificação da proposta original, a legislação penal ambiental é apontada como um dos fatores que geram a repetição de situações como a de Mariana e de Brumadinho:

“As dolorosas tragédias de Mariana, no final de 2015, e de Brumadinho, no início deste ano de 2019, expuseram de forma clara que a legislação penal nesse tema ainda é frágil. Hoje, há que enquadrar a responsabilidade por ocorrências como essa com fundamento em tipos penais de cunho amplo, que geram questionamentos jurídicos e protelação de processos judiciais.” (BRASIL, 2019, p. 3).

Assim, especificar o conceito de *desastre ecológico*, poderia trazer objetividade no enquadramento penal dos responsáveis. A escolha dessa expressão auxilia inclusive na compreensão sobre as restrições que foram sendo impostas à medida que o projeto tramitava na Câmara dos Deputados e, especialmente, na CMA do Senado Federal. Ou seja, se, por um lado, declara-se que o problema é a amplitude da norma penal ambiental para alcançar casos como os que originaram a proposta, por outro lado a última versão da proposta apresentada inclui tantas condições específicas que precisam estar presentes para a configuração do crime – como a declaração de calamidade pública nas esferas federal, estadual ou municipal – que tal especificação parece criar ainda mais óbices à sua aplicação na criminalização secundária do que os tipos acusados de generalidade. A submissão do tipo penal à existência de situação que dependa do reconhecimento dessa situação por uma autoridade política, detentora de poder, condiciona ao exclusivo arbítrio de conveniência e oportunidade deste ator político, seja em âmbito municipal, estadual ou federal. Desse modo, a modificação sugerida, apesar de posteriormente não acolhida, pelo senador Heinze tornaria o tipo penal altamente restritivo para permitir a responsabilização apenas quando ocorridas essas situações que podem ser excessivamente manipuladas em favor de interesses dos poderosos.

Por outro lado, o dimensionamento dos danos não dependeria das percepções dos próprios atingidos, como a vinculação do reconhecimento da existência de significativa contaminação

3. “O TPP é uma instância de tribunal de opinião que procura reconhecer, visibilizar e ampliar as vozes dos povos vítimas de violações de direitos. O Tribunal existe para suprir a ausência de uma jurisdição internacional competente que se pronuncie sobre os casos de violações contra os povos” (CIMI, 2021).

BUDÓ, Marília de Nardin; FRANÇA, Karine Agatha; SILVA, Amanda Regina Coutinho da. A política criminal do ecocídio no Brasil: propostas de criminalização entre subversão e reprodução da modernidade/colonialidade penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 203. ano 32, p. 137-172. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094673]

estar sujeita a um laudo técnico, o qual poderia ser produzido por alguém que está à serviço dos interesses estatais-corporativos. Os poderosos, muitas vezes, atuam na construção de negações do sofrimento causado às vítimas, por vezes até mesmo através de documentos pretensamente científicos por eles financiados, com o consequente apagamento das reivindicações dessas vítimas (BUDÓ, 2021; FRANÇA, 2024). Assim, quais recursos físicos, materiais e técnicos a entidade fiscalizadora de segurança de barragem teria para realizar as devidas vistorias e apurações de forma adequada, com escuta de comunidades situadas em área de risco, com estudos aprofundados sobre os impactos na fauna, na flora e em uma determinada cultura?

c) *A solução: a especificidade do tipo penal e a atualização dos valores das multas*

De acordo com as(os) proponentes, “com o tipo penal específico, obter-se-á maior eficácia na persecução penal” (BRASIL, 2019, p. 03). A eficácia mencionada pelos(as) deputados e deputadas não abarca com clareza o objetivo e alcance dessa persecução penal, de forma que a diferenciação das imputações já estabelecidas nas legislações atuais, sejam elas ambientais ou penais. A impossibilidade de a nova proposta alcançar os autores nos casos que a geraram é declarada no relatório aprovado em plenário, nos seguintes termos:

“As vidas perdidas no crime cometido naquela localidade são irrecuperáveis. Podemos, no entanto, promover um *aperfeiçoamento da legislação para evitar que episódios dessa natureza se repitam* e para *assegurar um apoio mais eficaz para as vítimas* (Grifos nossos).”

Assim, os objetivos declarados da proposta dizem respeito a uma potencial e desejada eficácia preventiva de danos futuros, e reparação às vítimas, também futuras, por meio da nova tipificação penal. A especificidade é, de fato, a principal característica que a diferencia daquela de 2019. Vemos, portanto, que o direito penal está dissociado dos objetivos de reparação/restauração dos danos ambientais às vítimas, ou da própria recuperação do meio ambiente degradado, pois está focado apenas no confisco do conflito da vítima para a tomada de decisões sobre o conflito, e na punição do(s) ofensor (res), desinteressado, assim, em oferecer possibilidades e formas de solução dos conflitos (OLIVEIRA, 2021; ZAFFARONI, 2012).

Quanto às multas, a justificação para o seu incremento está associada à sua *atualização* e à percepção de que existem realidades de infrações ambientais que se revelam, “infelizmente”, como “desastres inaceitáveis”. O trecho a seguir explicita que “As multas ambientais hoje estão limitadas ao teto de R\$ 50 milhões, que é absolutamente insuficiente para apenas administrativamente ações e omissões” (BRASIL, 2019, p. 03). É interessante que, nesse ponto, por mais que haja menção à dimensão dos danos para pensar o valor da multa, não observamos qualquer vinculação com a destinação do valor eventualmente pago dirigido a fins específicos, como destinado, por exemplo, aos fundos de proteção ao meio ambiente ou para comunidades atingidas, à reparação do dano causado nos territórios locais, ao investimento em outras políticas. Desse modo, não se leva em conta a função reparadora ou restauradora decorrente do conflito socioambiental causado. Ainda, sequer menciona a capacidade

econômica dos próprios perpetradores para pensar o *quantum* da multa, algo que tem sido objeto de debate em relação especialmente à Vale e à sua capacidade de acumular lucro, inclusive com os danos que provoca (KONCHINSKI, 2024), mais uma característica da criminalidade corporativa (WHYTE, 2020).

Além disso, a maneira como a palavra “apenar” é tratada no projeto, denota o intuito dos(as) congressistas de seguir os mesmos passos das medidas de recrudescimento de normas penais existentes, algo amplamente debatido e já exaurido no campo criminológico crítico ver, por exemplo, (ANDRADE, 2003; BARATTA, 2002).

Quanto aos documentos associados ao PL 2933/2023, notamos várias diferenças em relação a todas as categorias temáticas elaboradas pelo PL 2787/2019. Primeiro, o contexto apresentado não é de uma emergência específica, ou de uma reação típica de pânico morais (COHEN, 2002), em que *algo precisa ser feito* para corresponder às demandas da opinião pública. Ele se associa, isso sim, à maior visibilização da emergência climática global e, especificamente, aos graves problemas ambientais que assolam os territórios no Brasil. Além disso, apoia-se fortemente na proposta internacional da organização *Stop Ecocide* que, por mais críticas que possa ensejar, é uma proposta amadurecida, refletida, e ocupada – ainda que de forma muito limitada – das questões estruturais.

A justificativa do PL teve como início a contextualização da seletividade do sistema penal pelas agências de controle social do Estado, evidenciando as contradições existentes na tentativa de reivindicar mais punição para um sistema que se apresenta como a *última ratio* (BRASIL, 2023, p. 03). Diante dos óbices à criminalização dos poderosos, o PL amplia a definição do crime de ecocídio, abrangendo danos sociais que provocam a destruição de povos, florestas e ecossistemas, em consonância com diversas provocações e construções criminológicas e jurídicas apresentadas pelos movimentos sociais, os quais têm destacado o nexo entre o ecocídio e o genocídio (CROOK; SHORT, 2020; DALLA VECCHIA et al., 2021; GOYES et al., 2021; NETO, 2022). Traz, assim, uma percepção muito mais concreta sobre as vítimas, aliando-as a problemas estruturais e não meramente episódicos.

a) *O problema: a crescente e descontrolada degradação ambiental*

No PL 2.933/2023, a identificação do problema transcende episódios específicos para encontrar questões estruturais e de longo prazo na identificação da destruição ambiental. O recrudescimento dos mecanismos legais para a criminalização do ecocídio é apresentado no projeto como uma solução jurídica frente ao sentimento de impotência sobre os danos ambientais causados no Brasil nos últimos anos. Um dos elementos linguísticos que demonstram isso é a palavra “desastre” que nem mesmo é utilizada pelas(os) parlamentares, além de que a proposta possui elementos que permitem a vinculação entre penalidades e demandas por justiça de comunidades afetadas pelos danos sociais causados.

O trecho a seguir é bastante revelador de tal percepção:

“A crescente e descontrolada degradação ambiental impulsionada por atividades agroindustriais extrativistas e predatórias ilegais e injustificadas, que impulsionam a mudança

climática, sobretudo nas regiões do Cerrado e da Amazônia, e que geram uma série de outras formas de violência sistemática e generalizada contra pessoas e grupos sociais vulneráveis, e que dependem das florestas e da natureza para viver, em especial as populações indígenas e tradicionais desses biomas.” (BRASIL, 2023, p. 3).

Ao mesmo tempo, por mais que a expressão *dano* e não *desastre* seja utilizada no projeto, buscando uma ampliação das possibilidades interpretativas do novo tipo penal, ele restringe que esses danos sejam, primeiro, *severos e generalizados*, e provenientes de atividades ilícitas. Muito provavelmente, por razões estratégicas envolvendo as possibilidades de aprovação no Congresso Nacional é que as limitações jurídicas foram definidas. No entanto, esse ponto exclui muitas das próprias atividades lícitas identificadas como causadoras dos ecocídios.

b) *A causa: interesses econômicos e fragilidade do sistema de proteção ambiental brasileira*

O projeto explicita que interesses econômicos estão por detrás da destruição ambiental e que é necessário impor limites a tais atividades. Contudo, normas de natureza não penal não têm sido, na percepção dos autores, suficientes para tanto.

“Tal como está, o elaborado sistema de proteção ambiental brasileiro, com seus órgãos, leis e regulamentos – embora desenvolvido para padrões mundiais – simplesmente não consegue frear e impedir o volume, a intensidade e a velocidade do processo de destruição ambiental em curso no país.” (BRASIL, 2023, p. 05).

Assim, um dos incentivos econômicos à degradação ambiental é a dificuldade de implementação das normas e de responsabilização dos que destroem a natureza. Por isso, “um reforço do braço mais intrusivo do sistema jurídico, o direito penal, é necessário e justificado”.

c) *A solução não virá da lei penal, mas sua ampliação pode proporcionar efeitos preventivos*

As(os) autoras(es) do projeto não parecem trazer grandes ilusões em relação aos possíveis efeitos produzidos pelo direito penal, mas em alguma medida explicitam quais seriam as respostas desejadas. A primeira delas é simbólica, e já aparece na página 3 da justificativa: “A adoção do novo crime de ecocídio é um sinal claro de que o Brasil está determinado a enfrentar este desafio e liderar a transição global para um futuro sustentável” (BRASIL, 2023, p. 03). A aplicação da norma, nesse sentido, produziria efeitos secundários.

No trecho do projeto em que tratam sobre quem estaria livre da etiqueta de ecocida, as (os) propositores destacam “as atividades lícitas, socialmente benéficas e operadas de forma responsável, mas que, não obstante, causem danos severos e generalizados ou de longo prazo ao meio ambiente, não sejam abarcadas pela definição” (BRASIL, 2023, p. 08). As fontes de

inspiração para a elaboração do projeto são precedentes encontrados em tratados internacionais, tribunais e cortes internacionais, como o Tribunal Penal Internacional – TPI.

O projeto também menciona que “apenas danos muito graves” podem ser enquadrados no crime de ecocídio, justamente para manter “espaço aberto para empreendimentos legítimos e justificáveis, ainda que prejudiciais ao meio ambiente” (BRASIL, 2023, p. 05). A partir dessa definição, entende-se que determinadas formas de exploração de atividade econômica, mesmo que prejudiciais ao meio ambiente, se não forem “severas, generalizadas ou de longo prazo”, não serão responsabilizadas pela lei que trata do ecocídio. A definição jurídica atribuída pelos(as) parlamentares é fundamentada no princípio ambiental que garante a existência de um equilíbrio entre os benefícios sociais e econômicos obtidos com a exploração da atividade que acarretará o dano. “Isto é importante porque os Estados devem ter espaço e permissão para se desenvolverem, mas de forma responsável. É o chamado “desenvolvimento sustentável” (BRASIL, 2023, p. 08).

O conceito de desenvolvimento sustentável é amplamente criticado por lideranças ambientais, indígenas e movimentos negros que lutam contra o racismo ambiental, pois não há como falar em “sustentabilidade” quando os modos de vida forjados no sistema capitalista moderno são, por essência, predatórios, destrutivos, poluentes e colonialistas. Além disso, mesmo que tentativas de controle sejam tomadas pelo Estado, há danos que não podem ser restaurados, há materiais que não podem ser repostos na natureza, então “como produzir algo sustentável se o sistema extrativista é soberano e altera os ciclos de vida na Terra?” (KRENAK, 2019).

Um outro ponto que parece ampliar, mas que pode, na prática, restringir a aplicabilidade do tipo penal, é que se trata de “um crime que se configura precipuamente por dolo eventual, pois em casos concretos o dolo direto será muito raro de se verificar” (BRASIL, 2023, p. 14). Poderíamos falar aqui em uma situação de dolo eventual, na qual o agente não queria o resultado lesivo, mas não se importa com a sua efetivação, caso venha a ocorrer, mostrando-se indiferente (BUDÓ; FALAVIGNO, 2020). A condenação de pessoas por dolo eventual não é algo incomum no sistema penal brasileiro. Mas, isso geralmente se aplica a condutas individuais e, de um ponto de vista criminológico, com pessoas que se alinham ao estereótipo do “criminoso ideal”, contra quem duras condenações prescindem de provas robustas (ROMÃO, 2020). Para condenar empresários e outros agentes poderosos, atravessados pelos privilégios da branquitude, não é difícil o afastamento do enquadramento jurídico por falta de provas do elemento subjetivo. A Comissão de Direito Internacional da ONU (CDI) já reconheceu, inclusive, a inviabilidade de tratar o ecocídio através de tipos penais, sem que houvesse a valoração do *animus* do agente (BORGES, 2013). Esse tipo de flexibilização, na prática, pode ter efeitos bastante problemáticos de legitimação de condenações, justamente sobre aqueles para quem a robustez probatória não é uma exigência.

O mesmo pode ser dito a respeito da criação de um tipo de perigo abstrato, que tem sido tão fortemente criticado por penalistas e criminologistas diante do “direito penal do risco”. Consta na justificativa que “O ecocídio é um crime de perigo abstrato e não de dano ou de resultado material” (BRASIL, 2023, p. 14). A ofensa jurídica está atrelada à prática de atos com a probabilidade substancial de que resultem em danos graves ao meio ambiente, incluindo a

longo prazo. Ao considerar que o direito penal deve se preocupar com a tutela de bens jurídicos caros para a sociedade, a tutela penal antecipatória para punir tão somente a conduta do agente acaba por permitir que se atinjam indivíduos que não teriam qualquer proveito com tal prática, sendo incluídas em um processo judicial apenas como “bodes expiatórios”. A “delinquência” de atores poderosos é estrutural da organização política, de maneira que não se pode crer no uso do Estado (sistema penal) para minar o grupo que controla o próprio Estado.

Os riscos de tipos penais amplos com penas elevadas, contudo, mesmo que os(as) parlamentares definam que “a responsabilidade por esses atos e atividades não deve recair sobre os mais vulneráveis” (BRASIL, 2023, p. 15), a proposição de medidas punitivistas, por meio de legislações, dentro de um sistema jurídico colonialista, patriarcal, especista e racista pode gerar efeitos ainda mais prejudiciais para o controle social de grupos e pessoas desumanizadas pelo Estado ou até mesmo de indivíduos que não estavam de fato envolvidos na conduta lesiva. Para buscar evitar essa criminalização, outro item da proposta se destaca: “O crime de ecocídio não se aplica a populações indígenas e tradicionais que sigam vivendo em seu modo tradicional e em seus territórios” (BRASIL, 2023, p. 02). Há um reconhecimento público e político sobre os modos de vida dos povos indígenas. A proposição dos parlamentares busca evitar qualquer forma de sanção aos povos e comunidades tradicionais que conflituam com o discurso contemporâneo de justiça ambiental, sobretudo, norteado pelos princípios da justiça branca colonizadora.

Revela-se, assim, um paradoxo, já revelado por Angus Nurse (2020), no sentido de que os povos originários e comunidades tradicionais, em decorrência dos processos de assimilação e colonialismo, historicamente tiveram o acesso aos recursos naturais limitados pela exploração econômica produzida por agentes poderosos em suas terras e territórios. Ao mesmo tempo, devido ao estatuto étnico e cultural desses povos, podem continuar desempenhando suas atividades que, no contexto da justiça branca moderna, seriam proibidas. O PL conduz a definição jurídica de um direito já previsto pela Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas (UNDRIP), baseado no respeito aos modos de vida e na promoção das culturas, espiritualidades, tradições, histórias e filosofias indígenas. Ainda assim, na prática, o exercício da justiça branca sobre as práticas indígenas, seja na forma das definições jurídicas ou monitoramento, controle e acompanhamento destes casos, expressam o racismo ambiental contra os povos indígenas e seus modos de vida (NURSE, 2020).

Em relação à pena, que destoa em quantidade dos demais crimes ambientais, a justificativa é a de que “A pena deve ser elevada para que garanta a função dissuasória do tipo penal”. Idealmente, os (as) autores do projeto justificam a necessidade de que a pena mínima seja de 5 (cinco) anos para evitar a incidência de benefícios processuais como a transação penal ou a substituição de pena (BRASIL, 2023, p. 15). A eficácia dissuasória é a que aparece de forma mais contundente no projeto, junto da eficácia simbólica da criminalização do ecocídio, com destaque para a imagem do Brasil na esfera internacional.

Por fim, as definições específicas para os termos “ato ilegal”, “ato temerário”, “dano grave”, “dano generalizado” e “dano de longo prazo” (BRASIL, 2023, p. 02) permitem ainda a excessiva margem de interpretação ao magistrado(a) que avaliará o caso concreto submetido à sua apreciação e julgamento, permitindo que se responsabilizem determinados sujeitos e que

outros sejam imunizados – ao não serem alcançados pelo dispositivo legal, mais uma vez adentrando na lógica racial, especista e colonial.

Percebemos que todos os elementos que constituem os tipos penais propostos pelas(os) congressistas, ao serem avaliados em conjunto, reverberam uma grande promessa de justiça que se exterioriza apenas com o objetivo de “punir” e “apenar” severamente indivíduos que não necessariamente serão os reais responsáveis pelo dano social que vem a ser provocado. Em todos os tipos penais, encontramos justificações apresentadas pelos(as) deputados(as) e senadores(as) que exteriorizam uma imunização clara de atores poderosos, uma vez que há diversas condicionantes impostas nos tipos penais para que se alcance a responsabilização.

Provavelmente, o principal dilema da tipificação penal do ecocídio esteja concentrado no processo árduo de se estabelecer critérios técnicos para definir a especificidade do crime, e que sejam capazes de individualizar a conduta do(s) agente(s) perpetrador(es), com a descrição objetiva de um comportamento abstrato. Ao mesmo tempo, a definição do crime de ecocídio não pode ser genérica, no sentido de nominar uma conduta que acaba por reproduzir o que já existe em termos de criminalização, individual e coletiva, de diversas condutas nocivas contra o meio ambiente (BROCHADO NETO et al., 2018; LOPES, 2020).

4. DEMANDAS POR JUSTIÇA NO COLONIAL-CAPITALOCENO

No Brasil, o protagonismo de organizações e movimentos sociais, lideranças indígenas, militantes e ativistas, tem ganhado força no espaço político para discutir as dimensões epistemológicas, terminológicas e jurídicas do crime de ecocídio. Exemplos desses movimentos que apoiam as propostas de criminalização são o Ecoe Brasil, o Observatório do Clima, o Climate Council, o International Rivers, o Instituto Zé Cláudio e Maria, entre outros grupos da sociedade civil e militantes (PSOL, 2023). As discussões nos espaços públicos e políticos, e pela própria atenção midiática são importantes para o desfazimento de consensos a respeito do que convencionalmente tem sido pensado como “crimes sem vítimas” ou “crimes invisíveis” (MARTÍN, 2018). Os movimentos corroboram com a desconstrução do imaginário social a respeito dos autores de graves danos sociais, pois costumeiramente, como já explicado nas teorias críticas à construção social do crime, da criminalidade e do sistema penal, a atribuição do *status* de criminoso não está atrelado aos grupos dominantes, grandes empresários, agentes de Estado, governantes, banqueiros e elites burguesas (ANDRADE, 2003; BARATTA, 2002; ZAFFARONI, 2012).

Desde 2020, o Tribunal Penal Internacional (TPI) tem recebido várias acusações contra o ex-presidente Jair Messias Bolsonaro. O caso mais notório foi o genocídio Yanomami, em Roraima, na pandemia da Covid-19, onde mais de 570 indígenas morreram devido à desnutrição provocada pela destruição dos solos, contaminação das águas, e doenças graves trazidas pelos homens brancos que exploram a região (MACHADO et al., 2023). Apesar de não haver uma condenação formal contra o ex-chefe de Estado, assumidamente anti-indígena, levantou-se um amplo debate sobre a tipificação do ecocídio na região Amazônica.

Em 2021, os caciques Raoni Metuktire Kayapó, e Almir Narayamoga Suruí, através do advogado William Bourdon, representaram contra o ex-presidente Jair Bolsonaro perante o Tribunal Penal Internacional (TPI), por crimes contra a humanidade. A denúncia imputou ao ex-presidente a prática de crimes como homicídio, extermínio, migração forçada, escravidão e perseguição contra os povos indígenas. Também integram a representação denúncias contra a política anti-indígena e antiambiental promovida pelo governo da época, a exemplo do avanço do desmatamento, queimadas, ataques às populações indígenas, e o desmantelamento das agências como o Ibama e ICMBio. De acordo com Nunes (2021), o grande entrave ocorreu pela ausência de uma tipificação penal para o crime de ecocídio, ou seja, a inexistência de um enquadramento legal capaz de reconhecer a hipótese de “Crimes de Guerra, Genocídio e Contra a Humanidade” em tempos de paz (NUNES, 2021).

Contudo, sabemos que a existência da tipificação penal para o crime de genocídio tampouco tem conduzido ao seu reconhecimento em casos como este, sobretudo se considerarmos a restrição de sua definição ao extermínio físico, fazendo com que o genocídio cultural e o etnocídio, originalmente presentes no conceito de Lemkin (1946), fiquem de fora (FLAUAZINA, 2014). Também não há como antecipar em que termos as potências industriais brancas do Norte Global, dependentes de minérios, celulose etc., admitirão a criminalização do ecocídio, já que elas próprias estariam legislando para evitar que a etiqueta de ecocidas pudesse se relacionar aos seus nacionais poderosos, como fizeram para evitar que os genocídios perpetrados por seus governantes pudessem ser assim considerados.

A brutalidade do projeto colonial da modernidade que atinge permanentemente os povos originários não é reconhecida pelo TPI, tampouco pela legislação interna brasileira. O número de lideranças indígenas assassinadas no país nos últimos anos revela o que a antropóloga Manuela Carneiro da Cunha chama de “guerra contra os povos originários”, não se tratando de uma hipérbole, mas uma forma de representar o aumento considerável de ataques às políticas indígenas e ambientais brasileiras ocorridos nos últimos anos (CUNHA, 2021).

Por outro lado, a mobilização do ecocídio pelos movimentos e organizações sociais não tem ocorrido apenas na perspectiva de aposta nas instituições coloniais. Um ótimo exemplo disso são os tribunais de opinião, como a Sessão 49 do Tribunal Permanente dos Povos (TPP). O TPP em Defesa dos Territórios do Cerrado, formado através da Campanha Nacional em Defesa do Cerrado, é um exemplo de como o ecocídio tem sido mobilizado pelos movimentos e organizações sociais. A denúncia que culminou na construção do TPP⁴ do Cerrado reúne a manifestação de 56 movimentos e organizações sociais no TPP, os quais

4. Na explicação de Malcom Ferdinand, o navio negreiro não representa apenas um fato histórico, mas, sobretudo, um dispositivo político através do qual a dupla fatura da modernidade é operada: a colonial e a ambiental. De um lado, o habitar colonial promoveu genocídios, massacres, violências contra mulheres negras e indígenas, escravização de povos e pessoas negras, por meio do padrão de definição e dominação do “homem branco ocidental”, e de outro, promoveu a destruição dos ecossistemas e a perda da biodiversidade, tendo como oposição o “humano”. A dupla fratura da modernidade projeta uma única forma de ser, de estar e de compreender o mundo, o do homem branco ocidental, baseado na aniquilação de qualquer possibilidade de convivência com o diferente (altericídio), e na conversão da Mãe-Terra como um recurso a ser explorado (FERDINAND, 2023, p. 47).

registraram uma série de atos governamentais relacionados ao crime de ecocídio contra o Cerrado e o genocídio operado contra seus povos ou povos-Cerrado. Apesar de o TPP do Cerrado não possuir competência legal para sancionar indivíduos ou instituições, representa um ato simbólico na luta e resistência dos povos-Cerrado. Assim, as sentenças proferidas pelo TPP expõem os vazios e os limites do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, pressionando pela sua transformação através da sua ressignificação e descolonização (CIMI, 2021; TPP, 2022).

Assim, apesar do apelo crescente às medidas de criminalização sobre as condutas destrutivas ao meio ambiente no âmbito internacional, o resultado das reivindicações dos movimentos sociais perpassa o compartilhamento do sentimento em relação à insuficiência do sistema de justiça para lidar com a prevenção e reparação dos danos ambientais. Especialmente, o PL de 2023 não revela um simples desconhecimento das dinâmicas seletivas dos sistemas penais internacional e brasileiro, mas sim a tentativa de instrumentalização das armas do opressor pelos oprimidos (GOMES, 2023), ao passo em que apostam suas energias também em outras estratégias de luta.

São muitos os obstáculos para a responsabilização dos atores poderosos, como as grandes corporações, nacionais e transnacionais e o próprio Estado, dada a base estrutural do sistema penal colonial-capitalista. Apesar de a dogmática penal se declarar como fundada em um Direito Penal do Fato, ela baseia-se, em sua aplicação prática, em um Direito Penal do Autor. Os reais atingidos pela norma penal não são abstratos: eles possuem classe, raça, gênero, cor, sexualidade (ANDRADE, 2003), assim como aqueles(as) que são por ela imunizados, também serão dignos de reconhecimento na posição de vítimas diante do dano sofrido (FLAUZINA; FREITAS, 2017). Considerando que o Estado é o próprio produtor e executor das normas, a definição jurídica de uma conduta danosa não alcançará a maior parte das condutas danosas praticadas por seus agentes e correligionários do capital. Quando o Estado é o causador dos danos, sobra pouco espaço para uma eventual reparação, apesar dos esforços supranacionais de controle (COLOGNESE; BUDÓ, 2018; COHEN, 2001).

Devemos reconhecer que grande parte das discussões travadas sobre o crime de ecocídio partiram de questionamentos com os quais compartilhamos aqui, especialmente sobre as limitações do sistema de justiça colonialista. São evidentes as contradições ao apontar a existência de um sistema penal calcado em “moer gente”, sobretudo, gente preta, periférica e indígena (LUCIO, 2023, p. 77) e, ao mesmo tempo, denunciar o racismo ambiental para descrever as atividades ecocidas. Mas também, compartilhamos o questionamento de Luanna Tomaz e Thula Pires (2019, p. 72) no seguinte sentido: “e se o apelo punitivista talvez seja a única solução diante das limitações do Estado que, a partir do seu pacto narcísico, oferece opções que não trarão resultado para modificar as condições estruturais e estruturantes das violências”?

A própria ideia de vítima para o sistema de justiça colonialista é antropocêntrica, racista, elitista e patriarcal, sobretudo quando falamos em vítimas ambientais. Há vítimas que podem ser consideradas mais aceitáveis ao julgamento moral quando choram ou demonstram sinais de passividade, diferentemente daquelas ativas e que atuam no confronto. Há vítimas que se envolvem apenas nos processos de reparação pelos danos causados pelos seus algozes, mas

há outras que se engajam nas lutas e processos coletivos mais estratégicos de politização, extrapolando os níveis individuais e locais de mobilização. Há vítimas que podem ser criminalizadas e rotuladas quando não se inserem dentro das expectativas criadas pelo consenso jurídico sobre “vítima aceitável” (WEIS; WHITE, 2020). Há vítimas que sequer alcançam o status de “mais aceitáveis” ou “menos aceitáveis”, como os animais não humanos, plantas, montanhas, florestas e tudo que envolve uma concepção de vida na perspectiva não antropocêntrica.

O sistema de justiça colonialista não foi construído para reconhecer as vítimas que não se encaixam nos parâmetros da espécie humana, tampouco nas definições de gênero que se deslocam da concepção universal masculina heterocisnormativa ou na estrutura racializada que reconhece apenas os brancos pela sua completa “humanidade” e como sujeitos de direitos passíveis de luto (PIRES, 2019). A definição de vítima é atravessada, historicamente, pelos padrões de seletividade e hierarquização baseadas na fratura colonial da modernidade⁵, onde não há espaço para quem não se enquadra no padrão de humanidade definido pela branquitude (BENTO, 2002; FERDINAND, 2023). Por isso, o conceito de vítima na perspectiva anticolonial radicaliza as limitações jurídicas, tornando-as mais amplas. Isso não significa criar níveis de abstração que afastam possibilidades efetivas de reparação e atenção, pelo contrário, são amplitudes que reconhecem as complexidades e variações das vitimizações ambientais e suas vítimas.

“A racialização do branco impede que ele se configure como sujeito universal e permite perceber os códigos através dos quais o racismo opera estruturalmente, conformando brancos, não brancos e instituições racistas.” (PIRES, 2017, p. 02).

A justiça penal moderna carrega a herança colonialista, escravista e racista que considera a população negra e indígena como verdadeiros obstáculos à soberania e ao desenvolvimento nacional. A matriz jurídica antinegra e anti-indígena não tem sido capaz de reconhecer e assumir o legado colonialista que envolve as formas de elaboração das leis, o processamento e o julgamento de ações consideradas desviantes (GÓES, 2023). A justiça penal moderna, branca e masculina é incapaz de se contrapor às fraturas coloniais que decorrem da relação entre a produção de danos ambientais e o altericídio da população negra e indígena (FERDINAND, 2023), assim como das mulheres do campo e dos povos tradicionais brasileiros que protegem a natureza. A justiça branca revela um modelo de civilização pensado e arquitetado para a imunização e proteção de uma elite branca burguesa no poder (GOMES, 2023). Assim,

5. O IPCC (2021) destaca que a ocorrência de um evento climatológico ou hidrológico extremo, como por exemplo, secas e inundações, pode ser o resultado da acumulação de eventos que, individualmente, não seriam considerados como extremos, no entanto, o acumulado pode ser. Por sua vez, eventos meteorológicos e climáticos, mesmo não sendo considerados estatisticamente extremos, podem levar a condições ou a impactos extremos, quer seja por ultrapassar um limiar social, ecológico ou físico crítico, quer pela ocorrência simultânea de dois eventos (MOURA et al., 2016).

apesar da ruptura formal com o sistema colonial, a estrutura social racista, patriarcal e especista permanece intacta.

Outros questionamentos podem ser feitos no âmbito da tipificação penal do crime de ecocídio dentro do ordenamento jurídico brasileiro, como de que maneira os países imperialistas que atuam em conluio com os estados brasileiros poderão ser enquadrados no tipo penal? Como as medidas de prevenção e reparação às vítimas poderão ser pensadas quando a responsabilização penal ocupar toda a atenção no debate em torno dos danos sociais estatais-corporativos? Ainda que o crime de ecocídio seja reconhecido juridicamente, como podemos garantir que a seletividade penal não será atravessada pelas relações de poder colonialistas, racistas, especistas, classistas e sexistas historicamente marcadas pelo sistema de justiça?

Casos de violência envolvendo lideranças indígenas, comunidades tradicionais e ativistas ambientais têm se tornado mais constantes no país. Segundo o relatório parcial divulgado pela Comissão Pastoral da Terra (CPT), a respeito dos conflitos no campo, revelam que no primeiro semestre de 2023, o Brasil registrou o segundo maior índice de violências dos últimos 10 anos, superando apenas os primeiros meses de 2020. Foram apurados 973 conflitos no campo, sendo 791 relacionados à terra, 102 pelo trabalho análogo à escravidão, e 80 decorrentes de conflitos pela água. O perfil das vítimas segue o mesmo, povos indígenas (38,2%), acompanhado dos camponeses e camponesas (19,2%), posseiros (14,1%) e comunidades quilombolas (12,2%) (BOCCHINI, 2023). A ideia de “criminalização dos movimentos sociais” se relaciona aos dados sobre os conflitos por terra, pois a contestação política desses grupos em relação às violências ambientais sofridas é percebida pelo Estado de forma repressiva, através das violências policiais e usos arbitrários da prisão (ROCHA; BARBOSA JR., 2018).

O Estado, através da cumplicidade com os mercados e grandes corporações, atua no sentido de enfraquecer, controlar e neutralizar os movimentos sociais, pois os povos-natureza e seus aliados são considerados verdadeiras ameaças ao desenvolvimento econômico e ao progresso do país. Esses povos representam modos de vida “impensáveis para o imaginário desenvolvimentista dominante” (SVAMPA, 2009, p. 27). A representação de território para a lógica mercadológica e repressiva do Estado capitalista transcende a categoria espacial, e está relacionada às dimensões culturais e organizacionais que os povos desempenham no lugar em que se inserem. Assim, o território e seus povos são uma ameaça, pois emergem um sistema alternativo, que desafia a estrutura dominante e constrói brechas para o desenvolvimento de outras economias, baseadas na solidariedade e na desobediência ao controle da colonialidade (NABOZNY, 2023).

5. CONCLUSÃO

O reconhecimento do ecocídio como um crime grave produzido por agentes poderosos tem produzido um debate público e político importante para o enfrentamento das vitimizações ambientais nacional e internacionalmente. Pensar, discutir e propor formas de reparação e compensação de danos às vítimas ambientais, maneiras de garantir a responsabilização das

empresas envolvidas em danos ambientais, seja no âmbito criminal, civil e administrativo, a definição da personalidade jurídica da natureza, dos rios, florestas, montanhas, animais, entre outras, são temas relacionados à criminologia verde, sobretudo, comprometida como tema do ecocídio.

A definição do ecocídio tem carecido de uma definição como um tipo penal propriamente dito. Ainda é, na maioria dos projetos, impreciso e abstrato, não sendo capaz de garantir a segurança jurídica necessária para a sua aplicação. A imprecisão quanto à definição do tipo penal, a contínua manutenção de propostas com fins exclusivamente punitivos, traz prejuízos e dificuldades na criação de caminhos dirigidos a conferir adequado protagonismo às demandas por justiça dos movimentos sociais e das vítimas. As propostas, citadas pelos congressistas como originadas de reuniões com grupos da sociedade civil, como a Comissão Externa do Desastre de Brumadinho, ainda assim se demonstram como proposições dissociadas da realidade e das demandas por justiça destes grupos.

A promoção de discussões legislativas e jurídicas sobre o ecocídio são necessárias para avançarmos na efetivação da justiça ambiental, mas não apenas. O debate sobre o ecocídio deve possibilitar caminhos e diretrizes que forneçam outras formas de justiça, sem perder de vista o controle social de condutas danosas contra a natureza produzidas pelos Estados, mercados e corporações. Considerando que o sistema de justiça criminal em suas diversas faces de produção legislativa, aplicação jurisdicional e execução da norma possui sua história pautada na lógica de poder e dominação, além de defender apenas a “punição em si mesma”, entendemos que este caminho se encontra em sentido contrário àquilo que poderia se configurar como uma medida efetivadora de direitos e de proteção. Ou, ainda, de qualquer forma de reparação às vítimas de danos ambientais, muito menos como uma forma de recomposição do meio ambiente natural, de um ecossistema, abrangendo a natureza em todas as suas dimensões.

Assim, pensar o ecocídio enquanto política pública e não como política criminal fortalece caminhos de superação e a transformação de imaginários colonizantes como o sistema de justiça brasileiro.

6. REFERÊNCIAS

- AGNEW, R. The ordinary acts that contribute to ecocide: a criminological analysis. In SOUTH, Nigel; BRISMAN, Avi (Ed.). *Routledge international handbook of green criminology*, Routledge, 2020. p. 52.
- AGOZINO, B. The decolonization paradigm in criminology. In: *The Routledge International Handbook on Decolonizing Justice*, 2021.
- ANDRADE, V. R. P. de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BALDWIN, A.; ERICKSON, B.. Introduction: Whiteness, coloniality, and the Anthropocene. *Environment and Planning D: Society and Space*, 2020.

- BARATTA, A.. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARDIN, L. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Edições 70, 2011.
- BENTO, M. A. Silva. Branqueamento e branquitude no Brasil. In: CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida Silva (Orgs.). *Psicologia social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2002.
- BHAMBRA, G. K; NEWELL, P. More than a metaphor: “climate colonialism” in perspective. *Global Social Challenges Journal*, p. 179-187, 2023.
- BOCCHINI, B. Conflitos no campo têm segundo maior número no 1º semestre deste ano. *Agência Brasil*, 10.10.2023. Disponível em: [https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2023-10/conflitos-no-campo-tem-segundo-maior-numero-no-1o-semester-deste-ano].
- BÖHM, M. L.. *The crime of maldevelopment: Economic deregulation and violence in the Global South*. Routledge, 2018.
- BOMBARDI, L. M.. *Agrotóxicos e colonialismo químico*. Editora Elefante, 2023.
- BORGES, O. F.. Ecocídio: um crime ambiental internacional ou um crime internacional maquiado de verde. *RIDB-Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, 2013.
- BROCHADO NETO, D. A.; ALVERNE, T. C. F. Mont’ Ecocídio: proposta de uma política criminalizadora de delitos ambientais internacionais ou tipo penal propriamente dito?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Centro de Ensino Unificado de Brasília, v. 8, n. 1, p. 210-227, 2018.
- BRUM, E.. *Banheiro òkòtò: uma viagem à Amazônia centro do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.
- BUDÓ, M de N.. Isolar o fato e pôr a culpa nos astros: o plano de fuga perfeito. *Revista O Vies*, Flor, v. 111, n. 11, p. 11-13, jan. 2015. Disponível em: [www.revistaovies.com/2015/12/16/isolar-o-fato-e-por-a-culpa-nos-astros-o-plano-de-fuga-perfeito/].
- BUDÓ, M. de N. *Mídias e discursos do poder*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.
- BUDÓ, M. de N.. Corporações transnacionais, oligarquias rurais e Estado: a invisibilização das violências do campo. In: PRANDO, C. C. M.; GARCIA, M. D. O.; ALVES, M. M. *Construindo as criminologias críticas: a contribuição de Vera Andrade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- BUDÓ, M. de N.; CAPPI, R.. *Punir os jovens? A centralidade do castigo nos discursos midiáticos e parlamentares*. Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- BUDÓ, M. de N.; FALAVIGNO, C. F.. A tutela penal do meio ambiente: discussões criminológicas e dogmáticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 163, p. 311-345, 2020.
- BUDÓ, M. de N.. Corporate Crime and the Use of Science in the Case of Asbestos: producing harm through discursive shields. *Journal Of White Collar And Corporate Crime*. SAGE Publications, 2021.

- CARNEIRO, S. *Dispositivo de racialidade: a construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. Rio de Janeiro: Zahar, 2022.
- CHAVES, L. Bolsonaro cortou orçamento do Ibama, ICMBio e Inpe, órgãos-chave para combate ao desmatamento. *Infoamazonia*, 25.10.2022. Disponível em: [https://infoamazonia.org/2022/10/25/bolsonaro-cortou-orcamento-do-ibama-icmbio-e-inpe-orgaos-chave-para-combate-ao-desmatamento/].
- CHARAUDEAU, P. *Discurso político*. 2. ed. Trad. Dilson Ferreira da Cruz e Fabiana Komesu. São Paulo: Contexto, 2011.
- CIMI. CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. *Tribunal Permanente dos Povos chega ao Brasil para julgar crime de ecocídio contra o Cerrado*, 20.08.2021. Disponível em: [https://cimi.org.br/2021/08/tribunal-permanente-dos-povos-chega-ao-brasil-para-julgar-crime-de-ecocidio-contra-o-cerrado/].
- COHEN, Stanley. *Folk devils and moral panics*. 3. ed. London and New York: Routledge, 2002.
- COHEN, S.. *States of denial: Knowing about atrocities and suffering*. Cambridge: Polity, 2021.
- COLOGNESE, M. M. F.; BUDÓ, M. de N.. Limites e possibilidades da criminologia crítica nos estudos dos crimes dos Estados e dos mercados. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Sociedade de Ensino Superior de Vitoria, v. 19, n. 1, p. 55-90, 31.10.2018.
- COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. *Conflitos no Campo Brasil 2022*. São Paulo: CPT, 2023. Disponível em: [www.cptnacional.org.br/downloads/summary/41-conflitos-no-campo-brasil-publicacao/14302-livro-2022-v21-web].
- CROOK, M.; SHORT, D.. Developmentalism and the Genocide–Ecocide Nexus. *Journal Of Genocide Research*, v. 23, n. 2, p. 162-188, 8 dez., 2020.
- CUNHA, M. C.. Paz entre agronegócio e direitos indígenas? Acabar com as ilegalidades é necessário, mas não suficiente. *Revista Piauí*, ed. 172, 2021. Disponível em: [https://piaui.folha.uol.com.br/materia/paz-entre-agronegocio-e-direitos-indigenas/].
- DALLA VECCHIA, D.; DA COSTA, A. M.; ASSUNÇÃO, F. Crimes de ecocídio na Floresta Amazônica: o pacto ecológico europeu como uma alternativa contra crimes ambientais. *Journal of Law and Sustainable Development*, v. 9, n. 2, 2021.
- DAVIS, H.; TODD, Z.. On the Importance of a Date, or, Decolonizing the Anthropocene. *ACME: An International Journal for Critical Geographies*, p. 761-780, 2017. Disponível em: [https://acme-journal.org/index.php/acme/article/view/1539].
- DEL OLMO, R.. Aerobiology and the war on drugs: A transnational crime. *Crime and Social Justice*, 1987.
- ESCOBAR, A.. Epistemologías de la naturaleza y colonialidad de la naturaleza. Variedades de realismo y constructivismo. In: MARTÍNEZ, Leonardo Montenegro. *Cultura y Naturaleza*. Bogotá: Jardín Botánico de Bogotá, José Celestino Mutis, 2011.

- FALK, R. Environmental Warfare and Ecocide – Facts, Appraisal, and Proposals'. *Bulletin of Peace Proposals*, p. 80-96, 1973.
- FANON, F. *Pele negra, máscaras brancas*. Salvador: EDUFBA, 2008.
- FERDINAND, M.. *Uma ecologia decolonial: pensar a partir do mundo caribenho*. Ubu Editora, 2023.
- FLAUZINA, A. L. P.. As fronteiras raciais do genocídio. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, 1:1, p. 119-146, 2014.
- FLAUZINA, A. L. P.. O feminicídio e os embates das trincheiras feministas. *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, v. 20, n. 23/24, p. 95-106, 2016.
- FLAUZINA, A. L. P.; FREITAS, F da S.. Do paradoxal privilégio de ser vítima: terror de Estado e a negação do sofrimento negro no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 135, p. 49-71, 2017.
- FRANÇA, K. A.; BUDÓ, M. de N.; DIAS, F. Da V.. O aquecimento global no discurso parlamentar brasileiro: denúncia e negação de responsabilidade do agronegócio. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 63, jul.-dez, 2023.
- FRANÇA, K. A.. *Criminologia verde e a luta por memória, verdade e justiça em Brumadinho*. São Paulo: Editora Dialética, 2024.
- FOSTER, J.B.; CLARK, B.; YORK, R.. *The Ecological Rift: Capitalism's War on the Earth*. New York: Monthly Review Press, 2010.
- GALTUNG, J.. Violence, Peace, and Peace Research. *Journal of Peace Research*, 6(3), 167-191, 1969. Disponível em: [www.jstor.org/stable/422690].
- GAUGER, A.; RABATEL-FERNEL. M.; KULBICKI, L.; SHORT, D.; HIGGINS, P.. The Ecocide Project: 'Ecocide is the missing 5th Crime Against Peace'. London: Human Rights Consortium, University of London, 2012. Disponível em: [https://sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide_research_report_19_July_13.pdf].
- GOMES, T. B.. A internacionalização de casos de justiça racial: os limites das organizações internacionais e o antirracismo a partir da sociedade civil. In: *Anais do COPENE SUL*, 2023.
- GOYES, D. R.. *Green Crime in the Global South: Essays on Southern Green Criminology*. Springer Nature, 2023.
- GOYES, D. R.; SOUTH, N.. Green criminology before "green criminology": Amnesia and absences. *Critical Criminology*, v. 25, p. 165-181, 2017.
- GOYES, D. R., SOUTH, N., ABAIBIRA, M. A., BAICUÉ, P., CUCHIMBA, A., ÑEÑE-TOFE, GÓES, L.. Manifesto negro por uma educação jurídica antirracista, *Criar Educação*, v. 12, n. 1, p. 112-130, 2023. Disponível em: [www.periodicos.unesc.net/ojs/index.php/criaredu/article/view/7601].
- HIGGINS, P.. *Eradicating Ecocide: Laws and governance to prevent the destruction of our planet*. 2. ed. London: Shephard Walwyn, 2015.
- HILLYARD, P.. *Beyond criminology: Taking harm seriously*. Pluto Press, 2004.
- ILC. United Nations, International Law Commission. Document on crimes against the environment, prepared by Mr. Christian Tomuschat, member of the

- Commission. In: *Extract from the Yearbook of the International Law Commission*, 2016. v. II. Disponível em: [www.un.org/law/ilc/index.htm].
- IPCC. Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Masson-Delmotte, V., P. Zhai, A. Pirani, S.L. Connors, C. Péan, S. Berger, N. Caud, Y. Chen, L. Goldfarb, M.I. Gomis, M. Huang, K. Leitzell, E. Lonnoy, J.B.R. Matthews, T.K. Maycock, T. Waterfield, O. Yelekçi, R. Yu, and B. Zhou (eds.)]. Cambridge University Press. In Press, 2021.
- IPEA. C, D.. *Atlas da violência*. São Paulo: FBSP, 2021. Disponível em: [www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/5141-atlasdaviolencia2021completo.pdf].
- KATZ, R.. The corporate crimes of Dow Chemical and the failure to regulate environmental pollution. *Critical Criminology*, p. 295-306, 2010.
- KONCHINSKI, Vinicius. Vale já lucrou R\$ 235 bilhões desde crime em Brumadinho; cinco anos depois, atingidos ainda cobram reparação. *Brasil de Fato*, 25.01.2024. Disponível em: [www.brasildefatomg.com.br/2024/01/25/vale-ja-lucrou-r-235-bilhoes-desde-crime-em-brumadinho-cinco-anos-depois-atingidos-ainda-cobram-reparacao].
- KRENAK, A.. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2019.
- LEMKIN, R.. Genocide, *American Scholar*, 1946.
- LEWIS, S.; MASLIN, M.. Defining the Anthropocene. *Nature*, p. 71-80, 2015.
- LOPES, L. M.. *O ecocídio e a proteção do meio ambiente pelo direito penal: reflexões para construção de uma justiça ambiental*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2020.
- LUCIO, A. G. N.. *O sistema prisional uma máquina de moer gente e a carne predileta continua sendo a negra!:* o encarceramento em massa da população da negra, genocídio negro e sistema de justiça. Tese de Doutorado – Universidade de São Paulo.
- LYNCH, M. J.; FEGADEL, A.; LONG, M.. A. Green Criminology and State-Corporate Crime: the ecocide-genocide nexus with examples from nigeria. *Journal Of Genocide Research*, v. 23, n. 2, p. 236-256, 2020. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1080/14623528.2020.1771998].
- MACHADO, A. M.; BEDINELLI, T.; BRUM, E.. “Não estamos conseguindo contar os corpos”. *SUMAÚMA*, 20.01.2023. Disponível em: [https://sumauma.com/nao-estamos-conseguindo-contar-os-corpos/#:~:text=Dados%20obtidos%20por%20SUMAÚMA%20apontam,chamam%20de%20].
- MBEMBE, A.. *Necropolitics*. Public Culture, 2018.
- MIGNOLO, W. D.. The Decolonial Option. In: Mignolo, W. & Walsh, C. *On decoloniality: Concepts, Analytics, Praxis*. Durham: Duke University Press, 2018.
- MOURA, M. O.; CUNICO, C.; NÓBREGA, R. S.; DUARTE, C. C.. Desastres hidrometeorológicos na região Nordeste do Brasil: distribuição espaço-temporal dos

- reconhecimentos de estado de calamidade pública. *Caderno de Geografia*, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, v. 26, n. 2, p. 259-271, 2016.
- NABOZNY, G. C.. Movimentos populares do campo do Brasil: desobediência de-colonial e agroecologia para novas economias. Dossiê: Rostos da Economia de Francisco e Clara. Conecte-se! *Revista Interdisciplinar de Extensão*, v. 7 n. 14, 2023. Disponível em: [<https://periodicos.pucminas.br/index.php/conecte-se/article/view/32033>].
- P.NUNES, M.. Os caciques Raoni e Almir Suruí denunciam Bolsonaro no Tribunal de Haia por crimes contra a humanidade. *Conexão Planeta*, 25.01.2021. Disponível em: [<https://conexaoplaneta.com.br/blog/os-caciques-raoni-e-almir-surui-denunciam-bolsonaro-no-tribunal-de-haia-por-crimes-contra-a-humanidade/#-fechar>].
- NURSE, A.. Environmental justice and the rights of Indigenous peoples. In: SOUTH, Nigel; BRISMAN, Avi (Ed.). *Routledge international handbook of green criminology*, Routledge, 2020. p. 573.
- OLIVEIRA, C. R.. Por uma justiça restaurativa socioambiental no Brasil: Desafios de um modelo de alta complexidade. *Publicatio UEPG: Ciências Sociais Aplicadas*, v. 29, n. dossiê JR, p. 1-13, 2021.
- PEDROSA NETO, C.. Fospa denuncia o ecocídio em curso na Amazônia. *Amazônia Real*, 29.07.2022. Disponível em: [<https://amazoniareal.com.br/fospa/#:~:text=O%20único%20caminho%20que%20sobra,cidade%20de%20Mocoa%2C%20na%20Colômbia>].
- PIRES, T.. “Direitos humanos traduzidos em pretuguês”. *13th Mundo de Mulheres & Fazendo Gênero*, Florianópolis, UFSC, 2017. Disponível em: [www.en.wwwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499473935_ARQUIVO_Texto_completo_MM_FG_ThulaPires.pdf].
- PIRES, T.. Direitos humanos e América Latina: por uma crítica amefricana ao colonialismo jurídico. Dossier: el pensamiento de Lélia Gonzalez, un legado y un horizonte. In: *Lasa Forum*, p. 69-74, 2019. Disponível em: [https://patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2021/04/DH-e-Amefrica-Ladina_ThulaPires.pdf].
- PSOL. *PSOL e entidades querem transformar ecocídio em crime no Brasil*, 02.06.2023. Disponível em: [<https://psol50.org.br/psol-e-entidades-querem-transformar-ecocidio-em-crime-no-brasil/>].
- PULIDO, L.. Racism and the Anthropocene. In: Mitman G, Emmett R and Armiero M (eds) *The Remains of the Anthropocene*. Chicago, IL: University of Chicago Press, p. 116-128, 2018.
- QUIJANO, A.. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. Available at: [<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/>].

- ROCHA, P. V.; BARBOSA JR, R.. “Criminalizar é governar: uma proposta teórica para a compreensão da criminalização dos movimentos sociais do campo no Brasil”. *Colombia Internacional*, 2018.
- ROMÃO, V.. A construção sociorracial antinegra do “bandido” na fronteira de destinos punitivos. In: FLAUZINA, A. L. P; PIRES, T. R. de O. (Orgs.). *Rebelião*. Brasília: Brado Negro, p. 196-212, 2020.
- SCHWÖBEL-PATEL, C.. The “Ideal” Victim of International Criminal Law. *European Journal of International Law*, p 703-724, 2018.
- SILVA, K de S.. “Meu mundo, minhas regras”: direito internacional, branquitude e o genocídio do povo negro brasileiro. Dossiê – História do Direito Internacional no Brasil – Parte II. *Revista de Direito Internacional*, v. 20, n. 1, 2023.
- SOUZA, L. T de; PIRES, T. O.. É possível compatibilizar abolicionismos e feminismos no enfrentamento às violências cometidas contra as mulheres. *Revistas direitos culturais*, p. 129-157, 2020. Disponível em: [https://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/15846/1/Artigo_PossivelCompatibilizarAbolicionismos.pdf].
- STOP ECOCIDE INTERNATIONAL. *Who we are*. 2024. Disponível em: [www.stoppecocide.earth/who-we-are-].
- SVAMPA, M.. *As fronteiras do neoextrativismo na América Latina: conflitos socioambientais, giro ecoterritorial e novas dependências*. São Paulo: Elefante, 2019.
- SULTANA, F.. The unbearable heaviness of climate coloniality. *Political Geography*, 2022.
- TPP. TRIBUNAL PERMANENTE DOS POVOS. 49ª Sessão em Defesa dos Territórios do Cerrado (2019-2022), 2022. Disponível em: [<https://tribunaldocerrado.org.br/veredito/>].
- VERGÈS, F.. Racial Capitalocene. In: JOHNSON, T. and LUBIN, A. (Eds). *Futures of Black Radicalism*. London: Verso, 72-82, 2017.
- WEIS, V. V.. Towards a critical green southern criminology: An analysis of criminal selectivity, indigenous peoples and green harms. In: *Argentina International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, v. 8, n. 3, p. 38-55, 2019.
- WEIS, V. V.; WHITE, R.. Environmental victims and climate change activists. *Springer, Victimology: Research, policy and activism*, p. 301-319, 2020.
- WHITE, R.. Climate change, ecocide and crimes of the powerful. In: *The Routledge international handbook of the crimes of the powerful*, Routledge, 2015. p. 211-222.
- WHYTE, D.. *Ecocide: Kill the Corporation Before It Kills Us*. Manchester: Manchester University Press, 2020.
- WHYTE, D.; BERNET, I.. *Introduction*. Environmental Politics. In press, 2024.
- ZAFFARONI, E. R.. El crimen de Estado como objeto de la criminología. *Derechos humanos, reflexiones desde el Sur*, p. 1-19, 2012.
- ZAFFARONI, E. R.. *Colonialismo y Derechos Humanos: Apuntes para una historia criminal del mundo*. Buenos Aires: Penguin, 2022.

7. LEGISLAÇÃO

BRASIL. *Câmara dos Deputados*. PL 2787/2019. Altera a Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de Crimes Ambientais), para tipificar o crime de ecocídio e a conduta delitiva do responsável por desastre relativo a rompimento de barragem, e dá outras providências. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2201529].

BRASIL. *Câmara dos Deputados*. PL 2933/2023. Tipifica o crime de ecocídio, inserindo-o na Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.” Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2367513].

BRASIL. *Lei dos Crimes Ambientais*. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm].



PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Ambiental

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A compreensão do ecocídio a partir de saberes indígenas: por uma virada ontológica no sistema de justiça criminal internacional, de André Augusto Salvador Bezerra – *RBCCrim* 188/401-421;
- Criminalização do ecocídio: qual a contribuição do estatuto de Roma?, de Rui Carlo Dissenha e Marina Cardoso Farias – *RBCCrim* 183/313-342;
- Ecocídio cultural e a evolução da jurisprudência para o reconhecimento de um modelo de direito penal internacional do ambiente: uma análise a partir do caso Al-Faqi, de Orlindo Francisco Borges – *RDA* 88/463-489; e
- Ecocídio e responsabilidade empresarial nos crimes ambientais, de Raphael Boldt – *RBCCrim* 175/91-111.

LA CORRUPCIÓN PÚBLICA EN LA POLÍTICA CRIMINAL DE LA UNIÓN EUROPEA: BREVES CONSIDERACIONES

PUBLIC CORRUPTION ON THE EUROPEAN UNION CRIMINAL POLICY: BRIEF REMARKS

PATRICIA CARRARO ROSSETTO

Doctora en ciencias jurídicas y sociales por la Universidad de Málaga.

Profesora de derecho penal en la Universidad de Málaga.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/8181231367971348>]

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-6692-8958>]

patriciarossetto@uma.es

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.11094691>]

Autora convidada

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: El presente estudio tiene por finalidad realizar un análisis crítico sobre el proceso de formación, desarrollo y consolidación de la actual política criminal de prevención y represión de la corrupción pública en el ámbito de la UE. Para cumplir con ese desiderátum, el artículo se estructura en dos principales apartados. En un primer momento se abordará la evolución del discurso anticorrupción europeo a lo largo de las diferentes etapas del proceso constitutivo de la UE, discurso éste que se va desarrollando de forma paulatina y, en cierta medida, de modo paralelo a la progresiva adquisición por la UE de una competencia legislativa en materia penal. Superada esa etapa, examinaré los aspectos más relevantes de la propuesta de directiva sobre la lucha contra la corrupción, cuyo objetivo declarado es actualizar el marco normativo de la UE y, en particular, incorporar en un único acto jurídico las medidas de prevención y represión del

ABSTRACT: The purpose of this article is to provide a critical analysis of the process of creation, development and consolidation of the current criminal policy on the prevention and repression of public corruption in the EU. To fulfill this aim, the article is organized in two main sections. The first section deals with the evolution of the European anti-corruption discourse through the various stages of the EU's constitutional process, which has developed gradually and, to some extent, in parallel with the EU's progressive acquisition of legislative powers in criminal matters. Once this analysis has been completed, I will examine the main aspects of the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating corruption. The main goal of this proposal is to update the EU regulatory framework and, more particularly, to incorporate into a single legal instrument the measures to prevent and fight corruption provided for by

fenómeno previstas en anteriores instrumentos normativos internacionales, destacándose entre ellos la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003.

PALABRAS CLAVE: Corrupción pública – Competencia legislativa penal europea – Propuesta de directiva de combate a la corrupción.

previous international legal instruments, including the United Nations Convention against Corruption of 2003.

KEYWORDS: Public corruption – European criminal law competence – Proposal for a directive on combating corruption.

SUMÁRIO: 1. Consideraciones iniciales. 2. La evolución del discurso anticorrupción en la UE. 2.1. El Tratado de Maastricht y la estructura de tres pilares. 2.2. El Tratado de Ámsterdam y la lucha entre pilares. 2.3. El Tratado de Lisboa y la consolidación de la competencia legislativa penal de la UE. 3. La propuesta de directiva sobre la lucha contra la corrupción. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

A mediados de la década de 1990, la corrupción deja de concebirse como un fenómeno propio del capitalismo periférico y de los países postcomunistas, pasando a valorarse como un problema político global de primer orden debido a sus vínculos con la criminalidad organizada y económica transnacional. Como resultado, se intensificó en el ámbito internacional un discurso de «lucha contra la corrupción», no siendo de extrañar la prolífica actividad de diferentes instituciones y organismos internacionales fundamentalmente dirigida a ofrecer soluciones concretas y potencialmente eficaces para hacer frente a este fenómeno transfronterizo.¹

Entre los organismos políticos supranacionales especialmente implicados en ofrecer una respuesta mínimamente racional a la amenaza que representa la corrupción en el ámbito público se encuentra la Unión Europea – en adelante UE –, cuyas iniciativas legislativas en materia de prevención y represión del fenómeno actualmente vigentes tienen carácter general y

1. A propósito, ARGADOÑA, A. The United Nations convention against corruption and its impact on international companies. *Journal of Business Ethics*, v. 74 (4), pp. 481-496, 2007, pp. 482-485; GARCADANDÍA GARMENDIA, R. La aplicación de las normas de derechos internacional contra la corrupción. *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIV, pp. 241-269, 2008, pp. 242-245; CARR, I. Fighting corruption through regional and international conventions: a satisfactory solution? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 15 (2), pp. 121-153, 2007, pp. 121-122; BERGUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española. *Estudios de Deusto*, v. 63 (1), pp. 229-265, 2015, p. 236-248; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. Iniciativas internacionales contra la corrupción. *EGUZKILORE*, n. 17, pp. 05-26, 2003, p. 11 y JIMÉNEZ-DÍAZ, M. J. La lucha internacional contra la corrupción. Un frente abierto. *Cuadernos de Política Criminal*, v. 135 (III), Época II, pp. 05-47, 2021, pp. 06-07, 13-15.

efecto vinculante, obligando a los Estados miembros a adoptar las medidas normativas pertinentes bajo la amenaza de interposición de procedimiento de infracción por la Comisión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea – en adelante TJUE –, el cual puede culminar en la imposición de multas coercitivas.² Dentro de ese contexto, de especial interés para el presente estudio es la propuesta de directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre la lucha contra la corrupción, de 03 de mayo de 2023 (COM(2023) 234 final)³, la cual surge tras la eclosión del escándalo *Quatargate* y a raíz del compromiso asumido por la presidenta von der Leyen, en su discurso sobre el estado de la Unión del 14 de septiembre de 2022, de tomar medidas más enérgicas para combatir la corrupción en la UE.⁴

Así las cosas, lo que sigue a continuación es un análisis crítico sobre el proceso de formación, desarrollo y consolidación de la actual política criminal de prevención y represión de la corrupción pública en el ámbito de la UE. Para cumplir con ese desiderátum, el artículo se estructurará en dos principales apartados. En un primer momento trataré de abordar la evolución del discurso anticorrupción a lo largo de las diferentes etapas del proceso constitutivo de la UE, discurso éste que, como tendremos ocasión de comprobar, se va desarrollando de forma paulatina y, en cierta medida, de modo paralelo a la progresiva – y, sin duda, controvertida – adquisición por la UE de una competencia legislativa en materia penal.⁵ Superada esa etapa, dedicaré mi atención a los aspectos más relevantes de la propuesta de directiva sobre la lucha contra la corrupción, cuyo objetivo declarado es actualizar el marco normativo de la UE y, en particular, incorporar en un único acto jurídico las medidas de prevención y represión del fenómeno previstas en anteriores instrumentos normativos internacionales, destacándose entre ellos la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003.⁶

2. En ese sentido, artículos 258, 259 y 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).
3. Disponible en: [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023PC0234>]. Acceso el: 03.12.2023.
4. A propósito, véase [https://state-of-the-union.ec.europa.eu/state-union-2022_en]. Acceso el: 03.12.2023. Conviene señalar que la propuesta de directiva complementa dos anteriores iniciativas. De un lado, la *Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad*, concretada en la comunicación de la Comisión del 24 de julio de 2020 (COM (2020) 605 final). De otro, la *Estrategia de la UE contra la Delincuencia Organizada 2021-2025*, precisada en la comunicación de la Comisión, de 14 de abril de 2021 (COM (2021) 170 final).
5. SZAREK-MASON, P. *The European Union's fight against corruption: the evolving policy towards Member States and candidate countries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 43 y ss. Para una perspectiva general acerca de la progresiva adquisición de competencia penal por la Unión Europea, véase CORRAL MARAVER, N. *Racionalidad legislativa y elaboración del derecho penal en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 55-99.
6. Exposición de motivos de la Propuesta de directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre la lucha contra la corrupción de 03 de mayo de 2023 (COM (2023) 234 final), p. 02. Versión española del texto disponible en: [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023PC0234>]. Acceso el: 04.04.2024.

Antes de adentrarme en el tema propuesto, sin embargo, quisiera hacer un par de consideraciones preliminares. En primer lugar, si bien parto de la premisa de que el término corrupción abarca comportamientos e interacciones sociales que se llevan a cabo tanto en el ámbito público como en el privado, en el presente estudio me dedicaré exclusivamente a la política criminal europea de prevención y represión de la corrupción en el sector público, razón por la cual prescindiré del análisis de los instrumentos de «lucha» contra la corrupción en la esfera privada.⁷

En según lugar, al abordar el tema de la edificación del discurso anticorrupción de la UE, tampoco será objeto de examen las iniciativas anticorrupción europeas que estén desprovistas de carácter normativo general. Por tanto, no serán objeto de consideración iniciativas relevantes tales como el *Corpus Iuris* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la UE⁸, las estrategias en favor de la transparencia en las instituciones europeas, destacándose entre ellas las que atañen a la representación de intereses ante estas instituciones⁹ y el registro de grupos de interés¹⁰, así como el *Informe Anticorrupción de la UE*¹¹, el cual, en una decisión como mínimo precipitada y poco consistente, fue sustituido por las evaluaciones periódicas que pasan a llevarse a cabo en el marco de la coordinación político-económica del «Semestre Europeo».¹²

7. En concreto, la Acción común contra la corrupción en el sector privado del 22 de diciembre de 1998 (98/742/JAI) que posteriormente fue derogada por la Decisión Marco (2003/568/JAI), de 22 julio 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.
8. Sobre los antecedentes, elaboración y debates acerca del Corpus Iuris, véase PÉREZ BERNABEU, B. *La protección de los intereses financieros comunitarios*. Alicante: Publicacions de la Universitat d'Alacant, 2006, pp. 87-91.
9. Concretamente, el Libro Verde – Iniciativa a favor de la transparencia (COM (2006) 194 final), siendo una de sus finalidades el establecimiento de directrices básicas sobre las relaciones entre la UE y los grupos de presión que actúan en ese ámbito. Documento disponible en: [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52006DC0194>]. Acceso el: 04.04.2023.
10. Para más informaciones, véase [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_08_988].
11. El establecimiento del informe anticorrupción de la UE consistió en la respuesta de la Comisión a dos principales iniciativas. Primero, a la petición presentada por los Estados miembros de «desarrollar indicadores, sobre la base de los sistemas existentes y de criterios comunes, para medir los esfuerzos en la lucha contra la corrupción, en especial en los ámbitos del acervo (contratación pública, control financiero, etc.) y a elaborar una política anticorrupción global en estrecha cooperación con el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO)» (Programa de Estocolmo — Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (2010/C 115/01), de 04 de mayo de 2010. Disponible en: [[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XG0504\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XG0504(01))], acceso el: 08.11.2023). Segundo, a la declaración del Parlamento Europeo instando a las instituciones europeas a adoptar una política global de lucha contra la corrupción y a crear un mecanismo de supervisión periódica de los esfuerzos anticorrupción en ámbito estatal (Declaración del Parlamento Europeo, de 18 de mayo de 2010, sobre los esfuerzos de la Unión Europea en la lucha contra la corrupción. Disponible en: [<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:161E:0062:0062:ES:PDF>], acceso el: 08.11.2023).
12. Carta interna del vicepresidente de la Comisión Frans Timmermans al presidente del comité de libertades civiles del Parlamento europeo, el eurodiputado Claude Moraes. Documento disponible en:

Finalmente, cabe esclarecer que, en el presente estudio, la expresión corrupción pública se concibe a partir de dos perspectivas distintas: la del comportamiento corrupto y la de las redes de transacción corrupta. En la primera acepción, la expresión atañe a los comportamientos practicados por un agente público en el curso o a causa de las atribuciones que le son directa o indirectamente encomendadas por la ciudadanía, en colusión o no con una o más personas, que implican la transgresión del sistema jurídico al que se encuentra vinculado y cuyo objetivo es la obtención de beneficios indebidos, actuales o futuros, para sí y/o para terceros, sean ellos personas físicas o jurídicas.¹³ Desde esta perspectiva, por tanto, la expresión corrupción pública abarca tanto el comportamiento corrupto individual como los pactos corruptos, manifestándose mediante prácticas delictivas como la malversación, el tráfico de influencias y el cohecho.¹⁴ En la segunda acepción, la expresión hace alusión a las redes más o menos complejas de transacción corrupta, las cuales se estructuran y se desarrollan en función de un *sistema oculto de corrupción*, es decir, de una serie de mecanismos e instituciones informales destinadas a reducir tanto la complejidad de las distintas interacciones corruptas como los riesgos e incertidumbres asociados a cada una de las fases del pacto corrupto, lo que convierte la corrupción en una alternativa viable y, a la vez, rentable, para agentes racionales. Entre tales mecanismos e instituciones destacan las normas de corrupción, los vínculos de confianza y lealtad y la presencia de intermediarios.¹⁵

2. LA EVOLUCIÓN DEL DISCURSO ANTICORRUPCIÓN EN LA UE

2.1. *El Tratado de Maastricht y la estructura de tres pilares*

Las primeras iniciativas encaminadas a ofrecer una respuesta a las necesidades específicas de la «lucha contra la corrupción» en el ámbito europeo se introdujeron tras la entrada

[<http://transparency.eu/wp-content/uploads/2017/02/20170130-Letter-FVP-LIBE-Chair.pdf>]. Acceso el: 08.11.2023.

13. En resumidas cuentas, la corrupción consistiría en el abuso de un poder delegado para obtener un beneficio indebido. Así, ROSE-ACKERMAN, S., PALIFKA, B. J. *Corruption and government: causes, consequences, and reform*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2016 (e-book).
14. Para un abordaje más detallado, ROSSETTO, P. C. La delimitación del concepto corrupción: el comportamiento corrupto en el ámbito político. *Revista General de Derecho Penal*, n. 40, 2023. En sentido contrario, y acorde con la tradición jurídico-penal alemana que concibe como núcleo de la corrupción el pacto corrupto, SATZGER, H. Bestechungsdelikte und Sponsoring. *ZStW*, v. 115 (3), pp. 469-500, 2003, p. 476 y DÖLLING, D. Grundlagen der Korruptionsprävention. En: DÖLLING, D. *Handbuch der Korruptionsprävention für Wirtschaftsunternehmen und öffentliche Verwaltung*. München (Verlag C. H. Beck), 2007, p. 03.
15. A propósito, DELLA PORTA, D. VANNUCCI, A. The governance mechanisms of corrupt transactions. En: LAMBSDORFF, J. G., et. al. *The new institutional economics of corruption*. London, New York: Routledge, 2005, p. 154-155 y DELLA PORTA, D., VANNUCCI, A. *The hidden order of corruption: an institutional approach*. Surrey, England (Ashgate), 2012 (e-book).

en vigor del Tratado de Maastricht el 01 de noviembre de 1993¹⁶, el cual modificó los tratados originarios e instauró una Unión Europea basada en una estructura formada por tres pilares: las Comunidades Europeas (primer pilar), la política exterior y de seguridad común – PESC (segundo pilar) y la cooperación en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior – JAI (tercer pilar).¹⁷

En sus orígenes, la prevención y represión de la corrupción no se abordaba de forma expresa en el tratado constitutivo, por lo que no había más remedio que incardinar la incipiente política criminal anticorrupción europea por la senda de la protección del presupuesto comunitario, en cuyo ámbito tenía especial relevancia lo establecido en el art. 209 A del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas, en adelante TCE, y en el art. K.1 (5) en el Tratado de la Unión Europea, en adelante TUE, ambos destinados a ofrecer fundamentos legales para la protección de los intereses financieros de la UE.

En el párrafo primero del art. 209 A se enunciaba el *principio de asimilación*, que requería que los Estados miembros adoptasen las medidas nacionales necesarias para proteger los intereses de la Comunidad Europea en las mismas condiciones que protegían a sus propios intereses.¹⁸ Como consecuencia, si la vulneración de los intereses financieros nacionales se sancionaba internamente a través de medidas jurídico-penales, entonces las infracciones que afectasen al presupuesto comunitario deberían sancionarse de forma equivalente.¹⁹ A su vez, en el párrafo segundo del art. 209 A se enunciaba el *principio de cooperación leal* en materia de protección de los intereses financieros comunitarios²⁰, el cual obligaba a los Estados miembros a coordinar sus acciones y organizar una colaboración estrecha y regular entre los

16. Tratado de la Unión Europea, firmado el 07 de febrero de 1992 (92/C191/01). Documento disponible en: [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1992:191:FULL&from=LV>]. Para una revisión sobre los primeros pasos de la «lucha» contra el fraude en los presupuestos comunitarios, véase PÉREZ BERNABEU, B. *La protección de los intereses financieros comunitarios*, ob. cit., pp. 29-45.
17. Sobre el tema, CORRAL MAREVER, Racionalidad legislativa y elaboración del derecho penal en la Unión Europea, ob. cit., pp. 59-60.
18. Artículo 209 A. (...) Sin perjuicio de otras disposiciones del presente Tratado, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude. A tal fin, organizarán, con la ayuda de la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre los servicios competentes de sus administraciones.
19. SZAREK-MASON, P. *The European Union's fight against corruption...* ob. cit., p. 74. La técnica o principio de asimilación se consagró en el asunto del maíz griego (Comisión c. República Helénica), encontrando su fundamento en el principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE). Más detenidamente sobre el tema, CORRAL MAREVER, *Racionalidad legislativa y elaboración del derecho penal en la Unión Europea*, ob. cit., p. 50; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. *Derecho penal europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 72; NIETO MARTÍN, A. El derecho penal económico y de la empresa europeo e internacional. En: DE LA MATA BARRANCO, et al. *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson, 2018, pp. 63-66 y RUBIO LARA, P. A. *El derecho penal europeo en la legislación española*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 114.
20. Así, PÉREZ BERNABEU, B. *La protección de los intereses financieros comunitarios...* ob. cit., p. 48.

servicios competentes de sus administraciones de cara a brindar una protección más eficaz a los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude.²¹

El Tratado de Maastricht, además, introdujo el art. K.1 (5) en el TUE, cuya redacción determinaba que, para la realización de los fines de la Unión, los Estados miembros consideraban de interés común la lucha contra las defraudaciones en escala internacional. Con esa fórmula, la prevención y represión de la corrupción se planteó como parte de una política más general contra las defraudaciones transnacionales, enmarcándose en el tercer pilar de las competencias atribuidas a la UE y caracterizándose por su naturaleza intergubernamental.²² Consecuentemente, los instrumentos jurídicos disponibles para poner en marcha políticas anticorrupción serían las posiciones comunes, las acciones comunes y los convenios, los cuales carecían de *eficacia vinculante* y cuya aprobación se sometía a la *regla de unanimidad*.²³

Así pues, sobre la base del artículo K.3(2)C del TUE en su versión consolidada Maastricht, el Consejo estableció, mediante el Acto de 26 de julio de 1995, el *Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas*, más conocido como convenio PIF.²⁴ Por medio de ese instrumento legal, los Estados signatarios asumieron la obligación de modificar sus respectivas legislaciones penales de cara a ofrecer a los intereses financieros de las Comunidades Europeas una protección eficaz contra el fraude que afectase negativamente tanto a los ingresos como a los gastos comunitarios. Entre otras cuestiones, se acordó que cada Estado-miembro habría de tomar las medidas necesarias para que a los comportamientos que entrañasen un fraude a los intereses financieros de la UE – incluidos los casos de complicidad, instigación o tentativa – se impusiesen sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, figurando entre éstas, al menos en los casos de fraude grave, las penas privativas de libertad que posibilitasen la extradición (art. 2º).²⁵ Asimismo, se estipuló que se adoptasen

21. Artículo 209 A. Los Estados miembros adoptarán las mismas medidas para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad que las que adopten para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros.
22. Sobre el tema, TASEVA, E. The new European Commission anti-corruption package: towards a more efficient fight against corruption? *New Journal of European Criminal Law*, v. 3(3-4), 344-362, 2012, p. 347; SZAREK-MASON, P. *The European Union's fight against corruption: the evolving policy towards Member States and candidate countries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 56 y FEROLA, L. The fight against organized crime in Europe building an area of freedom, security and justice in the E.U. *International Journal of Legal Information*, v. 30 (1), pp. 53-91, 2002, pp. 57-59.
23. A propósito, véanse art. K.3(2) y art. K.4(3) del Tratado de Maastricht. Sobre el tema, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. *Derecho penal europeo*, ob. cit., p. 37.
24. Sobre los antecedentes y proceso de elaboración del convenio PIF, véase PÉREZ BERNABEU, B. *La protección de los intereses financieros comunitarios*, ob. cit., pp. 50-54.
25. «Así se castigaban tanto para los gastos como para los ingresos aquellas acciones u omisiones intencionadas relativas a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tuvieran por objeto la percepción o la retención indebida de fondos procedentes del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrado por las mismas o por su cuenta, el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información

las medidas necesarias para permitir que los jefes de empresa, o cualquier persona que ejerza poderes de decisión o de control en el seno de estas organizaciones, pudiesen ser declarados penalmente responsables por los fraudes cometidos por personas sometidas a su autoridad, siempre y cuando tales fraudes se realizasen por cuenta de la empresa (art. 3º).²⁶

Las disposiciones del Convenio PIF pronto se vieron complementadas por tres posteriores protocolos de desarrollo.²⁷ El primer protocolo, establecido por el Acto del Consejo de 27 de septiembre de 1996²⁸, obligaba a los Estados signatarios a tipificar como infracción penal los actos de corrupción pasiva y activa que implicasen agentes públicos, bien comunitarios, bien nacionales—incluidos los de otros Estados miembros—, responsables de la percepción, la gestión o el desembolso de los fondos comunitarios sometidos a su control, y que causasen o pudiesen causar un perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas.²⁹ *A posteriori*, el Acto del Consejo de 29 de noviembre de 1996 promulgó el protocolo que posibilitó a los Estados miembros, mediante declaración, aceptar la competencia del Tribunal de Justicia de la UE, en adelante TJUE, para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación del Convenio PIF y su primer protocolo. En esa declaración, los Estados podrían especificar que, cuando necesario para la emisión de un fallo y siendo posible o no la interposición de un recurso de derecho interno, cualquiera de sus órganos jurisdiccionales podría solicitar el pronunciamiento del TJUE sobre una cuestión planteada jurisdiccionalmente respecto a la interpretación de los instrumentos mencionados.³⁰ Finalmente, el segundo protocolo,

que tuviese el mismo efecto o el desvío de esos mismos fondos con otros fines distintos de aquellos para los que fueron concedidos en un principio» RUBIO LARA, P. A. *El derecho penal europeo en la legislación española*, ob. cit., p. 114.

26. Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. (DO C316 el 27/11/1995 pp. 49-57). Disponible en: [[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:41995A1127\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:41995A1127(03))]. Acceso el: 13.06.2023. Cabe señalar que el contenido del Convenio PIF fue incorporado al ordenamiento jurídico español por el CP de 1995, que consagró los delitos contra la Hacienda pública europea en los arts. 305.3, 306 y 309 del código penal (versión original).
27. A propósito, véase, PÉREZ BERNABEU, B. *La protección de los intereses financieros comunitarios*, ob. cit., pp. 58-61.
28. ACTO DEL CONSEJO de 27 de septiembre de 1996 por el que se establece un Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. (96/C 313/01). Disponible en: [[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996F1023\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996F1023(01))]. Acceso el: 13.06.2023.
29. CAPDEFERRO VILLAGRASA, O. La obligación jurídica internacional de luchar contra la corrupción y su cumplimiento por el Estado español. *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 13, pp. 114-147, 2017-2018, p. 136.
30. ACTO DEL CONSEJO de 29 de noviembre de 1996 por el que se establece, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el Protocolo relativo a la interpretación, con carácter prejudicial, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (97/C 151/01). Documento disponible en: [[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997F0520\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997F0520(01))]. Acceso el: 13 de junio de 2023.

establecido por el Acto del Consejo de 19 de junio de 1997³¹, disponía que, para proteger los intereses financieros de las Comunidades Europeas, los Estados miembros signatarios habrían que adoptar las medidas necesarias para i) tipificar el blanqueo de capitales como infracción penal; ii) garantizar que las *personas jurídicas* pudiesen ser consideradas responsables por los actos de fraude, de corrupción activa y de blanqueo de capitales – incluidos la complicidad o la instigación – cometidos en su provecho, bien por personas que ostenten un cargo directivo en el seno de dichas organizaciones, bien por personas que, sometidas a la autoridad de esta última, actuasen respaldadas por una ausencia de vigilancia o control; iii) asegurar que a las personas jurídicas sean impuestas sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, entre las que podrían incluirse multas de carácter penal o administrativo, la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, la prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales, la vigilancia judicial y la medida judicial de disolución; iv) posibilitar el embargo y la confiscación o retirada de los medios y los productos del fraude, de la corrupción activa y pasiva y del blanqueo de capitales, o de bienes cuyo valor corresponda a esos productos y, finalmente, v) facilitar la cooperación judicial internacional en materia de fraude, corrupción activa y blanqueo de capitales.³²

Dada la restricción del ámbito de incidencia del convenio PIF y sus respectivos protocolos de desarrollo a la protección del *presupuesto comunitario*, el Consejo aprueba el Acto de 26 de mayo de 1997, mediante el cual establece, con fundamento en el artículo K.3(2)C del TUE, el *Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea*.³³ El convenio tiene por finalidad asegurar que los países integrantes de la UE armonicen y coordinen las respectivas legislaciones y adopten las medidas necesarias para sancionar penalmente los actos de corrupción transfronteriza activa y pasiva – incluidos la complicidad o la instigación – que impliquen tanto a agentes públicos comunitarios como a los nacionales europeos, facilitando, con ello, la cooperación policial

31. ACTO DEL CONSEJO de 19 de junio de 1997 por el que se establece el Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Documento disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997F0719(02)]. Acceso el: 13.06.2023.
32. A propósito del convenio PIF y sus respectivos protocolos, véanse DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. Iniciativas internacionales contra la corrupción, ob. cit., p. 16; FEROLA, L. The fight against organized crime in Europe building an area of freedom, security and justice in the E.U., ob. cit., pp. 77-78; VALEIJE ÁLVAREZ, I. Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n. 7, pp. 777-814, 2003, p. 782 y WEBB, P. The United Nations convention against corruption: global achievement or missed opportunity? *Journal of International Economic Law*, v. 8 (1), pp. 191-229, 2005, p. 201.
33. Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. Diario Oficial n. C 195 de 25/06/1997, pp. 0002–0011. Documento disponible en el siguiente enlace: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:41997*0625(01)]. Acceso el: 13.06.2023.

y judicial transnacional. Como bien señala De la Cuesta Arzamendi, el convenio presenta aspectos de gran interés.³⁴ El primer de ellos atañe a la reiteración del principio de asimilación, que obliga a los Estados miembros a sancionar de forma similar la corrupción activa y pasiva que involucre agentes públicos comunitarios y nacionales que ocupen puestos equivalentes, sanciones éstas que, en todo caso, han de ser disuasivas, eficaces y proporcionadas y que, al menos en los casos graves, deben corresponder a penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición. Asimismo, en la delimitación de las características determinantes del injusto específico de corrupción activa y pasiva, el convenio determina que ambas conductas han de realizarse de forma intencionada y que, además, han de suponer una violación de un deber oficial. Finalmente, establece que los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para que los administradores o toda persona que ejerza poderes de decisión o de control en una empresa puedan ser declarados penalmente responsables, con arreglo a los principios establecidos en su derecho nacional, por los actos de corrupción activa y pasiva cometidos por una persona sometida a su autoridad y que actúe por cuenta de la empresa.³⁵

Las iniciativas anticorrupción desarrolladas bajo los auspicios del Tratado de Maastricht produjeron efectos restringidos. Y esto porque, en primer lugar, el principio de asimilación generaba efectos limitados, dada, de un lado, la inexistencia de una definición unívoca de *fraude y corrupción* y, de otro, la disparidad en los ordenamientos jurídicos nacionales respecto a la naturaleza de la protección y la intensidad de las sanciones imputables a los comportamientos ilícitos que supusiesen una vulneración al presupuesto comunitario.³⁶ Por otro lado, la corrupción era abordada dentro de un marco legal con un reducido margen de maniobra, incardinándose por la senda de la protección de los intereses financieros de la UE y del «combate» a las defraudaciones a escala internacional. Como consecuencia, se otorgaba a la UE competencias limitadas respecto a la prevención y represión de la corrupción dentro de los Estados miembros.³⁷ Este segundo hándicap está íntimamente relacionado con una tercera dificultad, precisamente que la corrupción

34. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. Iniciativas internacionales contra la corrupción, ob. cit., pp. 16.

35. VALEIJE ÁLVAREZ, I. Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción, ob. cit., p. 782; TASEVA, E. The new European Commission anti-corruption package... ob. cit., pp. 347-348 y DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. Iniciativas internacionales contra la corrupción, ob. cit., pp. 16-17.

36. Así, SZAREK-MASON, P. *The European Union's fight against corruption...* ob. cit., p. 75. En sentido similar, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. *Derecho penal europeo*, ob. cit., pp. 72-73.

37. En efecto, «la lucha contra la corrupción sólo era aceptable cuando estaban en juego los intereses comunitarios. La intervención legal de la UE solo fue posible como un medio para preservar el mercado único y los intereses financieros de la UE. En consecuencia, se identificó la corrupción como uno de los factores que afectan a los intereses de la Comunidad al distorsionar la competencia y socavar los principios de mercados abiertos y libres, en particular el buen funcionamiento del mercado interior, perjudicando los intereses financieros de las Comunidades Europeas y perjudicando que afectan a las políticas exteriores». TASEVA, E. The new European Commission anti-corruption package..., ob. cit., p. 347.

– al igual que el derecho penal sustantivo – ha sido tradicionalmente considerado un asunto de derecho interno, mostrándose los gobiernos nacionales muy reacios en ceder esa parcela de la soberanía estatal a organismos políticos supranacionales como la UE.³⁸ Un cuarto y último obstáculo supuso la *regla de unanimidad* del Consejo y la consecuente tardanza en el proceso de ratificación de los diferentes instrumentos anticorrupción. La naturaleza unánime de tales medidas normativas resultó en la elaboración y adopción de unos estándares mínimos anticorrupción, no siendo la materia regulada de forma amplia e integral.³⁹ Por otro lado, y a pesar de los inúmeros llamamientos⁴⁰, sus respectivos procesos de ratificación han sido excesivamente largos. El convenio PIF, por ejemplo, adoptado en 1996, no inició su vigencia hasta el 17 de octubre de 2002, ocasión en que también entraron en vigor su primer protocolo y el protocolo sobre la interpretación de sus disposiciones por el TJUE. A su vez, el segundo protocolo, adoptado en 1997, tardó hasta el 19 de mayo de 2009 para iniciar su vigencia. Asimismo, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción tardó 08 años para empezar a generar sus efectos, entrando en vigor el 28 de septiembre de 2005.⁴¹

2.2. *El Tratado de Ámsterdam y la lucha entre pilares*

La eficacia de las iniciativas anticorrupción europeas se incrementó con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el 01 de mayo de 1999, el cual emprendió una ingente reforma en el Tratado de Maastricht y modificó el art. 280 y respectivos párrafos del TCE (antes art. 209 A).⁴²

En la versión consolidada Ámsterdam del TUE, la prevención y la «lucha» contra la corrupción fue erigida como uno de los objetivos de la UE. Concretamente, mediante la interpretación conjunta del art. 2 antiguo art. B y del art. 29 antiguo art. K.1, ambos del TUE, quedó establecido que la UE habría de ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Ese objetivo se lograría con la aproximación de las legislaciones penales nacionales y con la elaboración de acciones

38. TASEVA, E. The new European Commission anti-corruption package..., ob. cit., pp. 344-347.

39. SZAREK-MASON, P. The European Union's fight against corruption... ob. cit., p. 57-58.

40. Véase, por ejemplo, la recomendación 27 de la iniciativa del Consejo «Prevención y control de la delincuencia organizada: estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio, (OJ C 124, 3.5.2000). Disponible en: [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000F0503>].

41. Sobre el tema, SZAREK-MASON, P. The European Union's fight against corruption..., ob. cit., pp. 57-58 y CORRAL MARAVER, N. Racionalidad legislativa y elaboración del derecho penal en la Unión Europea, ob. cit., p. 63.

42. Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado el 02 de octubre de 1997 (C340/1). Disponible en: [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:11997D/TXT>].

en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal, lo que incluiría la institucionalización de medidas de prevención y «lucha» contra la corrupción y el fraude.⁴³ En efecto, el Tratado de Ámsterdam acabó por operar una amplia reestructuración del tercer pilar, que, manteniendo su carácter de cooperación intergubernamental, pasa a ocuparse exclusivamente de los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal.⁴⁴ Asimismo, realizó una modificación sustancial de los instrumentos normativos de armonización de legislaciones en materia penal sustantiva a disposición del Consejo. «Los convenios empiezan a adquirir un papel muy marginal por los problemas que presentan en cuanto a su ratificación y entrada en vigor. Las acciones comunes se sustituyeron por las decisiones marco que, como actos que obligan en el resultado y dejan libertad de elección de los medios a los Estados, se acercaban considerablemente a las directivas pese a diferenciarse en el procedimiento de adopción y en la carencia de efecto directo».⁴⁵

Respecto a la armonización vía decisión marco o convenio, establecía el art. 31 apartado e) del TUE (antiguo art. K3) que la acción en común entre los Estados en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal habría que incluir la adopción progresiva de medidas que estableciesen *normas mínimas* relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas. Dicho dispositivo, sin embargo, ha sido interpretado de forma más extensiva por el Consejo europeo de Tampere celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999. En esa ocasión, el Consejo Europeo concluyó que la cooperación interestatal contra la delincuencia debe materializarse mediante la armonización de las definiciones, inculpaciones y sanciones comunes respecto a ámbitos delictivos de especial importancia. Entre estos ámbitos se encontraría la delincuencia financiera, expresión ésta que, a su vez, alberga los delitos de blanqueo de capitales, de corrupción y de falsificación del euro (§48).⁴⁶

El Tratado de Ámsterdam, además, modificó el art. 280 y respectivos párrafos del TCE, cuyo contenido estaba parcialmente recogido en el antiguo art. 209 A. Precisamente, el art. 280.1 del TCE, en la versión consolidada de Ámsterdam, disponía que tanto

43. Sobre el tema, SZAREK-MASON, P. *The European Union's fight against corruption...* ob. cit., pp. 58-59 y VAN GERVEN, W. Constitutional Conditions for a Public Prosecutor's Office at the European Level. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 8 (3), pp. 296-318, 2000, p. 298.

44. A propósito, véanse AMBOS, K. *European criminal law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 04 y CORRAL MARAVER, N. *Racionalidad legislativa y elaboración del derecho penal en la Unión Europea*, ob. cit., pp. 64-65.

45. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. *Derecho penal europeo*, ob. cit., pp. 38-39. Más detenidamente sobre las diferencias entre las decisiones marco y las directivas, instrumento normativo de armonización propio del primer pilar, véase CORRAL MARAVER, N. *Racionalidad legislativa y elaboración del derecho penal en la Unión Europea*, ob. cit., pp. 65-67.

46. Consejo europeo de Tampere. 15 y 16 de octubre de 1999. Conclusiones de la presidencia. Documento disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm]. Acceso el: 23.07.2023. Sobre el tema, FEROLA, L. *The fight against organized crime in Europe building an area of freedom, security and justice in the E.U.*, ob. cit., pp. 65-68.

la Comunidad como los Estados miembros son responsables de combatir el fraude y toda actividad ilegal que afectase a los intereses financieros de la UE mediante la adopción de medidas disuasorias y eficaces, lo que supuso la atribución de cierta competencia a la UE – y, por tanto, al primer pilar – para legislar sobre la protección de sus propios intereses financieros. A su vez, el art. 280.2 consagraba, una vez más, el principio de asimilación, disponiendo que, para proteger los intereses financieros de la Comunidad, los Estados miembros deberían adoptar las mismas herramientas que para combatir el fraude que afectase a sus propios intereses financieros, lo que podría conducir a la institucionalización de medidas jurídico-penales. Finalmente, la primera parte del art. 280.4 establecía que el Consejo, mediante el procedimiento de codecisión y votación por mayoría cualificada – previa consulta al Tribunal de cuentas (art. 251, TCE) –, podría adoptar medidas de prevención y «lucha» contra el fraude que afectase a los intereses financieros comunitarios con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en el ámbito de los Estados miembros.⁴⁷

Pues bien, pese a esa aparente atribución de competencia a la UE para legislar (incluso) en materia penal, lo cierto es que la segunda parte del propio 280.4 establecía que dichas medidas no podrían referirse «a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia».⁴⁸ La ambigüedad de esa disposición provocó una amplia discusión en el ámbito doctrinal y una clara tensión entre las instituciones europeas.⁴⁹

En el ámbito doctrinal se defendía, de un lado, que el mencionado precepto excluía categóricamente la competencia legislativa comunitaria en materia penal, quedando esa atribución relegada al tercer pilar.⁵⁰ De otro lado, se argumentaba que la disposición se oponía exclusivamente a la promulgación de medidas comunitarias sobre procedimiento penal y aplicación de la ley, no incidiendo sobre el derecho penal sustantivo.⁵¹ Finalmente, se afirmaba que la prohibición afectaría únicamente la competencia de la UE para legislar en materia penal mediante

47. Versión consolidada del tratado constitutivo de la Comunidad Europea (2002). Documento disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12002E/TXT&from=EN]. Acceso el 05.08.2023.

48. SZAREK-MASON, P. The European Union's fight against corruption... ob. cit., p. 47-48.

49. Sobre el tema, véanse SZAREK-MASON, P. The European Union's fight against corruption... ob. cit., p. 47-48 y CORRAL MARAVER, N. Racionalidad legislativa y elaboración del derecho penal en la Unión Europea, ob. cit., p. 70.

50. Así, VAN GERVEN, W. Constitutional conditions for a public prosecutor's office at the European level. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 8 (3), pp. 296-318, 2000, pp. 306-307; CORSTENS, G. J. M. Criminal law in the first pillar? *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice*, v. 11 (1), pp. 131-144, 2003, pp. 142-143 y SATZGER, H. Auf dem Weg zu einem Europäischen Strafrecht: Kritische Anmerkungen zu dem Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, v. 34 (12), pp. 549-554, 2001, pp. 552-553.

51. PEERS, S. *EU justice and home affairs law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 397.

ROSSETTO, Patrícia Carraro. La corrupción pública en la política criminal de la Unión Europea: breves consideraciones. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 203. ano 32. p. 173-211. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094691]

reglamento, siendo posible su ejercicio mediante la promulgación de directivas y la técnica de asimilación.⁵²

Ya en la esfera institucional, existía un cierto consenso en el sentido de que la protección de los intereses financieros de la UE podría materializarse a través de la intervención jurídico-penal. De ahí que la materia controvertida versaba sobre el marco jurídico más adecuado para llevar a cabo esta intervención, si el que correspondía al primer pilar o si el pertinente al tercer pilar.⁵³ Concretamente, la Comisión consideraba que las herramientas del primer pilar – en particular, las directivas – eran más adecuadas para ejercer esa competencia, entre otras razones, porque posibilitaba una participación más efectiva del Parlamento en el proceso de elaboración de normas penales. Por otro lado, el Consejo abogaba por la adopción de instrumentos jurídicos propios del tercer pilar, lo que posibilitaba que siguiese manteniendo el control sobre la materia.⁵⁴ Estas perspectivas contrapuestas, al fin y al cabo, se hicieron palpables por ocasión de la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad, presentada por la Comisión el 23 de mayo de 2001 con base en el artículo 280(4) del TCE ante la acusada lentitud de los procesos de ratificación del Convenio PIF y sus respectivos protocolos.⁵⁵ Aunque el proyecto no suponía una relevante innovación en términos de contenido, tratándose, más bien, de una recopilación de medidas antifraude previstas en las normativas del tercer pilar *supra* mencionadas⁵⁶, la propuesta no fue debidamente considerada por el Consejo, dada su firme posición respecto a la inexistencia de competencia dentro del derecho comunitario para proceder a la armonización del derecho penal.⁵⁷

52. GRASSO, G. El futuro de la armonización del derecho penal en la ampliación de la Unión Europea. En: ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Derecho Penal. Parte general (v. I)*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 290.
53. SZAREK-MASON, P. The European Union's fight against corruption... ob. cit., pp. 47-48.
54. Así, CORRAL MARAVER, N. Racionalidad legislativa y elaboración del derecho penal en la Unión Europea, ob. cit., pp. 71-72.
55. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad (2001/C 240 E/19), COM (2001) 272 final - 2001/0115(COD). Disponible en: [<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0272:FIN:ES:PDF>]. Acceso el: 05.08.2023.
56. La directiva iba encaminada a aproximar las legislaciones penales en materia de protección penal de los intereses financieros comunitarios. Entre las medidas propugnadas destacan la criminalización del fraude (art. 3º), la corrupción (art. 4º) y blanqueo de capitales (art. 6º). Además, se abogaba por la responsabilidad penal de los jefes de empresa (art. 8º), la imposición de sanciones efectivas proporcionadas y disuasorias a las personas jurídicas (arts. 9 y 11) y la confiscación del producto del delito (art. 12). Dado el sentido atribuido al art. 280.4 del TCE, quedan fuera de la directiva temas relacionados con la competencia, con la ayuda mutua judicial, con la transferencia y la centralización de las actuaciones judiciales, con la extradición y, finalmente, con la ejecución de los juicios. Sobre el tema, SZAREK-MASON, P. *The European Union's fight against corruption...* ob. cit., p. 49 y CORSTENS, G. J. M. Criminal law in the first pillar?, ob. cit., pp. 140-141.
57. A propósito, véanse SZAREK-MASON, P. *The European Union's fight against corruption...* ob. cit., p. 49 y NIETO MARTIN, A. Posibilidades y límites de la armonización del derecho penal tras Comisión v. Consejo (comentario a la STJCR, asunto C-176/03 de 13-09-2005). En: ARROYO ZAPATERO; NIETO

La fricción institucional respecto a la posibilidad de que la Comisión innovase en materia penal mediante instrumentos del primer pilar – conocida como la «batalla entre pilares»⁵⁸ – empieza a mermarse con la sentencia del TJCE en el asunto C-176/02, en 11 de septiembre de 2005. En esa ocasión, el tribunal admite que el legislador comunitario está autorizado a adoptar medidas «relacionadas con el derecho penal de los Estados miembros que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección ambiental, cuando la aplicación por autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente» (§ 48).⁵⁹ Esa decisión, al fin y al cabo, acabó por reforzar el argumento de que el art. 280 TUE autorizaba a la Comisión para adoptar medidas jurídico-penales en aras de asegurar la efectividad de políticas y programas normativos comunitarios en materia de protección de los intereses financieros de la UE, dada la importancia de la temática para el adecuado funcionamiento de la UE.⁶⁰

Es importante señalar que, pese a su importancia, la sentencia del TJCE generaba efectos bastante limitados sobre la competencia general de la Comisión para armonizar el derecho penal en materia de corrupción con instrumentos propios del primer pilar, una vez que las medidas adoptadas con arreglo al art. 280 CE se limitaban a la protección de los intereses financieros de la UE, no extendiéndose a la prevención y represión de comportamientos corruptos que no supusiesen un impacto al presupuesto comunitario.⁶¹

2.3. *El Tratado de Lisboa y la consolidación de la competencia legislativa penal de la UE*

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 01 de diciembre de 2009, la estructura jurídica e institucional de la UE se transforma radicalmente. Se modifican el TUE y el TCE, pasando ese último a denominarse Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE. La Comunidad Europea, por otro lado, desaparece como organización internacional, siendo reconocida personalidad jurídica a la Unión Europea (art. 1, apartado 3, TUE). Además, se extingue la clásica estructura de tres pilares, pasando el espacio de libertad, seguridad y justicia del antiguo tercer pilar a regularse en el Título V del TFUE, concretamente

MARTIN (dirs.). *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*. Cuenca: Ediciones UCLM, 2007, pp. 111-112.

58. A propósito, WASMEIER, M.; THWAITES, N. The «battle of the pillars»: does the European Community have the power to approximate national criminal law? *European Law Review*, v. 29 (5), pp. 613-635, 2004, p. 614 y ss. Detenidamente sobre el tema, CORRAL MARAVER, N. *Racionalidad legislativa y elaboración del derecho penal en la Unión Europea*, ob. cit., pp. 71-77.
59. Sobre el tema, FROMM, I. E. 'Ius puniendi': the right of the institutions of the EC to protect the financial interests of the EC from fraud (art. 280 paragraph 4 EC Treaty)? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 16, pp. 125-142, 2008, pp. 125-130.
60. SZAREK-MASON, P. The European Union's fight against corruption... p. 51.
61. SZAREK-MASON, P. The European Union's fight against corruption... p. 54.

entre los arts. 67 y 89. Como consecuencia, se «comunitariza» la cooperación judicial en materia penal, y con ello, la competencia para proceder a la armonización de la legislación penal tanto sustantiva como procesal, convirtiéndose la directiva – que pasa a aprobarse mediante el procedimiento legislativo ordinario – en el instrumento jurídico por excelencia de armonización de ambas materias.⁶²

La competencia armonizadora de la UE en materia de derecho penal sustantivo se establece en el 83 del TFUE⁶³, el cual contempla en su apartado primero una competencia legislativa autónoma y, en su apartado segundo, una competencia legislativa accesorio, también llamada anexa o funcional.⁶⁴ Esta competencia para legislar en materia penal debe, siempre y en todo caso, obediencia a los derechos y garantías recogidos tanto en la Carta de los derechos fundamentales de la UE como en el Convenio europeo de los derechos humanos del Consejo de Europa, así como a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad previstos en el art. 5.3 del TUE.⁶⁵ Según el principio de subsidiariedad – cuyo contenido no coincide íntegramente con el principio jurídico-penal de *ultima ratio* –, la legitimidad del ejercicio de la competencia compartida de la UE depende de la observancia de tres requisitos: un contexto transnacional que no puede regularse satisfactoriamente mediante la acción de los Estados miembros, la necesidad de la intervención de la UE y el «valor añadido» de su respectiva acción, el cual determina que las iniciativas europeas deben ser susceptible de producir beneficios claros en razón de su escala o efectos en comparación con la acción a nivel nacional.⁶⁶ El principio de proporcionalidad, a su

62. Como bien señala ASP, P. *The substantive criminal law competence of the EU*. Stockholm: Skrifter utgivna av juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, n. 79, 2012, pp. 102-103, la referencia a las directivas claramente excluye los reglamentos como instrumento de armonización de la legislación penal con fundamento en el art. 83 del TFUE. Y, desde la perspectiva de los sistemas jurídicos nacionales, tal opción es más que bienvenida. El hecho de que se utilicen directivas, y no reglamentos, «significa que los Estados miembros tienen cierto margen para ajustar las normas y conceptos de las diferentes directivas de la UE a los sistemas nacionales de derecho penal existentes».

63. ROSIN, K., KÄRNER, M. The limitations of the harmonisation of criminal law in the European Union protected by articles 82(3) and 83(3) TFEU. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 26 (4), pp. 315-334, 2018, p. 316.

64. Así, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. *Derecho penal europeo*, ob. cit., p. 41.

65. En ese sentido, la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones «Hacia una política de Derecho penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el Derecho penal». Documento disponible en: [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0573>]. Acceso el: 02.11.2023. Asimismo, véase Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (C310/207). Documento disponible en el siguiente enlace: [<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:310:0207:0209:ES:PDF>].

66. SIMON, P. The criminalisation power of the European Union after Lisbon and the principle of democratic legitimacy. *New Journal of European Criminal Law*, v. 03 (3-4), pp. 242-256, 2012, p. 252. Como acertadamente señala ASP, A. The importance of the principles of subsidiarity and coherence in the development of EU criminal law. *EuCLR*, v. 01(01), pp. 44-56, 2011, p. 46, el principio de subsidiariedad «se basa en la idea de que la sociedad se construye de abajo hacia arriba y no al revés. Esto significa que las autoridades centrales –o en el caso de la UE: las supranacionales– deben cumplir sólo aquellas

vez, exige la observancia de tres conocidos criterios: la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Desde esa perspectiva, por tanto, el ejercicio de la competencia legislativo-penal por la UE debe ser adecuada y necesaria para alcanzar los objetivos deseados y, además, no puede significar una carga excesiva con respecto a los derechos fundamentales de los ciudadanos.⁶⁷ Con ello, el juicio de proporcionalidad en ámbito europeo asume como propios los contenidos tradicionalmente atribuidos al principio pragmático de subsidiariedad o de *ultima ratio*, el cual, en términos genéricos, condiciona la legitimidad de la intervención jurídico-penal a la inexistencia de otros medios de control social comprobadamente efectivos y eficaces para alcanzar los fines acordados de prevención, protección y sanción a un menor coste para el infractor, la sociedad y la víctima.⁶⁸

Pues bien, la armonización del derecho penal conforme al art. 83 (1) del TFUE exige que la UE ejerza su competencia estableciendo *normas mínimas* respecto a la delimitación de infracciones penales y a la definición de las sanciones aplicables, las cuales han de atañer a ámbitos delictivos dotados de *especial gravedad* y, además, de *dimensión transfronteriza*⁶⁹, la cual derivaría bien de la naturaleza o de las repercusiones de dichas infracciones, bien de la necesidad particular de combatirlas con arreglo a criterios comunes.⁷⁰ El dispositivo, asimismo, indica expresa y, en principio, exhaustivamente, qué ámbitos delictivos de especial gravedad y de dimensión transfronteriza serían pasibles de armonización, siendo ellos el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de

tareas que no pueden cumplirse eficazmente mediante acciones a nivel descentralizado, local o regional. De esta manera se garantiza que las decisiones se tomen lo más cerca posible de los ciudadanos y teniendo en cuenta las demandas de la sociedad. Por tanto, el principio de subsidiariedad no es sólo una idea organizativa, sino también una idea estrechamente relacionada con la idea de democracia y autogobierno. Al respetar el principio de subsidiariedad, los ciudadanos tienen la mayor libertad posible para decidir sobre sus vidas».

67. A propósito del tema, SIMON, P. The criminalisation power of the European Union after Lisbon and the principle of democratic legitimacy, ob. cit., pp. 253-254.
68. Para un abordaje más detallado acerca del principio de subsidiariedad, véase ROSSETTO, P. C. El bien jurídico tutelado en los supuestos delictivos de la corrupción política: breves consideraciones. En: MUÑOZ SÁNCHEZ et al. *Diálogos sobre cuestiones problemáticas de las ciencias penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 431-436.
69. Lo que significa que tales criterios no son alternativos, sino cumulativos. Así, ASP, P. The substantive criminal law competence of the EU, ob. cit., p. 85 y CORRAL MARAVER, N. *Racionalidad legislativa y elaboración del derecho penal en la Unión Europea*, ob. cit., pp. 88-89. Sobre el tema, véase FRANSSEN, V. EU criminal law and *effet utile*: a critical examination of the union's use of criminal law to achieve effective enforcement. En: BEATA BANACH-GUTIERREZ, J., HARIDNG, C. *EU Criminal law and policy: values, principles and methods*. New York: Routledge, 2017, pp. 86-87.
70. Más detenidamente sobre el tema, CORRAL MARAVER, N. *Racionalidad legislativa y elaboración del derecho penal en la Unión Europea*, ob. cit., pp. 89-90; SATZGER, H. *Internationales und Europäisches Strafrecht*. 10. ed. Baden-Baden: Nomos, 2022, p. 158 y ASP, P. *The substantive criminal law competence of the EU*, ob. cit., p. 87.

pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.⁷¹ Este listado, como no podría dejar de ser, se limita a hacer referencia a ámbitos delictivos bastante abstractos, absteniéndose de proveer conceptos político-criminales o de aludir a figuras delictivas propiamente dichas.⁷² El problema es que esta técnica legislativa podría favorecer una interpretación demasiado amplia del precepto y, al menos potencialmente, fomentar un incremento desmesurado de la competencia armonizadora de la UE en los ámbitos delictivos mencionados.⁷³ Y es que, además, aunque pueda considerarse exhaustivo en un primer momento, este listado es pasible de ampliación. De un lado, porque la mención al blanqueo de capitales y a la delincuencia organizada permite la inclusión de otras formas de criminalidad.⁷⁴ De otro, porque el propio artículo, sopesando la inequívoca evolución de la delincuencia, autoriza al Consejo, por unanimidad y previa aprobación del Parlamento europeo, ampliar los ámbitos delictivos susceptibles de armonización. Esa cláusula de extensión, en todo caso, habrá de interpretarse concienzudamente a la luz de los mencionados criterios de especial gravedad de la infracción y de dimensión transfronteriza.⁷⁵

El apartado segundo del art. 83, por otro lado, recoge la *competencia accesorio (funcional o anexa)* de la UE para la armonización de normas jurídico-penales. A tenor de esa disposición, cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte *imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión* en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas *normas mínimas* relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate.⁷⁶ A diferencia de la competencia autónoma del

71. Denominados «delitos europeos» por la Comisión europea en su comunicación *Hacia una política de derecho penal de la UE* (COM/2011/0573 final). En el ámbito doctrinario, se conocen como *euroidelitos*. Así, AMBOS, K. *European criminal law*, ob. cit., pp. 17-18.
72. Para SATZGER, H. *Internationales und Europäisches Strafrecht*, ob. cit., p. 157, dada la vaguedad del catálogo, es difícil predecir en qué medida se puede armonizar el derecho penal material nacional sobre la base de este estándar de competencia. De ahí que, para el autor, «se lograría un resultado coherente a este respecto si se siguieran directrices claras en el marco de la política criminal europea, como las elaboradas por un grupo europeo de científicos en su «Manifiesto por la política criminal europea».
73. En sentido similar, FRANSSEN, V. *EU criminal law and effet utile...*, ob. cit., p. 87; ASP, P. *The substantive criminal law competence of the EU*, ob. cit., pp. 90-91 y CORRAL MARAVER, N. *Racionalidad legislativa y elaboración del derecho penal en la Unión Europea*, ob. cit., p. 86.
74. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. *Derecho penal europeo*, ob. cit., pp. 42, 44-45.
75. Sobre el tema, AMBOS, K. *European criminal law*, ob. cit., pp. 319-320.
76. Como bien señala MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. *Derecho penal europeo*, ob. cit., pp. 47-48, «esta disposición no es sino el reconocimiento positivo de la jurisprudencia del TJUE vertida en Comisión vs Consejo (2005) e interpretada más restrictivamente en 2007, cuando la materia penal todavía se regía por las reglas del Tercer Pilar y la directiva no era el instrumento jurídico utilizado para armonizar el derecho penal. En el asunto Comisión vs. Consejo 2005, el TJUE autorizó el uso de la competencia anexa para la adopción de cualesquiera medidas, con independencia de su naturaleza incluyendo, por tanto, las de naturaleza penal, en aras a garantizar el cumplimiento y la efectividad de las disposiciones de derecho comunitario». En ese sentido, FRANSSEN, V. *EU criminal law and*

art. 83(1) TFUE, dichas directivas podrán adoptarse, bien mediante el *procedimiento legislativo ordinario*, que asegura una participación equitativa entre el Parlamento europeo y el Consejo, o bien mediante un *procedimiento legislativo especial* - concretamente el procedimiento que se haya utilizado previamente para armonizar una determinada materia -, lo que plantea importantes problemas de legitimación democrática al vetar la participación del parlamento europeo como colegislador.⁷⁷

La competencia accesoria del artículo 83 (2) del TFUE ha generado una amplia controversia. De un lado, porque amplia considerablemente la competencia de la UE en materia penal, posibilitando su incidencia sobre todos aquellos ámbitos políticos respecto a los que la UE ejerce facultades propiamente atribuidas, siempre y cuando estas materias ya hubiesen sido objeto de armonización.⁷⁸ De otro lado, porque atribuye a las normas jurídico-penales una finalidad meramente funcional, considerándolas como instrumentos imprescindibles para garantizar la *ejecución eficaz* de la legislación europea. Esto plantea la cuestión de si, y hasta qué punto, la decisión incriminadora del legislador comunitario es resultado de un equilibrio entre el *effet utile* del derecho europeo, de un lado, y los tradicionales criterios de justificación y legitimación material de normas jurídico-penales, de otro.⁷⁹ Finalmente, porque existe incertidumbre en torno al significado preciso del término «imprescindible» (*essential* en su versión en inglés) para garantizar la ejecución eficaz de políticas y programas normativos europeos.⁸⁰ Concretamente, se cuestiona si el requisito de imprescindibilidad es más exigente que la condición de necesidad incluida en el test general de proporcionalidad. Para Asp, por ejemplo, el término «imprescindible» indica que, para ser legítima, la intervención del *ius puniendi* europeo debe considerarse «absolutamente necesaria», demandando, por tanto, la aplicación de un juicio de proporcionalidad más estricto.⁸¹ Satzger, a su vez, considera que aunque esa interpretación más restrictiva está ampliamente justificada, queda por ver si, en definitiva, tendrá aplicación

effet utile... ob. cit., p. 87 y MITSILEGAS, W. *EU criminal law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009, p. 108.

77. Detalladamente, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. *Derecho penal europeo*, ob. cit., pp. 47-50.
78. A propósito, MITSILEGAS, W. *EU criminal law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009, p. 112; FRANSSEN, V. *EU criminal law and effet utile*..., ob. cit., pp. 87-88, ASP, P. The substantive criminal law competence of the EU, ob. cit., p. 128 y CORRAL MARAVER, N. *Racionalidad legislativa y elaboración del derecho penal en la Unión Europea*, ob. cit., p. 92. En sentido contrario, VOGEL, J. Die Strafgesetzgebungskompetenzen der Europäischen Union nach Art. 83, 86 und 325 AEUV. En: AMBOS, K. (org.) *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2011, p. 46, quien considera el art. 83(2) del TFUE no ocasiona ninguna ampliación significativa de competencias en comparación con la ley anterior.
79. En sentido similar, aunque algo más restricto, FRANSSEN, V. *EU criminal law and effet utile*... ob. cit., p. 88, quien defiende que la criminalización de la UE requiere un cuidadoso ejercicio de equilibrio entre el fundamento de eficacia y los principios de proporcionalidad y subsidiariedad del derecho penal (p. 85).
80. MITSILEGAS, W. *EU criminal law*, ob. cit., p. 108.
81. ASP, P. The substantive criminal law competence of the EU, ob. cit., pp. 130-131.

práctica⁸², una vez que el TJUE (en el caso C-176/03, *Comisión vs. Consejo*)⁸³ e incluso la Comisión (COM(2011)573 final)⁸⁴, utilizan indiscriminadamente los términos «necesario» e «imprescindible o esencial» al delimitar la competencia funcional en materia penal, sin profundizar en sus respectivos matices conceptuales.

Ahora bien, tanto el art. 83(1) como el art. 83(2) del TFUE exigen que la UE ejerza su competencia armonizadora estableciendo *normas mínimas* respecto a la delimitación de infracciones penales y a la definición de las sanciones aplicables. La adopción de *normas mínima* representa una estrategia para superar la reluctancia de los Estados miembros en conferir competencia penal a la UE, siendo su principal finalidad crear un lenguaje jurídico-penal común a nivel europeo y, con ello, facilitar el reconocimiento mutuo de decisiones y la cooperación policial y judicial transnacional en materia penal.⁸⁵ Pese a su recorrido e innegable importancia como requisito de armonización, el alcance de la expresión sigue siendo equivoco, persistiendo la duda respecto a qué significa tener normas mínimas en un contexto de criminalización de conductas e imposición *in abstracto* de sanciones penales europeas.⁸⁶

La controversia, en resumidas cuentas, se centra en las siguientes cuestiones.

En primer lugar, se discute si la UE, en el ejercicio de su competencia armonizadora, puede legislar sobre materias propias de la parte general del derecho penal. A propósito, como bien señala Asp, parece razonable considerar que la respuesta a esta indagación, aunque con ciertos matices, ha de ser positiva. De hecho, al describir conductas específicas pasibles de criminalización, los instrumentos comunitarios pueden hacer referencia a temas como el dolo, la imprudencia grave, la tentativa, las formas de participación delictiva y la responsabilidad de personas jurídicas.⁸⁷ Asimismo, al prescribir la sanción correspondiente, pueden abordar temas como la naturaleza de la pena a imponerse y las circunstancias que han de considerarse agravantes o atenuantes. Sin embargo, esa competencia no abarcaría la armonización

82. SATZGER, H. *Internationales und Europäisches Strafrecht*, ob. cit., p. 160.

83. Disponible en: [<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=59714&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=309070>]. Acceso el: 02.11.2023.

84. En su comunicación Hacia una política de derecho penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el derecho penal. Documento disponible en: [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52011DC0573>]. Acceso el 02.11.2023.

85. De ahí que, para ZOUMPOULAKIS, K. The unresolved tensión between the approximation of criminal norms in the EU and the question of national discretion: what is the role of minimum rules in EU criminal law? *Boom Strafbblad*, v. 3(6), pp. 315-318, 2022, p. 316, «el concepto de reglas mínimas representa un compromiso entre la necesidad de una respuesta común efectiva al crimen y la necesidad de respetar el carácter sensible que el derecho penal tiene para la soberanía nacional.

86. ZOUMPOULAKIS, K. From the ground up: the use of minimum rules in EU procedural criminal law and the question of member states' discretion. *European Papers*, v. 5 (3), pp. 1289-1303, 2020, pp. 1290-1292.

87. En sentido similar, SATZGER, H. *Internationales und Europäisches Strafrecht*, ob. Cit., p. 134.

del contenido de institutos propios de la parte general del derecho penal⁸⁸, por lo que la UE no estaría legitimada para legislar, por ejemplo, sobre el concepto de dolo o de imprudencia grave, sobre los modelos de imputación de responsabilidad de las personas jurídicas, sobre los límites de la tentativa, o sobre las peculiaridades de la instigación, complicidad o cooperación delictivas.⁸⁹

En segundo lugar, se indaga si el establecimiento de *normas mínimas* en materia de descripción de conductas delictivas e imposición de penas supone impedir que los Estados miembros legislen superando los niveles mínimos de criminalización y castigo indicados en el instrumento comunitario pertinente. A propósito, señala acertadamente Asp que la competencia para adoptar normas mínimas impone a los Estados miembros un límite meramente unidireccional, no siendo razonable considerar que la UE, al ejercer su competencia armonizadora en materia penal, está autorizada a limitar la discrecionalidad de los legisladores nacionales imponiendo umbrales máximos (o superiores) al poder punitivo estatal.⁹⁰ En otras palabras, el requisito de *normas mínimas* exige que los Estados miembros legislen de forma correspondiente al nivel mínimo común de criminalización y sanción previsto en una determinada disposición comunitaria, siéndoles permitido ampliar el alcance y gravedad de la intervención jurídico-penal en sus respectivas jurisdicciones.⁹¹ Eso no significa, sin embargo, que el poder punitivo estatal no conozca límites materiales concretos. Como bien sabemos, las legislaciones nacionales suelen vincular la racionalidad y legitimidad de la intervención

88. KAIAFA-GBANDI, M. The post-Lisbon approach towards the main features of substantive criminal law: developments and challenges. *European Criminal Law Review*, n. 5 (1), pp. 03-18, 2015, pp. 11-14.

89. A propósito, ASP, P. *The substantive criminal law competence of the EU*, ob. Cit., pp. 93-103 y AMBOS, K. *European criminal law*, ob. Cit., p. 324.

90. Sobre la polémica, ASP, P. *The substantive criminal law competence of the EU*, ob. Cit., pp. 110-127. En su comunicación «Hacia una política de Derecho penal de la UE...», la Comisión esclarece que las reglas mínimas respecto a la delimitación de infracciones penales y a la definición de las sanciones aplicables pueden incluir disposiciones sobre la descripción tanto de la conducta delictiva principal como de conductas accesorias como la instigación, la complicidad y la cooperación. Tales conductas, además, pueden ser intencionadas (o dolosas) o, en determinados casos, resultar de una imprudencia o negligencia graves. Asimismo, la figura delictiva puede referirse a una conducta consumada o intentada. La UE también puede exigir a los Estados miembros que adopten sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias para una determinada conducta, siendo también posible que el derecho penal europeo determine más específicamente qué tipos o niveles de sanciones deban ser aplicables. En todo caso, en la determinación de las sanciones, sería posible valorar tanto circunstancias «agravantes» como «atenuantes». Respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas, la Comisión se manifiesta en el sentido de que ésta pueda asumir una naturaleza, bien penal, bien administrativa. Finalmente, la legislación de la UE puede abarcar normas sobre competencia, así como otros aspectos que se consideran parte de la definición como elementos necesarios para la aplicación efectiva de la disposición legal.

91. Así, AMBOS, K. *European criminal law*, ob. Cit., pp. 320-321, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. *Derecho penal europeo*, ob. Cit., p. 47 y ZOUMPOULAKIS, K. The unresolved tension between the approximation of criminal norms in the EU and the question of national discretion..., ob. Cit., pp. 317-318.

jurídico-penal a la observancia de una serie de principios de naturaleza penal, entre los cuales destacan el principio de lesividad, de fragmentariedad, de imputación, de responsabilidad por el hecho, de humanidad y proporcionalidad de las sanciones y, finalmente, de subsidiariedad.⁹² Y dentro de ese contexto, no podemos olvidar que los legisladores nacionales – a la par que el europeo – deben obediencia al convenio europeo de derechos humanos y a la carta de derechos fundamentales de la UE, instrumentos normativos éstos que establecen una serie de derechos y garantías tendientes a imponer límites al ejercicio del *ius puniendi* estatal y europeo.⁹³

Por último, es problemática la tendencia actual de la UE de promulgar normas armonizadoras que introducen plazos mínimos de prescripción y marcos sancionatorios cada vez más detallados y estrictos, restando margen de apreciación a los legisladores penales nacionales. Los arts. 7º y 12 de la directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del derecho penal, por ejemplo, determinan que los Estados miembros han de castigar el fraude, el blanqueo de capitales, el cohecho y la malversación que afecten el presupuesto comunitario con una pena máxima de privación de libertad de al menos 4 años de prisión cuando tales infracciones supongan daños y perjuicios o ventajas considerables.⁹⁴ A su vez, el plazo de prescripción de tales infracciones, por lo general, no podrá ser inferior a 5 años, contados a partir del momento en que fueron cometidas. Sin embargo, dicho umbral podrá rebasarse a un límite no inferior a 3 años, siempre y cuando se garantice que el período de prescripción pueda ser interrumpido o suspendido por determinados actos.⁹⁵

Como bien señala Kaiafa-Gbandi, uno de los efectos colaterales negativos de la fijación de un valor numérico inflexible como límite mínimo de los umbrales superiores de la pena privativa de libertad abstractamente impuesta para conductas portadoras de diferentes magnitudes de desvalor es la violación del principio de proporcionalidad. En efecto, es difícilmente

92. Por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*. 2. Ed. Ampl. Madrid: Editorial Trotta, 2013, pp. 137-163.

93. Sobre el tema, KAIAFA-GBANDI, M. The protection of the EU's financial interests by means of criminal law in the context of the Lisbon Treaty and the 2017 Directive (EU 2017/1371) on the fight against fraud to the Union's financial interests. *ZIS*, n. 12, pp. 575- 582, 2018, p. 575.

94. En la propuesta inicial de la directiva PIF, la Comisión planteó introducir una disposición que tratase de establecer umbrales mínimos de la pena mínima que los Estados miembros podrían considerar, bajo la excusa de que esa inclusión era necesaria para garantizar que se pudiera lograr una disuasión efectiva en toda Europa. Se fijó ese umbral mínimo en tres meses de prisión, que se consideró proporcionado en relación con la gravedad de los delitos y que, a su vez, podía garantizar que se emitiera y ejecutara una orden de detención europea. Esa introducción, sin embargo, no fue finalmente aceptada por el Consejo, por lo que en el texto final de la directiva PIF no existe disposiciones sobre límites mínimos para la pena mínima. Sobre el tema, véanse KAIAFA-GBANDI, M. The post-Lisbon approach towards the main features of substantive criminal law..., ob. Cit., p. 10 y DI FRANCESCO MAESA, C. Directive (EU) 2017/1371 on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law: a missed goal? *European Papers*, v. 3 (3), pp. 1455-1469, 2018, pp. 1464-1465).

95. Disponible en: [https://www.boe.es/doue/2017/198/L00029-00041.pdf]. Acceso el: 30.10.2023.

conciliable con este principio la imposición de un idéntico límite máximo a conductas delictivas portadoras de contenidos y grados de nocividad tan dispares como las de fraude, de blanqueo de capitales o de cohecho de funcionarios que supongan un perjuicio para los intereses financieros de la UE. De esa forma, concluye acertadamente la autora que la UE debería abstenerse de imponer límites mínimos a los umbrales máximos de la pena, lo que sólo sería aceptado cuando estrictamente necesario en función de la naturaleza específica del delito y siempre en forma de rango, y ello a fin de facilitar la preservación de la coherencia interna de las legislaciones penales nacionales.⁹⁶ Por otro lado, es una cuestión abierta si, en definitiva, la UE tiene competencia para legislar sobre plazos de prescripción, dado que esta materia consiste en un instituto propio de la parte general de los códigos penales nacionales. Aparte de ello, señala la autora que el deber impuesto a los Estados miembros de proporcionar una protección efectiva al presupuesto comunitario se satisface con la aplicación del principio de asimilación, siendo suficiente, por tanto, que se equiparen los plazos de prescripción de los delitos contra los intereses financieros de la UE a aquellos previstos para los delitos contra los intereses financieros nacionales.⁹⁷

Pues bien, respecto a los límites exactos de la competencia armonizadora europea en materia penal, es, además, asunto controvertido si la protección de los intereses financieros de la UE puede considerarse, o bien como uno de los ámbitos armonizados que autorizan la incidencia del art. 83(2) del TFUE, o bien como un asunto que permite acudir al art. 325(4) del TFUE, cuyo contenido recoge parcialmente lo dispuesto en el antiguo art. 280(4) TCE (*supra* mencionado). Concretamente, establece el dispositivo que el Parlamento europeo y el Consejo, mediante el procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Tribunal de cuentas, deben adoptar medidas de prevención y «lucha» contra el fraude que se consideren necesarias para proteger eficazmente y de forma equivalente los intereses financieros de la UE en el ámbito de los Estados miembros y de las instituciones, órganos y organismos europeos. Sin embargo, a diferencia del art. 280.4 del TCE, el art. 325(4) no veda expresamente que estas *medidas necesarias* conlleven la aplicación de la legislación penal nacional o de la administración nacional de la justicia⁹⁸, lo que abre la posibilidad de que la competencia armonizadora de la UE en materia penal se extienda más allá de las hipótesis previstas en el art. 83 del TFUE.⁹⁹

Sobre la problemática, y salvo alguna posición titubeante, es posible encontrar dos líneas argumentales bastante claras en la doctrina especializada.¹⁰⁰ De un lado, una amplia mayoría

96. KAIAFA-GBANDI, M. The post-Lisbon approach towards the main features of substantive criminal law..., ob. cit., pp. 09-10, 16-17.

97. Sobre el tema, KAIAFA-GBANDI, M. The protection of the EU's financial interests by means of criminal law in the context of the Lisbon Treaty and the 2017 Directive (EU 2017/1371) on the fight against fraud to the Union's financial interests, ob. cit., pp. 581-582.

98. Detalladamente, ASP, P. *The substantive criminal law competence of the EU*, ob. cit., pp. 142-147.

99. MITSILEGAS, W. *EU criminal law*, ob. cit., p. 109.

100. Sobre el tema, véanse ASP, P. *The substantive criminal law competence of the EU*, ob. cit., pp. 147-154; CORRAL MARAVER, N. Racionalidad legislativa y elaboración del derecho penal en la Unión Europea, ob. cit., pp. 94-97 y MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. *Derecho penal europeo*, ob. cit., pp. 50-56.

doctrinal considera que el art. 325 posee una clara connotación jurídico-penal, constituyendo una base jurídica específica (*lex specialis*) que otorga competencia a la UE para legislar, incluso penalmente, en materia de fraude contra sus intereses financieros.¹⁰¹ Para Satzger, por ejemplo, con la deliberada supresión de la reserva contenida en la segunda parte del antiguo art. 280(4), ya no hay razones para seguir negando que el art. 325(4) proporciona un marco jurídico adecuado para la competencia legislativo-penal de la UE.¹⁰² Los disidentes, por otro lado, argumentan que el art. 325(4) del TFUE no confiere a la UE competencia en materia de derecho penal independiente del art. 83 (2) del mismo diploma legal. Más bien, la competencia legislativo-penal de la UE en materia de protección de los intereses financieros europeos deriva de una interpretación conjunta entre el art. 325 y el art. 83 del TFUE. Ambos artículos otorgan a la UE competencia para armonizar las legislaciones nacionales en este ámbito y, por consiguiente, para adoptar directivas que establezcan normas mínimas con respecto a la definición de infracciones y sanciones penales, con la condición de que esto «resulte imprescindible para garantizar la aplicación efectiva» de la correspondiente política armonizada.¹⁰³

101. Esta es la opinión defendida por la Comisión Europea, que, como veremos, basó su propuesta de directiva relativa a la lucha contra el fraude a los intereses financieros de la Unión mediante el derecho penal (COM(2012) 363 final) en el art. 325 (4) del TFUE. Documento disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012PC0363&from=ES]. Acceso el: 01.11.2023. En la doctrina, son favorables a esa concepción, VOGEL, J. Die Strafgesetzbuchskompetenzen der Europäischen Union nach Art. 83, 86 und 325 AEUV, ob. cit., p. 42 y 48; DI FRANCESCO MAESA, C. Directive (EU) 2017/1371 on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law..., ob. cit., pp. 1457-1461; AMBOS, K. *European criminal law*, ob. cit., p. 18-19, 325-326; HECKER, B. *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*. En: AMBOS, K. (org.) *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2011, p. 27; SICURELLA, R. EU competence in criminal matters. En: MITSILEGAS, V. et. al. *Research handbook on EU criminal law*. Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, p. 66; MIETTINEN, S. *Criminal law and policy in the European Union*. London, New York: Routledge, 2013, p. 52; VERVAELE, J. A. E. Harmonised Union policies and the harmonisation of substantive criminal law. En: GALLI, F., WEYEMBERG, A. (eds.). *Approximation of substantive criminal law in the EU: the way forward*. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 2013, pp. 62, 67-68; DE HERT, P., WIECZOREK, I. Testing the principle of subsidiarity in EU criminal policy: the omitted exercise in the recent EU documents on principles for substantive European criminal law. *New Journal of European Criminal Law*, v. 3, (3-4), pp. 394-411, 2012, pp. 401, 404-405 y MIETTINEN, S. Implied ancillary criminal law competence after Lisbon. *EuCLR*, v. 3 (2), 2013, p. 209.

102. SATZGER, H. *Internationales und Europäisches Strafrecht*, ob. cit., p. 133.

103. Esa fue la posición adoptada por el Consejo y el Parlamento europeo por ocasión de la aprobación de la directiva PIF, posición ésta que se fundamentó en un dictamen del servicio jurídico del Consejo emitido el 22 de octubre de 2022 (DOC 15309/12). Según el informe, en comparación con el anterior art. 280 del TCE, la supresión de la reserva respecto a la adopción de medidas jurídico-penales de la redacción del art. 325(4) del TFUE no autoriza considerar ese dispositivo como una base jurídica autónoma de derecho penal. Más bien, esta supresión debe interpretarse en relación con la inserción de la nueva base jurídica en el art. 83(2), del TFUE, cuyo objetivo es abordar todos los casos en los que el legislador de la UE necesita armonizar la definición de delitos y sanciones para que otras medidas armonizadas de la UE (no penales) sean más eficaces. Documento disponible en: [https://db.eurocrim.org/db/en/doc/1959.pdf]. Acceso el: 01.11.2023. En la doctrina, es defensora de ese

Sea como fuere, lo cierto es que, en la práctica, parece muy poco probable que la UE vaya a ejercer su competencia penal en materia de fraude contra el presupuesto comunitario mediante *reglamentos*, descuidando, con ello, los requisitos del art. 83(2) del TFUE.¹⁰⁴ En efecto, de un análisis sistemático de la comunicación de *Hacia una política de derecho penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el Derecho penal*, se extrae que la Comisión europea, sin renunciar al art. 365(4) del TFUE como base jurídica de la correspondiente competencia jurídico-penal, parte de la premisa de que la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la UE consiste en un ámbito político ya armonizado que posibilita el uso de la competencia funcional de la UE, la cual, habría de ejercerse mediante normas mínimas que se recogen en directivas aprobadas con arreglo al procedimiento de codecisión, lo que posibilita una mayor participación del Parlamento europeo.¹⁰⁵ Y es que, además, y no por casualidad, la Comisión europea presentó en 2012 una propuesta de directiva sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del derecho penal (COM(2012) 363 final)¹⁰⁶, la cual se convirtió en la directiva (UE) 2017/1371 todavía en vigor.¹⁰⁷ En esa ocasión, aunque la Comisión haya invocado el art. 325(4) del TFUE como fundamento de su propuesta – que posteriormente fue rechazado por el Consejo y el Parlamento europeo en beneficio de la competencia anexa del art. 83(2) del TFUE –, el instrumento jurídico seleccionado desde un primer momento ha sido una directiva en lugar de un reglamento.¹⁰⁸

planteamiento, WEYEMBERGH, A. Introduction: Approximation of substantive criminal law: the new institutional and decision-making framework and new types of interaction between EU actors. En: GALLI, F., WEYEMBERGH, A. (eds.). *Approximation of substantive criminal law in the EU: the way forward*. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 2013, pp. 18-19. Aunque considere esa propuesta la más acertada desde el punto de vista normativo, apuesta que la posición anterior será la que se consolidará, ASP, P. *The substantive criminal law competence of the EU*, ob. cit., pp. 147-154.

104. También en ese sentido, CORRAL MARAVER, N. Racionalidad legislativa y elaboración del derecho penal en la Unión Europea, ob. cit., pp. 98-99.
105. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones «Hacia una política de Derecho penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el Derecho penal». Documento disponible en: [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0573>]. Junto a ello, conviene agregar que en su comunicación sobre «la protección de los intereses financieros de la Unión Europea a través del Derecho penal y de las investigaciones administrativas: Una política integrada para salvaguardar el dinero de los contribuyentes», de 26 de mayo de 2011 (COM (2011) 293 final), la Comisión asume expresamente que el art. 83 del TFUE representa una de las vías legales para proteger los intereses financieros de la UE. Disponible en: [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0293>].
106. Texto disponible en: [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012PC0363>]. Acceso el: 05.11.2023.
107. Texto disponible en: [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L1371>]. Acceso el: 05.11.2023.
108. En efecto, la Comisión declara expresamente que la directiva «es el instrumento apropiado para establecer disposiciones de Derecho penal armonizadas en el ámbito de la protección de los intereses

Ahora bien, desde el inicio de la vigencia del Tratado de Lisboa se han presentado una serie de iniciativas de interés de cara a la prevención y represión de la corrupción.

La primera de ellas atañe a la adopción de la ya mencionada directiva (UE) 2017/1371, también conocida como directiva PIF, la cual deroga el anterior convenio PIF y sus respectivos protocolos¹⁰⁹ y delimita el ámbito material de actuación de la recién creada Fiscalía Europea (art. 22 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017).¹¹⁰ El objetivo declarado de la directiva PIF es establecer «normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones relativas a la lucha contra el fraude y otras actividades ilegales que afectan a los intereses financieros de la Unión, con el fin de reforzar la protección contra las infracciones penales que afectan a dichos intereses financieros, en consonancia con el acervo de la Unión en este ámbito» (art. 1º).

En comparación con el marco normativo anterior, cuya eficacia fue probadamente deficiente, la directiva PIF introduce novedades de gran interés. La primera de ellas atañe a la definición de «intereses financieros de la UE», término éste que abarca todos los ingresos, gastos y activos cubiertos por, adquiridos a través de, o adeudados, al presupuesto de la Unión o a los presupuestos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión u otros presupuestos gestionados y controlados directa o indirectamente por ellos (art. 2º). Ya en materia de descripción de conductas delictivas, la directiva innova al ampliar las hipótesis abarcadas por el término «fraude»¹¹¹, que pasa a incluir conductas especialmente graves que afectan a los in-

financieros de la Unión, dejando a los Estados miembros un cierto margen de flexibilidad en cuanto a aplicar o no disposiciones más estrictas».

109. Texto disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L1371]. Acceso el: 09.11.2023. La directiva fue adoptada el 05 de julio de 2017 y el plazo para su transposición de la Directiva al Derecho nacional expiraba el 6 de julio de 2019. En esa fecha, sólo 12 Estados miembros habían notificado la transposición completa de la directiva. Como consecuencia, Comisión decide iniciar procedimientos de infracción contra los 14 Estados miembros restantes, enviándoles cartas de emplazamiento formal en septiembre de 2019. En abril de 2021, el número de transposiciones completas notificadas había aumentado a 26, lo que significa que todos los Estados miembros vinculados por la directiva finalmente habían notificado su transposición completa al derecho nacional.
110. En el presente trabajo no voy a ocuparme del amplio debate en torno a la creación de la Fiscalía Europea. Sobre el tema, véanse GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., HERLIN-KARNELL, E. Prosecuting EU financial crimes: the European public prosecutor's office in comparison to the US federal regime. *German Law Journal*, v. 19(5), pp. 1191-1220, 2018, pp. 1198-1220; ERBEŽNIK, A. European public prosecutor's office (EPPO) –too much, too soon, and without legitimacy? *EuCLR*, v. 05(2), pp. 209-221, 2015, pp. 212-221. Sobre la organización de la Fiscalía, véase RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C. En el corazón de la Fiscalía Europea: las salas permanentes. *Revista de Estudios Europeos*, n. extra 1, pp. 01-27, 2023, pp. 03-26 y BRODOWSKI, D. El poder de acusar en nombre de Europa: la Fiscalía Europea como hito de la política penal supranacional. *REDE*, n. 83, 2022, pp. 57-73, 2022, pp. 58 y ss.
111. La directiva establece cuatro categorías de conducta constitutiva de fraude que afecta la integridad de los intereses financieros de la UE, siendo ellas: i) el fraude en materia de gastos no relacionados con los contratos públicos; ii) el fraude en materia de gastos relacionados con los contratos públicos, que han de cometerse con ánimo de lucro ilegítimo para el autor u otra persona, causando una pérdida para los intereses financieros de la Unión; iii) el fraude en materia de ingresos distintos de los procedentes

gresos procedentes de los recursos propios del IVA (art. 3º).¹¹² Asimismo, define qué ha de entenderse por «funcionario público» y establece conceptos autónomos a los delitos de malversación y de corrupción pasiva y activa, los cuales han de cometerse intencionadamente y suponer un peligro o un efectivo perjuicio a los intereses financieros de la UE. Para completar, la directiva insiste en la necesidad de que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para garantizar que sea constitutivo de infracción penal el blanqueo de capitales en los términos art. 1.3 de la directiva (UE) 2015/849, relacionándolo a los bienes procedentes del fraude, de la corrupción y de la malversación que afecten al presupuesto comunitario (art. 4º).¹¹³ Cuanto a las disposiciones en materia de sanción, y más allá de la ya comentada imposición de límites mínimos a las penas máximas y a los plazos de prescripción aplicables, nos encontramos con la imposición de una circunstancia agravante referida al fraude, a la corrupción, a la malversación y al blanqueo de capitales que se cometan en el seno de una organización delictiva, para cuya definición se remite a la decisión marco 2008/841/JAI (art. 8º).¹¹⁴ Finalmente, la directiva trae dos últimas imposiciones dignas de mención. Primero, la atribución de responsabilidad a las personas jurídicas, a las que se debe imputar sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.¹¹⁵ Segundo, la adopción de medidas necesarias para permitir el

de los recursos propios del IVA; y, iv) el fraude en materia de ingresos procedentes de los recursos propios del IVA.

112. Concretamente, casos de fraudes comisivos y omisivos dolosos que posean una naturaleza transfronteriza o que supongan, como mínimo, un perjuicio total de 10.000.000 de euros (art. 3.2, d). Se ajustarian a esos criterios, por ejemplo, el sistema de fraude intercomunitario denominado «operador desaparecido» (*missing-trader intra-EU*) y el fraude en carrusel del IVA. Así, DI FRANCESCO MAESA, C. Directive (EU) 2017/1371 on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law..., ob. cit., p. 1462. Llama la atención el hecho de que en el considerando 04 la directiva menciona, entre los criterios que implicarían una mayor gravedad de las infracciones penales contra el sistema común del IVA, el que éstas «se cometan de manera estructurada con objeto de obtener una ventaja indebida del sistema común del IVA», criterio éste que, al fin y al cabo, no queda reflejado en el cuerpo de la directiva. Críticamente sobre la propia inclusión del fraude al IVA en el ámbito material de la directiva, KAIKAF-GBANDI, M. The protection of the EU's financial interests by means of criminal law in the context of the Lisbon Treaty and the 2017 Directive (EU 2017/1371) on the fight against fraud to the Union's financial interests, ob. cit., pp. 576-578.
113. En su considerando 11 y 12, se advierte que la directiva no se aplica a las infracciones penales que no requieran intencionalidad, condición ésta que abarca todos los elementos del hecho delictivo y puede inferirse de circunstancias fácticas objetivas. Además, se exhorta que la directiva no obliga a los «Estados miembros a prever penas privativas de libertad por la comisión de infracciones penales que no sean de carácter grave, en los casos en que se presuma intencionalidad con arreglo al Derecho nacional».
114. Críticamente sobre esa disposición, con fundamento en la violación del principio de proporcionalidad, KAIKAF-GBANDI, M. The protection of the EU's financial interests by means of criminal law in the context of the Lisbon Treaty and the 2017 Directive (EU 2017/1371) on the fight against fraud to the Union's financial interests, ob. cit., p. 579.
115. Entre éstas pueden incluirse multas de carácter penal o administrativo, además de sanciones como: i) la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas; ii) la exclusión temporal o permanente de los procedimientos de contratación pública; iii) la inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades comerciales; iv) la intervención judicial; v) la disolución judicial, y, finalmente, vi) cierre

embargo preventivo y el decomiso de los productos e instrumentos del fraude, de la corrupción, de la malversación y del blanqueo de capitales que afecten el presupuesto comunitario (art. 10).¹¹⁶

Finalmente, entre las recientes iniciativas de «lucha» contra la corrupción capitaneadas por la UE, se encuentra el «paquete anticorrupción», el cual fue adoptado por la Comisión el 03 de mayo de 2023.¹¹⁷ En este paquete se incluyen una propuesta de directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre la lucha contra la corrupción - que examinaremos a continuación - y una comunicación conjunta al Parlamento europeo, al Consejo y al Comité económico y social europeo sobre la lucha contra la corrupción, mediante la cual el Alto Representante de la Unión para asuntos exteriores y política de seguridad plantea, con el beneplácito de la Comisión, una propuesta de Reglamento del Consejo destinado a complementar las sanciones de la PESC con un conjunto de sanciones específicas aplicables a las conductas de corrupción – practicadas dentro o fuera del ámbito europeo – que afecten gravemente los intereses y objetivos previstos en el art. 21 del TUE, especialmente la democracia, el Estado de derecho y la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos.¹¹⁸ Junto a esas medidas, se crea la red de la UE contra la corrupción, la cual se reúne por primera vez en Bruselas el 21 septiembre de 2023 y cuya tarea clave, según la comunicación conjunta, será auxiliar la Comisión en la tarea de recompilar datos y pruebas sobre los riesgos de corrupción a escala de la UE de forma más sistemática y, con ello, proveerle con informaciones que posibiliten el desarrollo de una estrategia anticorrupción más coherente y eficaz.¹¹⁹

3. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Existe un acuerdo generalizado en el sentido de que, en el ámbito europeo, la prevención y represión de la corrupción pública se lleva a cabo sobre la base de un marco normativo obsoleto, fragmentado y de alcance limitado¹²⁰, inexistiendo hasta el momento una adecuada

temporal o permanente del establecimiento que se haya utilizado para cometer la infracción penal (art. 9º).

116. Sobre algunas de las dificultades enfrentadas por los Estados miembros en la transposición de la directiva, BUSCH, M. Negotiation and transposition of the PIF directive: the German perspective. *EUCRIM*, n. 03, pp. 182-187, 2021, pp. 185-186.

117. Comunicado de prensa en: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_2516]. Acceso el: 03.12.2023.

118. Disponible en: [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023JC0012>]. Acceso el: 03.12.2023.

119. A propósito, véase [https://home-affairs.ec.europa.eu/news/eu-network-against-corruption-convenes-first-time-brussels-2023-09-21_en?etransnolive=1].

120. CLEMENTUCCI, F., MIEKINA, A. The commission proposal for a directive on combating corruption. *EUCRIM*, n. 03, pp. 276-279, 2023, p. 279. También en ese sentido, Comunicación conjunta al Parlamento europeo, al Consejo y al Comité económico y social europeo sobre la lucha contra la

armonización normativa en materia de corrupción entre todos los Estados miembros de la UE.¹²¹ Y esto pese a que, más allá de las iniciativas anticorrupción de carácter general y jurídicamente vinculante capitaneadas por la propia organización¹²², la UE como tal es signataria de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción¹²³, en adelante CNUCC, primer instrumento universal a adoptar un enfoque integral y multidisciplinario sobre el fenómeno.¹²⁴ Para superar esas debilidades, la Comisión propone en 03 mayo de 2023 una nueva directiva sobre la lucha contra la corrupción, la cual visa sustituir tanto la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo como el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la UE, y, además, modificar algunas disposiciones de la actual directiva PIF.¹²⁵

El fundamento jurídico de la propuesta de directiva sobre la lucha contra la corrupción se fija, de un lado, en el art. 83.1 del TFUE, que permite que la UE ejerza su competencia armonizadora estableciendo *normas mínimas* relativas a la definición de infracciones penales y de sanciones en materia de corrupción, de otro, en el art. 83.2 del TFUE, que se ocupa de la competencia funcional de la UE, permitiéndole establecer medidas de armonización de la legislación penal de los Estados miembros en materia de protección del presupuesto comunitario

corrupción. Disponible en: [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52023JC0012>]. Acceso el: 03.03.2024.

121. Así, véase informe elaborado a expensas de la Comisión, GAGLIO, I, et al. *Strengthening the fight against corruption: assessing the EU legislative and policy framework*. European Union, 2023, pp. 14-18.
122. Concretamente, como hemos visto, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, Decisión Marco (2003/568/JAI), de 22 julio 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, ambos anteriores al Tratado de Lisboa. Junto a estos actos, está la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del derecho penal.
123. Decisión del Consejo 2008 /801/CE, de 25 de septiembre de 2008, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (DO L 287 de 29.10.2008, pp. 1-110).
124. En efecto, como acertadamente señala ARGADOÑA, A. The United Nations convention against corruption and its impact on international companies, ob. cit., p. 485, «la Convención pretende ser un instrumento internacional exhaustivo, funcional y eficaz que tenga en cuenta las múltiples facetas de la corrupción y que establezca un lenguaje y unas directrices comunes para unificar la legislación internacional en este ámbito, con el justo equilibrio entre prevención y persecución. Al mismo tiempo, la Convención reconoce ciertas limitaciones fundamentales en su enfoque y contenido, a saber, el reconocimiento de la soberanía de los Estados, las inevitables y legítimas diferencias jurídicas, culturales, sociales y políticas entre los Estados Parte y sus diferentes niveles de desarrollo económico».
125. Disponible en: [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023PC0234>]. Acceso el: 03.12.2023.

y, finalmente, en el art. 82.1.1 letra d) del TFUE, que constituye la base jurídica de las medidas destinadas a facilitar la cooperación policial y judicial entre los Estados miembros.¹²⁶

El principal objetivo de la propuesta de directiva es actualizar el marco normativo de la UE en materia de corrupción, incorporando en un único acto jurídico las medidas de prevención y represión del fenómeno previstas en anteriores instrumentos normativos internacionales, destacándose entre ellos la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003.¹²⁷

Concretamente, respecto a las medidas de represión jurídico-penal del fenómeno, cabe proceder a unas breves consideraciones:

En primer lugar, al igual que otros instrumentos normativos internacionales, la propuesta de directiva opta por no elaborar una definición jurídica de corrupción, limitándose a enumerar los supuestos delictivos que más comúnmente se consideran manifestaciones del fenómeno, bien en el sector público, bien en el sector privado.¹²⁸ Según la propuesta, han de ser punibles como infracciones penales cuando se cometan intencionadamente: i) el cohecho activo y pasivo (art. 7º); ii) la corrupción privada, al que denomina *soborno* (art. 8º); iii) la malversación de caudales públicos y la apropiación indebida (art. 9º); iv) el tráfico de influencias (art. 10); v) el abuso en el ejercicio de funciones (art. 11); vi) la obstrucción a la justicia (art. 12); y, finalmente. vii) el enriquecimiento por delitos de corrupción (art. 13). El art. 14, a su vez, establece que los Estados-miembros deben garantizar que sean criminalmente sancionadas la inducción o complicidad respecto de cualquiera de estas infracciones penales. La punibilidad de la modalidad intentada, por otro lado, se reserva a los delitos de malversación, de apropiación indebida, de tráfico de influencias, de abuso en el ejercicio de funciones, de obstrucción a la justicia y, sorprendentemente, de enriquecimiento por delitos de corrupción, excluyéndose de ese rol los delitos de cohecho y de corrupción privada.¹²⁹

126. Véase exposición de motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo del Consejo sobre la lucha contra la corrupción (COM (2023) 234 final).

127. ZIMMERMAN, F. Hauptsache strafbar? Eine Bewertung des Kommissionsvorschlags für eine EU-Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption (COM [2023] 234 final). *ZfIStW*, v. 03, pp. 383-395, 2023, p. 383.

128. Sobre el tema, MONGILLO, V. Strengths and weaknesses of the proposal for a EU directive on combating corruption. *Sistema Penale*, n. 07, pp. 01-21, 2023, p. 03-04.

129. Según la exposición de motivos de la directiva, eso se debe a que tales conductas delictivas abarcan actos que pueden calificarse de preparatorios, no necesariamente requiriendo que el corrupto haya obtenido una ventaja real. Por lo general, los delitos de cohecho se consideran de mera actividad, dado que para su consumación no es necesario la aceptación de la propuesta corrupta, el abono de la dádiva, favor o retribución, ni tampoco la ejecución del acto ofrecido como contraprestación indebida. Basta con que se haya formulado la solicitud u oferta corrupta. Así, CARDENAL MONTRAVETA, S., ROGÉ SUCG, G. *III. Cohecho*. En: CORCOY BIDASOLO, M. *Manual de derecho penal. Parte especial*. 3 ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 716. Pese el poco espacio para apreciarse la tentativa, la opción del legislador europeo causa cierta extrañeza, una vez que formas de ejecución imperfectas no son del todo imposibles. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que el particular formule una oferta, o el funcionario una solicitud, que al fin y al cabo no lleguen al conocimiento del respectivo destinatario por algún fallo en

Las críticas respecto a la técnica empleada por el legislador europeo no se hicieron esperar. Y no es para menos. La descripción de muchos de los supuestos delictivos es excesivamente amplia y vaga, resultando difícil delimitar con precisión el ámbito de lo injusto. Delitos como el tráfico de influencia, a su vez, siguen generando una amplia discusión en ámbitos políticos, dada la dificultad en distinguir esa conducta delictiva de formas lícitas y aceptables de ejercer presión sobre los procesos de formación y toma de decisiones públicas, lo que demandaría una regulación de las actividades de cabildeo, regulación ésta actualmente inexistente en muchos países europeos. Por otro lado, se mantienen las dudas respecto a la constitucionalidad del delito de enriquecimiento por corrupción, cuya descripción típica propuesta, al menos potencialmente, entraría en conflicto con los principios de presunción de inocencia y *non bis in idem*.¹³⁰

En segundo lugar, mediante una fórmula estándar que reiteradamente aparece en otros instrumentos normativos internacionales, la propuesta de directiva exige que los Estados miembros aseguren que las personas jurídicas puedan considerarse responsables de los delitos de corrupción, sin perjuicio de la responsabilidad penal de la persona física implicada en el hecho.¹³¹ En efecto, el art. 16 de la propuesta establece que las personas jurídicas han de poder ser consideradas responsables de cualquiera de los supuestos delictivos de corrupción, siempre y cuando dichas infracciones hayan sido cometidas en su favor por cualquier persona física - ya sea actuando de forma individual o como parte de un órgano colegiado - que tenga en dicha persona jurídica un cargo directivo fundamentado en: a) un poder de representación de la persona jurídica, b) la facultad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o c) la facultad para ejercer control dentro de la persona jurídica. Al tratar el tema, considera Mongillo que la propuesta sigue un modelo de responsabilidad obsoleto, cuyo «elemento central tiene sus raíces en la posición de liderazgo del delincuente individual que comete directamente el delito o no supervisa el delito perpetrado por un empleado». Según el autor, habría sido más conveniente la utilización de un modelo alternativo de responsabilidad

la comunicación o transmisión del mensaje (ESQUINAS VALVERDE, P. Delitos contra la Administración Pública. En: MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (dir.) *Lecciones de derecho penal. Parte especial*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanco, 2022, p. 563). En todo caso, se podría cuestionar si esa clase de disposición no supondría una excesiva intromisión del legislador penal europeo sobre el contenido de las legislaciones nacionales en materia de corrupción.

130. Sobre el tema, ZIMMERMAN, F. Hauptsache strafbar? Eine Bewertung des Kommissionsvorschlags für eine EU-Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption..., ob cit., pp. 384-388 y MONGILLO, V. Strengths and weaknesses of the proposal for a EU directive on combating corruption, ob. cit., pp. 05-14.
131. Cabe señalar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es ampliamente reconocida en las legislaciones europeas. Son relevantes excepciones, de un lado, los ordenamientos jurídicos alemán (§30 de la OWiG - *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*) e italiano (Decreto legislativo n. 231/2001), que prevén una responsabilidad más bien administrativa para las personas jurídicas (si bien es cierto que, respecto a la legislación italiana, existe un amplio debate sobre la verdadera naturaleza jurídica de tal responsabilidad).

corporativa, que enfatiza la contribución específica de la organización a la comisión del delito en términos de falla organizativa o falta de sistemas preventivos adecuados.¹³²

En tercer lugar, al igual que la directiva PIF, la propuesta de directiva sobre la lucha contra la corrupción establece límites mínimos a las penas máximas aplicables a los supuestos delictivos de corrupción, así como a los plazos de prescripción. El art. 15 de la propuesta determina que los Estados miembros deben garantizar que los delitos de corrupción se castiguen con sanciones *efectivas, proporcionadas y disuasorias*. En todo caso, se vislumbra como una medida indispensable para disuadir posibles prácticas y transacciones corruptas en toda la UE que los Estados miembros establezcan una pena privativa de libertad máxima de al menos 6 años para los delitos de cohecho y obstrucción a la justicia, de al menos 05 años a los delitos de corrupción privada, de malversación, de apropiación indebida, de tráfico de influencias y de abuso en el ejercicio de funciones, y, por último, de al menos 04 años al delito de enriquecimiento por delitos de corrupción. La propuesta, además, sugiere un conjunto de agravantes y atenuantes. Según el art. 18.1, habrán de considerarse circunstancias que agravan la pena el hecho de que i) el infractor sea un alto cargo¹³³, ii) haya sido condenado previamente por la comisión de alguno de los supuestos delictivos de corrupción previstos en la directiva, iii) haya obtenido un beneficio sustancial o que la infracción penal haya causado daños sustanciales, iv) haya cometido la infracción en beneficio de un tercer país, v) desempeñe funciones de investigación, procesamiento o enjuiciamiento, vi) sea una entidad obligada en el sentido del art. 2 de la directiva (UE) 2015/849 o un empleado de una entidad obligada, o que tenga la facultad, ya sea individualmente o como parte de un órgano de la entidad obligada, de representar a dicha entidad, o la competencia para tomar decisiones en nombre de dicha entidad o de ejercer el control dentro de la entidad obligada, y haya cometido la infracción penal en el ejercicio de sus actividades profesionales¹³⁴, y, por último, vii) que la infracción penal se

132. A propósito, MONGILLO, V. Strengths and weaknesses of the proposal for a EU directive on combating corruption, ob. cit., pp. 15-16.

133. Es decir, jefes de Estado, jefes de los gobiernos centrales y regionales y miembros de los gobiernos centrales y regionales. También están abarcados por la expresión, otros altos cargos públicos de designación política - como viceministros, secretarios de Estado, directores y miembros de gabinete de ministros - y otros altos cargos políticos - como los miembros de cámaras parlamentarias, los miembros de órganos jurisdiccionales superiores, y los miembros de las instituciones superiores de auditoría (art. 2, 8).

134. Según el art. 2 de la directiva (UE) 2015/849 son personas entidades obligadas: 1) las entidades de crédito; 2) las entidades financieras; 3) las siguientes personas físicas o jurídicas, en el ejercicio de su actividad profesional: a) los auditores, contables externos y asesores fiscales; b) los notarios y otros profesionales del Derecho independientes, cuando participen, ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria, ya asistiendo en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a: i) la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, ii) la gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente, iii) la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores, iv) la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas, v) la creación, funcionamiento o gestión de fideicomisos, sociedades, fundaciones o estructuras análogas; c) los proveedores de servicios a sociedades y fideicomisos

haya cometido en el marco de una organización delictiva. Por otro lado, el art. 18.2 dispone que habrá de considerarse circunstancia que atenúa la pena el que el infractor facilite a las autoridades competentes información que éstas no habrían podido obtener de otro modo y que las ayude a descubrir o llevar ante la justicia a otros infractores o encontrar pruebas. Siendo el infractor una persona jurídica, funcionará como atenuante el hecho de que se haya aplicado controles internos eficaces, medidas de sensibilización deontológica y programas de cumplimiento normativo para prevenir la corrupción, antes o después de la comisión de la infracción penal¹³⁵, así como que, una vez descubierta la infracción, ésta haya sido comunicado rápida y voluntariamente a las autoridades competentes y que se hayan adoptado las medidas de reparación pertinentes.¹³⁶

Finalmente, el art. 21 determina que los Estados miembros habrán de adoptar las medidas necesarias para establecer un plazo de prescripción, a contar desde la *comisión de la infracción*, que otorgue el tiempo suficiente para investigar, acusar, sustanciar el juicio oral y dictar sentencia eficazmente en relación con las infracciones de corrupción. Asimismo, la propuesta determina que será necesario adoptar medidas que permitan la ejecución de toda pena de prisión impuesta a raíz de una *sentencia condenatoria firme*. Concretamente, se establece que tales plazos no podrán ser inferiores a 15 años en el caso de cohecho y obstrucción de la justicia, a 10 años en las hipótesis de corrupción privada, malversación y apropiación indebida, tráfico de influencias y abuso en el ejercicio de funciones y a 8 años en el supuesto de enriquecimiento por corrupción. En caso de que la legislación nacional prevea causas de interrupción y suspensión de la prescripción, los plazos mencionados podrán reducirse siempre y cuando esta reducción no reste eficacia al proceso judicial ni a la aplicación disuasoria de las penas. En todo caso, no podrán ser inferiores a 10 años en el caso de cohecho y obstrucción de la justicia, a 8 años en las hipótesis de corrupción privada, malversación y apropiación indebida,

que no estén ya contemplados en las letras a) o b); d) los agentes inmobiliarios; e) otras personas que comercien con bienes únicamente en la medida en que los pagos se efectúen o se reciban en efectivo y por importe igual o superior a 10 000 EUR, ya se realicen en una transacción o en varias transacciones entre las que parezca existir algún tipo de relación; f) los proveedores de servicios de juegos de azar.

135. Al tratar el tema, señala MONGILLO, V. Strengths and weaknesses of the proposal for a EU directive on combating corruption, ob. cit., pp. 16-17 que el incentivo para implementar programas de cumplimiento normativo antes del delito puede ser insuficiente si su implementación posterior a la práctica de un hecho corrupto genera los mismos efectos atenuantes sobre la pena. En esas circunstancias, se podría inducir a las empresas a adoptar un enfoque meramente reactivo en lugar de uno proactivo. Por otro lado, llama la atención el autor al hecho de que la propuesta atribuye a los programas de cumplimiento normativo un carácter meramente atenuador de la pena. Así las cosas, indaga si sería admisible que la UE impugnase, por incumplimiento de la directiva, a los Estados miembros que decidiesen prever como circunstancia de exención de pena, en lugar de una mitigación, la adopción y la implementación efectiva de un modelo anticorrupción.
136. A propósito, ZIMMERMAN, F. Hauptsache strafbar? Eine Bewertung des Kommissionsvorschlags für eine EU-Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption (COM [2023] 234 final). *ZfJStW*, v. 03, pp. 383-395, 2023, pp. 392-393.

tráfico de influencias y abuso en el ejercicio de funciones y a 5 años en el supuesto de enriquecimiento por corrupción.¹³⁷

A propósito de ambos temas, conviene una vez más señalar que es problemática la tendencia actual de la UE de promulgar normas armonizadoras que introducen plazos mínimos de prescripción y marcos sancionatorios cada vez más detallados y estrictos, restando margen de apreciación a los legisladores penales nacionales.

4. CONCLUSIONES

El discurso anticorrupción de la UE se va desarrollando de forma paulatina a lo largo de las diferentes etapas de su proceso constitutivo y, en cierta medida, de modo paralelo a la progresiva adquisición por la organización de una competencia legislativa en materia penal, la cual alcanza su ápice con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

Entre las recientes iniciativas de «lucha» contra la corrupción capitaneadas por la UE, se encuentra el «paquete anticorrupción», el cual incluye la propuesta de directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre la lucha contra la corrupción (COM (2023) 234 final).

La propuesta de directiva sobre la corrupción confirma que la prevención y represión del fenómeno consiste en una prioridad de la UE, representando, en muchos aspectos, un avance significativo en la armonización de las legislaciones nacionales en materia de corrupción, dada la naturaleza jurídicamente vinculante de las directivas para los Estados miembros. Pese a su importancia, la propuesta de directiva presenta una serie de disfuncionalidades, siendo criticada por tender a una sobrecriminalización y por intentar lograr la eficiencia y eficacia de la persecución de la corrupción a costa de principios relevantes como la legalidad, la subsidiariedad y la proporcionalidad.

Las negociaciones políticas siguen en marcha en las esferas pertinentes y cabe esperar que se realicen modificaciones en la redacción original de la propuesta. La ambiciosa expectativa es llegar a un acuerdo sobre el texto final antes de que termine el mandato del actual Parlamento Europeo, fijado para junio de 2024.

Resta esperar que el legislador, al fin y al cabo, aproveche esa importante oportunidad para proceder a las modificaciones a todas luces necesarias y racionalizar el control de la corrupción a nivel europeo.

5. BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, K. *European criminal law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

137. Críticamente sobre el régimen general de prescripción previsto en la propuesta de directiva, ZIMMERMAN, F. *Hauptsache strafbar?... ob. cit.*, pp. 393-394 y MONGILLO, V. *Strengths and weaknesses of the proposal for a EU directive on combating corruption*, *ob. cit.*, p. 18.

ROSSETTO, Patrícia Carraro. La corrupción pública en la política criminal de la Unión Europea: breves consideraciones. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 203. ano 32. p. 173-211. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094691]

- ARGADOÑA, A. The United Nations convention against corruption and its impact on international companies. *Journal of Business Ethics*, v. 74 (4), pp. 481-496, 2007.
- ASP, A. The importance of the principles of subsidiarity and coherence in the development of EU criminal law. *EuCLR*, v. 01(01), pp. 44-56, 2011.
- ASP, P. *The substantive criminal law competence of the EU*. Stockholm: Skrifter utgivna av juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, n. 79, 2012.
- BERGUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española. *Estudios de Deusto*, v. 63 (1), pp. 229-265, 2015.
- BRODOWSKI, D. El poder de acusar en nombre de Europa: la Fiscalía Europea como hito de la política penal supranacional. *REDE*, n. 83, 2022, pp. 57-73, 2022.
- BUSCH, M. Negotiation and transposition of the PIF directive: the German perspective. *EUCRIM*, n. 03, pp. 182-187, 2021.
- CAPDEFERRO VILLAGRASA, O. La obligación jurídica internacional de luchar contra la corrupción y su cumplimiento por el Estado español. *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 13, pp. 114-147, 2017-2018.
- CARDENAL MONTRAVETA, S., ROGÉ SUCG, G. III. Cohecho. En: CORCOY BIDASOLO, M. *Manual de derecho penal. Parte especial*. 3 ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- CARR, I. Fighting corruption through regional and international conventions: a satisfactory solution? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 15 (2), pp. 121-153, 2007.
- CLEMENTUCCI, F., MIEKINA, A. The commission proposal for a directive on combating corruption. *EUCRIM*, n. 03, pp. 276-279, 2023.
- CORRAL MARAVER, N. Racionalidad legislativa y elaboración del derecho penal en la Unión Europea. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- CORSTENS, G. J. M. Criminal law in the first pillar? *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice*, v. 11 (1), pp. 131-144, 2003.
- DE HERT, P., WIECZOREK, I. Testing the principle of subsidiarity in EU criminal policy: the omitted exercise in the recent EU documents on principles for substantive European criminal law. *New Journal of European Criminal Law*, v. 3, (3-4), pp. 394-411, 2012.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. Iniciativas internacionales contra la corrupción. *EGUZKILORE*, n. 17, pp. 05-26, 2003.
- DELLA PORTA, D. VANNUCCI, A. The governance mechanisms of corrupt transactions. En: LAMBSDORFE, J. G., et. al. *The new institutional economics of corruption*. London, New York: Routledge, 2005, p. 154-155.
- DELLA PORTA, D., VANNUCCI, A. *The hidden order of corruption: an institutional approach*. Surrey, England (Ashgate), 2012 (e-book).
- DI FRANCESCO MAESA, C. Directive (EU) 2017/1371 on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law: a missed goal? *European Papers*, v. 3 (3), pp. 1455-1469, 2018.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*. 2. ed. ampl. Madrid: Editorial Trotta, 2013.
- DÖLLING, D. Grundlagen der Korruptionsprävention. En: DÖLLING, D. *Handbuch der Korruptionsprävention für Wirtschaftsunternehmen und öffentliche Verwaltung*. München (Verlag C. H. Beck), 2007.
- ERBEŽNIK, A. European public prosecutor's office (EPPO) –too much, too soon, and without legitimacy? *EuCLR*, v. 05(2), pp. 209-221, 2015.
- ESQUINAS VALVERDE, P. Delitos contra la Administración Pública. En: MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (dir.) *Lecciones de derecho penal. Parte especial*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanco, 2022.
- FEROLA, L. The fight against organized crime in Europe building an area of freedom, security and justice in the E.U. *International Journal of Legal Information*, v. 30 (1), pp. 53-91, 2002.
- FRANSSEN, V. EU criminal law and *effet utile*: a critical examination of the union's use of criminal law to achieve effective enforcement. En: BEATA BANACH-GUTIERREZ, J., HARIDNG, C. *EU Criminal law and policy: values, principles and methods*. New York: Routledge, 2017.
- FROMM, I. E. 'Ius puniendi': the right of the institutions of the EC to protect the financial interests of the EC from fraud (art. 280 paragraph 4 EC Treaty)? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 16, pp. 125-142, 2008.
- GAGLIO, I, et al. Strengthening the fight against corruption: assessing the EU legislative and policy framework. European Union, 2023.
- GARCIADANDÍA GARMENDIA, R. La aplicación de las normas de derechos internacional contra la corrupción. *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIV, pp. 241-269, 2008.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., HERLIN-KARNELL, E. Prosecuting EU financial crimes: the European public prosecutor's office in comparison to the US federal regime. *German Law Journal*, v. 19 (5), pp. 1191-1220, 2018.
- GRASSO, G. El futuro de la armonización del derecho penal en la ampliación de la Unión Europea. En: ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Derecho Penal. Parte general (v. I)*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- HECKER, B. Europäisches Strafrecht post-Lissabon. En: AMBOS, K. (org.) *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2011.
- JIMÉNEZ-DÍAZ, M. J. La lucha internacional contra la corrupción. Un frente abierto. *Cuadernos de Política Criminal*, v. 135 (III), Época II, pp. 05-47, 2021.
- KAIAFA-GBANDI, M. The post-Lisbon approach towards the main features of substantive criminal law: developments and challenges. *European Criminal Law Review*, n. 5 (1), pp. 03-18, 2015.
- KAIAFA-GBANDI, M. The protection of the EU's financial interests by means of criminal law in the context of the Lisbon Treaty and the 2017 Directive (EU

- 2017/1371) on the fight against fraud to the Union's financial interests. *ZIS*, n. 12, pp. 575- 582, 2018.
- MIETTINEN, S. *Criminal law and policy in the European Union*. London, New York: Routledge, 2013.
- MIETTINEN, S. Implied ancillary criminal law competence after Lisbon. *EuCLR*, v. 3 (2), 2013.
- MITSOLENGAS, W. *EU criminal law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009, p. 108.
- MONGILLO, V. Strengths and weaknesses of the proposal for a EU directive on combating corruption. *Sistema Penale*, n. 07, pp. 01-21, 2023.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. *Derecho penal europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- NIETO MARTÍN, A. El derecho penal económico y de la empresa europeo e internacional. En: DE LA MATA BARRANCO, et al. *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson, 2018.
- NIETO MARTIN, A. Posibilidades y límites de la armonización del derecho penal tras Comisión v. Consejo (comentario a la STJCR, asunto C-176/03 de 13-09-2005). En: ARROYO ZAPATERO; NIETO MARTIN (dirs.). *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*. Cuenca: Ediciones UCLM, 2007.
- PEERS, S. *EU justice and home affairs law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- PÉREZ BERNABEU, B. *La protección de los intereses financieros comunitarios*. Alicante: Publicacions de la Universitat d'Alacant, 2006.
- RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C. En el corazón de la Fiscalía Europea: las salas permanentes. *Revista de Estudios Europeos*, n. extra 1, pp. 01-27, 2023.
- ROSE-ACKERMAN, S., PALIFKA, B. J. *Corruption and government: causes, consequences, and reform*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2016 (e-book).
- ROSIN, K., KÄRNER, M. The limitations of the harmonisation of criminal law in the European Union protected by articles 82(3) and 83(3) TFEU. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 26 (4), pp. 315-334, 2018.
- ROSSETTO, P. C. El bien jurídico tutelado en los supuestos delictivos de la corrupción política: breves consideraciones. En: MUÑOZ SÁNCHEZ et al. *Diálogos sobre cuestiones problemáticas de las ciencias penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.
- ROSSETTO, P. C. La delimitación del concepto corrupción: el comportamiento corrupto en el ámbito político. *Revista General de Derecho Penal*, n. 40, 2023.
- RUBIO LARA, P. A. *El derecho penal europeo en la legislación española*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- SATZGER, H. Auf dem Weg zu einem Europäischen Strafrecht: Kritische Anmerkungen zu dem Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, v. 34 (12), pp. 549-554, 2001.

- SATZGER, H. Bestechungsdelikte und Sponsoring. *ZStW*, v. 115 (3), pp. 469-500, 2003.
- SATZGER, H. *Internationales und Europäisches Strafrecht*. 10. ed. Baden-Baden: Nomos, 2022.
- SICURELLA, R. EU competence in criminal matters. En: MITSILEGAS, V. et. al. *Research handbook on EU criminal law*. Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2016.
- SIMON, P. The criminalisation power of the European Union after Lisbon and the principle of democratic legitimacy. *New Journal of European Criminal Law*, v. 03 (3-4), pp. 242-256, 2012.
- SZAREK-MASON, P. The European Union's fight against corruption: the evolving policy towards Member States and candidate countries. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- TASEVA, E. The new European Commission anti-corruption package: towards a more efficient fight against corruption? *New Journal of European Criminal Law*, v. 3(3-4), 344-362, 2012.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I. Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 7, pp. 777-814, 2003.
- VAN GERVEN, W. Constitutional Conditions for a Public Prosecutor's Office at the European Level. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 8 (3), pp. 296-318, 2000.
- VAN GERVEN, W. Constitutional conditions for a public prosecutor's office at the European level. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 8 (3), pp. 296-318, 2000.
- VERVAELE, J. A. E. Harmonised Union policies and the harmonisation of substantive criminal law. En: GALLI, F., WEYEMBERG, A. (eds.). *Approximation of substantive criminal law in the EU: the way forward*. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 2013.
- VOGEL, J. Die Strafgesetzgebungskompetenzen der Europäischen Union nach Art. 83, 86 und 325 AEUV. En: AMBOS, K. (org.) *Europäisches Strafrecht post-Lisabon*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2011.
- WASMEIER, M.; THWAITES, N. The «battle of the pillars»: does the European Community have the power to approximate national criminal law? *European Law Review*, v. 29 (5), pp. 613-635, 2004.
- WEBB, P. The United Nations convention against corruption: global achievement or missed opportunity? *Journal of International Economic Law*, v. 8 (1), pp. 191-229, 2005.
- WEYEMBERGH, A. Introduction: Approximation of substantive criminal law: the new institutional and decision-making framework and new types of interaction between EU actors. En: GALLI, F., WEYEMBERG, A. (eds.). *Approximation of*

substantive criminal law in the EU: the way forward. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 2013.

ZIMMERMAN, F. Hauptsache strafbar? Eine Bewertung des Kommissionsvorschlags für eine EU-Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption (COM [2023] 234 final). *ZfStW*, v. 03, pp. 383-395, 2023.

ZOUMPOULAKIS, K. From the ground up: the use of minimum rules in EU procedural criminal law and the question of member states' discretion. *European Papers*, v. 5 (3), pp. 1289-1303, 2020.

ZOUMPOULAKIS, K. The unresolved tension between the approximation of criminal norms in the EU and the question of national discretion: what is the role of minimum rules in EU criminal law? *Boom Strafblad*, v. 3(6), pp. 315-318, 2022.



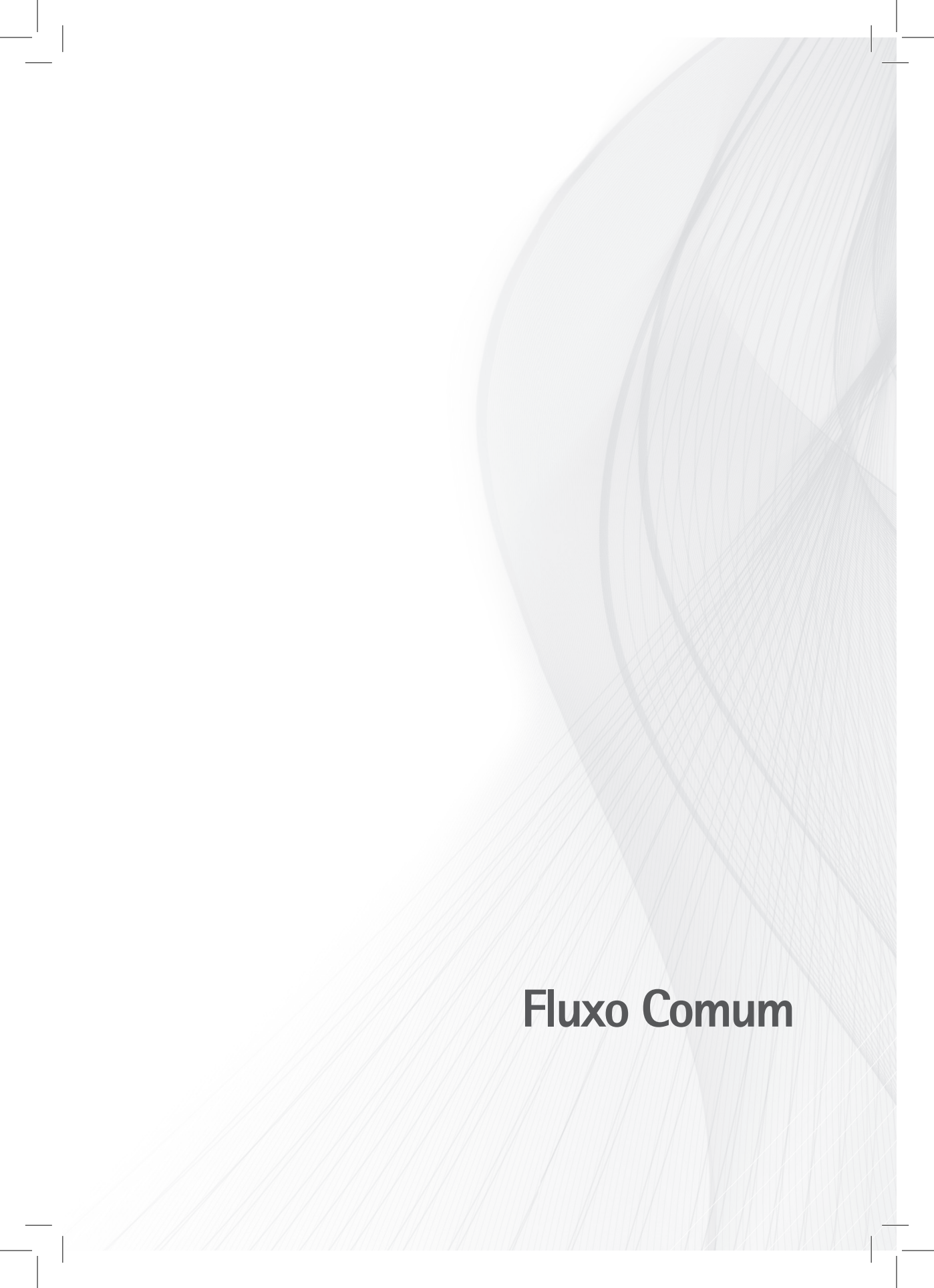
PESQUISAS DO EDITORIAL



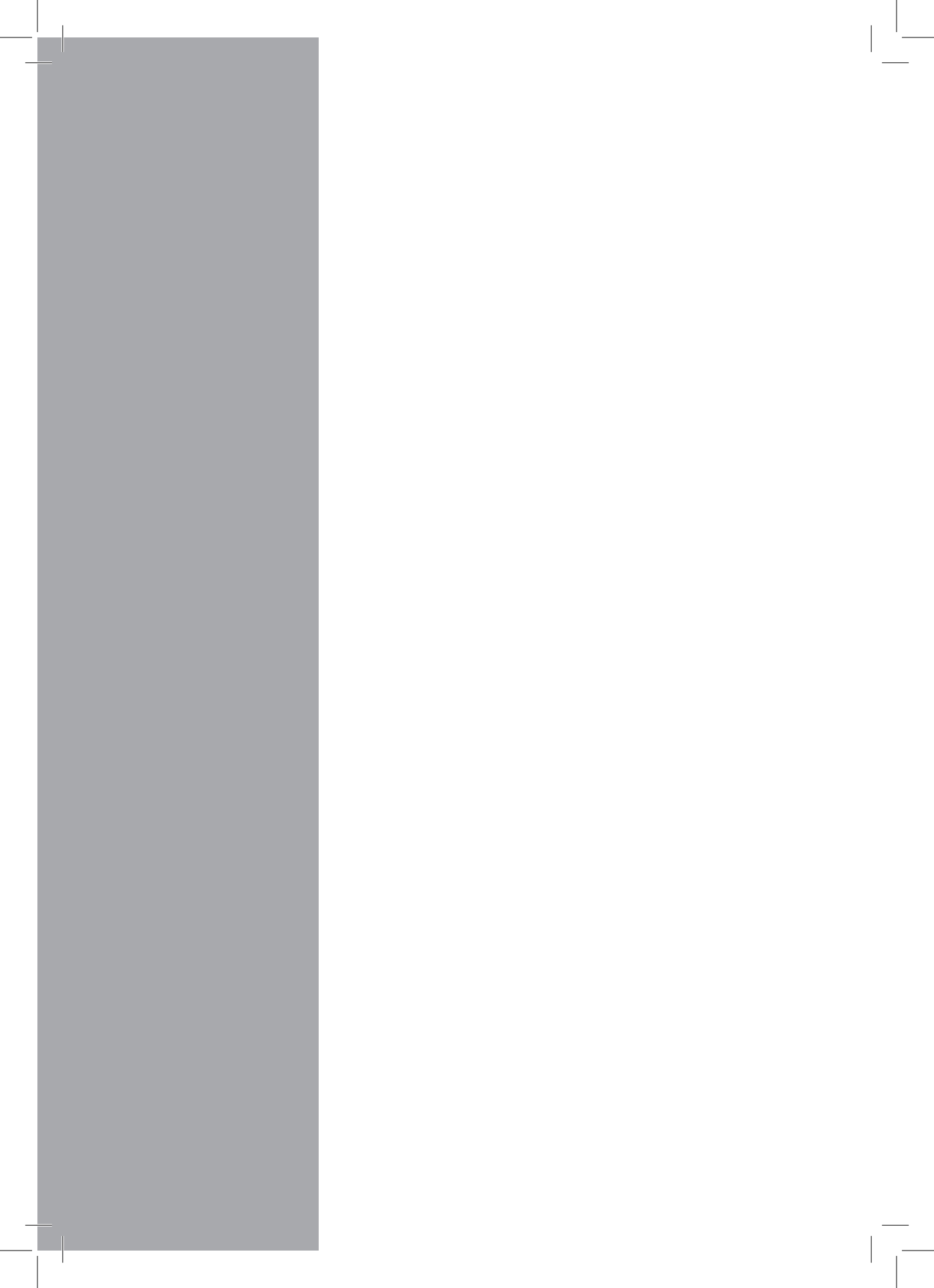
ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Atos de corrupção no Brasil: análise sobre a multiplicidade de sanções e a possibilidade da incidência de bis in idem de acordo com o precedente europeu, de Beatriz Daguer, Rafael Junior Soares e Talita Cristina Fidelis Pereira Biagi – *RDPEC* 3/105-134;
- Controle da corrupção na administração pública: uma perspectiva através do compliance, de Camila Rodrigues Forigo – *RBCCrim* 153/17-40;
- Criminalização da corrupção privada no ordenamento jurídico brasileiro: a definição do bem jurídico, de Patrícia Queiroz Madeira – *RBCCrim* 194/97-116;
- Observações sobre o conteúdo e a extensão do termo "corrupção", constante do art. 83º, nº 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia, de Gabriel Marson Junqueira – *RBCCrim* 181/117-144;
- O "combate à corrupção" em projetos de lei: tendências político-criminais contemporâneas no Brasil, de Vítor de Souza Ishikawa – *RDPEC* 16/129-156; e
- O discurso de combate à corrupção: análise por uma perspectiva dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni, de André Szesz – *RBCCrim* 184/217-243.



Fluxo Comum



É POSSÍVEL A APLICAÇÃO DA "TEORIA" DA CEGUEIRA DELIBERADA NO BRASIL?

IS IT POSSIBLE THE APPLICATION OF THE WILLFUL BLINDNESS DOCTRINE IN BRAZIL?

ANDREAS EISELE

Doutor em Direito pela Universidad de Navarra. Mestre em Direito Penal pela Universidad de Sevilla.
Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Procurador de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina.
Lattes: [lattes.cnpq.br/3276596437646758]
ORCID: [orcid.org/0009-0009-6359-3783]
aeisele@mpsc.mp.br

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.11094616]

Recebido em: 11.02.2024
Aprovado em: 08.04.2024
Última versão do autor: 28.04.2024

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Neste artigo serão analisados os conceitos de *willful blindness* e de *willful blindness doctrine* no sistema penal norte-americano, e as diferenças existentes entre as categorias de culpabilidade definidas no Código Penal Modelo para os Estados Unidos e as modalidades de imputação típica denominadas *dolo* e *imprudência* no Código Penal Brasileiro. Após a definição destes aspectos, será analisada a possibilidade de classificação das condutas praticadas em um contexto de cegueira deliberada na categoria do *dolo eventual* no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Cegueira Deliberada – Teoria da Cegueira Deliberada – Conhecimento – Dolo Eventual.

ABSTRACT: In this article, it will be analyzed the concepts of *willful blindness* and *willful blindness doctrine* in the American criminal law system and the differences among the culpability forms defined in the Model Penal Code and the forms of criminal imputation called *dolo* and *imprudência* in the Brazilian criminal law. After this, it will be analyzed the possibility of classification of the *willful blindness* behavior in the *dolo eventual* category in Brazil.

KEYWORDS: Willful Blindness – Willful Blindness Doctrine – Knowledge – Dolo Eventual.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O que é uma *legal doctrine*. 3. O significado da expressão *willful blindness doctrine*. 4. Diferenças de significado entre a expressão *willful blindness doctrine* e

a expressão *willful blindness*. 5. O sistema penal norte-americano e a *willfull blindness doctrine*. 6. O conteúdo da *willful blindness doctrine*. 7. As diferenças das categorias de imputação subjetiva nos sistemas jurídico-penais norte-americano e brasileiro. 8. Resposta à pergunta inicialmente formulada. 9. A classificação das condutas praticadas na forma de ignorância deliberada no direito penal brasileiro. 10. O elemento cognitivo do dolo eventual. 11. O elemento volitivo do dolo eventual. 12. Conclusões. 13. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Quem faz as perguntas certas está próximo da resposta correta. Porém, a pergunta que compõe o título deste artigo evidencia que a pessoa que a formulou não sabe do que está falando. E quem faz a pergunta errada está no caminho errado. Logo, provavelmente está se distanciando da resposta correta.

A primeira coisa que necessariamente deve ser esclarecida para a compreensão do equívoco inerente à pergunta é a consideração do que efetivamente é a *willful blindness¹ doctrine* (expressão traduzida no Brasil como “teoria da cegueira deliberada”). E para entender o que é a *willful blindness doctrine* é indispensável saber em que sentido o termo *doctrine* é empregado nessa expressão. Isso evidenciará que não se trata do que denominamos no Brasil como uma “teoria”, o que resulta na falta de sentido da pergunta, nos termos formulados.

2. O QUE É UMA *LEGAL DOCTRINE*

No discurso jurídico norte-americano, o termo *doctrine* (ou, mais propriamente, *legal doctrine*) é ambíguo e tanto pode denotar o que no Brasil chamamos de doutrina (ou teoria), como também pode denotar um critério empregado pelos juízes para a solução de casos.

Em seu sentido teórico, a *legal doctrine* é formada pelos comentários acadêmicos realizados sobre as leis e as decisões judiciais, visando explicar seu conteúdo. Quem elabora tais comentários são os doutrinadores e seu conteúdo é descritivo, sistematizador e crítico.

Em seu sentido prático, a *legal doctrine* é formada pelos critérios jurídicos pelos quais um caso concreto deve ser solucionado. Quem define tais critérios são os juízes e seu conteúdo é normativo.

Neste sentido prático, uma *legal doctrine* é um precedente jurisprudencial que define a forma de aplicação da lei. De algum modo, a *doctrine* é a própria norma em sua configuração prática, porque é um critério que define como a lei será aplicada pelas Cortes. Dessa forma, a *legal doctrine* estabelece os termos para futuras soluções de casos similares porque é composta pelas regras ou *standards* definidos pelas decisões judiciais.²

1. *Willful blindness* (em inglês americano) ou *wilful blindness* (em inglês britânico).

2. TILLER; CROSS, 2005, p. 2.

Portanto, trata-se de algo muito próximo ao que no Brasil chamamos de jurisprudência, mas expressivamente diferente do que denominamos teoria.

3. O SIGNIFICADO DA EXPRESSÃO *WILLFUL BLINDNESS DOCTRINE*

Na expressão *willful blindness doctrine* o termo *doctrine* é evidentemente empregado em seu sentido prático, e não no teórico. Isso porque o critério denominado mediante esta expressão é uma criação jurisprudencial e seu conteúdo tem natureza normativa. Trata-se de um critério classificatório definido pela prática judicial que é empregado para a solução de casos práticos. Portanto, a *willful blindness doctrine* é um entendimento jurisprudencial sobre como determinados comportamentos devem ser classificados no sistema jurídico-penal ou, simplesmente, uma jurisprudência criminal.³

O critério foi desenvolvido com base no conteúdo de várias decisões judiciais de cortes inglesas e norte-americanas,⁴ e sua configuração atual e paradigmática foi estabelecida no julgamento do caso *US v. Jewell*.⁵

O entendimento jurisprudencial denominado *willful blindness doctrine* define os aspectos e circunstâncias da situação considerados suficientes para a classificação da conduta do sujeito na categoria de culpabilidade denominada *knowledge* (conhecimento),⁶ definida no artigo 2, seção 2.02, do Código Penal Modelo para os Estados Unidos.⁷

Não se trata de uma descrição dogmática ou de um comentário teórico elaborado sobre algum aspecto determinado do ordenamento jurídico que visa sua explicação ou classificação.

3. SARCH, 2015, p. 1029.

4. *Regina v. Sleep*, 169 Eng. Rep. 1296/1302 (Cr. Cas. Res. 1861); *Bosley v. Davies*, L.R. 1 Q.B.D. 84/87 (1875); *Redgate v. Haynes*, L.R. 1 Q.B. 89 (1876); *People v. Brown*, 74 Cal. 306/310 16. P. 1/3 (1887); *Spurr v. United States*, 174 U.S. 728 (1899).

5. *US v. Jewell*, 523 F.2d 697 (9th Cir. 1976). Posteriormente, esse mesmo critério classificatório foi empregado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento de um caso cível [*Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*, 563 U.S. 754 (2011)], o que chegou inclusive a gerar alguma polêmica sobre a eventual alteração dos aspectos a serem considerados para que uma conduta fosse considerada uma atuação na forma de *willful blindness*. FERRAZ, (2022, p. 125-142) elabora uma interessante análise dessa polêmica. Porém, esta discussão não é relevante para a presente abordagem porque, como será posteriormente explicado, a classificação jurídica desta forma de comportamento no sistema jurídico norte-americano não define a classificação jurídica de fatos similares no sistema jurídico brasileiro, devido à diferença das categorias classificatórias existentes em cada sistema.

6. O termo empregado no artigo 2, seção 2.02, item 2, letra b, do *Model Penal Code* é o advérbio *knowingly* (com conhecimento). Porém, para facilitar a exposição, na presente análise será empregado o substantivo *knowledge* (conhecimento), empregado no artigo 2, seção 2.02, item 7, do mesmo código.

7. O *Model Penal Code* não é uma lei, mas uma referência técnica desenvolvida para orientar a elaboração legislativa e a atividade judicial. O texto foi estruturado em 1962 (e revisado em 1985) pelo *American Law Institute*, e seu objetivo é contribuir para a uniformização do direito penal norte-americano.

Trata-se de uma proposição normativa que estabelece como determinados casos devem ser julgados.

Ou seja, não se trata de uma exposição doutrinária de cunho acadêmico e teórico, mas sim de uma norma de aplicação prática. Portanto, na expressão *willful blindness doctrine* o termo *doctrine* (que é o substantivo que indica o objeto a ser considerado) não tem o sentido de uma doutrina ou teoria, mas sim o sentido de uma norma que indica os critérios a serem empregados nas decisões judiciais.

Por isso, a própria denominação do tema como: “teoria” da cegueira deliberada já é inadequada. Trata-se de uma tradução literal da expressão *willful blindness doctrine* em que o termo *doctrine* foi traduzido como “teoria” simplesmente porque na língua portuguesa empregamos os termos doutrina e teoria como sinônimos. Porém, na verdade a tradução mais adequada da expressão *willful blindness doctrine* seria: “jurisprudência” da cegueira deliberada e não “teoria” da cegueira deliberada.⁸

Esta confusão terminológica acarreta dificuldades para a compreensão da natureza da categoria. Porém, a identificação deste equívoco terminológico e o esclarecimento do adequado sentido da expressão *willful blindness doctrine* possibilitam a percepção de que, na verdade, o efetivo conteúdo da pergunta formulada no título deste artigo deveria ser algo como: É possível a aplicação, no Brasil, de um precedente qualificado da jurisprudência norte-americana sobre a classificação jurídica de delitos no sistema norte-americano? Ou, de forma mais simplificada: É possível a aplicação da jurisprudência norte-americana no direito penal brasileiro?

Apesar de a resposta negativa ser quase intuitiva, pois a jurisprudência norte-americana é elaborada com base no ordenamento jurídico norte-americano e não no brasileiro, é importante analisar porque isso não é possível, especificamente nos casos de atuação na forma de cegueira deliberada.

4. DIFERENÇAS DE SIGNIFICADO ENTRE A EXPRESSÃO *WILLFUL BLINDNESS DOCTRINE* E A EXPRESSÃO *WILLFUL BLINDNESS*

Como visto, a *willful blindness doctrine* é um critério de classificação jurídica de uma situação fática. Trata-se de um *standard* decisório a ser aplicado em determinados casos que tiverem algumas características específicas.

A principal destas características é a constatação de que o sujeito tenha atuado em um contexto de *willful blindness*. Isso porque a expressão *willful blindness*, que pode ser traduzida

8. Apesar disso, é significativamente comum o emprego da expressão “teoria da cegueira deliberada” no âmbito da dogmática nacional. Neste sentido: BARROS; SILVA, 2015, p. 203; BECK, 2011, p. 45; BURGEL, 2017, p. 479; CEOLIN, 2021, p. 91; LAUFER; GALVÃO DA SILVA, 2009, p. 2; MELLO; HERNANDES, 2017, p. 441; MOSER, 2017, p. 166; PORTUGAL; SCHUBERT, 2019, p. 109; SILVEIRA, 2016, p. 255; SYDOW, 2020, p. 76.

como cegueira deliberada ou proposital, denota uma forma de comportamento humano.⁹ Trata-se da atitude de alguém que, diante da suspeita da existência de alguma situação que pode lhe ser desfavorável, prefere não confirmar sua suspeita e manter-se em estado de dúvida.

Por exemplo, uma mulher casada pode suspeitar estar sendo traída pelo marido. Porém, se ela confirmar a traição, se colocará em uma situação incômoda na qual terá que decidir entre separar-se (o que ela não quer) ou continuar casada, porém com a certeza da infidelidade do marido. Como ela não quer se colocar nessa posição, decide ignorar deliberadamente a situação e deixa de confirmar sua suspeita.

Alguém também pode adotar esta atitude diante da possibilidade da prática de um delito. Por exemplo, um homem que pretende manter relações sexuais com uma menina cuja idade desconhece, identifica a possibilidade de ela ser menor de 14 anos de idade, mas evita perguntar-lhe a idade porque se ela efetivamente tiver essa idade ele não poderá manter as relações sexuais porque este fato configura o delito de estupro.

Diante dessa situação, ele mantém as relações sexuais sem confirmar a idade da menina, e caso posteriormente venha a saber que ela realmente era menor de 14 anos de idade, poderá alegar que não sabia que ela tinha tal idade. Portanto, a cegueira deliberada é simplesmente uma forma de comportamento. É uma atitude do sujeito diante de uma suspeita.

Essa forma de comportamento é inclusive relativamente comum nas relações sociais e não necessariamente tem repercussões penais. Portanto, a *willful blindness* (cegueira deliberada) não se confunde com a *willful blindness doctrine* (jurisprudência da cegueira deliberada).

A forma de comportamento pode ocorrer em qualquer lugar do mundo, mas o *standard* decisório elaborado pela jurisprudência norte-americana somente é aplicável aos casos julgados naquele país.

Bem, agora que foi definido o sentido da expressão *willful blindness doctrine* (e esclarecido que esta expressão indica um entendimento jurisprudencial), e foi esclarecido que esta expressão não é sinônima da expressão *willful blindness* (que denota simplesmente uma forma de comportamento), é possível analisar o assunto com base em referências seguras.

5. O SISTEMA PENAL NORTE-AMERICANO E A *WILLFULL BLINDNESS DOCTRINE*

No sistema penal norte-americano a imputação penal é realizada em dois âmbitos complementares. O primeiro é denominado *actus reus* e corresponde, de modo geral, à classificação dos aspectos objetivos do fato em relação ao modelo de comportamento que caracteriza uma modalidade delitiva determinada. O segundo é denominado *mens rea* e corresponde, basicamente, à atitude subjetivo-intelectual ou impulso-anímica na realização da conduta.

9. EISELE, 2021, p. 298-299; 2023, p. 18-19/23-25; EDINGER, 2019, p. 151.

Em uma aproximação ilustrativa, embora de caráter generalizador e impreciso, o *actus reus* é basicamente composto por aspectos do fato que, no sistema penal brasileiro, são classificados no âmbito da tipicidade objetiva. Paralelamente, a *mens rea* é composta por aspectos da conduta que, no sistema penal brasileiro, são classificados no âmbito da tipicidade subjetiva (dolo), e na tipicidade normativa (no caso dos crimes culposos).

As espécies ou modalidades de *mens rea* são regulamentadas pelo Código Penal Modelo para os Estados Unidos, que em seu artigo 2 estabelece os *princípios gerais da responsabilidade* e na seção 2.02 especifica os *requisitos gerais da culpabilidade*. O item 2.02 (2) *define as modalidades de culpabilidade*, que são as seguintes: *purposely, knowingly, recklessly* e *negligently*.

O texto da regulamentação tem o seguinte conteúdo:

“(a) Propositalmente. Uma pessoa atua propositalmente em relação a um elemento de um delito quando:

(i) se o elemento se relaciona com a natureza da conduta ou um resultado dela, é o seu objetivo consciente realizar uma conduta dessa natureza ou causar tal resultado; e

(ii) se o elemento se relaciona com as possíveis circunstâncias, ela tem ciência da existência dessas circunstâncias, ou acredita ou espera que elas existam.

(b) Conscientemente. Uma pessoa atua conscientemente em relação a um elemento de um delito quando:

(i) se o elemento se relaciona com a natureza da conduta ou as possíveis circunstâncias, ela tem ciência que sua conduta é dessa natureza ou que tais circunstâncias existam; e

(ii) se o elemento se relaciona com o resultado de sua conduta, ela tem ciência de que seja praticamente certo de que sua conduta causará tal resultado.

(c) Imprudentemente. Uma pessoa atua imprudentemente em relação a um elemento de um delito quando ela desconsidera conscientemente um risco relevante e injustificável de que o elemento exista ou vá resultar de sua conduta. O risco deve ser de tal natureza e grau que, considerando a natureza e a finalidade da conduta da pessoa, e as circunstâncias por ela conhecidas, sua desconsideração implique um desvio grosseiro do padrão de conduta que uma pessoa observadora das normas iria realizar na situação do sujeito.

(d) Negligentemente. Uma pessoa atua negligentemente em relação a um elemento de um delito quando ela deveria estar ciente de um risco relevante e injustificável de que o elemento exista ou vá resultar de sua conduta. O risco deve ser de tal natureza e grau que a falha do sujeito em identificá-lo, considerando a natureza e a finalidade de sua conduta, e as circunstâncias por ele conhecidas, implique um desvio grosseiro do padrão de cuidado que uma pessoa ponderada iria observar na situação do sujeito” (tradução do autor).¹⁰

10. “(a) *Purposely*. A person acts purposely with respect to a material element of an offense when:

(i) if the element involves the nature of his conduct or a result thereof, it is his conscious object to engage in conduct of the nature or to cause such a result; and

(ii) if the element involves the attendant circumstances, he is aware of the existence of such circumstances or he believes or hopes that they exist.

Posteriormente, o item 2.02 (7) complementa a regulamentação do seguinte modo:

“(7) Requisito do conhecimento satisfeito pelo conhecimento da alta probabilidade. Quando o conhecimento da existência de um fato específico for um elemento de um delito, esse conhecimento é determinado se a pessoa está ciente da alta probabilidade de sua existência, salvo se ela realmente acreditar que ele não exista” (tradução do autor).¹¹

Este dispositivo equipara duas situações distintas para fins de classificação jurídica, com base na equivalência do grau de culpabilidade de ambas (EISELE, 2023, p. 37-39).

Neste contexto específico, a *willful blindness doctrine* é um critério decisório (*standard*) definido pela jurisprudência norte-americana para a classificação de determinadas formas de comportamento na modalidade de culpabilidade *knowledge*.

Ou seja, um entendimento jurisprudencial elaborado pelas cortes norte-americanas sobre quais aspectos do fato devem determinar sua classificação em uma modalidade determinada de culpabilidade, nos termos definidos pelo Código Penal Modelo para os Estados Unidos.

Portanto, a *willful blindness doctrine* não é uma modalidade de imputação (assim como o são no sistema jurídico-penal brasileiro o dolo e a imprudência).¹² As modalidades de culpabilidade existentes no sistema jurídico-penal norte-americano são: *purpose*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence*. A *willful blindness doctrine* é somente um critério a ser empregado para a classificação de determinadas formas de comportamento em uma dessas modalidades.¹³

(b) *Knowingly*. A person acts knowingly with respect to a material element of an offense when:

(i) if the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist; and

(ii) if the element involves a result of his conduct, he is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result.

(c) *Recklessly*. A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation.

(d) *Negligently*. A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation.” *Model Penal Code*. Disponível em: [www.legal-tools.org/doc/08d77d/pdf]. Acesso em: 21.04.2024.

11. “(7) *Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability*. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist”. *Model Penal Code*. Disponível em: [www.legal-tools.org/doc/08d77d/pdf]. Acesso em: 21.04.2024.
12. EISELE, 2023, p. 48.
13. Por este motivo, argumentações como as apresentadas por HELLMAN (2009, p. 301-303), ao afirmar que a *willful blindness* não é um substituto apropriado para o conhecimento nos crimes que requerem

Esta especificação conceitual é importante para evitar o equívoco da eventual comparação entre a cegueira deliberada e o dolo. O dolo não se confunde, nem com a *willful blindness*, nem com a *willful blindness doctrine*. Cada um destes conceitos denota um objeto cuja natureza essencial e jurídica é completamente diferente dos outros.

O dolo (assim como a negligência) é uma categoria classificatória da conduta no âmbito do tipo, cuja base é o conteúdo cognitivo e volitivo da atuação do sujeito, e as categorias classificatórias desses aspectos existentes no sistema penal norte-americano são: *purpose*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence*.

A *willful blindness* não é uma categoria classificatória. É somente uma forma de comportamento. Nenhum comportamento é penalmente classificado como *willful blindness*. A conduta praticada na forma de *willful blindness* é classificada na categoria de culpabilidade *knowledge*.

A *willful blindness doctrine* não é nem uma categoria classificatória, nem uma forma de comportamento. É o critério jurisprudencial pelo qual se classificam as condutas praticadas na forma de *willful blindness* na modalidade de culpabilidade *knowledge*.¹⁴

a *mens rea*: *knowledge*, somente geram confusão, pois relacionam uma forma de comportamento com uma categoria jurídica classificatória. O mesmo problema pode ser identificado em HUSAK; CALLENDER (1994, p. 42), ao discutir se a *wilful ignorance* seria uma espécie de *knowledge*, o que pressupõe tratar-se de objetos com a mesma natureza.

Devido a esta confusão entre a forma de comportamento e a categoria jurídica classificatória, LUCCHESI (2018, p. 63/78/84/154) argumenta que na prática jurisprudencial norte-americana a *willful blindness* seria considerada um substituto do conhecimento do sujeito para possibilitar a classificação da conduta na categoria de imputação *knowledge*.

FERRAZ (2022, p. 142-147/155) inclusive considera que a *willful blindness* seria uma categoria de imputação subjetiva *autônoma*, cuja posição seria intermediária entre o *knowledge* e a *recklessness*. Esta proposição está em consonância com o entendimento de RAGUÉS I VALLES (2007, p. 60), que considera que a ignorância deliberada seria uma nova forma de imputação subjetiva.

Outro reflexo dessa confusão foi identificado na jurisprudência nacional por CEOLIN (2021, p. 120/125-126), em decisões nas quais o autor considera que a “teoria” da cegueira deliberada foi considerada um recurso idôneo para alterar o conceito de dolo, o que pressupõe que se trata de algo que compõe esta categoria e não somente de uma situação a ser classificada.

Porém, estas comparações não são adequadas. O que pode ser comparado para a identificação de semelhanças e diferenças são dois modos diferentes de atuação, ou duas categorias jurídicas nas quais esses modos de atuação deverão ser classificados. Mas não é logicamente consistente estabelecer uma comparação direta entre uma forma de atuação e uma categoria jurídica na qual ela deva ser classificada (EISELE, 2023, p. 68-71).

14. Isso é reconhecido por MARCUS (1993, p. 2232-2233). Não obstante, a classificação das condutas em que o sujeito tem conhecimento do risco e atua sem levá-lo em consideração na categoria de imputação de culpabilidade denominada *knowledge* é polêmica. De fato, FLETCHER (1998, p. 115-116) considera que este caso deveria ser classificado na categoria *recklessness*, e ROBBINS (1990, p. 195) chega a esta mesma conclusão ao tratar especificamente de casos de atuação na forma de cegueira deliberada. Também há autores que consideram que se trata de um “caso limite”, cujas características são intermediárias entre estas duas categorias e que por isso os casos correspondentes podem ser classificados em

6. O CONTEÚDO DA *WILLFUL BLINDNESS DOCTRINE*

A *willful blindness doctrine* é um critério elaborado pela jurisprudência das cortes inglesas e norte-americanas para o julgamento de casos em que o sujeito se encontra em uma situação na qual identifica a possibilidade de configuração de uma circunstância cuja existência acarretaria a classificação de sua conduta como um delito e, apesar da consciência de que se praticar a conduta correrá o risco de realização desse delito, decide atuar sem confirmar a suspeita da existência ou não de tal circunstância.

Portanto, o sujeito:

- a) identifica o risco de que se atuar poderá praticar um delito;
- b) deixa de confirmar as características da situação de forma intencional para não ter certeza se a conduta a ser realizada configurará ou não um delito; e
- c) decide realizar a conduta apesar de saber que seu comportamento pode caracterizar a prática de um delito, o que vai depender das características da situação que ele intencionalmente decidiu ignorar (não conferir).

O exemplo paradigmático deste caso é o objeto do processo *US v. Jewell*.

Dois cidadãos norte-americanos viajaram para Tijuana (México) em um carro alugado. Chegando ao local, ambos foram a um bar, onde foram abordados por um desconhecido que lhes ofereceu maconha. Eles recusaram a oferta e então o desconhecido lhes ofereceu uma quantia em dinheiro para que eles levassem um veículo até a cidade de Los Angeles, onde deveriam deixá-lo em um estacionamento e com as chaves no cinzeiro.

Um dos turistas não aceitou a proposta porque desconfiou que isso poderia lhe causar problemas, mas o outro a aceitou. Ao receber o carro olhou no porta-luvas e no porta-malas, desconfiado de que em seu interior poderia haver drogas.

um ou na outra categoria, dependendo de suas características (CHARLOW, 1992, p. 1391/1396-1397; HUSAK; CALLENDER, 1994, p. 55; SARCH, 2015, p. 1044-1048/1062-1069).

De todo modo, esta polémica não é relevante para a presente análise porque, independentemente da categoria de culpabilidade na qual tal comportamento deva ser classificado no sistema criminal norte-americano, a classificação desse fato no sistema penal brasileiro deve ser realizada em categorias distintas das norte-americanas (conforme será exposto no tópico 7 deste trabalho).

Isso porque as categorias classificatórias *purpose*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence* não correspondem, respectivamente, ao dolo direto, dolo eventual, imprudência consciente e imprudência inconsciente. Embora existam algumas semelhanças e coincidências entre o conteúdo dessas categorias, também existem diferenças que inviabilizam o estabelecimento de paralelos precisos entre elas (EISELE, 2023, p. 60-62; LUCCHESI, 2018, p. 74-75/124-125; PARDINI, 2019, p. 45-46; CARVALHO, 2021, p. 38-39/122; FERRAZ (2022, p. 62-89/142-156). Por este motivo, independentemente de os casos de *willful blindness* serem melhor classificados nas categorias *knowledge* ou *recklessness*, isso não implicará a adequação da classificação das condutas praticadas na forma de cegueira deliberada nas categorias dolo eventual ou imprudência consciente. A discussão sobre a classificação norte-americana não serve de referência para a identificação da solução adequada no sistema jurídico brasileiro, e ainda instaura confusões desnecessárias (EISELE, 2023, p. 62-65).

Apesar de não encontrar nada, notou que entre os bancos dos passageiros e o porta-malas havia um compartimento, mas decidiu não conferir seu interior supondo que ninguém iria se interessar por ele.

O turista foi parado na fronteira, ocasião em que policiais encontraram aproximadamente 50 kg. de maconha no referido compartimento. Ele foi processado pela prática do crime de posse de entorpecentes para o fim de distribuição. A defesa alegou que o turista não sabia que havia droga no interior do veículo e que, apesar de ele poder ter sido negligente ao não conferir o interior do compartimento onde estava a maconha, esta conduta não seria penalmente relevante porque para a configuração do delito seria necessário efetivo o conhecimento das circunstâncias do fato.

O acusado foi condenado mediante o fundamento de que ele evitou deliberadamente constatar a situação de fato, e que este comportamento tem o mesmo grau de culpabilidade de uma conduta de quem atua com o efetivo conhecimento do fato, nos termos da Seção 2.02 (7) do Código Penal Modelo para os Estados Unidos:

“(7) Requisito do conhecimento satisfeito pelo conhecimento da alta probabilidade. Quando o conhecimento da existência de um fato específico for um elemento de um delito, esse conhecimento é determinado se a pessoa está ciente da alta probabilidade de sua existência, salvo se ela realmente acreditar que ele não exista” (tradução do autor).¹⁵

Como fundamento da decisão foi especificado que se o sujeito não tinha o efetivo conhecimento da circunstância de fato (existência de droga no veículo), mas sua ignorância resultou somente e inteiramente da finalidade (propósito consciente) de evitar a constatação do fato com a intenção de não “conhecer a verdade”, esta ignorância deliberada tem um grau de culpabilidade igual ao do efetivo conhecimento.

Ou seja, foi decidido que a conduta classificável na modalidade de culpabilidade denominada “conhecimento” (*knowledge*) não necessariamente exige o conhecimento efetivo do fato, sendo suficiente a consciência da alta probabilidade de sua existência.

Os requisitos para a classificação de uma conduta praticada mediante *willful blindness* na categoria de culpabilidade *knowledge* definidos pela jurisprudência norte-americana são os seguintes:

- a) o sujeito deve estar ciente da alta probabilidade da existência do aspecto de fato juridicamente relevante;
- b) o sujeito deve ter deixado de verificar a efetiva existência do aspecto de fato juridicamente relevante devido a uma decisão proposital e orientada à não constatação deste fato; e
- c) o sujeito não pode estar convencido de que aspecto do fato juridicamente relevante não exista na situação concreta.

Este critério decisório (precedente ou *standard*), composto por estes elementos (requisitos para a classificação), é denominado *willful blindness doctrine*. Portanto, a *willful blindness doctrine* é o nome de um critério classificatório empregado pela jurisprudência norte-americana

15. Vide nota 11.

para classificar determinados comportamentos na modalidade de culpabilidade denominada *knowledge*.

Trata-se de um fundamento pelo qual o fato deve ser classificado em uma determinada categoria jurídica, em decorrência de particulares características da situação.

7. AS DIFERENÇAS DAS CATEGORIAS DE IMPUTAÇÃO SUBJETIVA NOS SISTEMAS JURÍDICO-PENAIIS NORTE-AMERICANO E BRASILEIRO

No Brasil a imputação típica subjetiva e normativa é definida com base nas categorias do dolo e da imprudência (ou culpa), nos termos estabelecidos pelo art. 18 do Código Penal. Estas categorias são ainda subdivididas pela legislação nas modalidades dolo direto e eventual, e pela teoria jurídica nas modalidades imprudência (ou culpa) consciente e inconsciente.

Como existem quatro modalidades de imputação em ambos os sistemas, uma análise simplista e desatenta pode levar à suposição de que existam correspondências de identidades entre cada uma das categorias. Porém, uma análise mais precisa e técnica evidencia que não há uma identidade de conteúdo e tampouco uma relação de equivalência entre as categorias. O dolo direto não corresponde ao *purpose*, o dolo eventual não corresponde ao *knowledge*, a imprudência consciente não corresponde à *recklessness*, e tampouco a imprudência (ou culpa) inconsciente corresponde à *negligence*.¹⁶

As definições conceituais de cada categoria são completamente autônomas e os conteúdos correspondentes não são idênticos. A simples leitura dos conceitos correspondentes, definidos no Código Penal Modelo para os Estados Unidos e no Código Penal Brasileiro já evidencia essas diferenças.

Diante dessa situação, a resposta negativa à pergunta inicial se apresenta ainda mais evidente. Não é possível a aplicação da jurisprudência norte-americana no direito penal brasileiro porque as categorias de imputação jurídico-penal de cada sistema são diferentes entre si. Consequentemente, um critério elaborado para a classificação de um fato em uma categoria determinada de um dos sistemas não será adequado para a classificação do mesmo fato no outro sistema e em uma categoria diferente.

8. RESPOSTA À PERGUNTA INICIALMENTE FORMULADA

Após o esclarecimento das diferenças entre o conteúdo dos conceitos de *willful blindness doctrine* e *willful blindness*, a da explicação do significado de ambas as expressões, é possível elaborar a resposta à pergunta formulada no título deste artigo.

Esta resposta pressupõe a consideração dos seguintes conceitos:

a) a cegueira deliberada (*willful blindness*) é simplesmente uma forma de comportamento humano. É um modo de agir que independe de sua classificação jurídica e alguém pode atuar

16. EISELE, 2023, p. 60-62; LUCCHESI, 2018, p. 124; PARDINI, 2019, p. 45-46.

desse modo em qualquer lugar do mundo, independentemente de como o direito penal de cada país define as categorias de imputação penal;

b) a cegueira deliberada não é uma categoria jurídica na qual se possa classificar uma conduta no âmbito do direito penal. A categoria de imputação penal na qual a conduta realizada dessa forma pode ser classificada no sistema jurídico-penal norte-americano é o *knowledge*, que é definido no Código Penal Modelo para os Estados Unidos;

c) a *willful blindness doctrine* não é uma “teoria” jurídica. É um entendimento jurisprudencial elaborado para orientar e fundamentar a classificação jurídico-penal dos comportamentos praticados na forma de cegueira deliberada na categoria de culpabilidade *knowledge*.

Após o esclarecimento disso, se pode formular uma resposta à pergunta inicial: Não é possível a aplicação, no direito penal brasileiro, da jurisprudência americana que define critérios para a classificação da atuação na forma de cegueira deliberada na categoria de imputação *knowledge*, definida no Código Penal Modelo para os Estados Unidos.

E o motivo disto é simples. No sistema jurídico-penal brasileiro não existe a categoria de imputação *knowledge*. Como não existe a categoria jurídica na qual o fato é classificado mediante este critério jurisprudencial, não há sentido em sua aplicação no Brasil.

A classificação das condutas realizadas na forma de cegueira deliberada no Brasil deverá ser realizada nas categorias de imputação penal definidas no Código Penal, que são o dolo e a imprudência (ou culpa). E para esta classificação devem ser adotados critérios adequados e próprios para a definição da conduta como dolosa ou imprudente, e não os critérios elaborados para a classificação do fato na categoria norte-americana *knowledge*. Portanto, deve ser aferido se, na situação concreta, estão configurados os elementos cognitivo e volitivo do dolo em sua forma eventual.

As análises, explicações, discussões e críticas elaboradas pela teoria e jurisprudência americana sobre o tema podem contribuir para esclarecer as características do comportamento de quem atua na forma de cegueira deliberada, assim como seus motivos e finalidades.¹⁷ Porém, após a definição das características do fato, a sua classificação jurídica deve ser realizada com base em critérios próprios do sistema jurídico-penal brasileiro.

-
17. Um exemplo da utilidade e mesmo relevância das análises realizadas no âmbito teórico norte-americano para a melhor compreensão da situação é a divisão proposta por Luban (1999, p. 968-973) entre duas formas de atuação, classificadas com base na finalidade pretendida pelo sujeito. No primeiro caso o sujeito é comparado com um avestruz porque não quer ter certeza das circunstâncias do fato para evitar se colocar em uma situação desconfortável na qual deva decidir realizar ou não o comportamento, porém com o pleno conhecimento das circunstâncias de cuja existência suspeita. No segundo caso o sujeito é comparado com uma raposa porque deixa de conferir as características da situação com a finalidade de alegar seu desconhecimento caso venha a ser posteriormente responsabilizado pela prática da conduta.

Esses aspectos são indícios dos elementos cognitivo e volitivo do dolo, também denominados por Hassemer (1989, p. 304-308) e Marteleto Filho (2020, p. 432-436) como “indicadores do dolo”. Ferraz (2023, p. 291-305) também emprega essa terminologia, porém desde uma concepção significativa da ação, conforme a definição elaborada por Vives Antón (2011, p. 210-213) e adotada no Brasil, embora com algumas modificações, por Busato (2015, p. 246-257) e Cabral (2020, p. 188/192-206).

Esta conclusão seria suficiente para responder a questão inicial apresentada no título deste trabalho. Ou seja, a jurisprudência norte-americana não é adequada para a classificação dos casos em que o sujeito atua na forma de cegueira deliberada no Brasil. Porém, simplesmente afirmar que algo não seja adequado não necessariamente é uma proposição útil, pois não esclarece o que seria adequado. Isso é o que será realizado a seguir.

9. A CLASSIFICAÇÃO DAS CONDUTAS PRATICADAS NA FORMA DE IGNORÂNCIA DELIBERADA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Apesar de os critérios definidos pela jurisprudência norte-americana não serem adequados para a classificação das condutas realizadas mediante cegueira deliberada no sistema jurídico-penal brasileiro, a forma de comportamento em si considerada não se altera pela circunstância de o fato ter ocorrido nos Estados Unidos ou no Brasil.

O exemplo paradigmático da jurisprudência norte-americana anteriormente indicado poderia perfeitamente ter ocorrido na fronteira do Brasil com o Paraguai, e ter exatamente as mesmas características.

Isso porque a cegueira deliberada em si (*willful blindness*) não se confunde com os critérios empregados pela jurisprudência norte-americana para sua classificação jurídica (*willful blindness doctrine*).

A cegueira deliberada, ou ignorância proposital, é simplesmente uma forma de comportamento. É um modo de atuar. Trata-se de uma atitude do sujeito diante de uma determinada situação concreta na qual ele identifica a possibilidade de existência de algo, mas evita propositalmente certificar-se da efetiva existência daquilo. A atitude subjetiva consiste em uma decisão intencional de não conferir a situação diante de uma suspeita. O sujeito tem a consciência da possibilidade da existência de algo, mas não tem certeza dessa existência. Ou seja, ele tem dúvidas sobre a existência ou não de algo e decide não confirmar essa existência ou inexistência.

Esta forma de comportamento pode ser realizada em qualquer lugar, independentemente do sistema jurídico-penal que a regulamente. E, apesar de esta forma de comportamento não poder ser classificada no sistema jurídico-penal brasileiro com base nos critérios definidos pela jurisprudência norte-americana, isso não significa que ela não possa ser classificada no sistema jurídico-penal brasileiro com base nos critérios próprios deste sistema.

Diante desta situação, a pergunta correta a ser realizada seria: É possível a definição jurisprudencial dos requisitos para a classificação dos casos de atuação na forma de cegueira deliberada na categoria do dolo no Brasil?

Em outras palavras: A jurisprudência pode definir que, se estiverem configuradas determinadas características na situação concreta, o fato deve ser classificado como doloso?

A resposta positiva a esta pergunta decorre da superação de uma premissa. Se as características do comportamento corresponderem ao âmbito do conceito da categoria dolo eventual, a jurisprudência pode definir os aspectos específicos a serem considerados para a classificação.

Porém, se as características do comportamento não corresponderem ao âmbito do conceito da categoria dolo eventual, a jurisprudência não pode realizar tal classificação.

Portanto, em síntese, o aspecto determinante é a correspondência ou não da situação ao âmbito do dolo eventual. De forma ilustrativa, e para seguir no mesmo exemplo antes analisado, a questão a ser definida é se a conduta realizada pelo motorista deve ser classificada no âmbito do dolo eventual, eis que ele transportou a droga apesar da suspeita de tal material estar acondicionado no compartimento encontrado no veículo, mas sem ter conferido seu interior devido a uma decisão própria.

Para responder esta pergunta é necessário especificar o conteúdo dos elementos cognitivo e volitivo do dolo eventual.

De um modo geral e simplificado, o elemento cognitivo do dolo eventual consiste na consciência, por parte do sujeito, de que seu comportamento pode configurar uma forma de conduta determinada ou causar um resultado que corresponda ao conteúdo de um tipo penal. O elemento volitivo do dolo eventual consiste na decisão de atuar apesar da consciência da possibilidade de que seu comportamento possa realmente configurar a conduta considerada ou causar o resultado previsto, sem se importar com o risco de esta consequência efetivamente vir a decorrer da conduta realizada.¹⁸

Esta é uma descrição generalizadora e pouco precisa do que significa a expressão “assumir o risco de produzir o resultado” contida no art. 18, I, do Código Penal. Porém, para a identificação dos contornos da categoria de forma mais determinada e precisa é necessária uma especificação mais detalhada desta definição.

10. O ELEMENTO COGNITIVO DO DOLO EVENTUAL

O art. 18, I, do Código Penal define a conduta dolosa como aquela cujo sujeito realiza o comportamento querendo que determinada consequência se instaure, ou assumindo o risco de que essa consequência ocorra.

Para que alguém queira algo, ou assuma o risco de que algo ocorra, é necessário que a pessoa saiba o que seja esse algo. Não é possível querer algo que não se sabe o que é, e tampouco assumir o risco da realização de algo que se desconheça. Ambas as atitudes volitivas do sujeito pressupõem seu conhecimento do aspecto que é o objeto dessa atitude. Portanto, um dos elementos componentes do dolo é o conhecimento, por parte do sujeito, de determinados aspectos da realidade, em relação aos quais ele adotará a atitude volitiva.

Ao definir o que sejam esses aspectos que o sujeito deve conhecer para adotar uma atitude volitiva, a resposta mais simples e intuitiva seria a indicação de todos os elementos que compõem a hipótese típica. Ou seja, a existência, na realidade fática, dos elementos descritos no tipo.

18. EISELE, 2021, p. 289-297.

Porém, quando o sujeito realiza a conduta, nem todos os elementos do tipo existem. Alguns somente se instaurarão em consequência da realização da própria conduta. Por este motivo, o sujeito não tem condições de conhecê-los no momento da decisão pela prática da conduta.

Por exemplo, se o sujeito quiser “matar alguém”, que é o tipo do crime de homicídio definido no art. 121 do Código Penal, ao realizar a conduta não terá condições de conhecer a morte, pois a vítima ainda estará viva.

O único que o sujeito pode conhecer, no contexto da prática da conduta, é a possibilidade de causar a morte em decorrência do potencial lesivo dos fatores resultantes da conduta que ele pretende realizar. Em outras palavras, o sujeito somente pode ter conhecimento do risco da realização do fato típico.¹⁹ Com base no conhecimento dessa possibilidade (ou risco), o sujeito pode tomar a decisão de atuar com a finalidade de causar a morte, assim como também pode decidir atuar assumindo o risco de causar a morte.²⁰

No caso do exemplo do estupro anteriormente mencionado, o sujeito identifica a possibilidade de a jovem ter idade inferior a 14 anos e atua com a consciência dessa possibilidade. Portanto, o elemento cognitivo do dolo é o risco da realização do fato típico. A possibilidade de que, em decorrência da prática da conduta, se instaure um determinado fato típico.²¹

Como explicado anteriormente, quem atua na forma de cegueira deliberada identifica a possibilidade de que exista determinado aspecto na situação fática, mas decide não confirmar sua efetiva existência. Portanto, se o sujeito atuar apesar do conhecimento do risco, estará configurado o conteúdo do elemento cognitivo do dolo. Ele sabe que se realizar a conduta poderá praticar um fato típico.²²

11. O ELEMENTO VOLITIVO DO DOLO EVENTUAL

Existem várias teorias que pretendem definir o conteúdo volitivo essencial da conduta que configura o dolo eventual. No caso da situação de fato tratada neste artigo, qual seja, a atuação do sujeito em estado de ignorância deliberada, as teorias que melhor explicam a decisão do sujeito diante de um risco que expresse uma forma de assumir esse risco são as chamadas teorias da atuação apesar do reconhecimento de um “risco sério” e a atuação em decorrência de uma decisão contrária à tutela de um bem jurídico.²³

19. FRISCH, 1983, p. 57-58/65-66/169/297/300/303/341; PUPPE, 2010, p. 596 (Rn. 1); HERZBERG, 1986, p. 258.

20. STRATENWERTH, 1959, p. 54; RUDOLPHI, 2004, p. 72.9 (Rn. 38).

21. LISZT; SCHMIDT, 1932, p. 256-257/261 (§ 39, II, 1, b; 3, b, β); MEZGER; BLEI, 1970, p. 189 (§ 63); JESCHECK; WEIGEND, 1996, p. 299-300 (§ 29, III, 3, a); ROXIN; GRECO, 2020, p. 541/548/550 (§ 12, Rn. 4/23/28).

22. RAGUÉS I VALLÈS, 2007, p. 100; BOTTINI, 2013, p. 2-3/5; PARDINI, 2019, p. 115-117/155-156; FERRAZ, 2022, p. 57-58/240-241/292-295.

23. JESCHECK; WEIGEND, 1996, p. 299-301 (§ 29, III, 3, a/c); WESSELS; BEULKE, 2002, p. 75 (214).

A admissão de um “risco sério” foi definida por Stratenwerth como uma atuação do sujeito apesar de ele “levar a sério o risco” de que sua conduta poderá resultar na realização de um fato típico. O risco é considerado “sério” quando o sujeito identificar seu potencial e não tiver controle sobre seus efeitos.²⁴ Portanto, a eventual realização ou não da situação decorrerá de fatores aleatórios ou dependerá de comportamentos de outras pessoas.²⁵

A “decisão do sujeito pela possível lesão do bem jurídico” foi definida por Roxin como a atuação do sujeito apesar da ciência da possibilidade de que da prática da conduta possa resultar a afetação do bem jurídico.²⁶

Em ambos os casos o sujeito identifica um risco e adota uma atitude de indiferença diante desse risco.²⁷ Isso não significa que ele seja indiferente em relação às efetivas consequências do comportamento. Ele pode inclusive não querer que o risco produza efeitos e ter a esperança de que não se instaurem as consequências cuja possibilidade foi prevista.²⁸ Mas ele aceita correr o risco ao atuar apesar da consciência da situação.

Nos casos de cegueira deliberada o sujeito identifica o risco e decide não confirmar a situação.²⁹ Após se colocar nessa situação, decide realizar o comportamento apesar da ciência da possibilidade de que seu comportamento configure de um fato típico. O sujeito tem consciência do risco e da falta de controle sobre ele, e toma uma decisão ciente do contexto de risco. Esta decisão é um ato intencional que expressa uma atitude de indiferença em relação a esse risco.

No caso do exemplo do estupro, o sujeito percebe a possibilidade de a menina não ter 14 anos de idade, mas decide desconsiderar esse risco. Ele quer realizar a conduta (praticar o ato sexual) e atua sem se importar com a possibilidade indicada. Ele pode até ter a esperança de que a moça tenha idade superior a 14 anos, mas ele não tem certeza. Apesar de saber que, ao manter a relação sexual, poderá praticar uma conduta correspondente ao fato típico do crime de estupro, ele decide agir e “correr o risco”.

Portanto, ele identifica um risco sério e decide atuar apesar disso, tomando assim uma decisão contrária à tutela do bem jurídico. Em outras palavras, ele atua com indiferença diante

24. HERZBERG (1986, p. 261) descreve esta situação afirmando que, no caso, o risco não está “coberto” (*unabgeschirmte Gefahr*).

25. STRATENWERTH, 1959, p. 55-56; 2000, p. 146 (§ 8, 117).

26. ROXIN, 1964, p. 59; ROXIN; GRECO, 2020, p. 548 (§ 12, Rn. 23).

27. Portanto, trata-se de uma concepção volitiva do dolo. A atitude de indiferença diante do risco diferencia estas concepções volitivas da concepção normativa da qualidade do perigo proposta por HERZBERG (1986, p. 253; 1988, p. 639), desenvolvida por PUPPE [1991, p. 16-18/34/41-42; 2006, p. 73-75; 2010, p. 616 (Rn. 64)] e adotada no Brasil por VIANA (2017, p. 248-249/262) e MARTELETO FILHO (2020, p. 47-53). A concepção cognitiva considera que para a configuração do dolo basta o conhecimento de um risco culturalmente classificado como grave. Esta classificação deve ser realizada pelo intérprete com base em critérios normativos e não pelo sujeito, e a atuação nesse contexto deve ser classificada como dolosa independentemente de qualquer conteúdo volitivo da conduta.

28. SCHRÖDER, 1949, p. 235-238.

29. EISELE, 2023, p. 78-82; RAGUÉS I VALLÈS, 2013a, p. 140; 2013b, p. 11; SYDOW, 2020, p. 59-60; FEIJOO SÁNCHEZ, 2015, p. 17; LUCCHESI, 2018, p. 162/168/189.

do risco. Ao agir com a consciência do risco, e de sua falta de controle sobre seus efeitos, o sujeito “corre o risco” de praticar uma conduta típica. Esta é uma forma de assumir o risco de realizar o fato típico, nos termos da terminologia empregada no art. 18, I, do Código Penal.

Quem atua em um contexto de cegueira deliberada tem consciência do risco, pois esta percepção é o que motiva o sujeito à prática da conduta de ignorância intencional do aspecto que configura o objeto do risco. Portanto, a decisão de atuar apesar da consciência do risco e da falta de controle sobre seus efeitos corresponde ao conteúdo do elemento volitivo do dolo eventual, pois consiste em uma forma de assunção do risco identificado.

12. CONCLUSÕES

A cegueira deliberada não é uma teoria jurídica, nem uma categoria de imputação penal (como é o caso do dolo). É simplesmente uma forma de atuar.

O comportamento que corresponde à cegueira deliberada consiste em uma atitude do sujeito que, após identificar a possibilidade da existência de uma circunstância fática determinada na situação em que se encontra, decide intencionalmente não confirmar a suspeita para não ter certeza da eventual existência da circunstância considerada.

A cegueira deliberada é somente esta atitude da qual decorre um estado de incerteza. Portanto, a cegueira deliberada em si não é um fato típico e por isso não tem efeitos penais. A conduta típica praticada nessa situação é que tem repercussões penais.

Nesse contexto de dúvida, em que o sujeito não tem certeza sobre a existência ou não da circunstância cuja possibilidade de existência foi identificada, ele realiza intencionalmente uma conduta que poderá corresponder a um fato típico caso a circunstância realmente existir.

Ele aceita correr o risco da existência da circunstância porque decide agir apesar de saber da possibilidade de que sua conduta venha a corresponder a um fato típico. Ele não necessariamente é indiferente à efetiva existência da circunstância. Ele pode inclusive ter a esperança de que a circunstância não exista.³⁰ Porém, ele é indiferente ao risco, ou seja, à possibilidade em si da existência da circunstância.

A identificação do risco da realização de um fato típico compõe o elemento cognitivo do dolo. A indiferença do sujeito em relação ao risco da prática de um fato típico compõe o elemento volitivo do dolo eventual.

Portanto, a prática da conduta típica em uma situação de ignorância deliberada configura um comportamento classificável no âmbito do dolo eventual.³¹

30. Isso porque a mera esperança de que não se configure um fato típico não é incompatível com o dolo (SCHRÖDER, 1949, p. 235-238).

31. Mesmo LUCCHESI (2018, p. 63/162-165), que considera que nos casos de cegueira deliberada o fato nem sempre deva ser classificado como doloso (embora possa sê-lo), reconhece que se o sujeito tem a consciência do risco e o domínio da situação, sua conduta pode ser classificada como dolosa (LUCCHESI, 2018, 162/168/189). Esta é, exatamente, a situação de quem atua na forma de cegueira deliberada (EISELE, 2023, p. 144-146).

13. BIBLIOGRAFIA

- BARROS, Marco Antonio de; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de ativos: Dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. *Revista dos Tribunais*, v. 957, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BECK, Francis. A doutrina da cegueira deliberada e sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. *Revista de Estudos Criminais*, n. 41, Porto Alegre: Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, 2011.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. *Consultor Jurídico*, São Paulo: ConJur, 30.07.2013 Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470/]. Acesso em: 02.02.2024.
- BURGEL, Letícia. A teoria da cegueira deliberada na Ação Penal 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 129, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BUSATO, Paulo. *Direito Penal*. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo e linguagem*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.
- CARVALHO, Felipe Fernandes. *A conformação da cegueira deliberada no Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.
- CEOLIN, Guilherme Francisco. As divergentes concepções da teoria da cegueira deliberada. *Revista de Estudos Criminais*, n. 80, São Paulo: Tirant lo blanch, 2021.
- CHARLOW, Robin. Wilful ignorance and criminal culpability. *Texas Law Review*, v. 70, Austin: University of Texas, 1992.
- EDINGER, Carlos. *A cegueira deliberada como indicador de dolo eventual*. São Paulo: Lumen Juris, 2019.
- EISELE, Andreas. *Cegueira deliberada e dolo eventual*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2023.
- EISELE, Andreas. *Direito Penal – Teoria do delito*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal. In *Dret*, Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2015.
- FERRAZ, Sérgio Valladão. *Cegueira deliberada*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.
- FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*. Köln: Heymanns, 1983.
- FLETCHER, George F. *Basic Concepts of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- HASSEMER, Winfried. Kennzeichen des Vorsatzes. *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Köln: Heymanns, 1989.
- HELLMAN, Deborah. Willfully blind for a good reason. *Criminal Law and Philosophy*, v. 3, New York: Springer, 2009.
- HERZBERG, Rolf Dietrich. Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit. *Juristische Schulung* (JuS), 26, Jahrgang, Heft 4, München: Beck, 1986.
- HERZBERG, Rolf Dietrich. Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom Bewußt fahrlässigen Verhalten – Teil 2. *Juristenzeitung*, 43, Jahrgang, Nr. 13, Tübingen: Mohr Siebeck, 1988.

- HUSAK, Douglas N.; CALLENDER, Craig A. Wilful ignorance, knowledge, and the “equal culpability” thesis: A study of the deeper significance of the principle of legality. *Wisconsin Law Review*, n. 29, Madison: University of Wisconsin Law School, 1994.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 5. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- LAUFER, Christian; GALVÃO DA SILVA, Robson A. A teoria da cegueira deliberada e o Direito Penal Brasileiro. *Boletim do IBCCrim*, v. 204, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2009.
- LISZT, Franz von; SCHMIDT, Eberhard. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 26. Auflage. Berlin: De Gruyter, 1932.
- LUBAN, David. Contrived ignorance. *Georgetown Law Journal*, v. 87, Washington: Georgetown University, 1999.
- LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo – O uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- MARCUS, Jonathan L. Model Penal Code section 2.02(7) and willful blindness. *The Yale Law Journal*, v. 102, New Haven: Yale University, 1993.
- MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no Direito Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque; HERNANDES, Camila Ribeiro. O delito de lavagem de capitais e a teoria da cegueira deliberada: Compatibilidade no Direito Penal Brasileiro. *Conpedi Law Review*, v. 3, n. 2, Braga: Conpedi, 2017.
- MEZGER, Edmund; BLEI, Hermann. *Strafrecht – Ein Studienbuch*. 14. Auflage. München: Beck, 1970.
- MODEL PENAL CODE. Disponível em: [www.legal-tools.org/doc/08d77d/pdf]. Acesso em: 21.04.2024.
- MOSER, Manoela Pereira. A teoria da cegueira deliberada no Direito Penal Econômico. *Revista de doutrina e jurisprudência*, n. 108 (2), Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2017.
- PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- PORTUGAL, Daniela Carvalho; SCHUBERT, Marina Azevedo. Teoria da cegueira deliberada: Um risco à advocacia brasileira? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 159, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- PUPPE, Ingeborg. § 15. KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich. *Strafgesetzbuch (NomosKommentar)*. Band. 1. 3. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2010.
- PUPPE, Ingeborg. Begriffskonzeptionen des dolus eventualis. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. Hamburg: Decker, 2006.
- PUPPE, Ingeborg. Der Vorstellungsinhalt des dolus eventuais. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*. 103. Band. Berlin: De Gruyter, 1991.

- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. A modo de contrarréplica: La ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva. *Discusiones XIII – Ignorancia deliberada y Derecho Penal*. Bahía Blanca: EdiUNS, 2013a.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal. *Discusiones XIII – Ignorancia deliberada y Derecho Penal*. Bahía Blanca: EdiUNS, 2013b.
- ROXIN, Claus. Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit. *Juristische Schulung*, 4. Jahrgang, Heft 2, München: Beck, 1964.
- ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 1. Band. 5. Auflage. München: Beck, 2020.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim. § 16. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK-StGB)*. Band I. 41. Lieferung. Neuwied: Luchterhand, 2004.
- SARCH, Alexander F. Willful ignorance, culpability and the criminal law. *St. John's Law Review*, v. 88, n. 4, article 4, Queens: St. John's University, 2015.
- SCHRÖDER, Horst. Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs. *Festschrift für Wilhelm Sauer*. Berlin: De Gruyter, 1949.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 122, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- STRATENWERTH, Günter. Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*. 71 Band. Berlin: De Gruyter, 1959.
- STRATENWERTH, Günter. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil I. 4. Auflage. Köln: Heymanns, 2000.
- SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: De Plácido, 2020.
- TILLER, Emerson H.; CROSS, Frank B. What is Legal Doctrine? *Public Law and Legal Theory Papers*, Paper 41, Austin: Northwestern University School of Law, 2005.
- WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 32. Auflage. Heidelberg: Müller, 2002.
- VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2011.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A cegueira deliberada da *common law* à civil *law* e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores, de André Luís Callegari e Ariel Barazzetti Weber – *RBCCrim* 133/17-35;
- A cegueira deliberada e o dolo eventual: uma relação de desarmonia, de Thiago Rocha de Rezende e José Danilo Tavares Lobato – *RDPEC* 9/217-248;
- Apelo para o abandono da categoria do "dolo eventual", de Tatjana Hörnle e Wagner Marteleto Filho – *RBCCrim* 178/79-101;
- Cegueira deliberada: a imputação dolosa sem conhecimento, de Michael Procopio Ribeiro Alves Avelar e Pierpaolo Cruz Bottini – *RDPEC* 4/109-131;
- Precedentes judiciais e o princípio da reserva legal: o exemplo da cegueira deliberada, de Mariane de Matos Aquino – *RT* 1049/235-253;
- O Tipo subjetivo do injusto econômico: breve ensaio sobre o equívoco da integração hermenêutica do dolo eventual a partir da teoria do domínio do fato e da cegueira deliberada, de Isabela Tarquinio Rocha Câmara – *RBCCrim* 141/61-91; e
- Teoria da cegueira deliberada: um risco à advocacia brasileira?, de Daniela Carvalho Portugal e Marina Azevedo Schubert – *RBCCrim* 159/109-147.

**A PRESENÇA DE AMIGOS E FAMILIARES DA VÍTIMA EXIGINDO
JUSTIÇA NO PLENÁRIO DO JÚRI: REFLEXÕES SOBRE A NECESSIDADE
DE MANUTENÇÃO DE UM CENÁRIO EQUILIBRADO E IMPARCIAL
NA DISPUTA DE NARRATIVAS ENTRE ACUSAÇÃO E DEFESA**

*THE PRESENCE OF FRIENDS AND FAMILY OF THE VICTIM DEMANDING JUSTICE IN THE
JURY PLENARY: REFLECTIONS ON THE NEED TO MAINTAIN A BALANCED AND IMPARTIAL
SCENARIO IN THE DISPUTE OF NARRATIVES BETWEEN PROSECUTION AND DEFENSE*

BRUNO LEITÃO

Doutor (PUC/RS) e Mestre em Direito (UFAL).
Professor no Centro Universitário CESMAC (Maceió/AL). Advogado.
Lattes: [lattes.cnpq.br/9699629460607799]
ORCID: [orcid.org/0000-0001-7556-2348]
brunoleitao.adv@hotmail.com

FRANCISCO DE ASSIS DE FRANÇA JÚNIOR

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra.
Professor no Centro Universitário CESMAC (Maceió/AL). Advogado.
Lattes: [lattes.cnpq.br/2739102277898461]
ORCID: [orcid.org/0000-0002-6958-920X]
fafjunior2016@gmail.com

RENATO KRAMER

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Humboldt de Berlim.
Professor de cursos de Pós-Graduação. Advogado.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/8714166573465164]
ORCID: [orcid.org/0000-0002-7361-368X]
renato_kramer@hotmail.com

DOI: [https://doi.org/ 10.5281/zenodo.11094597]

Recebido em: 25.08.2023

Aprovado em: 19.04.2024

Última versão dos autores: 21.04.2024

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar criticamente a incoerência do STJ, em argumentar que não haveria problema na presença de amigos e familiares das vítimas, utilizando uniformes e cartazes, exigindo-se justiça, no plenário do Tribunal do Júri. A problemática enfocará o potencial de impacto dessa presença na formação da convicção do Conselho de Sentença, desequilibrando-se o cenário e prejudicando a absorção do discurso da defesa. Como hipótese, tem-se que se deve reconhecer que no cenário no qual a disputa de narrativas ocorre entre acusação e defesa há um potencial de influência em favor da acusação quando se permite a utilização de camisas e cartazes exigindo-se a alegada justiça. Com a utilização dos métodos hipotético-dedutivo e indutivo, conclui-se que há quebra da necessária imparcialidade e do tratamento isonômico entre as partes.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal do Júri – Imparcialidade – Plenário – Uniformes e cartazes.

ABSTRACT: This article aims to critically analyze the STJ's inconsistency in arguing that there would be no problem in the presence of friends and family of the victims, wearing uniforms and posters, demanding justice, in the plenary of the Jury's Court. The issue will focus on the potential impact of this presence on the convincing of the Judgment Council, unbalancing the scenario and impairing the absorption of the defense's discourse. The hypothesis is that it should be recognized that in the scenario in which the narrative dispute takes place between the prosecution and the defense, there is a potential for influence in favor of the prosecution when the use of shirts and posters demanding alleged justice is allowed. With the use of hypothetical-deductive and inductive methods, the conclusion is that there is a breach of the necessary impartiality and isonomic treatment between the parties.

KEYWORDS: Jury court – Impartiality – Plenary – Uniforms and posters.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A jurisprudência do STJ sobre o cenário do Tribunal do Júri na captura psíquica dos jurados: os casos das algemas, da farda do presídio e da posição do acusador. 3. O potencial de influência do cenário (e das demais circunstâncias alheias aos autos do processo) na tomada da decisão judicial. 4. Preocupações com a presença de amigos e familiares da vítima exigindo (ainda que silenciosamente) justiça no plenário do Tribunal do Júri. 5. Considerações finais. 6. Referências. 7. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

O plenário do Tribunal do Júri, quer para a acusação quer para a defesa, é um espaço generoso no que diz respeito à possibilidade de construção de narrativas, sendo, entretanto, ao menos em tese, claramente mais permissivo à atuação defensiva, uma vez garantida expressamente sua plenitude pela Constituição Federal (art. 5º, XXXVIII, “a”).¹

1. Não há, p. ex., um princípio de “plenitude da acusação”.

L, B.; F. Jr., F. de A. de; K., R. A presença de amigos e familiares da vítima exigindo justiça no plenário do júri: reflexões sobre a necessidade de manutenção de um cenário equilibrado e imparcial na disputa de narrativas entre acusação e defesa.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203. ano 32. p. 237-259. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [https://doi.org/ 10.5281/zenodo.11094597]

Embora não seja um critério absoluto,² a plenitude de defesa permite, na prática, uma atuação destemida, mas, por mais que seja utilizada em plenário, pode vir a ser pouco eficiente na absorção da narrativa defensiva, sobretudo quando diante de um cenário já repleto de elementos que potencializam a *captura psíquica*³ dos jurados pela acusação.

Nesse contexto, a problemática proposta enfocará o impacto na formação da convicção do Conselho de Sentença diante da presença de amigos e familiares da vítima no plenário do Tribunal do Júri, com camisas e cartazes, exigindo-se a realização de uma alegada justiça. A questão central será, portanto, se há potencial de impacto na captura psíquica dos jurados e se tal circunstância não desequilibraria o cenário, prejudicando a defesa.

O que se coloca como principal hipótese é o fato de que, especialmente no Superior Tribunal de Justiça – STJ, já se reconheceu que no cenário no qual a disputa de narrativas ocorre entre acusação e defesa há sim um potencial de influência em favor da acusação, quer seja pela utilização de algemas no acusado quer seja pelo uso da farda do presídio, lógica que poderia se estender à utilização de camisas e cartazes exigindo alegada justiça.

Assim, como objetivo central perseguido no presente artigo está a necessidade de analisar criticamente a aparente incoerência, ao menos até o presente momento, do STJ, em argumentar que não haveria problema na presença de amigos e familiares das vítimas, utilizando camisas e cartazes, exigindo-se certa justiça, no plenário do Tribunal do Júri.

Como método de abordagem da problemática antevista, na construção do desenvolvimento que segue, tem-se a utilização de uma perspectiva que estabelece o diálogo entre os métodos hipotético-dedutivo e indutivo, focado em uma análise essencialmente qualitativa, partindo-se da técnica da revisão de literatura e da utilização das decisões mais representativas sobre o tema abordado junto ao STJ. Embora relativamente longos alguns trechos colacionados – sendo, portanto, contraproducente em um texto acadêmico –⁴, mantê-los foi necessário para que o contexto de fundamentação da decisão estivesse bem explicitado, uma vez que é sobre esse contexto que a crítica recai.

2. Como mais impressivo dessa natureza relativa, veja-se, p. ex., o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal – STF, da ADPF 779 MC-REF/DF: “4. A ‘legítima defesa da honra’ não pode ser invocada como argumento inerente à plenitude de defesa própria do tribunal do júri, a qual não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Assim, devem prevalecer a dignidade da pessoa humana, a vedação a todas as formas de discriminação, o direito à igualdade e o direito à vida, tendo em vista os riscos elevados e sistêmicos decorrentes da naturalização, da tolerância e do incentivo à cultura da violência doméstica e do feminicídio” (trecho da ementa).
3. No sentido argumentado em: CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2000. t. I e II.
4. Nesse particular, convém o alerta: “Além das longas citações, deve-se evitar a reprodução de ementas ou longos trechos da decisão no corpo do texto. *Ocorre que as ementas e os trechos isolados de decisões não são autoexplicativos e muitas vezes não sustentam o argumento trabalhado no texto*. Assim, fica a recomendação de refletir sobre a citação de passagens dos votos e, principalmente, da transcrição de ementas: uma boa pesquisa de jurisprudência é aquela que apresenta interessante raciocínio a respeito do material coletado”. [o destaque é nosso]. PALMA; FEFERBAUM; PINHEIRO, 2019, p. 121.

L, B.; F. Jr., F. de A. de; K., R. A presença de amigos e familiares da vítima exigindo justiça no plenário do júri: reflexões sobre a necessidade de manutenção de um cenário equilibrado e imparcial na disputa de narrativas entre acusação e defesa.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203. ano 32. p. 237-259. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [https://doi.org/ 10.5281/zenodo.11094597]

A seleção das decisões utilizadas adiante, portanto, atendeu aos critérios da atualidade e da representatividade daquilo que foi recortado como problemática central do texto,⁵ servindo-nos apenas como ponto de partida para a análise crítica desenvolvida a seguir.

2. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE O CENÁRIO DO TRIBUNAL DO JÚRI NA CAPTURA PSÍQUICA DOS JURADOS: OS CASOS DAS ALGEMAS, DA FARDA DO PRESÍDIO E DA POSIÇÃO DO ACUSADOR

Como antevisto, a opção pelas decisões que seguem atendeu aos critérios da atualidade, ou seja, fizemos opção pelas decisões mais recentes a respeito dos temas enfocados, e da representatividade/pertinência, em que procuramos nos utilizar daquelas decisões cujo enfrentamento dos temas propostos se deu de maneira mais direta e completa possível.

A pesquisa exploratória, entretanto, esteve direcionada especificamente à jurisprudência do STJ em razão de ser o órgão da justiça brasileira responsável pelo julgamento das situações que conflitam com a legislação infraconstitucional (art. 105 da Constituição Federal), em especial a que regula o júri,⁶ interessando-nos, para a otimização do tempo, mais pelo resultado dos julgamentos do que pelos debates entre os votos dos ministros.⁷

Desse modo, o objetivo inicial é demarcar o entendimento prevalente do mencionado tribunal em sua atuação colegiada (usando, aqui, um método essencialmente descritivo), com a utilização das decisões mais atuais e impressivas a respeito da problemática proposta, na medida em que a crítica é concomitantemente apresentada como uma espécie de ato preparatório e de contextualização para o enfrentamento direto da problemática.

Primeiro, como bastante representativo da lógica sustentada pela jurisprudência do STJ, para, em regra, rechaçar a utilização de algemas no acusado perante o Conselho de Sentença, durante sua presença na sessão do Tribunal do Júri, observe-se o que segue:

“AGRAVO REGIMENTAL. USO DE ALGEMAS EM SESSÃO DE JÚRI. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA CONCRETA. NULIDADE ABSOLUTA. NECESSIDADE DE NOVO JULGAMENTO. SÚMULA VINCULANTE 11 DO STF. AGRAVO PROVIDO. [...] 3. A menos que se aduza alguma peculiaridade do caso concreto, a denotar efetivo risco de que o réu, com mãos livres, poderá pôr em risco a segurança dos circunstantes ou fugir – risco que não pode decorrer do simples fato de responder por crime hediondo – *revela-se ilegal a manutenção do réu algemado durante a sessão de julgamento, máxime perante juízes leigos, para quem o simbolismo do uso de algemas pelo acusado possui significado mais relevante do que se se tratasse de julgamento perante juiz togado* (RHC 76.591, Ministro Rogerio

5. “Os recortes possíveis são inúmeros, sendo impossível exaurir as hipóteses sobre o problema. Caberá ao pesquisador determinar os critérios específicos de análise das decisões”. FILHO; LIMA, 2010, p. 15.

6. Art. 406 e seguintes do CPP.

7. Muito embora, adiante, excepcionalmente, tenhamos entendido como imprescindível a análise sucinta da discussão estabelecida no julgamento da ADI n. 4.768, proposta pelo Conselho Federal da OAB.

L., B.; F. Jr., F. de A. de; K., R. A presença de amigos e familiares da vítima exigindo justiça no plenário do júri: reflexões sobre a necessidade de manutenção de um cenário equilibrado e imparcial na disputa de narrativas entre acusação e defesa.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203. ano 32. p. 237-259. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [https://doi.org/ 10.5281/zenodo.11094597]

Schietti Cruz, *DJe* 30.03.2017)” (AgRg no Agravo em Recurso Especial 1.053.049/SP - 2017/0025672-9, de 27.06.2017, destacamos).

Como destacado – e bem – no julgamento mencionado, fica evidente a conclusão pelo impacto que a imagem do acusado com as algemas pode provocar na formação da convicção dos componentes do Conselho de Sentença, composto, portanto, pelos “juízes leigos”, para os quais, argumentou o STJ, “o simbolismo do uso de algemas pelo acusado possui significado mais relevante do que se se tratasse de julgamento perante juiz togado”.

Noutra oportunidade, aceitando o uso das algemas no acusado perante a sessão do Tribunal do Júri, validando-se a justificativa do juízo de primeiro grau, que se amparava, basicamente, na falta de estrutura das dependências do fórum local e na negativa da força policial responsável pela escolta do então acusado, o mesmo STJ concluiu o que segue:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 474, § 3º, E 478, II, AMBOS DO CPP. TESE DE NULIDADES. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE NO USO DE ALGEMAS PERANTE O JÚRI. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. MENÇÃO, EM PLENÁRIO, AO SILÊNCIO DO RÉU NA FASE INQUISITORIAL. TEMA NÃO EXPLORADO. PREJUÍZO NÃO CONSTATADO. 1. No que se refere ao uso de algemas em plenário, a Corte de origem dispôs que requer a Defesa, preliminarmente, o reconhecimento de nulidade do julgamento em razão do uso injustificado de algemas pelo réu durante o plenário. [...] Deve ser afastada a suscitada nulidade, pois o D. Magistrado fundamentou a necessidade de que o réu permanecesse algemado durante a audiência em plenário, nos seguintes termos (fls. 439): ‘No caso vertente, encontram-se presentes circunstâncias excepcionais, autorizadoras do uso de algemas no acusado. O Fórum local apresenta acanhadas condições de segurança, apesar do grande número de pessoas que por ele circulam, entre funcionários e público em geral. Os presos entram por uma porta lateral que fica exposta a qualquer circunstância, pois inexistem telas ou grades a separar o acesso da escolta, provocando, invariavelmente, aglomeração de familiares e curiosos. Ingressando no prédio, os presos são levados até uma cela que fica contígua ao salão do júri. Em plenário, devido a suas reduzidas dimensões, os acusados podem ter fácil acesso ao público. Além disso, devido ao escasso contingente da Polícia Militar local, não existem policiais na segurança do prédio, muito menos agentes responsáveis por tal função. Durante o plenário, a segurança fica restrita a um policial militar e aos agentes responsáveis pela escolta. Não bastasse, o pequeno espaço para trânsito faz com que todos fiquem próximos uns dos outros. Por fim, anoto que após serem indagados da possibilidade de se retirar algemas, os policiais e agentes penitenciários responsáveis pela escolta responderam negativamente, alegando que, diante de tal proceder, não poderiam garantir a segurança dos presentes. Assim, excepcionalmente, o uso de algemas é indispensável para manutenção da segurança e ordem pública, bem como garantia da integridade física de todos os presentes, o que importa na exceção prevista no artigo 474, § 3º, do Código de Processo Penal’. 2. [...] o emprego de algemas durante o julgamento plenário não viola a Súmula vinculante n.º 11 do Supremo Tribunal Federal, quando necessário para garantir a segurança de todos os presentes, como demonstrado pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri no caso (HC 507.207/DF, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, *DJe* 12.06.2020). [...] 6. Agravo regimental

improvido” (AgRg no REsp 1.894.634/SP, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 24.08.2021, *DJe* 31.08.2021).

Logo, conclui-se que, embora se entenda que as algemas produzam um impacto negativo para a narrativa da defesa durante os debates, possibilita-se sua utilização nos casos análogos àquele mencionado na decisão anterior, cujo argumento, para dizermos o mínimo, é bastante discutível, uma vez que, dos direitos aparentemente em conflito, como a alegada segurança, a ordem pública, a publicidade, a paridade, os juízes imparciais, foi justo aquele em que se reconhece o potencial de prejuízo para o acusado que precisou ceder.

Observe-se que o cerne da justificativa recai sobre algo que inegavelmente é uma obrigação estatal, ou seja, manter uma estrutura (material e de pessoal) mínima que permita a realização de um julgamento efetivamente justo. O espaço, portanto, mantido para a efetivação da justiça, ironicamente, não se presta para isso, comprometendo-se a principal baliza da estrutura acusatória do processo penal: a imparcialidade. Nesses casos, ao manter um juízo que “apresenta acanhadas condições de segurança”, o judiciário conscientemente compromete a efetivação dos direitos de um julgamento realmente justo.

Não é a absoluta impossibilidade prática de se respeitar a necessidade de se manter o cenário o mais equilibrado possível na disputa que se desenvolverá entre acusação e defesa no Tribunal do Júri, mas a falta de uma vontade política em se proporcionar uma estrutura que possibilite respeitar os direitos garantidos pelo ordenamento. É provável que melhorias nessa estrutura seja perspectivada como gasto, ou mero capricho, mas não como exigência para a manutenção de uma persecução penal verdadeiramente acusatória.

Na prática, parece-nos letra morta a previsão do art. 478, I, do CPP, que proíbe a menção ao uso de algemas no acusado, uma vez que a imagem será impressiva em favor da acusação.

Observe-se que, em um processo penal de estrutura acusatória, não há razoabilidade em se admitir que um direito subjetivo (o direito de não ser submetido às algemas, sobretudo pelo seu já reconhecido simbolismo perante os jurados “leigos”) seja violado em benefício da coletividade (o uso de algemas para a “segurança de todos”), especialmente quando o que impede o seu respeito seja única e exclusivamente a falha estrutural do próprio Estado. Esse modo de fundamentar o julgamento nos conduz a um argumento do tipo consequencialista⁸, o qual, como veremos, deve ser evitado por dois simples motivos.

Primeiro, porque o consequencialismo poderia nos levar a resultados considerados como absurdos. Veja-se: “A” assalta um banco. Nesse banco há o atendente “B” e o atendente “C”. O assaltante “A” atira contra “B”, matando-o. Porém, a família da vítima não sofre pela morte. Por outro lado, o assaltante “A” causa apenas uma lesão leve em “C”, causando à família deste um sofrimento intenso. Diante desse cenário, e considerando o pensamento consequencialista, teríamos a punição de “A” mais severamente considerada em relação ao atendente “C”, pois as

8. No sentido de que se perspectiva que uma conduta é vista como moralmente correta apenas com base nas consequências que dela advêm.

L, B.; F. Jr., F. de A. de; K., R. A presença de amigos e familiares da vítima exigindo justiça no plenário do júri: reflexões sobre a necessidade de manutenção de um cenário equilibrado e imparcial na disputa de narrativas entre acusação e defesa.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203. ano 32. p. 237-259. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [https://doi.org/ 10.5281/zenodo.11094597]

consequências da conduta do autor foram maiores – a família de “C” sofreu intensamente – do que àquelas em relação ao atendente “B”.⁹

Segundo, porque esse tipo de pensamento feriria a ideia de justiça. Enquanto que o consequencialismo, e mais especificamente o utilitarismo¹⁰, preconiza que uma conduta é moralmente boa à medida que para toda a sociedade também o seja. Para a justiça, uma conduta é moralmente boa à medida que ela seja boa para cada indivíduo. Em outras palavras: enquanto o utilitarismo define o que é bom sob o sentido coletivo, a justiça define o que é bom sob o sentido distributivo.¹¹ Desta forma, a ideia de justiça perde no utilitarismo sua importância como princípio do Direito, conduzindo a coletividade a um primeiro plano em detrimento do indivíduo isoladamente considerado.¹²

Ademais, como já advertido por Renato Kramer¹³, o pensamento utilitarista fere de morte o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que o indivíduo seria degradado como um mero objeto para a consecução de outra finalidade (lembra-nos também a advertência de Kant), o que evidentemente corrói toda a estrutura democrática e acusatória da persecução penal. Em democracia, não tem o magistrado – e justo por isso, para o ingresso e a manutenção na carreira, ele não se submete ao voto popular –, que se ver impelido a decidir com base na opinião pública,¹⁴ e por isso se justificam as garantias da inamovibilidade, da irredutibilidade dos vencimentos e da vitaliciedade.

Conclui-se, portanto, embora se esforce em se justificar, que o STJ tem plena consciência de que em um julgamento em que o acusado está algemado perante o Conselho de Sentença, há claro desequilíbrio na disputa de narrativas entre acusação e defesa, mas isso, diz o STJ, seria “admissível” em nome de uma alegada “segurança de todos os presentes”.

Já no caso da utilização, pelo acusado perante os jurados, da farda do estabelecimento prisional no plenário do Tribunal do Júri, o STJ tem argumentado no seguinte sentido:

“PROCESSO PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE APRESENTAÇÃO DO RÉU COM ROUPAS CIVIS EM PLENÁRIO. PRINCÍPIO DA PLENITUDE DE DEFESA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO PROCESSO. NULIDADE ACOLHIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] 4. Havendo razoabilidade mínima no pleito da defesa, como se vislumbra do pedido pela apresentação do réu em Plenário com roupas civis, resta eivada de nulidade a decisão que genericamente o indefere. 5. A nulidade não exsurge do simples comparecimento do acusado na Sessão Plenária com as vestimentas usuais dos presos, sendo certo que diariamente julgamentos ocorrem nessa condição. 6.

9. NASHER, 2009, p. 16.

10. Nesse contexto, o utilitarismo é um subcaso do consequencialismo.

11. HÖFFE, 1995, p. 157; nesse sentido também: KRAMER, 2023, p. 226.

12. GIERHAKE, 2021, p. 32; assim também: KRAMER, 2023, p. 226.

13. KRAMER, 2023, p. 227.

14. As implicações, dessa relação, para uma democracia, podem ser melhor observadas em: ZAGREBELSKY, 2011.

L., B.; F. Jr., F. de A. de; K., R. A presença de amigos e familiares da vítima exigindo justiça no plenário do júri: reflexões sobre a necessidade de manutenção de um cenário equilibrado e imparcial na disputa de narrativas entre acusação e defesa.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203. ano 32. p. 237-259. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [https://doi.org/ 10.5281/zenodo.11094597]

Desponta-se constrangimento ilegal quando, pleiteada a substituição dos trajes, dentro de uma estratégia defensiva traçada, o Juízo, sem pormenores, indefere o pedido, havendo cerceamento da plenitude de defesa do réu nesse ponto, haja vista não lhe ser proibido buscar a melhor forma, dentre dos parâmetros da razoabilidade, de se apresentar ao júri. 7. Recurso parcialmente provido para cassar a decisão do Juízo da 1ª Vara Criminal de Poços de Caldas/MG, na ação penal 0518.17.013273-3, de forma *permitir ao réu, ora recorrente, usar roupas civis na Sessão do Tribunal do Júri*” (Recurso em Mandado de Segurança 60.575/MG (2019/0104976-3), Ministro Rel. Ribeiro Dantas, de 13.08.2019, DJe 19.08.2019, destacamos).

Como se constata, nesse paradigmático caso, a ementa da decisão não é explícita com relação ao impacto da utilização do uniforme do estabelecimento prisional na decisão a ser tomada pelos jurados no julgamento pelo Tribunal do Júri, como, aliás, o mesmo tribunal havia ementado quando da possibilidade de utilização das algemas no acusado, destacando o seu “simbolismo” prejudicial à defesa. No caso do fardamento, na ementa da decisão enfocada anteriormente, observa-se apenas um “direito” do acusado de se utilizar de “roupas civis”. Ocorre que o Ministro Relator do caso, em seu voto, advertiu o que segue:

“[...] *mutatis mutandis, a par das algemas, tem-se nos uniformes prisionais outro símbolo da massa encarcerada brasileira, sendo, assim, plausível a preocupação da defesa com as possíveis pré-concepções que a imagem do réu, com as vestes do presídio, possa causar ao ânimo dos jurados leigos [...]*, ‘as vestimentas diárias de recolhimento utilizadas trazem uma inegável associação à violência, à sangue, de maneira a construir uma inevitável imagem negativa do réu perante os jurados.’” (destacamos).

Conquanto, seria bastante contraditório admitir-se que as algemas, que marcam apenas uma parte do corpo do acusado, teriam o potencial de impactar na formação da convicção dos jurados, mas as vestimentas do presídio, que marcam praticamente todo o corpo, não o teriam. Em ambos os casos, portanto, embora estabeleçam-se relativizações, o tribunal guarda certa coerência em sua jurisprudência, admitindo, ora explícita ora implicitamente, o impacto negativo que a imagem do acusado, marcada quer pelas algemas quer pelas vestimentas do presídio, pode gerar diante do Conselho de Sentença.

Nesse contexto, fica evidente que há um reconhecimento jurisprudencial de que o cenário no qual se insere o acusado para ser julgado tem potencial para impactar na captura psíquica dos jurados. Potencial, aliás, nos casos destacados, que favoreceria claramente a narrativa da acusação, restringindo-se a possibilidade de um julgamento verdadeiramente justo, como se exige em uma persecução penal pautada por uma estrutura acusatória.

Como se observa, a jurisprudência do STJ, em regra, expande a ideia de que, no processo penal acusatório, deve-se garantir a imparcialidade para além de uma exigência de que o julgador, conscientemente, assim se comporte – mantendo-se, ao menos até a decisão,

equidistante das narrativas das partes –¹⁵, mas impõe existir também uma preocupação com os elementos que tenham potencial de impactar na captura psíquica desse julgador, preocupação que se agudiza, como antevisto, no caso de “juízes leigos” durante o júri.

Deve-se atentar, portanto, para símbolos que possam, mesmo que subconscientemente, direcionar a decisão dos julgadores (como é o caso do uso de algemas e da farda do presídio), vale dizer, não basta estarmos diante de um juiz aparentemente imparcial – que se comprometa conscientemente com isso –, mas é também necessário que se garanta um ambiente de julgamento relativamente imparcial no tocante às narrativas que serão apresentadas, em que acusação e defesa possam realmente ocupá-lo com certo equilíbrio.

Ocorre que, essa não tem sido a lógica utilizada com relação à posição do Ministério Público nas salas de audiência ou no plenário do Tribunal do Júri. Não se reconhece uma influência na captura psíquica do julgador nesses casos. Nesse particular, o STJ tem argumentado um impedimento legal para se rebelar contra a composição do dito cenário:

“CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO. PLEITO DE ALTERAÇÃO DO POSICIONAMENTO DA ACUSAÇÃO E DEFESA NO JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. EQUIDISTÂNCIA ENTRE O JUIZ E AS PARTES. POSIÇÃO DO PROMOTOR E DO ADVOGADO QUE CONFIGURARIA CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA DE AMEAÇA À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. I. O fato de o defensor do réu não estar assentado ao lado do Juiz Presidente por ocasião de julgamento na Sessão Plenária do Tribunal do Júri não configura constrangimento ilegal à liberdade de ir e vir. II. A igualdade entre as partes, defesa e acusação, no Tribunal Popular, é verificada pelo mesmo tempo de que dispõem para que, em pé, da mesma forma, diante dos jurados, possam proferir suas alegações, sustentando a tese defensiva ou acusatória. III. A posição do patrono ao lado do réu possibilita a melhor comunicação entre eles, facilitando eventuais orientações e obtenção de informações para a promoção da defesa. IV. *O posicionamento do Ministério Público, que se coloca sentado ao lado do Magistrado Presidente do Tribunal do Júri, decorre da Lei 8.625/93, não significando superioridade em relação ao defensor.* V. Não se configura constrangimento ilegal a ser reparado na via eleita do *writ*, já que não evidenciada qualquer ameaça ao direito de locomoção do paciente, por abuso de poder ou ilegalidade – o que impende atentar-se aos termos da previsão constitucional que institucionalizou o habeas corpus como meio próprio à preservação do direito de locomoção, quando demonstrada a ofensa ou a ameaça referidas. VI. Recurso desprovido” (Recurso Ordinário em Habeas Corpus 13.720/SP (2002/0155710-1), 09.09.2003, destacamos).

Na paradigmática decisão, o STJ parece ignorar a influência da composição do cenário de julgamento e apresenta uma interpretação aparentemente neutralizadora dessa influência na possibilidade de captura psíquica dos jurados “leigos” – no caso do julgamento pelo Tribunal

15. O que não significa que não possa violar essa equidistância quando, no curso da investigação, for instado a decidir medidas cautelares ou incidentes.

L., B.; F. Jr., F. de A. de; K., R. A presença de amigos e familiares da vítima exigindo justiça no plenário do júri: reflexões sobre a necessidade de manutenção de um cenário equilibrado e imparcial na disputa de narrativas entre acusação e defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 203. ano 32. p. 237-259. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024. DOI: [https://doi.org/ 10.5281/zenodo.11094597]

do Júri –, e, em detrimento dos critérios constitucionais (em especial a isonomia processual)¹⁶, protege-se a decisão do legislador infraconstitucional.

A propósito, tal discussão fora objeto da ADI 4.768, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que questionava não apenas o posicionamento, mas as comunicações entre membros do Ministério Público e magistrados ao “pé do ouvido”, que poderia denotar uma parcialidade e, até mesmo, uma certa confusão de atribuições.

Entendeu a maioria dos ministros que a Constituição Federal não trata do posicionamento das partes e do magistrado, e que tal prejuízo seria meramente especulativo, indicando que os membros do Ministério Público e a Magistratura possuem as mesmas garantias, prerrogativas e funções, contudo com funções distintas, cabendo apenas ao Poder Legislativo delimitar o posicionamento espacial das partes nos procedimentos judiciais.¹⁷

Entretanto, merecem destaques os votos divergentes. O Ministro Ricardo Lewandowski, p. ex., argumentou que, quando atua como parte, o posicionamento do membro do Ministério Público gera desequilíbrio na relação processual, excetuando-se apenas quando atua como fiscal da lei, entendimento semelhante ao do Ministro Gilmar Mendes.

Já a Ministra Rosa Weber se manifestou contra a manutenção de tal posicionamento do membro do Ministério Público apenas em julgamento no Tribunal do Júri, como indica os fundamentos seguintes, em consonância com os argumentos para as vestes do presídio:

“Isso porque, *em razão da posição física, se atribui ao Magistrado e ao membro do Parquet o mesmo papel ou, no mínimo, função similar, a evidenciar, em tal hipótese, a influência, no julgamento de mérito da pretensão punitiva estatal, da disposição da sala de audiência, ocasionando, portanto, impacto na concepção a ser formada pelos jurados*” (ADI 4.768/DF, Min. Rosa Weber, 17.11.2022,¹⁸ (destacamos).

Embora o STJ (e o STF) não reconheça(m) explicitamente o simbolismo da distribuição das partes na sala de audiência, ou mesmo no plenário do Tribunal do Júri,¹⁹ é relevante, so-

16. Art. 5º, *caput* e inciso LV, da Constituição Federal. De maneira desenvolvida, sobre o que também se convencionou chamar de “paridade de armas”, por todos, recomenda-se: ROBERTO, Welton. *Paridade de armas no processo penal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

17. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023.

18. BRASIL, 2022.

19. Esse é também o entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – TEDH. No caso Jean-Louis CHALMONT vs. França (pedido 72531/01), o TEDH não viu prejuízo à defesa, concluindo que: “a circunstância denunciada não é suficiente para pôr em causa a igualdade de armas, na medida em que, ao mesmo tempo que confere ao Ministério Público uma posição ‘física’ privilegiada no tribunal, não coloca o ‘arguido’ em uma situação de desvantagem concreta para a defesa de seus interesses (ver Morillon c. França (dec.), 71991/2001, 2 de outubro de 2003, bem como, *mutatis mutandis*, Auguste v. França, 11837/1985, relatório da Comissão de 7 de junho de 1990, Decisions and Reports 69, p. 104, e Campbell v. Reino Unido, Decisão da Comissão de 13 de Julho de 1988, DR 57, p. 148)”. A tradução é livre. Inteiro teor da decisão em: [hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2272531/01%22],%22itemid%22:[%22001-44667%22]}]. Acesso em: 19.07.2023.

L, B.; F. Jr., F. de A. de; K., R. A presença de amigos e familiares da vítima exigindo justiça no plenário do júri: reflexões sobre a necessidade de manutenção de um cenário equilibrado e imparcial na disputa de narrativas entre acusação e defesa.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203. ano 32. p. 237-259. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [https://doi.org/ 10.5281/zenodo.11094597]

bretudo quando os “juízes leigos” observam que a disputa de narrativas ocorre entre quem normalmente está entre si (jurados) e o juiz presidente da sessão, ou seja, o MP, e quem está “escanteado”, do outro lado do plenário, à margem, portanto, junto ao acusado.

Não se pode ignorar que o juiz, em regra, é a referência de comportamento adequado naquele tipo de ambiente, é quem dirige os trabalhos, é o responsável por controlar a constitucionalidade e a legalidade do procedimento, é a pessoa a quem foi dado o poder sobre a liberdade dos cidadãos e a validade jurídica de seus comportamentos, é, pois, figura de referência importante para todos os presentes,²⁰ mas em especial para os “juízes leigos”. Quem ao lado dele estiverem, obviamente, tem um maior potencial de se beneficiar.

Assim, não sendo tomadas as providências necessárias para garantir um julgamento substancialmente imparcial, com um cenário que não transmita mensagens que favoreçam uma das partes em disputa, o contexto do ambiente, na prática, a permanecer como se encontra, reforçado recentemente pelo STF, tende a favorecer a narrativa acusatória.

3. O POTENCIAL DE INFLUÊNCIA DO CENÁRIO (E DAS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS AOS AUTOS DO PROCESSO) NA TOMADA DA DECISÃO JUDICIAL

Tem razão a preocupação do STJ, externada em diversas de suas decisões, no potencial que o cenário do julgamento tem diante de “juízes leigos”, podendo comprometer o desenvolvimento de um julgamento substancialmente justo, exceto, como já ressaltado, no caso da posição do MP, em que o tribunal parece não ter identificado problema algum.

Como antevisto, a disposição cênica do plenário do Tribunal do Júri, com o MP ao lado direito do juiz presidente, como manda a lei, normalmente próximos do Conselho de Sentença, e a defesa “escanteada” com o acusado, tem potencial para transmitir uma mensagem persuasiva aos presentes, especialmente quando se está diante de um órgão judicial cujas decisões não precisam (e nem devem) ser fundamentadas, onde o julgamento ocorrerá, não raramente, “mais pelo instinto do que pela lógica ou pela razão, pouco ligando para o que diga o Código repressivo ou a moderna dogmática penal”²¹.

Como sinalizado por Leonard Mlodinow²², os humanos, em se tratando de comunicação não verbal, além de se utilizarem de técnicas de dominação física, desenvolveram uma espécie de dominação social. Nesse caso, segundo o citado autor, “Os seres humanos têm muitas maneiras de sinalizar ‘Eu sou o general e você não’”, sem que tenham que dizer uma única palavra.

20. “O juiz preenche um lugar fundamental não só na sociedade, mas no imaginário das pessoas. Ele ocupa o lugar simbólico de pai orientador e norteador. É o representante do superego social, ou como chamamos, ‘o grande pai’ ordenador e repressor”. NAZARETH, 2024.

21. COELHO, 1985, p. 82.

22. MLODINOW, 2013, p. 145-146.

L, B.; F. Jr., F. de A. de; K., R. A presença de amigos e familiares da vítima exigindo justiça no plenário do júri: reflexões sobre a necessidade de manutenção de um cenário equilibrado e imparcial na disputa de narrativas entre acusação e defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 203. ano 32. p. 237-259. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024. DOI: [https://doi.org/ 10.5281/zenodo.11094597]

Segundo o autor, “A comunicação não verbal forma uma linguagem social que de muitas maneiras é mais rica e mais fundamental que nossas palavras”.²³

Stanley Milgram²⁴, por exemplo, no desenvolvimento de pesquisa sobre obediência e autoridade, ao inserir voluntários em um experimento em que as pessoas são instruídas por um pesquisador a dar choques elétricos em outras pessoas –²⁵ e a imensa maioria o fazia mesmo quando se sentia desconfortável –, advertiu que o “contexto psicológico” do ambiente avaliza o comportamento das pessoas mesmo quando elas o viam como indevido. O autor aduz: “Há um sentimento de que o pesquisador ‘possui’ o espaço e que a pessoa deve conduzir-se convenientemente, como um convidado na casa de alguém”.

Para além de aspectos sociopsicológicos das interações humanas, aparentemente conscientes, há dados relevantes que as neurociências tem nos apresentado sobre a influência das emoções na tomada de decisão. A clássica visão cartesiana que separa corpo e mente para compreensão da racionalidade não faz mais sentido, como nos alerta António R. Damásio, já que “a emoção também auxilia no processo de manter na mente os vários fatos que precisam ser levados em consideração para chegarmos a uma decisão”²⁶, ou seja, “as ordens de nível inferior do nosso organismo fazem parte do mesmo circuito que assegura o nível superior da razão”²⁷.

Fazendo uma analogia, dispomos de três formas de processamento de informações, uma aptidão cognitiva (o ser), como um sistema operacional de base, uma aptidão sensorial em receber estímulos (o sentir), como *inputs*, e um processamento dessas informações armazenadas e recebidas para a tomada de decisão (o saber), que entrega os *outputs* enquanto produto da razão. Ou seja, essa racionalidade depende da absorção de informações que, intrinsecamente, não estará desvinculada de um conteúdo emocional prévio, ao mesmo tempo que será influenciado pelo ambiente que exige uma tomada de decisão. Exigindo o máximo controle sobre possíveis ruídos²⁸ que interfiram no objeto da decisão. Observe-se que não se pode perder de vista que boa parte dos jurados está frequentemente naquele ambiente, sendo convocada a cada nova sessão do Tribunal do Júri, em listas que raramente variam na sua composição,²⁹ constituídas de pessoas que também reconhecem o representante do MP como

23. MLODINOW, 2013, p. 148.

24. MILGRAM, 1983, p. 151.

25. Os choques eram falsos, mas os voluntários que os liberavam só eram informados no final do experimento.

26. DAMÁSIO, 2012, p. 13.

27. DAMÁSIO, 2012, p. 18.

28. Para maior aprofundamento sobre o termo, consultar KAHNEMAN; SIBONY; SUNSTEIN, 2021.

29. A formação da lista de jurados é sempre um problema a ser enfrentado pelas comarcas espalhadas pelo país. A “oferta” de jurados é sempre escassa, razão pela qual as listas tendem a variar pouco na sua composição, o que nos permite dizer que não seria exagerado falar-se em “jurados profissionais”. O problema é enfrentado inclusive em grandes capitais: “Tribunal do Júri em Porto Alegre está com dificuldade de conseguir jurados”. Disponível em: [www.osul.com.br/tribunal-de-juri-em-porto-alegre-precisa-de-jurados-voluntarios/]. Acesso em: 16.07.2023.

uma autoridade estatal, alguém que “possui” o espaço, que é encarada como parte daquele cenário, uma vez que aquela figura (o promotor) está sempre ali. Como estranhos, ali, só o acusado e seu advogado, que se renovam a cada julgamento:

“No júri tudo isso é pior, pois o julgamento por juízes leigos é dotado de símbolos e rituais. O juiz togado representa no imaginário dos jurados o símbolo da justiça. O discurso do MP fica fisicamente próximo da ‘justiça’, já a defesa, distante, está ao lado, não raro, de um homem pobre, negro, algemado entre dois policiais, reduzido a objeto no estigmatizante ‘banco dos réus.’”³⁰

Não por acaso, pesquisa realizada pelo Ministério Público do Paraná,³¹ em 2015, sobre o perfil dos jurados nas comarcas do Estado, com 425 jurados e 377 juradas, diante da pergunta de número 41, “quem inspira mais confiança no júri”, entre os homens, 28% responderam que era o promotor, 22,58% o magistrado, e 1,41% o advogado. Já entre as mulheres, foram 30,23% o promotor, 13,52% o magistrado, e nenhuma o advogado.

Seja como for, o interesse não deve se restringir ao comportamento dos “juízes leigos”, mas ao de todas as pessoas, como tem sido no âmbito da chamada *psicologia ambiental*.

Lênio Streck³², p. ex., ainda que em um contexto mais amplo, discutindo os argumentos prós e contrários à existência do Tribunal do Júri no Brasil, adverte-nos que juízes “leigos” e togados são igualmente influenciáveis pelo simples fato de serem “seres-no-mundo”, “inse-ridos no mundo com e pela linguagem”, e que não seria adequado “discriminar” os jurados por um suposto desconhecimento dogmático, uma vez que tal conhecimento não seria garantia de que seja substancialmente realizada justiça no caso a ser julgado.

Seja como for, sobre os juízes, o que se pode afirmar com alguma segurança é que “a atividade de tomar decisões desenvolve-se no dispositivo psíquico humano e, por conta disso, expõe-se ao magnífico conjunto de influências historicamente cristalizadas na identidade e no caráter do indivíduo”, sendo que “apenas parte do raciocínio que conduz ao resultado transita e trabalha com elementos que estão sobre a linha consciente [...]”. Por consequência, “Toda decisão, portanto, é apenas em parte racional e consciente”.³³

Assim, permite-se concluir que, na mesma medida que os juízes “leigos”, em suas decisões, podem ser afetados pelo cenário e pelas demais circunstâncias do caso, como a repercussão midiática e a pressão da opinião pública, os juízes togados também podem.³⁴

Entretanto, embora não tenhamos aqui a pretensão de argumentar sobre a adequação, em democracia, da própria existência do Tribunal do Júri, não se pode deixar de destacar que, no caso do Tribunal do Júri, os jurados não estão obrigados a fundamentar sua decisão, o que é

30. NICOLITT; CASARA, 2020, p. 04.

31. MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ, 2015, p. 51.

32. STRECK, 2001, p. 91 e ss.

33. ABREU; GOUVEIA; COLARES, 2018, p. 685.

34. MELLO, 2017, p. 402-423.

L, B.; F. Jr., F. de A. de; K., R. A presença de amigos e familiares da vítima exigindo justiça no plenário do júri: reflexões sobre a necessidade de manutenção de um cenário equilibrado e imparcial na disputa de narrativas entre acusação e defesa.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203. ano 32. p. 237-259. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [https://doi.org/ 10.5281/zenodo.11094597]

problemático, uma vez que não se permite ao acusado saber, no caso de condenação, no que exatamente se baseou a decisão. Os juízes togados, por sua vez, têm a obrigação de articular suas decisões em conformidade com a legislação e com a dogmática respectiva.

A obrigação de fundamentação judicial é uma conquista civilizatória, mas inegavelmente relativizada no âmbito do Tribunal do Júri, que se sustenta na ideia de que o povo deve exercer sua soberania nos casos em que alguém atenta dolosamente contra a vida humana.

Reforça-se aqui, portanto, o rechaço ao argumento consequencialista já utilizado pelo STJ, de que o direito do acusado deveria ceder diante da suposta necessidade de se preservar a “segurança de todos” no plenário. O processo penal, notadamente aqueles em que a supressão da vida é discutida, há muito tem sido pautado pela espetacularização, em uma dinâmica de retroalimentação entre a mídia de massa e a atuação de agentes estatais.

Juízes togados e tribunais são, em diversas situações (vide o caso da intitulada operação Lava-Jato), inegavelmente influenciados pela expectativa popular e midiática.³⁵ Como nos advertirá Roger-Gérard Schwartzenberg³⁶, “hoje em dia o espetáculo está no poder”.

Logo, o comportamento humano não é fruto do acaso, mas produto de uma série de estímulos, muitos dos quais ambientais, que, consciente ou inconscientemente, direcionam as decisões tomadas todos os dias pelas pessoas, em sociedade ou fora dela.

Não é por acaso que as grandes empresas investem em ações publicitárias cada vez mais criativas. Pessoas, cenários, sons, cores e formas são cada vez mais importantes nesse processo de convencimento do público, que muitas vezes adquire o produto sem dele precisar naquele momento, mas atua direcionado pelo impulso gerado pela propaganda.

Observe-se, p. ex., que os espaços que comercializam alimentos normalmente fazem o uso de recursos visuais que estimulam o consumo, influenciam o comportamento. Assim,

“A escolha do vermelho é ideal para restaurantes, pois ela cria o apetite, e o objetivo do Mc Donald’s é exatamente encorajar o público a comprar comida. Além disso, o vermelho cria uma sensação de urgência, ele acelera os batimentos cardíacos, fazendo com que os clientes não permaneçam no local por muito tempo, saindo do estabelecimento rapidamente. Já a cor amarela é associada ao otimismo, mostrando que sua marca é positiva e amigável, criando esta atmosfera em seus ambientes.”³⁷

Nesse contexto, não se exige muito esforço em se reconhecer que o estímulo visual é extremamente importante no comportamento das pessoas. Permitir que o plenário do júri transmita mensagens tendenciosas aos responsáveis pelo julgamento é corroer sua alegada estrutura democrática, vulnerabilizando-se a dignidade da pessoa humana a partir de elementos que não estão vinculados aos autos, que, aliás, é o que deveria importar.

35. GOMES, 2015.

36. SCHWARTZENBERG, 1977, p. 9.

37. ZYLBERGLEJD, 2017, p. 61.

L, B.; F. Jr., F. de A. de; K., R. A presença de amigos e familiares da vítima exigindo justiça no plenário do júri: reflexões sobre a necessidade de manutenção de um cenário equilibrado e imparcial na disputa de narrativas entre acusação e defesa.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203. ano 32. p. 237-259. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [https://doi.org/ 10.5281/zenodo.11094597]

4. PREOCUPAÇÕES COM A PRESENÇA DE AMIGOS E FAMILIARES DA VÍTIMA EXIGINDO (AINDA QUE SILENCIOSAMENTE) JUSTIÇA NO PLENÁRIO DO TRIBUNAL DO JÚRI

Antes, é importante registrar que não se deve reprimir a ação em si, vale dizer, o ato de amigos e familiares da vítima ocuparem o espaço reservado ao público no plenário do Tribunal do Júri para acompanharem o julgamento, mas manifestações veladas naquele ambiente têm claro potencial de impactar na decisão, é forma de direcionamento psicológico dos jurados, desequilibrando a disputa de narrativas entre acusação e defesa.

Não é raro nos depararmos com situações em que camisas e cartazes são exibidos no plenário, evidentemente direcionados aos jurados “leigos”, como forma de pressão para que condenem o acusado e não frustrem as expectativas geradas ali, por vezes corroboradas pela pressão midiática, maculando-se a necessidade de manutenção de um ambiente de necessária imparcialidade (art. 472 do CPP c/c art. 8º do Dec.-lei 678/1992).

O STJ, entretanto, embora não seja frequentemente demandado nesse sentido, não tem visto problema nesse tipo de manifestação, de amigos e familiares uniformizados no plenário. O tribunal, em paradigmática decisão, já argumentou sucintamente o que segue:

“PROCESSO PENAL – PRISÃO PREVENTIVA – NECESSIDADE – MAUS ANTECEDENTES – UTILIZAÇÃO DE EXPEDIENTES PROCRASTINATÓRIOS. - A conduta do réu durante a instrução criminal que não é inclinada à cooperação na plena elucidação dos fatos, utilizando-se de expedientes ardilosos na tentativa de procrastinar, ainda mais, o julgamento do feito, aliada ao fato de possuir maus antecedentes, conduzem-nos ao raciocínio inevitável de que a sua manutenção em cárcere, para apelar, é necessária. Há que se assegurar o regular e isento andamento do processo, através de medida acautelatória. - Alegada nulidade ocorrida no julgamento pelo Júri, em razão do inconformismo da defesa com a quesitação feita aos jurados, não restou comprovada. A análise do termo de votação de quesitos não revela qualquer manifestação da defesa, contrária ao procedimento adotado naquela oportunidade. Precedentes do STF. - *No que se refere à nulidade, em decorrência da manifestação de familiares no julgamento pelo Júri, o writ, também improcede. Tal circunstância, por si, não se mostra suficiente para determinar, sequer influenciar a decisão dos jurados. - Ordem denegada*” (HC 10.791/SP (1999/0087315-7), Ministro Rel. Jorge Scartezzini, j. 11.04.2000, destacamos).³⁸

A prevalecer tal entendimento do STJ, faz-se letra morta da previsão do art. 795 do CPP, de que “Os espectadores das audiências ou das sessões não poderão manifestar-se”.

A defesa técnica, para tentar equilibrar o cenário desfavorável, teria que se preocupar em organizar um considerável número de amigos e familiares do acusado para também ocupar o espaço e tentar influenciar na decisão dos jurados? Não nos parece que seja esse o caso. Não se trata de ver quem tem mais torcida e qual delas seria a mais persuasiva.

38. BRASIL, 2000.

L, B.; F. Jr., F. de A. de; K, R. A presença de amigos e familiares da vítima exigindo justiça no plenário do júri: reflexões sobre a necessidade de manutenção de um cenário equilibrado e imparcial na disputa de narrativas entre acusação e defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 203. ano 32. p. 237-259. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024. DOI: [https://doi.org/ 10.5281/zenodo.11094597]

Para além da influência dos elementos ambientais já destacados, com cartazes e camisas, conforme evidenciado a partir da psicologia ambiental, não se pode ignorar ainda a problemática proposta pelos estudos sobre o “efeito manada”, dedicadamente escavado no âmbito da psicologia das massas, tal como aquilo proposto quer por Solomon Asch³⁹, quer por Stanley Milgram⁴⁰, e seus estudos sobre conformidade, obediência e autoridade.

Segundo os autores, dito de maneira muito sucinta, as pessoas, quando pressionadas por grupos ou pessoas que representam alguma autoridade no contexto em que estão imersas, tendem a submeter seus valores e suas vontades à influência alheia, não raro, terceirizando suas responsabilidades pelo comportamento na eventualidade de serem cobradas depois.

Dessa maneira, voltando ao plenário do júri, ao passar os olhos pelo ambiente, diante das camisas e cartazes exigindo justiça, os jurados “leigos” identificarão rapidamente que a maioria demonstra apoio à narrativa acusatória e, ainda que conscientemente tentem manter sua imparcialidade, podem tender a se adaptar às expectativas daquela maioria, especialmente quando se trata de uma maioria que transmite certa tristeza e insatisfação.

O curioso é que fundamento semelhante para manutenção da imparcialidade dos jurados é utilizado para sustentar a manutenção de sua incomunicabilidade. Izabel Saenger Nuñez, em sua tese de doutoramento sobre o Tribunal do Júri, ao pesquisar moralidades, hierarquias e desigualdades, demonstra que, não apenas os membros do Ministério Público e magistrados a defendem, mas membros da própria Defensoria Pública. Há uma percepção compartilhada de sociedade desigual e hierarquizada que, ao permitir a comunicabilidade dos jurados, possibilitaria uma “influência” de indivíduos em condição intelectual superior, ou em relação a outras formas de poder, “sugestionando”, “contaminando” a liberdade decisória dos jurados.⁴¹ Contudo, a linguagem não é apenas falada, mas imagética.

No aspecto referente à percepção do cenário e sua influência, a neurociência tem dado mais relevância aos sentimentos, refutando, inclusive, a divisão cartesiana entre corpo e mente⁴². Nunca houve surpresa, p. ex., de que os sentimentos fornecem importante contribuição para formação do *self*, a partir de canais sensoriais como a visão e audição, ou seja, o conhecimento da vida (cognição) nos é fornecido pelo corpo (físico) se tornando em consciência (imagens e sensações oriundas de uma relação *input/output*), como aduz Damásio⁴³, o “processo mental movido pelo estado do organismo, e que se ancorem na estrutura corporal (constituída pelas estruturas musculares e esquelética) e se orientem segundo a perspectiva fornecida por canais sensoriais como a visão e audição” em que o

“[...] ser e o sentir estão estruturados e em funcionamento, estão prontos para sustentar e estender a sapiência que constitui o terceiro membro do trio: saber [...] apenas a operação coordenada desses três tipos de processamento – os tipos que se relacionam a ser, sentir e

39. ASCH, 1951.

40. MILGRAM, 1983.

41. NUÑES, 2018.

42. Para maior aprofundamento consultar: DAMÁSIO, 2012.

43. DAMÁSIO, 2021, p. 29.

saber – permite que as imagens sejam conectadas ao nosso organismo, que literalmente se refiram a ele e sejam situadas dentro dele. Só então a experiência pode emergir.”⁴⁴

Logo, as experiências, enquanto produto dos sentimentos e da consciência, proporcionam a formação do arcabouço da nossa individualidade a partir das nossas interações, sendo fator importante para a tomada de decisão o imagético dos contextos vivenciados.

Curiosamente, em uma oportunidade, o STJ reconheceu essa influência sobre os jurados, sem deixar de se utilizar do argumento consequencialista, na medida em que adverte que seriam “circunstâncias perturbadoras da ordem pública”, ao tratar de um desaforamento:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DESAFORAMENTO. INTERESSE DA ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE. A presença de familiares vestindo camisetas com a foto da vítima, assim como o funcionamento de trio elétrico na área externa do fórum local durante a realização de audiência destinada à instrução criminal justificam, pela forma concreta de indiscutível e inaceitável pressão, a teor do disposto no art. 424 do CPP, o desaforamento do feito. Isso porque configuram tais fatos *fortes circunstâncias perturbadoras da ordem pública*, pois dificultam ou mesmo impedem o desenvolvimento normal dos atos processuais e que, *provavelmente, repetidas no dia do Júri poderão afetar o julgamento*. Ordem concedida” (STJ HC 29.029/GO. Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, Decisão de 07.10.2003, DJ de 10.11.2003. p. 2001, destacamos).⁴⁵

Perceba-se que, não raro, existem preocupações (legais e jurisprudenciais) com a imparcialidade do Conselho de Sentença, o que comumente tem sido discutido em processos de desaforamento,⁴⁶ sendo que as circunstâncias aqui exploradas acabam não pontuadas como relevantes do ponto de vista da influência no ato decisório dos jurados.

A presença de um grupo claramente majoritário no plenário dos debates, exigindo justiça com camisetas e cartazes, em uma sessão que se arrasta por horas, às vezes até dias em casos mais complexos e midiaticamente rumorosos, sem que os jurados tenham momentos de descontração ou possam conversar entre si, provavelmente com as mentes cansadas de tantos embates entre acusação e defesa, pode gerar “gatilhos associativos”, em que as pessoas simplesmente aderem aos fortes estímulos que recebem antes das decisões,⁴⁷ ou mesmo os reforçam, já que “prejulgamentos e outros vieses de conclusão levam as pessoas a distorcer as evidências em favor de sua posição inicial”⁴⁸.

44. DAMÁSIO, 2021, p. 30.

45. BRASIL, 2003.

46. “Por pressão do crime organizado, processos de júri popular mudam de comarca”. Disponível em: [www.cnj.jus.br/por-pressao-do-crime-organizado-processos-de-juri-popular-mudam-de-comarca/]. Acesso em: 14.08.2023.

47. Mais a respeito, veja-se: KAHNEMAN, 2012, p. 72 e ss.

48. KAHNEMAN; SIBONY; SUNSTEIN, 2021, p. 225.

Na realidade, potencializa-se um ambiente em que a concordância com a maioria que ocupa o plenário, e não propriamente com as provas coletadas nos autos, é providência que tende a inibir ou a reduzir o desconforto psicológico que cada um(a) é levado(a) a sentir diante do debate, na maior parte das vezes áspero, que se estabelece entre acusação e defesa. Nesses momentos de tensão, portanto, não se pode menosprezar a influência que a necessidade de inibição ao desprazer, a dúvida, e a (in)certeza, tenham nessa decisão.⁴⁹

Ainda que não verbalizem nada durante a sessão, amigos e familiares da vítima, uniformizados e portando cartazes no plenário, transmitem mensagens inegavelmente poderosas no processo de convencimento dos jurados. Como argumenta Leonard Mlodinow⁵⁰, é evidente o “poder de dicas não verbais” no comportamento e nas decisões humanas. O autor, ao enumerar pesquisas, adverte que “queiramos ou não, comunicamos nossas expectativas aos outros, que em geral respondem de acordo com essas expectativas”.

Gustave Le Bon⁵¹, por sua vez, que se dedicou a estudar o comportamento das pessoas diante de grupos, assim também de jurados em tribunais penais, argumentava o que segue:

“Al igual que las masas, los jurados se impresionan muy fuertemente por consideraciones sentimentales y muy levemente por argumentos. ‘No pueden resistir la vista – escribe un abogado – de una madre dándole el pecho a su hijo, o el de los huérfanos’. ‘Es suficiente que una mujer tenga una presencia agradable – dice M. des Glajeux – para ganarse la benevolencia del jurado.’”

A atuação como grupo, como uma massa coesa, pulveriza as responsabilidades e ajuda a consciência humana a digerir o fato de que, aquela pessoa, sozinha, não foi a responsável por mandar o acusado para a cadeia, não decidiu isoladamente o destino do acusado, portanto, a decisão foi tomada com o amparo de uma série de outras pessoas, uma delas representante estatal (o MP), avalizado por pessoas uniformizadas a exigir condenação.

Nesse contexto psicológico, o que o “eu” do jurado pensa ou decide não importa, mas o que a massa o direciona a decidir. Sigmund Freud⁵² já advertia para o fato de que, quando a pessoa se depara com um grupo coeso, seu inconsciente tende a ser desbloqueado, uma vez que as “restrições do superego (o centro moral da consciência) são relaxadas, enfraquecidas, deslocando-se para” o grupo. A pessoa, então, “tende a obedecer ao líder carismático” do grupo. “O controle do ego sobre os impulsos produzidos pelo *id* diminui, e os instintos confinados em sua personalidade vêm à tona. Sendo assim, a multidão fornece uma libertação momentânea para os desejos reprimidos” da pessoa enfocada.⁵³

49. Mais desenvolvidamente: MATHIAS, 2013, p. 70.

50. MLODINOW, 2013, p. 135-136.

51. LE BON, 2004, p. 83. (e-book).

52. FREUD, 2011.

53. FURTADO, 2022.

A situação pode ficar ainda mais persuasiva sobre os jurados se o público presente fizer parte de uma instituição como a polícia, e estiver identificado como tal. Imagine-se, portanto, alguém acusado de ter matado um membro da força policial, com o plenário do Tribunal do Júri ocupado majoritariamente e ostensivamente pelos colegas de farda da vítima, o que inegavelmente tem potencial de impactar na necessária imparcialidade dos jurados.

Por fim, ainda que não seja o nosso foco no presente artigo, importa ressaltar que não se pode esquecer que o júri foi criado, em seus primórdios, não em nome de uma suposta democracia, mas em razão de superstições e crenças populares, sendo absolutamente comum a invocação de Deuses para o julgamento dos delitos cometidos na sociedade.⁵⁴

No Brasil, especificamente, foi instituído o Tribunal do Júri, no dia 18 de junho de 1822, por meio da declaração do príncipe regente à época, o qual fundamentou referida instituição em preceitos de bondade, justiça, salvação pública e liberdade de imprensa.⁵⁵

Logo, o pano de fundo dessa criação, naquele momento histórico, foi a liberdade de imprensa. Isso significa que os juízes, à época, recebiam influência ao realizar julgamentos, razão pela qual se decidiu levar determinados casos a julgamento pelo povo, afastando-se, por consequência, a influência política nas decisões. Com esse raciocínio, tem-se, então, a seguinte conclusão: a suposta falha no sistema de justiça justificaria a criação de um Tribunal, que seria constituído pelos membros da sociedade. Isso se deu, diga-se de passagem, em um momento histórico em que o Brasil ainda era império, não como forma de democratizar a justiça, mas como forma de pulverizar a responsabilidade.

Na Alemanha, p. ex., onde, assim como no Brasil, o sistema é o *civil law*, aboliu-se o Tribunal do Júri em 1924.⁵⁶ A grande figura defensora da sua modelação foi Heinze, em contraste com Goldschmidt e Hadbruch, os quais eram ferrenhos defensores do Tribunal do Júri. Mas foi com a reforma de Emminger que o júri foi efetivamente abolido.⁵⁷

A abolição deu-se, sobretudo, porque o júri não estava em condições de desconsiderar suas opiniões políticas pessoais ao decidir um caso penal, de modo que haveria um risco de politizar o Conselho de Sentença, prejudicando-se a justiça. Essa justificação começou, especialmente, quando, nos primeiros anos da República de Weimar, o júri foi responsabilizado por vários erros de julgamento realizados justo por razões políticas.⁵⁸

Assim, no contexto aqui analisado, com a proibição da ocupação do plenário por pessoas uniformizadas ou com cartazes cobrando justiça em nome da vítima, não se colocaria em xeque a ideia de publicidade do julgamento, ou a liberdade de imprensa, e nem mesmo se

54. PELLIZZARO; RIES WINCK, 2018, p. 50.

55. PELLIZZARO; RIES WINCK, 2018, p. 51.

56. Nos moldes daquele ainda adotado pelo Brasil, desde 1822. Para melhor compreensão, veja-se: MOELLER, 2016. Disponível em: [dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.17].

57. KLAERE, 2023.

58. KLAERE, 2023.

comprometeria a soberania da decisão dos jurados em nome da sociedade,⁵⁹ mas se garantiria um ambiente mais equilibrado na disputa de narrativas entre acusação e defesa.

O presente item, portanto, dedicou-se a demonstrar sucintamente (como o espaço exige), a partir das circunstâncias apresentadas, com relação ao cenário onde o julgamento será realizado, as condições adversas com as quais a defesa precisa lidar na busca por um julgamento respeitoso de uma efetiva imparcialidade. Resta-nos evidente que, tanto quanto nas demais circunstâncias (nos casos das algemas, da farda do presídio e da posição do acusador), a presença de familiares e amigos no plenário do Tribunal do Júri cobrando veladamente justiça é potencialmente prejudicial à defesa e ao próprio acusado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se esqueça que a decisão do Conselho de Sentença, na prática, pode ser constituída sem embasamento nos autos, por questões de foro íntimo, jamais sondáveis, por vezes com base no cenário e nas narrativas apresentadas, sem possibilidade de fundamentação, exigindo-se, portanto, um maior esforço no sentido de equilibrar a disputa entre acusação e defesa, dando-se o tratamento imposto pela Constituição Federal, qual seja: isonomia de tratamento entre as partes e um processo substancialmente justo, sem justificações.

Resta claro que amigos e familiares têm todo o direito de manifestarem suas irresignações diante do fato que lhes retirou do convívio com um ente querido, mas fazê-lo dentro do plenário do Tribunal do Júri é evidentemente desequilibrar a disputa que se desenvolve entre acusação e defesa, ambos, destaque-se, exercendo suas funções em busca de justiça.

Circunstâncias como as que passamos em revista, que possuem o potencial de interferir severamente nas garantias do acusado, especialmente a de ser submetido a uma perseguição substancialmente justa, se não enfrentadas adequadamente, comprometem inclusive os argumentos em defesa do julgamento de crimes dolosos contra a vida (tentados ou consumados) por tal órgão como uma instância representativa da sociedade.

Esse, aliás, é um tema no qual não mergulhamos, mas que tangencia o debate ora proposto, uma vez que enfatiza as sérias dificuldades de efetivação de direitos e garantias fundamentais. Ainda que nos propuséssemos a não defender a existência do júri como instância legítima de resolução de conflitos graves, pelas inúmeras variáveis que, na prática, desfavorecem o acusado e sua defesa, não se pode ignorar que sua previsão consta do rol de cláusulas pétreas da Constituição Federal, sendo, portanto, por ora, insuprimível.

59. Vale ressaltar que essa ideia de que os jurados são representantes da sociedade que sofreu a perda de um dos seus integrantes, e que, por isso, deve, soberanamente, se debruçar sobre o caso para decidir o destino do acusado, é bastante discutível. Diante de uma sociedade tão plural, desigual e complexa, não seria exagero algum questionar: aqueles jurados são realmente representantes da sociedade na qual estava inserida aquela vítima? Não é por acaso que muito se discute hoje sobre a representatividade do Conselho de Sentença. Nesse sentido: BROCHADO NETO, 2016.

L, B.; F. Jr., F. de A. de; K., R. A presença de amigos e familiares da vítima exigindo justiça no plenário do júri: reflexões sobre a necessidade de manutenção de um cenário equilibrado e imparcial na disputa de narrativas entre acusação e defesa.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203. ano 32. p. 237-259. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [https://doi.org/ 10.5281/zenodo.11094597]

6. REFERÊNCIAS

- ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virgínia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018.
- ASCH, Solomon. Effects of Group Pressure upon the Modification and Distortion of Judgement. In: GUETZKOW, H. (Ed.). *Groups, Leader-ship, and Men*. Pittsburgh: Carnegie Press, 1951.
- BROCHADO NETO, Djalma Alvarez. *Representatividade no Tribunal do Júri brasileiro: Críticas à seleção dos jurados e propostas à luz do modelo americano*. 2016. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016.
- COELHO, Walter. Erro de tipo e erro de proibição no novo Código Penal. In: GIACOMUZZI, Wladimir (Org.). *O direito penal e o novo Código Penal brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 1985.
- CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2000. t. I e II.
- DAMÁSIO, António. *O erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano*. 3. ed. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- DAMÁSIO, António. *Sentir e saber: as origens da consciência*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.
- FILHO, Roberto Freitas; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. *Univ. JUS*, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.
- FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu e outros textos* (1920-1923). Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- FURTADO, Cintia. Efeito Manada em Psicologia das Multidões. *MELKBERG – psicologia, arte & cultura*, 21.06.2022. Disponível em: [melkberg.com/2022/06/21/efeito-manada-em-psicologia-das-multidoes/]. Acesso em: 01.07.2023.
- GOMES, Marcus Alan. *Mídia e sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- GIERHAKKE, Katrin: Rechtsphilosophie. In: Krüper, Julian (Org.). *Grundlagen des Rechts*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2021. p. 22-45.
- HÖFFE, Otfried. *Kategorische Rechtsprinzipien – ein Kontrapunkt der Moderne*. Northwestern: Suhrkamp, 1995.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. São Paulo: Objetiva, 2021.
- KLAERE, Helmut. *Die Abschaffung der echten Schwurgerichte in der Weimarer Republik*. Disponível em: [jesz.ajk.elte.hu/klaere2.html]. Acesso em: 16.07.2023.
- KRAMER, Renato. *Proportionalitätserfordernis bei der Notwehr – Eine rechtsphilosophische Frage*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2023.

- LE BON, Gustave. *Psicología de las masas: estudio sobre la psicología de las multitudes*. Buenos Aires: La Editorial Virtual, 2004. (e-book)
- MATHIAS, Maria Cristina. *Concepções psicanalíticas sobre os processos de decisão: um estudo com magistrados*. 2013. 142 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, 2017.
- MILGRAM, Stanley. *Obediência à autoridade: uma visão experimental*. Trad. Luiz Orlando Coutinho Lemos. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. *Perfil dos Jurados nas Comarcas do Paraná*, Curitiba, Paraná, 2015. Disponível em: [criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/materialjuri/Perfil_dos_Jurados_nas_Comarcas_do_Parana.pdf]. Acesso em: 16.07.2023.
- MLODINOW, Leonard. *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas*. Trad. Clara Carina. Rio de Janeiro: Zahar 2013.
- MOELLER, Uriel. O “Júri” Alemão: O leigo no processo penal na Alemanha. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 59-98, 2016. Disponível em: [dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.17].
- NASHER, Jack. *Die Moral des Glücks – Eine Einführung in den Utilitarismus*. Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 2009.
- NAZARETH, Eliana Riberti. A influência dos fatores psicológicos inconscientes nas decisões judiciais. *IBDFAM*, 2004. Disponível em: [ibdfam.org.br/artigos/134/A+infl%C3%Aancia+dos+fatores+psicol%C3%B3gicos+inconscientes+nas+decis%C3%B5es+judiciais]. Acesso em: 25.02.2024.
- NICOLITT, André; CASARA, Rubens. O Supremo Tribunal Federal e a ADI 4.768: onde deve sentar o promotor? *Revista Consultor Jurídico*, 25.06.2020.
- NUÑEZ, Izabel Saenger. *Aqui não é casa de vingança, é casa de justiça!:* moralidades, hierarquizações e desigualdades na administração de conflitos no Tribunal do Júri da Comarca do Rio de Janeiro. 2018. 283 f. Tese (Doutorado em Antropologia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói-RJ, 2018.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina. *Metodologia da Pesquisa em Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- PELLIZZARO, Mariana; RIES WINCK, Daniela. A implantação do Tribunal do Júri no Brasil e suas características nos principais países do mundo. *Ponto de Vista Jurídico*, Caçador, v. 7, n. 2, 2018.
- ROBERTO, Welton. *Paridade de armas no processo penal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado espetáculo: ensaio sobre e contra o star system em política*. Trad. Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Círculo de Livro, 1977.

STRECK, Lenio. *Tribunal do júri: símbolos e rituais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Regra que posiciona membro do MP ao lado do juiz é constitucional, entende STF*. 23.11.2022. Disponível em: [portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=497934&ori=1]. Acesso em: 17.07.2023.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Trad. Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZYLBERGLEJD, Raissa. A influência das cores nas decisões dos consumidores. *Projeto de Graduação apresentado ao Curso de Engenharia de Produção da Escola Politécnica*, Universidade Federal do Rio de Janeiro, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Engenheiro, 2017.

7. JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 10.791/SP. Ministro Jorge Scartezzini. 11.04.2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 29.029/GO. Ministro Félix Fischer. 07.08.2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.768. Ministra Rosa Weber. 17.11.2022.



PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- As provas, os jurados e o tribunal: a anulação dos veredictos diante da soberania do júri, de Maira Rocha Machado, Marta Rodriguez de Assis Machado, Matheus de Barros, Mariana Celano de Souza Amaral e Ana Clara Klink de Melo – *RBCCrim* 164/93-133;
- Transmissão da sessão do Tribunal do Júri em live do Instagram e posterior compartilhamento no feed da conta pessoal do defensor: exercício regular de um direito ou ato ilegal?, de Alencar Frederico Margraf – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 31; e
- Tribunal do Júri – um estudo no estado de Goiás acerca dos fatos que influenciam ou não os jurados na hora do voto, de Dayse Mysmar Tavares Rodrigues – *Ciências Penais* 12/95-127.

KANT E O DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GÜNTHER JAKOBS: A INCOMPATIBILIDADE DO CONCEITO DE PESSOA

KANT AND THE ENEMY CRIMINAL LAW OF GÜNTHER JAKOBS: THE INCOMPATIBILITY OF THE CONCEPT OF PERSON

JOSÉ DE RESENDE JÚNIOR

Pós-doutorado pela Cornell University (2019). Doutor em Filosofia pela PUC-SP (2011). Mestrado em Filosofia pela PUC-SP (2005). Especialização em Filosofia Moderna e Contemporânea pela Universidade Estadual de Londrina (2003). Especialização em Filosofia brasileira: aspectos éticos e políticos pela Universidade Estadual de Londrina (2002). Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2000). Professor de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado. Líder do Grupo de Pesquisa Filosofia do Direito (Neo)Kantiana.
Lattes: [lattes.cnpq.br/7773165575194443]
ORCID: [orcid.org/0000-0002-6934-6793]
zelotze@gmail.com

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.11094542]

Recebido em: 29.06.2023

Aprovado em: 28.09.2023

Última versão do autor: 28.09.2023

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo procura mostrar que Kant e Günther Jakobs utilizam concepções diferentes e incompatíveis do conceito de "pessoa", e que essa incompatibilidade impossibilita o uso da filosofia do direito de Kant para fundamentar a doutrina do direito penal do inimigo de Jakobs. Enquanto Kant, em sua filosofia prática, desenvolve uma concepção normativa de pessoa, Jakobs utiliza uma concepção funcionalista de pessoa. Por meio de uma análise textual exaustiva, o artigo mostra que Jakobs só consegue utilizar a filosofia do direito de Kant para embasar a sua noção jurídica de "inimigo" quando, consciente ou inconscientemente, troca o conceito normativo de pessoa de Kant por um conceito funcionalista.

ABSTRACT: This paper seeks to show that Kant and Günther Jakobs use different and incompatible conceptions of the concept of "person", and this makes it impossible to use Kant's philosophy of right to support Jakob's criminal law doctrine of the enemy. While Kant uses a normative conception of person in your practical philosophy, Jakobs uses a functionalist conception of person. Through an exhaustive textual analysis, the paper shows that Jakobs can only use Kant's philosophy of law to support his legal notion of "enemy" when, consciously or unconsciously, he changes Kant's normative concept of person for a functionalist one.

PALAVRAS-CHAVE: Kant – Jakobs – Direito penal – Direito penal do inimigo.

KEYWORDS: Kant – Jakobs – Criminal law – Criminal law of the enemy.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Pessoa e inimigo em Jakobs. 3. Pessoa e inimigo em Kant. 3.1. Pessoa e o direito penal em Kant. 4. A incomensurabilidade conceitual entre Kant e Jakobs. 5. *Homo phaenomenon* x *homo noumenon*. 6. O reconhecimento implícito da incompatibilidade. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é mostrar porque não é possível usar a filosofia do direito de Kant para fundamentar a doutrina do direito penal do inimigo de Günther Jakobs.

Não obstante a grande quantidade de trabalhos discutindo os problemas da interpretação que Jakobs faz de Kant,¹ a contribuição científica deste artigo está em identificar o cerne da incompatibilidade entre os dois. Por meio da análise de todas as passagens da obra de Jakobs em que ele, na construção do conceito de inimigo, cita ou faz referência aos textos de Kant, procura-se mostrar que os dois pensadores partem de concepções distintas do conceito de “pessoa”. Enquanto Kant parte de uma concepção normativa de pessoa, Jakobs adota uma concepção funcionalista, o que leva a concepções diferentes sobre o inimigo, o direito, o Estado e, assim, à incompatibilidade entre seus sistemas.

Uma vez exposta essa incompatibilidade, ficará demonstrado que Jakobs só consegue extrair a sua noção de inimigo como não-pessoa do pensamento de Kant quanto troca, voluntariamente ou involuntariamente, o conceito normativo de pessoa por um conceito funcionalista de pessoa.

Como justificativa da importância desta investigação, deve-se observar que, apesar de tratar de uma discussão puramente teórica, há importantes consequências práticas que podem ser observadas no modo como se organiza e se desenvolve o direito penal nos Estados contemporâneos. Apesar de extensamente criticado nas últimas duas décadas, o direito penal do inimigo de Jakobs, em sua ambiguidade entre descrição e prescrição, ainda continua

1. A maior parte dos trabalhos criticam a interpretação de Jakobs, por exemplo, *Antworten auf Gefährlichkeit. Sicherungsverwahrung und unbestimmter Freiheitsentzug* (ALBRECHT, 2006, p. 122); *Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen* (ARNOLD, 2006, p. 305); *Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person* (BUNG, 2006, p. 262-264); *Feindstrafrecht ist kein Strafrecht!* (SCHÜ-NEMANN, 2006, p. 219-227); *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”* (MARTÍN, 2005, p. 38-43). Entre os poucos trabalhos que defendem a consistência da interpretação de Jakobs, cita-se *Zur rechtsphilosophischen Begründung des Feindstrafrechts* (DEL VALLE, 2007, p. 303-315). Um bom trabalho dissertativo é o doutoramento de Karolina Víquez Azofeifa, *Die Rezeption des “Feindstrafrechts” in Lateinamerika*, que, além de apresentar uma compilação bastante completa das discussões sobre o tema, ainda trata da grande influência do direito penal do inimigo na Espanha e na América Latina (AZOFEIFA, 2011).

como uma força legitimadora da expansão do direito penal. Em muitos países, com a desculpa de combater o avanço das novas formas de criminalidade globalizada e da violência epidêmica, como é o caso dramático de várias nações latino-americanas, políticas penais incompatíveis com o Estado de direito continuam sendo implementadas, ainda mais quando parecem contar com o apoio de Jakobs, um dos maiores teóricos contemporâneos do direito penal, e com a autoridade filosófica de Kant. Como se pretende mostrar no curso deste trabalho, a tentativa de Jakobs de usar a filosofia do direito de Kant para fundamentar o seu direito penal do inimigo é não apenas inconsistente, mas vai contra o compromisso incondicional do pensamento kantiano na afirmação do Estado de direito.

2. PESSOA E INIMIGO EM JAKOBS

Partindo da teoria dos sistemas de Luhmann, Jakobs desenvolve uma concepção funcionalista de pessoa.² Nessa concepção, “pessoa” não é um atributo intrínseco de seres humanos, mas sim um *status* que é concedido pela sociedade aos indivíduos que a compõem, não necessariamente todos (JAKOBS, 1999, p. 60). Uma sociedade é um “contexto de comunicação” (*Kommunikationszusammenhangs*) que, por meio de leis, faz com que um conjunto de seres humanos não seja simplesmente um amontoado aleatório de indivíduos, mas um sistema organizado de pessoas (JAKOBS, 1995, p. 848-851). Dentro desse sistema, serão reconhecidos como pessoas aqueles indivíduos que normalmente se comportam segundo as leis da sociedade (JAKOBS, 2006a, p. 50), isto é, aqueles indivíduos que, dentro da sociedade, oferecem uma garantia cognitiva mínima em relação ao conteúdo da lei, de modo que seus comportamentos podem ser interpretados como de aceitação da lei (JAKOBS, 1995, p. 874).

Em termos mais precisos, tal como desenvolvido na obra *Norm, Person, Gesellschaft* (JAKOBS, 2008), para se compreender corretamente o que é uma pessoa, é preciso distinguir dois esquemas de comunicação e orientação do comportamento: por um lado, o sistema “individualidade”, que diz respeito a seres humanos viventes e opera pelo código prazer/desprazer; por outro lado, o sistema “normatividade”, que diz respeito às relações entre pessoas e opera pelo código dever/espaco-de-liberdade (JAKOBS, 2008, p. 9-28). Fechados em si, cada um desses sistemas observa o outro como parte do seu ambiente. Do ponto de vista da normatividade, para ser reconhecido como pessoa, não é necessário ter um corpo e uma mente, mas basta, nas relações com outras pessoas, operar com um mínimo de previsibilidade dentro do código dever/espaco-de-liberdade (JAKOBS, 2008, p. 37). Entre outras consequências, esse esquema dissolve as dificuldades do pensamento moderno com o conceito de pessoa jurídica, pois pessoa deixa de ser atrelada a certas capacidades psíquicas de indivíduos humanos viventes (JAKOBS, 1998, p. 21).

2. No texto *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrechts?* Jakobs (1995, p. 859, nota: 42) cita duas passagens de textos de Luhmann sobre a concepção funcionalista de pessoa: *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (LUHMANN, 1992, p. 33) e *Soziologische Aufklärung 6* (LUHMANN, 1995, p. 153).

Recuperando a antiga noção greco-romana de pessoa (*prosopon* - *persona*), Jakobs escreve: “Ser pessoa significa ter um papel a desempenhar; pessoa é a máscara, não a expressão da subjetividade do usuário, pessoa é a representação de uma competência socialmente compreensível” (JAKOBS, 1995, p. 859).

Se a vida em sociedade pudesse ser comparada a uma peça de teatro, as leis seriam o texto da peça e “pessoa” seria a máscara que cada ator usa para desempenhar o seu papel. Nessa analogia, os indivíduos que são considerados atores (pessoas) são aqueles que seguem o texto da peça e, por isso, são compreensíveis (confiáveis) para os outros atores (pessoas). Um ator pode, às vezes, esquecer a sua fala, mas, mesmo assim, continua sendo reconhecido como um ator na peça, do mesmo modo, uma pessoa pode, às vezes, descumprir uma lei, mas continua sendo reconhecida com sua personalidade porque geralmente age conforme as leis.

Continuando a analogia teatral, Jakobs observa que existem alguns indivíduos que não desempenham um papel na peça, logo, não são reconhecidos como atores, são “não-pessoas” (*Unpersonen*). Esse atributo de não-pessoa pode se dar involuntariamente ou voluntariamente. Um deficiente mental ou uma criança, por exemplo, independente de vontade, são considerados não-pessoas (JAKOBS, 1997, p. 93; 1998, p. 22). Por outro lado, existem indivíduos que, voluntariamente, se negam a cumprir o seu papel na peça, ou seja, se negam a usar a máscara de pessoa e, assim, na terminologia de Jakobs, se autoexcluem (*Selbstexklusion*) da peça. Esse tipo de não-pessoa é o que Jakobs propriamente chama de “inimigo” (*Feind*) (JAKOBS, 2006, p. 293).

O inimigo não é um ator que às vezes esquece uma fala do seu papel na peça, mas sim um indivíduo que não quer participar da peça, que ignora todos os papéis e, com isso, coloca a própria peça em risco. Deixando de lado a analogia teatral, o inimigo é alguém que desrespeita sistematicamente as leis da sociedade, de tal modo que coloca em risco a própria existência da sociedade enquanto um sistema organizado de pessoas. Em termos contratualistas, é um indivíduo que não se submete às regras do contrato social e prefere viver na arbitrariedade do estado de natureza (JAKOBS, 2004, p. 89-92; JAKOBS, 2006, p. 293). Como exemplo de atividades criminosas que definem o inimigo, Jakobs cita o terrorismo, a criminalidade econômica, a criminalidade organizada (ex.: tráfico de armas, drogas, pessoas), criminalidade sexual (JAKOBS, 2004, p. 92) e o genocídio (caso Milošević) (JAKOBS, 2004, p. 95).

Nesse esquema contratualista, que é base teórica para o Estado de direito moderno, do mesmo modo que o inimigo não se submete às regras do contrato social, ele também não tem direitos reconhecidos por esse contrato. Assim, quando a sociedade, enquanto sistema organizado, reage contra a ameaça do inimigo, ela o faz tendo como único critério a sua autoproteção. Como o inimigo não tem direitos, não há garantias contratuais que devem ser observadas no uso da força pela sociedade, logo, toda medida que for útil para neutralizar a ameaça inimiga será considerada legítima.

Dentro da esfera do direito penal, esse uso desregulado da força para autoproteção da sociedade constitui o que Jakobs celebrenemente chamou de “direito penal do inimigo” (*Feindstrafrecht*) (JAKOBS, 1985, p. 756), o qual se manifesta contemporaneamente em medidas como a

punição de atos preparatórios, custódia de segurança, prisão preventiva, antecipação da pena e restrição ou eliminação de garantias processuais.

Para Jakobs, não se trata de um tipo diferente de direito penal, mas de uma parte específica deste. Enquanto a parte tradicional do direito penal, chamada de “direito penal do cidadão” (*Bürgerstrafrecht*) (JAKOBS, 1985, p. 756), se caracteriza, em sua operação interna no Estado de direito, pelo uso regulado da força em função dos direitos e garantias das pessoas, o direito penal do inimigo se caracteriza pelo uso da força necessária para proteger o próprio Estado de direito contra inimigos externos.

Apesar da ambiguidade que perpassa seus textos, Jakobs afirma em vários momentos que ele não está prescrevendo como deve ser o direito penal, mas apenas descrevendo como é e como se desenvolve no mundo contemporâneo (cf. JAKOBS, 2006, p. 290). De fato, é possível observar, desde a década 80 do século XX, uma forte expansão do direito penal no mundo ocidental com a introdução de medidas típicas da lógica de guerra ao crime que caracterizam o direito penal do inimigo, o que é justificado pelos Estados pela necessidade de combater o avanço da criminalidade organizada e globalizada.

3. PESSOA E INIMIGO EM KANT

Partindo da noção de liberdade como autolegislação, Kant define pessoa como qualquer sujeito potencialmente capaz de se representar leis e agir em função delas, de modo que “suas ações lhe podem ser imputadas”. Por contraste, aquilo que não tem possibilidade de se representar leis é definido como “coisa”, ou seja, é aquilo “ao que nada pode ser imputado” e que, por isso, pode ser tomado como meio para a autodeterminação de pessoas (KANT, MS VI, p. 223).³

Independentemente da sociedade, ser considerado pessoa é algo vinculado exclusivamente à presença da possibilidade, mesmo que remota, de um sujeito se autogovernar, ou, como coloca Kant, habitar um “reino de fins” (KANT, GMC IV p. 433). Nesse sentido, não só seres humanos adultos e saudáveis são pessoas, mas também um feto humano, um ser humano com faculdades mentais corrompidas e, talvez, até outras espécies de animais, inteligências artificiais e seres extraterrestres.

3. As referências das obras de Kant são da edição da Academia Real de Ciências da Prússia, disponível no endereço [www.korpora.org/kant/]. Todas as traduções são de minha responsabilidade. As referências são abreviadas no corpo de texto do seguinte modo: sigla do título em alemão, número romano do volume, número arábico do parágrafo (quando houver) e número arábico da página. As siglas utilizadas são as seguintes: KrV - Crítica da Razão Pura 2. ed. (*Kritik der reinen Vernunft*) (2. Aufl. 1787); GMC - Fundamentação da Metafísica dos Costumes (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*); KpV - Crítica da Razão Prática (*Kritik der praktischen Vernunft*); MS - Metafísica dos Costumes (*Die Metaphysik der Sitten*); RGV - A religião nos limites da simples razão (*Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft*); SF - O conflito das faculdades (*Der Streit der Fakultäten*); TP - Sobre a expressão: isso vale na teoria, mas não vale na prática (*Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*); ZeF - À paz perpétua (*Zum ewigen Frieden*).

São dois os tipos de leis que pessoas podem se representar: aquelas que a razão se representa de modo puro e aquelas que a razão se representa em função dos condicionamentos empíricos que constituem os indivíduos.

O primeiro tipo decorre da possibilidade que qualquer ser racional tem de deixar de lado todos os condicionamentos que o constituem (físicos, psíquicos, sociais, econômicos, ideológicos etc.) e se representar uma lei pura. Quando isso acontece, tem-se o que Kant chama propriamente de autonomia, isto é, a “propriedade da vontade de ser lei para si mesma” (KANT, GMC IV p. 446-447; MS VI p. 213). Trata-se da liberdade em sentido positivo, “a capacidade da razão pura de ser prática em si mesma” (KANT, MS VI p. 213). Como se trata de uma capacidade compartilhada universalmente, ou seja, qualquer ser racional tem a possibilidade de agir usando apenas a própria razão, Kant acredita encontrar aí o fundamento de toda moralidade. Agir de modo autônomo é sinônimo de agir moralmente porque qualquer ser racional, quando assim age, está se submetendo a um princípio formal que é exatamente o mesmo para qualquer ser racional, logo, respeitar esse princípio é respeitá-lo em si, no outro, na humanidade inteira, como se fosse um processo legislativo no qual todos os participantes escolhessem livremente a mesma lei. Nesse sentido, uma ação incondicionalmente boa é aquela que respeita a autonomia de qualquer pessoa, incluindo a do próprio agente, em outros termos, significa tratar qualquer pessoa como um “fim em si mesmo” e nunca como meio (KANT, GMC IV p. 429). Esse seria o verdadeiro e único fundamento da noção de bem, como escreve Kant, “é o cânone pelo qual julgamos moralmente todas as nossas ações” (KANT, GMC IV p. 424).

O segundo tipo de lei é aquele que seres racionais formulam a partir da ponderação de seus condicionamentos empíricos, o que Kant tecnicamente chama de “livre arbítrio” (*freie Willkür*) (*arbitrium liberum*) (KANT, KrV 2 III p. 521; MS VI p. 213).⁴ Diferente do arbítrio animal (*arbitrium brutum*), pelo qual seres irracionais agem mecanicamente em função de seus condicionamentos, o livre arbítrio permite que seres racionais ponderem sobre seus condicionamentos e escolham qual será o móbil da ação, sendo essa escolha a representação racional de uma lei (KANT, MS VI p. 213). Por exemplo, uma pessoa com desejo de comer chocolate, usando seu livre arbítrio, delibera sobre esse impulso e o formula como um princípio geral subjetivo, no qual são representados os meios a serem utilizados e o fim a ser alcançado na atividade de comer chocolate. Mesmo que a lei tenha sido elaborada em função de um impulso, considera-se que há liberdade, pelo menos em sentido negativo (KANT, MS VI p. 213), pois foi o agente racional que escolheu o móbil da ação, o que o torna imputável.

Para evitar confusões e facilitar a análise neste trabalho, essa liberdade do arbítrio será chamada de “autodeterminação” e a liberdade do primeiro tipo (incondicionada) de “autonomia”.

Quando se considera a articulação entre esses dois tipos de leis, observa-se que são as leis do primeiro tipo (autônomas) que fornecem o parâmetro universal para a avaliação do livre

4. Outras formulações são “liberdade do arbítrio” (*Freiheit der Willkür*) (KANT, MS VI p. 213) ou simplesmente “arbítrio” (*Willkür*) (KANT, GMC IV p. 428).

arbítrio (autodeterminação). Condutas regidas pelo arbítrio serão legítimas se não entrarem em conflito com o princípio universal da autonomia. Cada pessoa é livre para perseguir qualquer fim, isto é, se autodeterminar, desde que respeite qualquer pessoa como um fim em si mesmo.

O problema desse esquema, dada a condição humana finita, é que o princípio universal dado na autonomia é apenas uma exigência moral, um dever, e como seres humanos são constituídos de condicionamentos e compartilham a finitude de um mundo, o conflito entre os arbítrios é inevitável. Esse conflito começa com o simples fato de que seres humanos não podem ocupar o mesmo ponto no espaço, apesar de todos terem o direito de estar em qualquer ponto. Pense-se também em um estado de necessidade, alguém passando fome, movido pelo instinto de sobrevivência, é capaz de matar, roubar, mentir ou se prostituir para saciar a sua fome. O indivíduo nessa situação ignora a exigência moral de tratar qualquer pessoa como um fim em si mesmo e ofende esferas legítimas de autodeterminação das mesmas, inclusive dele mesmo.

Partindo dessa condição conflituosa entre os arbítrios humanos, Kant extrai a necessidade de implementação do direito como um coordenador dos arbítrios individuais (KANT, MS VI, p. 230). Do ponto de vista das relações externas entre as pessoas, o dever de agir autonomamente se coloca como o “postulado do direito público” (KANT, MS VI, § 42, p. 307), que exige que pessoas, que compartilham a finitude de um mundo, direcionem seus condicionamentos para equacionar os conflitos entre seus arbítrios, o que resulta na organização de uma força pública instrumentalizada por meio de normas positivas.

Com isso, coloca-se a relação entre direito natural e direito positivo. Os direitos naturais, que para Kant são sinônimos de direito privado, nada mais são do que as esferas legítimas de autodeterminação das pessoas, ou seja, qualquer pessoa, em sua simples pretensão de autodeterminação, reconhece privadamente esses direitos naturais (real, pessoal e pessoal de tipo real) contra as outras pessoas (KANT, MS VI, §§ 11-35, p. 260-296). Por outro lado, o direito positivo, que para Kant é sinônimo de direito público, é o conjunto de normas artificialmente positivadas em uma sociedade, que, dotadas de sanção, instrumentalizam uma força pública organizada e tem a missão de tornar efetiva a coordenação entre as esferas legítimas de autodeterminação dos indivíduos (KANT, MS VI, §§ 43-52, p. 311-342).

Idealmente pensada, essa estrutura de normas positivas é chamada por Kant de “condição jurídica” (*rechtlichen Zustand*) (KANT, MS VI, § 43 p. 311), isto é, uma estrutura que permite que cada pessoa goze os seus direitos, algo próximo do que hoje se chama de “Estado de direito”.⁵ Além da condição jurídica que serve de parâmetro para os Estados nacionais, a exigência universalmente compartilhada de agir autonomamente das pessoas ainda demanda mais dois

5. Essa ideia de uma “condição jurídica” terá grande influência no pensamento constitucional alemão e na elaboração do conceito de “Estado de direito” (*Rechtsstaat*). Duas obras importantes no desenvolvimento da doutrina do Estado de direito, que reconhecem essa influência kantiana, são *Litteratur der Staatslehre – Ein Versuch* (1798), de Johann Wilhelm Petersen, que parece ter sido o primeiro a usar o termo “*Rechtsstaat*”, e *Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (1832-33), de Robert von Mohl, que populariza o termo. Sobre a história e evolução da noção de Estado de direito, veja-se STOLLEIS, 1982, p. 367-375 e BYRD e HRUSCHKA, 2010, p. 27.

tipos de condições jurídicas: uma que diz respeito ao direito das gentes, isto é, uma ordem jurídica no plano internacional que permita o equacionamento dos conflitos entre os Estados nacionais; e uma que diz respeito ao direito cosmopolitano, isto é, uma ordem para regular as relações entre pessoas estrangeiras e Estados nacionais (KANT, MS VI, § 43 p. 311).

A articulação entre o direito natural e o direito positivo é pensada por meio da ideia de um contrato. O “contrato original” (*ursprüngliche Contract*) (KANT, MS VI, § 47, p. 315) não é para Kant um fato histórico, mas uma “simples ideia da razão” (*bloÙe Idee der Vernunft*) (KANT, TP VIII, p. 297) que torna o Estado pensável enquanto uma condição jurídica legítima dentro da qual pessoas podem gozar seus direitos naturais. Nesse sentido, o uso da força por um Estado qualquer, por meio de suas normas positivas, será considerado legítimo se essas normas puderem ser pensadas como provenientes de um contrato livremente estabelecido entre os cidadãos que gozam de seus direitos naturais.

Do mesmo modo, “estado de natureza” (*Naturstand*) (KANT, ZeF VIII, p. 348), ou “condição de natureza” (*natürliche Zustand*) (KANT, MS VI, § 41, p. 306), não é um período histórico, mas simplesmente a condição em que se encontram pessoas (ou povos), cujas existências se afetam mutuamente, na ausência de uma condição jurídica. Independentemente de hostilidades atuais, um estado de natureza é descrito por Kant como uma “condição de guerra” (*Zustand des Krieges*) (KANT, ZeF VIII, p. 348) e como o império da violência (*Gewalt*) (*violentia*) (KANT, MS VI, § 42, p. 307), isto é, um estado de permanente lesão recíproca dos direitos naturais (KANT, MS VI, § 42, p. 307 (entre indivíduos) e § 54, p. 344 (entre povos)), pois as pessoas não têm liberdade para agir dentro de suas esferas legítimas de autodeterminação e se guiam apenas por cálculos das relações de força entre elas.

É nesse contexto de conflito, que caracteriza a condição humana, onde aparece a noção de inimigo no pensamento de Kant. Mas ao contrário de Jakobs, trata-se de uma noção marginal, que não desempenha uma função estrutural na filosofia prática kantiana. Como se mostrará, para Kant, inimigo é apenas uma pessoa que se encontra em uma posição de conflito ético e/ou jurídico com outras pessoas. Em todo caso, não é algo que afeta a personalidade.

3.1. Pessoa e o direito penal em Kant

A teoria do direito penal de Kant, em seu retributivismo taliônico (KANT, MS VI, p. 332), entra na classificação do que Jakobs chama de “direito penal do cidadão”, pois tem como princípio a culpabilidade dos criminosos, sendo a sua única função punir atos criminosos praticados. Se a pena gera algum outro efeito, seja para a sociedade (dissuasão e prevenção de crimes, segurança, estabilização de expectativas) ou para o criminoso (ressocialização, educação), isso é algo secundário, que jamais pode ser utilizado para justificar a punição, pois implica, aos olhos de Kant, um desrespeito à dignidade da pessoa humana no criminoso, que é tratado como um meio (coisa) para se alcançar um determinado fim.

Do ponto de vista noumênico, fazendo-se abstração das condições fenomênicas de tempo e espaço, a função da pena criminal é fazer valer a exigência moral de se tratar qualquer pessoa como um fim em si mesmo. Considerada do ponto de vista fenomênico, essa exigência se traduz no imperativo categórico de se devolver ao criminoso, por meio do Estado, a mesma

qualidade e quantidade de ofensa à dignidade causada pela conduta criminosa (KANT, MS VI, p. 331). Assim, para Kant, punir o criminoso não é uma opção política, mas um dever que decorre da exigência moral, compartilhada por todas as pessoas, de se tratar qualquer pessoa como um fim em si mesmo.

O criminoso só pode ser responsabilizado e punido porque “é” uma pessoa, isto é, um ser capaz de se representar leis, inclusive a lei moral que exige que se trate qualquer pessoa como um fim em si mesmo. Nesse sentido, não há como uma pessoa ser excluída da condição de pessoa, nem mesmo por vontade própria, pois qualquer ato seu de autodeterminação é já uma manifestação de sua personalidade.

Kant concebe a possibilidade de uma pessoa, por meio de uma condenação criminal, perder a sua “personalidade civil” (*bürgerliche Persönlichkeit*). Contudo, essa personalidade civil não pode ser confundida com a “personalidade inata” (*angeborene Persönlichkeit*) (KANT, MS VI p. 331), que se caracteriza pela possibilidade de se representar leis e é o que essencialmente define uma pessoa. A personalidade civil diz respeito apenas às condições de autodeterminação das pessoas nas várias esferas da vida em sociedade, por exemplo, como trabalhadores, contribuintes, eleitores, nubentes, consumidores etc. Essas condições de autodeterminação podem tanto faltar para algumas pessoas, por exemplo, menores de idade, deficientes mentais, indivíduos em situação de vulnerabilidade econômica, o que impede a responsabilização criminal, quanto podem ser negadas a algumas pessoas em função de responsabilização criminal. Imagine-se, por exemplo, uma pessoa que escravizou laboralmente uma outra durante um ano. Pela concepção penal retributiva de Kant, essa pessoa deve ser condenada ao trabalho escravo pelo mesmo período, o que significa ser tida e usada como instrumento de trabalho por um ano (KANT, MS VI p. 283 e 331). Mas independente das debilidades ou da perda da personalidade civil, todos esses indivíduos continuam sendo pessoas igualmente dignas, e somente por isso é que podem ser avaliados criminalmente.

Jakobs quer mostrar que ao lado desse direito penal retributivo, haveria, implícito no pensamento de Kant, um outro direito penal: um direito penal do inimigo escondido no postulado do direito público.

4. A INCOMENSURABILIDADE CONCEITUAL ENTRE KANT E JAKOBS

A principal passagem de Kant utilizada por Jakobs para fundamentar o seu direito penal do inimigo encontra-se no início da segunda seção d’*A Paz Perpétua*:

“A condição de paz [*Friedens Zustand*] entre seres humanos que vivem uns ao lado dos outros não é um estado de natureza (*status naturalis*), mas antes uma condição de guerra [*Zustand des Krieges*] na qual, embora não se observem sempre explosões de hostilidade, a ameaça está sempre presente. A condição de paz, portanto, deve ser *instaurada*, pois a ausência de hostilidades não é garantia de paz, e, a menos que essa garantia seja oferecida por cada vizinho a cada um dos outros, (o que só pode acontecer dentro de uma condição *legal* (*gesetzlichen Zustände*)), cada um pode considerar, de quem é exigida a garantia, como um inimigo.*

*Nota: Geralmente supõe-se que só se pode hostilizar alguém se este, antes, já efetivamente me lesionou, o que é de fato correto se ambos se encontram dentro de uma condição cívico-legal [*bürgerlich-gesetzlichen Zustände*]. Pois, por terem entrado nessa condição, ambos se proporcionam a segurança necessária (por meio da autoridade que tem poder sobre ambos). Mas, quando um ser humano (ou um povo), no simples estado de natureza, me priva dessa segurança, mesmo que não seja de fato (*facto*), mas pela falta de leis de sua condição (*statu iniusto*), pela qual sou constantemente ameaçado, posso dele exigir [*kann ihn nöthigen*] que comigo entre em uma condição de comunidade-legal [*gemeinschaftlich-gesetzlichen Zustand*] ou que se afaste da minha vizinhança. Assim, o postulado que funda todos os artigos a seguir é: todos os seres humanos que podem se influenciar mutuamente devem pertencer a uma Constituição civil” (KANT, *ZeF VIII*, p. 348-349).

São vários os textos em que Jakobs cita ou faz referência a essa passagem (JAKOBS, 1995, p. 857; 2000, p. 55; 2003, p. 58; 2004, p. 90-95). Ela é importante para ele porque é onde Kant aparentemente usa a noção de “inimigo” no sentido de não-pessoa.

Analisando essa passagem, Jakobs conclui:

“Quem, portanto, não participa da vida em uma ‘condição de comunidade-legal’ deve ceder, o que significa que será expulso (ou colocado em custódia de segurança), de qualquer modo, não se deve tratá-lo como pessoa, mas, como expressamente diz Kant [20], ‘como um inimigo’ [21].

Como se acabou de citar, com Kant não se deve tratar como pessoa quem ‘constantemente... me ameaça, quem não se deixa forçar a entrar numa condição civil’ (JAKOBS, 2004, p. 90).

O primeiro e óbvio problema dessa interpretação é sugerir que, para Kant, tratar alguém como inimigo implica negar que seja uma pessoa. Quem tem alguma familiaridade com a obra de Kant não reconhece essa oposição entre pessoa e inimigo, pelo menos não como algo explícito. Para Kant, o contrário de pessoa é coisa, ou seja, tudo aquilo que não é potencialmente capaz de se representar leis e agir em função delas é inferido como coisa, podendo, portanto, ser utilizado como meio de autodeterminação de pessoas. Mas não é esse o caso do inimigo. Em outras ocorrências do termo nos textos de Kant, “inimigo” serve apenas para caracterizar uma pessoa que se encontra em uma posição de conflito ético ou político com outras pessoas (KANT, *MS VI*, p. 307 nota, 349, 459; *RGV VI*, p. 57), mas independentemente desse conflito, trata-se de uma pessoa tão digna quanto qualquer outra, devendo ser respeitada enquanto tal. Quando se considera o conjunto da obra de Kant, não há base para concluir que o “inimigo” que aparece no trecho citado tem um sentido diferente. Sem contar que o termo “inimigo” (*Feind*) só aparece marginalmente nos escritos de Kant e não tem função técnica reconhecida.

Mas independentemente dessa discussão terminológica sobre o inimigo, a questão fundamental que a interpretação de Jakobs coloca é saber se, no pensamento jurídico de Kant, é um direito do Estado usar a força contra indivíduos que o ameaçam. Se isso é possível, então Jakobs tem razão em sua fundamentação kantiana do direito penal do inimigo, do mesmo modo que será necessário reconhecer uma contradição no pensamento de Kant, que, ao

mesmo tempo em que afirma um conceito absoluto de pessoa, o nega com um conceito de inimigo escondido no postulado do direito público.

Como se viu na nota citada, Kant defende que, dentro de um Estado de direito (condição jurídica), só posso usar a força contra alguém se este já me lesionou. Isso acontece porque, em um Estado de direito, os indivíduos trocam o uso arbitrário da força por uma força pública regulada para proteger os seus direitos, logo, não é mais possível o uso da força para atacar, mas apenas para defender direitos. Por outro lado, Kant também afirma que, em um estado de natureza (fora de uma condição jurídica), não seria necessário aguardar a ocorrência da lesão, mas, diante de sua mera ameaça, seria legítimo antecipar o uso da força contra aquele que ameaça, para obrigá-lo a entrar em uma condição jurídica.

Jakobs interpreta essa possibilidade de usar a força antecipadamente como uma autorização para desconsiderar a personalidade do ser humano que é uma ameaça por se negar a participar da condição jurídica, o que permitiria sacrificar os seus direitos. Esse seria o sentido da noção de “inimigo” de Kant.

Alguns críticos de Jakobs afirmam que o erro dessa interpretação está em trazer a noção de inimigo para dentro da condição jurídica do Estado de direito (Cf. ALBRECHT, 2006, p. 122; BUNG, 2006, p. 262-264). Ou seja, para Kant só seria possível usar a força antecipadamente contra alguém (inimigo) para acabar com a guerra do estado de natureza. Contudo, depois de estabelecido o contrato do Estado de direito, desapareceria o inimigo, e todos, até mesmo o criminoso mais perigoso, só poderiam ser tratados como pessoas. Em outros termos, no estado de natureza só seria possível usar antecipadamente a força contra alguém que ameaça porque ainda não há Estado de direito constituído, contudo, depois de estabelecida a condição jurídica do Estado, desapareceria essa autorização de uso antecipado da força, pois Estado de direito nada mais seria do que o uso regulado da força.

O problema dessa crítica é que ela incorre em uma falácia cronológica. Como já se antecipou, no pensamento de Kant “estado de natureza” e “Estado de direito” não são dois períodos históricos separados pelo evento do “contrato original”. Não se trata de um “antes” e um “depois”. O contrato original é apenas uma ideia da razão, que permite pensar e avaliar as estruturas políticas reais produzidas ao longo da história.

A interpretação de Jakobs evita essa falácia cronológica, contudo, incorre em equívocos piores.

Como o estado de natureza não é um período anterior ao Estado civil, Jakobs raciocina que o estado de natureza é na verdade o comportamento perigoso de certos indivíduos que ameaçam o Estado e que, portanto, o Estado teria o direito de usar a força antecipadamente – leia-se desreguladamente, desconsiderando-se direitos e garantias das pessoas – para se proteger dessas ameaças.

É possível, do ponto de vista de Kant, interpretar o estado de natureza a partir do comportamento dos indivíduos, ou seja, qualquer situação em que, não estando presente a segurança de uma condição jurídica, impera a força bruta entre os indivíduos. Entretanto, não é possível, como pretende Jakobs, extrair dessa insegurança uma autorização para o Estado usar a força antecipadamente ou preventivamente. Na verdade, os únicos que podem (e devem) usar a força para acabar com a insegurança do estado de natureza e entrar em uma condição jurídica,

são os próprios indivíduos, o que vale tanto para as pessoas de um povo quanto para um conjunto de povos no plano internacional. Como se pode constatar na passagem dA *Paz Perpétua* citada anteriormente, e também na *Metafísica dos Costumes*, §§ 42 e 54 (KANT, MS VI, p. 307 e 344), sempre que Kant fala da autorização para usar a força diante da ameaça no estado de natureza, ele está explicitamente se referido a indivíduos (pessoas ou povos). Não é um direito do Estado.

Além disso, ao contrário do que sugere a interpretação de Jakobs, essa autorização que indivíduos (pessoas ou povos) têm num estado de natureza de usar a força contra uma ameaça não é uma antecipação. Como diz Kant expressamente nos referidos trechos, a mera ameaça em um estado de natureza já é um estado de lesão mútua aos direitos naturais dos indivíduos, *verbi gratia*: “é causa do grau mais elevado de injustiça querer e permanecer numa condição que não é jurídica, isto é, na qual ninguém tem assegurado o que é seu contra a violência” (KANT, MS VI, § 42, p. 307-308). Portanto, a força não é usada antecipadamente ou preventivamente, mas em resposta a uma lesão.

Diferente do que pensa Jakobs, o problema do indivíduo agressor, que reiteradamente age como se estivesse no estado de natureza, não é a sua recusa em participar do contrato social ou ameaçar a condição jurídica, mas sim que a sua conduta ofende os direitos naturais de todos os indivíduos do povo, inclusive dele mesmo. Nos termos de Kant, “todo mal imerecido que infringes a alguém do povo, o infringes a ti mesmo. Se o insultas, insultas a ti mesmo; se o furtas, furtas de ti mesmo; se o bates, bates a ti mesmo; se o matas, matas a ti mesmo” (KANT, MS VI, p. 332).

Assim, todos os indivíduos podem reagir contra a lesão aos seus direitos, porém, a única forma legítima de reagir, é por meio da criação de uma condição jurídica. Como os direitos naturais são as esferas legítimas de autodeterminação de pessoas que compartilham um espaço finito, o único modo de fazer cessar as lesões mútuas desses direitos é coordenando essas esferas de autodeterminação, o que só pode ser feito por meio de uma força pública organizada. Nesse sentido, a autorização para usar a força contra o agressor não é uma autorização para sacrificar os seus direitos, tratá-lo como não-pessoa, mas sim para interromper, por meio do Estado, as ofensas aos seus próprios direitos.

Esse raciocínio é explicitado por Kant na sua análise do direito da guerra (KANT, MS, §§ 56, 57 e 58, p. 346-349). Do mesmo modo que pessoas em um estado de natureza, povos, no plano internacional, se encontram naturalmente em guerra, de modo que o comportamento de cada um é pautado por um cálculo das relações de poder bélico entre eles, o que ofende às esferas legítimas de autodeterminação das pessoas que compõem cada um desses povos. Em face disso, povos estão autorizados a se coagirem mutuamente para entrarem em uma condição jurídica internacional, que tem como ideal o que Kant chama de “república mundial” (*Weltrepublik*) (KANT, ZeF VIII, p. 357). Essa autorização de uso da força pelos povos é a base do direito da guerra, o qual é analisado por Kant nas seguintes perspectivas:

a) Direito dos povos irem à guerra: a guerra só é legítima como meio de defesa dos povos; não há uso antecipado da força, mas somente reação à lesão de direitos que caracteriza o estado de natureza (KANT, MS VI, § 56).

b) Direito dos povos durante a guerra: os meios utilizados na guerra não podem dificultar o fim da guerra e devem conduzir os povos para uma condição jurídica; não se pode usar meios de defesa que ofendam a dignidade das pessoas, por exemplo, uso de cidadãos como espiões, sabotadores ou assassinos; não são legítimas guerras punitivas, de subjugação ou incorporação (KANT, MS VI, § 57, p. 347).

c) Direito dos povos depois da guerra: as medidas tomadas pelos vencedores não podem ser punitivas, reparatórias ou indenizatórias, mas apenas aquelas necessárias para manter os vencidos dentro de uma condição jurídica (KANT, MS VI, § 58).

d) A paz é um direito dos povos, o que implica o direito de qualquer povo de permanecer neutro quando há guerra entre seus vizinhos, o direito de qualquer povo de exigir a continuidade da paz, e o direito de todos os povos, que compartilham a finitude de um mundo, de se organizarem em associações para defender a paz contra agressões internas e externas (KANT, MS VI, § 59, p. 349).

e) Comentando retoricamente a velha doutrina do “inimigo injusto” (*ungerechter Feind*),⁶ Kant afirma que falar de um inimigo injusto no estado de natureza é uma redundância, pois o estado de natureza é em si uma “condição de injustiça” (*Zurstand der Ungerechtigkeit*). Por mais perigoso que seja um povo, e por mais grave que sejam as suas agressões, os povos agredidos só podem usar meios lícitos (*zulässigen*) suficientes para proteger os direitos naturais das pessoas envolvidas, inclusive as pessoas que compõem o povo agressor, o que abrange o direito destas de se associarem em torno de uma causa comum (*gemeines Wesen*), mesmo que para isso seja necessário induzir-lhes a uma constituição pacifista KANT, MS VI, § 60, p. 349), que para Kant só pode ser uma constituição republicana (KANT, ZeF VIII, p. 349-353; MS VI, § 52, p. 340-341; SF VII, p. 90-91).

Como se pode observar em cada uma dessas letras, para Kant não há possibilidade jurídica de uso antecipado ou preventivo da força, mas apenas como reação às lesões que caracterizam o estado de natureza. O uso da força só será legítimo se for modulado no sentido de fazer cessar as lesões aos direitos naturais das pessoas, o que só pode ser feito por meio de uma força pública organizada por meio de leis positivas, ou seja, a condição jurídica, que se estrutura primeiro na forma de um Estado nacional, regulando as relações das pessoas de um povo, depois, na forma de uma república mundial, regulando as relações entre povos e, por fim, na forma de uma ordem cosmopolitana, regulando as relações entre pessoas e povos estrangeiros.

Neste ponto fica claro como é forçada a interpretação de Jakobs que tenta extrair do texto de Kant a legitimidade da “expulsão” e da “custódia de segurança”, duas medidas típicas de uso preventivo da força pelos Estados contemporâneos. Kant escreve: “pela falta de leis de

6. Entre as principais influência de Kant nessa discussão sobre a “guerra justa” e “inimigo injusto” estão Hugo Grócio, *De iure belli ac pacis* (1625); Gottfried Achenwall, *Juris naturalis pars posterior complectens jus familiae, jus publicum et jus gentium* (1763) e Johann Georg Heinrich Feder, *Lehrbuch der praktischen Philosophie* (1770). Contudo, trata-se de uma discussão antiga, que passa por pensadores renascentistas como Balthazar Ayala (1548-1584), Alberico Gentili (1587-1608), Richard Zouch (1590-1661) e remonta ao pensamento medieval, por exemplo, Tomás de Aquino (1225-1247). Para uma reconstrução histórica desse debate, veja-se *Bellum Justum gegen den Feind im Inneren?* (SCHNEIDER, 2001, p. 499-515).

sua condição (*statu iniusto*), pela qual sou constantemente ameaçado, posso dele exigir que comigo entre em uma condição de comunidade-legal ou que se afaste da minha vizinhança” (KANT, ZeF VIII, p. 348-349). O que Jakobs interpreta como: “Quem, portanto, não participa da vida em uma ‘condição de comunidade-legal’ deve ceder, o que significa que será expulso (ou colocado em custódia de segurança)” (JAKOBS, 2004, p. 90).

O que Kant reconhece é o direito de pessoas ou povos se constrangerem mutuamente para entrarem em uma condição jurídica, e não a prerrogativa de expulsar ou colocar alguém em custódia de segurança. Quando Kant escreve “ou que se afaste de minha vizinhança”, isso indica apenas uma faculdade do agressor, ou seja, caso não queira ser constrangido, o agressor tem a opção de se afastar até que sua existência não tenha mais impacto sobre os outros, quando então o direito se torna dispensável e desaparece a autorização dos outros para coagir.⁷ Uma suposta prerrogativa de expulsar indivíduos agressores, como sugere Jakobs, nos faz pensar no caso dos apátridas, algo que não encontra lugar no pensamento de Kant e contradiz a própria ideia de um direito cosmopolitano. Na mesma linha, uma custódia de segurança nada mais seria do que uma licença para sacrificar direitos de pessoas em função da conveniência de segurança do Estado, algo também incompatível com o pensamento de Kant. Como se viu, para Kant, o uso da força só é legítimo para proteger os direitos das pessoas, incluindo o agressor, já Jakobs procura legitimar o uso da força pela necessidade de o Estado se proteger de ameaças, como se o Estado fosse um tipo de pessoa de direitos. Mas, ao contrário do que insinua Jakobs, o Estado não tem direitos, nem mesmo o direito de se defender de uma ameaça de dissolução. Enquanto condição jurídica, o Estado é apenas o instrumento de uso legítimo da força por meio do qual pessoas combatem as lesões aos seus direitos naturais.

Observe-se ainda que, convenientemente, Jakobs ignora a conclusão do parágrafo da nota dÀ *Paz Perpétua* aqui analisada. Depois de todas as considerações sobre a autorização para coagir no estado de natureza, Kant conclui: “o postulado que funda todos os artigos a seguir é: todos os seres humanos que podem se influenciar mutuamente devem pertencer a uma Constituição civil” (KANT, ZeF VIII, p. 349). Trata-se de um imperativo categórico: todos os seres humanos que se afetam mutuamente devem pertencer a uma condição jurídica; não há outra opção e não há exceção que possa justificar a exclusão, neutralização ou eliminação de alguns seres humanos, nem mesmo daqueles que ameaçam a existência da condição jurídica.

7. Como coloca Kant no terceiro artigo definitivo dÀ *Paz Perpétua*, essa é uma opção que dificilmente se colocaria no planeta Terra, pois, em face de sua esfericidade, é um mundo finito, o que praticamente condena os indivíduos humanos a uma situação de afetação mútua, ainda mais quando se considera o aumento da população mundial e o aprofundamento da globalização nos últimos séculos. Ou seja, dada as limitações do planeta Terra, pessoas humanas não têm outra opção a não ser o dever de entrar em uma condição jurídica (KANT, ZeF VIII, p. 358).

5. *HOMO PHAENOMENON X HOMO NOUMENON*

Outra forma de Jakobs se apropriar do pensamento de Kant para fundamentar o seu direito penal do inimigo é por meio da distinção entre *homo phaenomenon* e *homo noumenon*. São vários os textos em que Jakobs utiliza essa distinção (JAKOBS, 2000, p. 50; 2001, p. 462; 2003, p. 16; 2005, p. 255), contudo, mais uma vez, quando se tem em conta a incompatibilidade dos conceitos de pessoa utilizados por Kant e Jakobs, fica claro que é uma apropriação meramente formal e, do ponto de vista do conteúdo, completamente arbitrária.

Para Kant, o *homo phaenomenon* é o ser humano considerado do ponto de vista da experiência, isto é, como ele aparece em função das formas da intuição (tempo e espaço) e das categorias do entendimento: uma unidade biológico-psico-social submetida às leis da causalidade (KANT, KpV V p. 42-43). Já o *homo noumenon* é o ser humano considerado do ponto de vista da liberdade, isto é, de sua possibilidade de agir em função de leis que ele mesmo se representa (razão moralmente prática) (KANT, MS VI, p. 335 e 434-435). Como se viu no item 3 deste trabalho, é a perspectiva do *homo noumenon* que define o ser humano como pessoa.

Inicialmente, Jakobs toma a noção de *homo phaenomenon* e simplesmente a traduz em termos funcionalistas com o que ele chama de sistema “individualidade”, que diz respeito a seres humanos viventes e opera pelo código prazer/desprazer (JAKOBS, 2008, p. 9-28). Porém, quando se trata do *homo noumenon*, Jakobs força uma interpretação que foge completamente do esquema kantiano. Nessa, o *homo noumenon* é o indivíduo que opera dentro do espaço de deveres e direitos estabelecidos pelas normas da sociedade, ou seja, é aquele que a sociedade enxerga como alguém que normalmente cumpre as normas, sendo, assim, reconhecido como pessoa. Por essa interpretação, a personalidade é algo que o ser humano ganha e que pode perder caso não pareça confiável aos olhos da sociedade, quando então é reduzido a um mero *homo phaenomenon*. Com isso, criminalmente, o *homo noumenon* será punido por seus atos em função do que foi pactuado nas normas da sociedade, já o *homo phaenomenon* não será punido, pois ele não é reconhecido como alguém que opera dentro do espaço de deveres e direitos, e, independente de culpa, será colocado em custódia de segurança, expulso, intimidado ou neutralizado de alguma outra forma, pois ele é visto como uma ameaça ao espaço de deveres e direitos das pessoas (JAKOBS, 2001, p. 462).

Para Jakobs, *homo noumenon* é um título reconhecido àqueles indivíduos que minimamente desempenham o papel prescrito pelo conjunto de normas da sociedade, ou seja, é algo precário, que exclui tanto indivíduos ineptos quanto indisciplinados (inimigos). Como se mostra óbvio, trata-se de uma concepção que nada tem a ver com o *homo noumenon* de Kant.

Na prática, o que se tem nessa abordagem é outra tentativa de Jakobs de, por meio de uma terminologia diferente, substituir a concepção normativa de pessoa de Kant pela sua concepção funcionalista.

6. O RECONHECIMENTO IMPLÍCITO DA INCOMPATIBILIDADE

É interessante notar que, em vários momentos de sua obra, o próprio Jakobs dá indicações da incompatibilidade de seu direito penal do inimigo com a filosofia do direito de Kant.

Por exemplo, no manuscrito *Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik*, Jakobs afirma que sua apropriação da distinção *homo phaenomenon* e *homo noumenon* é meramente formal: “Escolherei um ponto de partida formalmente equivalente (mas apenas formalmente) ao caminho de Kant” (JAKOBS, 1998, p. 17). Mais adiante, no mesmo texto, Jakobs conclui:

“O que resulta decisivo para o conceito de culpabilidade, o que é seu conteúdo, é regido pelo contexto normativo, pela estrutura social concreta (com o que se abandona definitivamente as vias kantianas antes esboçadas) e, em todo caso, não se rege pelo contexto dos fatos psíquicos” (JAKOBS, 1998, p. 23).

Ainda sobre a distinção entre *homo phaenomenon* e *homo noumenon*, em uma entrevista de 2012 a Esteban Mizrahi, tem-se o seguinte diálogo:

Mizrahi: Então você toma algo de Hegel, algo de Kant e algo de...

Jakobs: ...de Kant pouco.

Mizrahi: Mas você utiliza a distinção entre *homo phaenomenon* e *homo noumenon*, certo?

Jakobs: Sim, correto, isso serve para explicar algumas coisas, mas vejo menos pontos que se pode tomar de Kant do que de Hegel” (MIZRAHI, 2012, p. 42).

Nessa entrevista Jakobs parece quase confessar um arrependimento por ter usado Kant.

No texto *Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit* (2006, p. 292) Jakobs reconhece que para Kant só é possível perder a “personalidade civil”, mas não a “personalidade inata”, que é aquilo que essencialmente define uma pessoa. Apesar da evidente contradição, Jakobs continua a sua análise como se Kant estivesse tratando da noção de inimigo como não-pessoa.

Por último, no texto *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart* (2000), Jakobs escreve:

“Mas somente com a última ratio de KANT, segundo a qual qualquer um pode ser obrigado a tomar parte de uma relação jurídica com garantias, isto é, do Estado, não se esquivar do problema de como proceder diante daqueles que nem se deixam coagir nem se mantêm afastados e que, portanto, permanecem como entorno perturbador, como inimigos” (JAKOBS, 2000, p. 46).

Aqui Jakobs admite que, no pensamento de Kant, em última instância (*ultima ratio*), só é legítimo coagir seres humanos para obrigá-los a entrar em uma condição jurídica que faça

cessar as ofensas mútuas aos seus direitos naturais. Isso, entretanto, mostraria uma falha em Kant, pois ele estaria ignorando o problema dos indivíduos que nem se deixam coagir nem se afastam, mas que permanecem no entorno social como inimigos.

Todavia, como se procurou mostrar, não há falha nem esquiva no pensamento de Kant. O Estado só tem uma opção: só pode usar a força para converter esses indivíduos perigosos em cidadãos de um Estado de direito. Caso o Estado não tenha poder suficiente para lidar com esses indivíduos rebeldes, e mesmo que a própria existência do Estado esteja ameaçada por esses indivíduos, simplesmente não há o que fazer. Na perspectiva de Kant, um Estado que deixa de lado a sua missão de proteger os direitos naturais das pessoas envolvidas – mesmo que seja apenas sacrificando alguns direitos de alguns indivíduos perigosos para melhor cumprir a sua missão – perde a sua legitimidade, não merecendo mais ser chamado de Estado e se convertendo num uso arbitrário da força.

Pode até ser que Jakobs tenha razão quando afirma que os Estados de direito contemporâneos não têm condições de lidar com as novas formas de criminalidades organizadas e globalizadas (JAKOBS, 2000, p. 49-51), mas isso de maneira alguma legitima qualquer tipo de uso arbitrário da força. Significa apenas que os Estados de direito perecerão com o avanço da criminalidade, de modo que, num futuro dominado por governos autoritários, serão lembrados apenas em livros de história (se ainda existirem livros de história). Esse cenário, contudo, não é pior do que a proposta do direito penal do inimigo de Jakobs, que, para combater a moderna criminalidade, aceita pagar o preço do perecimento dos Estados de direito (JAKOBS, 2000, p. 43).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se procuro mostrar, só é possível pensar um direito penal do inimigo a partir da filosofia do direito de Kant substituindo a sua concepção normativa de pessoa por uma concepção funcionalista. Contudo, uma tal substituição destrói o pensamento de Kant, não só a parte da filosofia prática, mas todo o seu edifício crítico. Logo, a teoria do direito penal do inimigo de Jakobs é absolutamente incompatível com a filosofia prática de Kant.

Mas se essa incompatibilidade é tão gritante, como se procurou mostrar neste trabalho, e se o próprio Jakobs dá indícios de reconhecê-la, por que ele insistiu tantas vezes em usar Kant como recurso de fundamentação? Três possibilidades de resposta se colocam:

a) Ignorância: Apesar de observar certas incongruências, Jakobs não teria reconhecido o cerne do problema, isto é, que seu conceito funcionalista de pessoa torna impossível o diálogo com Kant. Essa é a resposta mais óbvia para a hipótese levantada neste artigo, mas não parece ser a mais precisa, pois Jakobs demonstra conhecer muito bem a filosofia do direito de Kant e todo o debate moderno sobre pessoa e Estado de direito;

b) Má-fé: Mesmo reconhecendo que seu conceito funcionalista de pessoa torna impossível o diálogo com Kant, Jakobs teria falaciosamente recorrido a Kant para usar seu prestígio filosófico na promoção do direito penal do inimigo. A aceitação dessa resposta, entretanto, depende de evidências mais robustas. Meros indícios não bastam para sustentar uma acusação

de má-fé acadêmica, do mesmo modo que as inegáveis contribuições de Jakobs para o pensamento jurídico penal exigem que lhe seja concedido o benefício da dúvida; e

c) Contradição: Jakobs teria vislumbrado uma contradição no pensamento de Kant: ao mesmo tempo que o filósofo afirmava um conceito absoluto de pessoa de direito, o negava com um conceito de não-pessoa (inimigo) escondido no postulado do direito público. Com isso, Jakobs talvez tivesse acreditado que um conceito funcionalista de pessoa pudesse resolver essa contradição, colocando seu pensamento e o de Kant no mesmo campo teórico. Entretanto, como se acredita ter mostrado, não há essa contradição no pensamento de Kant. Seu conceito de inimigo serve apenas para indicar pessoas que se encontram, contingentemente, em posições políticas conflituosas, e nada tem a ver com a não-pessoa-sem-direitos de Jakobs.

Do ponto de vista da teoria do direito, a resposta “c” é a mais interessante. Mesmo sendo equivocada a interpretação de Jakobs, ela fomentou um grande debate em torno da filosofia do direito de Kant, colocando-a sob uma nova luz e enriquecendo a compreensão sobre as relações entre pessoa, direito e Estado.

8. REFERÊNCIAS

- ALBRECHT, Hans-Jörg. Antworten auf Gefährlichkeit. Sicherungsverwahrung und unbestimmter Freiheitsentzug. In: FELTES, T.; PFEIFFER, C.; STEINHILPER, G. (Org.). *Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen: Festschrift für Prof. Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2006. p. 191-210.
- ARNOLD, Jörg. Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen. In: *HRRS*, Aug./Sept., Heft 8-9, p. 303-315, 2006.
- AZOFFEIFA, Karolina Viquez. *Die Rezeption des “Feindstrafrechts” in Lateinamerika*. Dissertation. Hamburg: Universität Hamburg, 2011.
- BYRD, B. Sharon; HRUSCHKA, Joachim. *Kant’s Doctrine of Right. A commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- BUNG, Jochen. Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person. In: Uwer (Org.). *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*. Berlin: 2006. p. 249-265.
- DEL VALLE, Carlos Pérez. Zur rechtsphilosophischen Begründung des Feindstrafrechts. In: Pawlik; Zaczek (Org.). *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*. Köln: Carl Heymanns, 2007. p. 515-528. Trad. Espanhol: La fundamentación iusfilosófica del derecho penal del enemigo: precisiones sobre la interpretación de Kant. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 10-03, p. 1-14, 2008.
- JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Band 97, p. 751-785, 1985.
- JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrechts? In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Band 107, p. 843-876, 1995.

- JAKOBS, Günther. Strafrechtliche Zurechnung, Entwicklung des Systems aus den Bedingungen der Normgeltung (Manuscrito), 1997. Trad. Espanhol Gomez-Trelles, Javier Sánchez-Vera. Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema com base en las condiciones de la vigencia de la norma. In: *Dogmatica de derecho penal y la configuracion normativa de la sociedade*. Madrid: Civita, p. 75-97, 2004.
- JAKOBS, Günther. *Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik* (Manuscrito), 1998. Trad. espanhol Meliá, Manuel Cancio; Sánchez, Bernardo Feijóo. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Civitas Ediciones, 2003.
- JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart. In: ESER, A.; HASSEMER, W.; BURKHARDT, B. (Org.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. München: C. H. Beck, 2000. p. 47-56.
- JAKOBS, Günther. Personalität und Exklusion im Strafrecht. In: Courakis (Org.). *Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert*, Festschrift für Dionysius Spinellis. Athen: Ant. N. Sakkoulas, 2001. p. 447-467.
- JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. In: *HRRS* 3, p. 88-95, 2004.
- JAKOBS, Günther. Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Band 117, p. 247-266, 2005.
- JAKOBS, Günther. Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit. In: *HRRS* 8-9, p. 289-297, 2006.
- JAKOBS, Günther. Terroristen als Personen im Recht? In: *Wie viel Sicherheit braucht die Freiheit?* (Materialheft) 30, p. 49-53, Frankfurt am Main: 2006a.
- JAKOBS, Günther. *Norm, Person, Gesellschaft*. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie. Berlin: Duncker & Humbolt, 2008.
- KANT, Immanuel. *Akademieausgabe*. Bd 1-22 hrsg. von der Preussischen Akademie der Wissenschaften ([www.korpora.org/kant/]); v. III. *Kritik der reinen Vernunft* (2. Aufl. 1787). p. 1-552. (KrV); v. IV. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, p. 385-463. (GMS); v. V. *Kritik der praktischen Vernunft*. p. 1-252. (KpV); v. VI. *Die Metaphysik der Sitten*. p. 203-493. (MS); v. VI. *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft*. p. 1-202. (RGV); v. VII. *Der Streit der Fakultäten*. p. 1-115. (SF); v. VIII. *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*. p. 273-313 (TP); v. VIII. *Zum ewigen Frieden*. p. 341-386. (ZeF).
- LUHMANN, Niklas. *Die Wissenschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1992.
- LUHMANN, Niklas. *Soziologische Aufklärung* 6. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1995.
- MARTÍN, Luis Gracia. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 07-02, p. 01-43, 2005.

- MIZRAHI, Esteban. *Los presupuestos filosóficos der derecho penal contemporáneo: conversaciones com Günther Jakobs*. Buenos Aires: Universidad Nacional de La Matanza, 2012.
- SCHNEIDER, Hendrik. Bellum Justum gegen den Feind im Inneren? In: *ZstW* 113, p. 499-515, 2001.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Feindstrafrecht ist kein Strafrecht! In: GRIESBAUM, Rainer; HANNICH, Rolf; SCHNARR, Karl Heinz (Org.). *Strafrecht und Justizgewährung*. Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, Berlin: 2006. p. 219-227.
- STOLLEIS, Michael. Rechtsstaat. In: *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, v. 4, Berlin, p. 367-375, 1982.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- "Processo penal do inimigo": elementos para a compreensão de sua estrutura e metodologia, de Stephan Doering Darcie – *RBCCrim* 149/259-298;
- Aplicação da coerção processual, condição de inimigo do imputado e o tratamento do cidadão durante a persecução penal, de Ricardo Panizza de Andrade – *RBCCrim* 171/251-279;
- O amigo, o inimigo e o criminoso a partir do direito fraterno, de Fabiana Marion Spengler e Eligio Resta – *RBCCrim* 174/345-362; e
- O locus e a razão do direito penal do inimigo: o estado de exceção e a razão de estado, de Mateus P. Gomes e Airtton Aloisio Schutz – *RT* 1027/301-322.

WHY DO WOMEN STEAL? A QUALITATIVE STUDY ON THE FACTORS THAT INFLUENCED WOMEN CONVICTED BY ARTICLE 157 OF THE PENAL CODE

POR QUE AS MULHERES ROUBAM? UM ESTUDO QUALITATIVO SOBRE OS FATORES QUE INFLUENCIARAM MULHERES CONDENADAS PELO ARTIGO 157 DO CÓDIGO PENAL

JAQUELINE OLIVEIRA BAGALHO

Doutora em Psicologia pelo PPGP com Sanduíche/CAPES na Universidade Autónoma do México - UNAM. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Psicologia PPGP/UFES. Graduação em Psicologia. Universidade Federal do Espírito Santo, UFES. Professora Titular da Universidade Vila Velha (UVV).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1768665176767825]
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-3544-8492]
jaquelinebagalho@gmail.com

MARIANA LOUZADA LEAL

Mestre em Segurança Pública.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7840689270121647]
ORCID: [0000-0002-1324-2645]
mlouzadaleal@gmail.com

HENRIQUE GEAQUINTO HERKENHOFF

Pós-doutor em Gestão Pública (UFES, 2021).
Doutor em Direito Civil (USP, 2011).
Professor titular da Universidade Vila Velha - UVV/ES.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2743678225928007]
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-1267-1314]
henriquegh@gmail.com

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094566]

Recebido em: 23.07.2023

Aprovado em: 26.03.2024

Última versão dos autores: 26.03.2024

ÁREA DO DIREITO: Penal

ABSTRACT: The increase in female incarceration in recent decades presents itself as a social aggravating factor and a serious challenge for public security policies. For this reason, this study aimed to investigate the factors that influenced the women from Espírito Santo to commit the crime of theft. The research was conducted through interviews with twenty women serving time in the female prison in the city of Cariacica in the state of Espírito Santo. The study made it possible to know a little about the history and personal values of the participants. Among the main results, the context presented by women included the use of psychoactive substances and the condition of poverty. Other factors, such as adrenaline seeking, acceptance, and defiance of authority, were found to be personal motivations. The results were analyzed through the perspective of moral development of Kohlberg, La Taille, and Gilligan. The analyses point to moral values linked to the logic of consumption and the search for immediate pleasure as emerging. This logic needs to be considered so that public security policies can develop strategies and programs that consider that the practice of robbery crimes is linked to current social values and ideals and, from this, overcome the limitation of the incarceration policy considered, for the most part, as the only response to violence and crime.

KEYWORDS: Public Safety – Incarceration – Women – Theft.

RESUMO: O aumento do encarceramento feminino nas últimas décadas se apresenta como um agravante social e um grave desafio para as políticas públicas de segurança. Por esta razão, este estudo propôs-se a investigar os fatores que influenciaram mulheres capixabas para o cometimento do crime de roubo. A pesquisa foi realizada por meio de entrevistas com vinte mulheres que cumpriam pena no presídio feminino no município de Cariacica/ES. O estudo possibilitou conhecer um pouco da história e dos valores pessoais das participantes. Dentre os principais resultados, o contexto apresentado pelas mulheres incluiu: o uso de substâncias psicoativas e a condição de pobreza. Outros fatores, como busca por adrenalina, aceitação e desafio à autoridade, foram encontrados como motivações pessoais. Os resultados foram analisados através da perspectiva do desenvolvimento moral de Kohlberg, La Taille e Gilligan. As análises apontam valores morais vinculados à lógica do consumo e da busca pelo prazer imediato como emergentes. Essa lógica precisa ser considerada para que as políticas públicas de segurança possam desenvolver estratégias e programas que considerem que a prática de crimes de roubo está atrelada aos valores e ideais sociais vigentes e, a partir disso, superem a limitação da política de encarceramento considerada, em sua maioria, como única resposta para a violência e criminalidade.

PALAVRAS-CHAVES: Segurança Pública – Encarceramento – Mulheres – Roubo.

SUMÁRIO: 1. Introduction. 2. Methodological procedures. 3. Results and discussion. 4. Final remarks. 5. References.

1. INTRODUCTION

The¹ increase in female incarceration in the world stems from what is currently defended as hyper-incarceration (Angotti, 2017; Barbosa, 2017). In context, it means that more women are being arrested for minor infractions, while men are convicted more often for serious criminal acts. At this point, some authors indicate that gender inequality in criminal justice and the lack of adequate programs to deal with the issues involved in women's crime are part of the dimensions that directly impact this issue. More recently it was followed by the hardening of the application of law 11,343/06 (Drug Law) (Gomes, 2021; Barbosa, 2017).

Currently, the total population of women prisoners has exceeded 714 thousand, which represents a growth of 53% since the year 2000 (Walmsley, 2017 - World Female Imprisonment List). In Brazil, there has been a 675% increase in the number of women arrested since the end of 2017. The profile of women in prison in the country, according to data from Infopen (Brazil, 2018), shows that they are young, 25% are between 18 and 24 years old, while 22% are between 25 and 29 years old: that is, almost 50% are not over 30. They are mostly brown or black (63%) and more than 62% have not completed high school, while 44% have not even completed elementary school. The penalty for drug trafficking is the most common, more than 64% followed by the penalty for theft, 15%. In the case of the state of Espírito Santo, the number exceeds a total of 1.098 thousand women arrested (43% still in provisional detention, without sentence). It follows the same national logic – more than 60% of women incarcerated serve time for drug trafficking.

Although drug trafficking is the main violation committed by women (Ribeiro, Rosa, 2023), the penalties for robbery and theft (art. 157/155, Criminal Code), in the case of Espírito Santo's women, have been increasing since 2016 (INFOPEN MULHERES, 2017). These data have been interpreted as a result of the socioeconomic situation of women prisoners, which, in addition to the aspects evidenced above, have other conditionals. Only 27% of the women had some income before prison and 85% were mothers of more than one child – which highlights the relationship between incarceration and the economic and social vulnerability of these women.

Women's imprisonment presents itself as a social aggravating factor in many ways. Women's prison includes dealing with challenges such as motherhood, pregnancy, and children's rights since the child is often removed from their main caregiver or, in other cases, included in the prison culture (Germano, Monteiro, Liberato, 2018; Stella, 2009). Wacquant (2004) considers that the problems generated by women's prisons mainly affect the family. After all, the entire family system is severely and unfairly affected, as there is a decline in the financial situation, broken ties, weakening of affectional bonds, problems at school, and

-
1. Theft. Article 157 - To subtract something movable from another, for himself or another, by serious threat or violence to the person, or after having reduced him, by any means, to the impossibility of resistance: penalty - imprisonment, from four to ten years, and fine. § 1 - the same penalty is incurred by anyone who, immediately after the thing is taken away, uses violence against a person or serious threat, in order to ensure impunity for the crime or the detention of the thing for himself or for a third party.

social exclusion. Thus, female incarceration is one of the most serious challenges for public security policies, which makes it relevant to understand the complexity of women's involvement and their motivations for crime. The maintenance of family ties must also be considered. According to the National Penitentiary Information Survey [Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias] (2017), only 7% of the female prison population has information regarding their children. This rate is directly related to the fact that they are not assisted by their family, that is, the vast majority do not receive visits from their relatives.

In this sense, understanding the context of women in the universe of crime can be a strategic path for public security policies. The motivations that lead women to commit crimes vary, mainly, due to the criminal classification, that is, the type of crime itself. Mosechkin (2021) shows that, for example, 87% of women who committed crimes such as murder were under the influence of psychoactive substances, and among the main motivations, self-defense was the most common (Montgomery, 2022). Concerning drug trafficking, poverty, and poor living conditions during childhood (which include domestic violence and child abuse) have been highlighted in some studies as factors that influence future criminal activities (Agboola, Appiah, Linonge-Fontebo, 2022; Queiroz, 2018; Bailey, 2013).

Violence, a direct effect of crime, has been defined by the World Health Organization as:

“the intentional use of force or power in a threatening manner or effectively, against oneself, another person or group or community, which causes or is likely to cause injury, death, psychological harm, developmental impairment or deprivation.” (WORLD HEALTH ORGANIZATION et al, 2001)

Therefore, violence is one of the most urgent social issues. Moral development is closely related to understanding and submitting to social rules and, consequently, to more or less violent attitudes and behaviors. La Taille observes that, regarding the connection between morality and violence: “at the moral level, the legitimization of violence is at stake [...] when [it] translates one action on another in which they are seen only as a means, and not as an end in themselves.” (La Taille, 2009, p. 33)

Theorists, such as Kohlberg (1992), understand moral development at levels or stages: pre-conventional, conventional, and post-conventional. At Level I, in pre-conventional morality, actions would be driven by external control, obeying rules to avoid punishment or obtain rewards, or only by their personal needs. At the second level, in conventional morality (or conventional role conformity morality), people internalize the standards of authority figures. There is a concern to be “good”, pleasant to others, and to maintain social order. Finally, at Level III, in post-conventional morality (or morality of autonomous moral principles), people identify conflicts between moral standards and act on their judgments based on principles of correctness and justice.

Haidt (2012) differs from Kohlberg in the concept of morality. For Haidt, morality is constituted by a set of moral systems, which include virtues, rules, practices, institutions, and psychological mechanisms to reduce self-interest and move towards social morality or social cooperation. It is interesting to note that both authors, regardless of their differences, seem to

agree on the direction of moral development – from more self-centered actions, from individual needs to more collective actions. Therefore, moral development can be a key aspect to understand violent behavior and violence.

Morality is translated by social norms that guide behavior, which establish which actions are considered prohibited and which will be recommended. Haidt (2007; HAIDT & GRAHAM, 2007) in his Theory of Moral Foundations indicates that moral perceptions and judgments are based on six key principles. These principles would be present in humans innately and developed according to the challenges and social difficulties experienced throughout life. These six principles or moral foundations are harm/care, justice/reciprocity, in-group/loyalty, authority/respect, freedom/oppression, and purity/holiness. In this study, the principles of authority and respect that relate to submission to rules and the legitimacy of authority and care related to the protection of other people and prevention of harm will be the most relevant, as they seem to be more related to actions of transgression of laws and damage to third parties.

Thus, he argues that these moral foundations are inherent to human beings, but their emphases may vary according to the culture and social context in which people are inserted. Haidt (2007) also notes that people can differ in the intensity and importance they attach to each moral foundation, which can influence their ethical perspectives and judgments.

In the context of female morality, Haidt's theory suggests that women and men may emphasize different moral foundations differently. Some research suggests that women tend to value caring and compassion more (Care vs Harm foundation), while men may prioritize justice and equity more (Fairness vs Deceit foundation). However, it is important to stress that these differences are general and do not apply to all women or men, and individual moral attitudes are shaped by a complex combination of biological, cultural and social factors.

Throughout her studies on the moral development of abortion, carried out over several years, Gilligan (1982) verified that the moral development of men was different from women's. The author was one of the pioneers in the study of gender and theories of human development and criticizes Kohlberg's theories, which she considers limited due to the domination of the male perspective. Gilligan presents an interesting contribution to female morality, including what the author calls "the ethics of care" (Gilligan, 1982).

As she refutes the thought expressed in the works of Kohlberg and Piaget on the moral development of women, considered unsatisfactory, the author states that women would have difficulty reaching the last stages of moral development (classified by autonomous thinking and the ability to make decisions regarding justice) because of their propensity to greater sensitivity to the needs of others. Thus, Gilligan introduced the idea that gender can affect morality, even stating that this difference does not mean that women present a lower development, but rather different, considering that culture acts in different ways in the constitution of what is considered "typical" attitudes of women and men.

Concerning the crime of theft, Cunha (2016) points out that this crime is complex because it is characterized by the meeting of two criminal types: theft (Article 155 of the Criminal

Code) and illegal constraint (Article 146² of the Criminal Code). However, the Criminal Code did not classify it as a crime against the person, but against property, being configured from the presence of the use of violence or serious threat.

From this perspective, this research sought to analyze the context of women from Espírito Santo and the influences behind the act characterized as theft by the Criminal Code. The choice of this offense was due to the understanding that moral development can elucidate and offer some solutions for interventions in public security policies. Despite starting with a question, which apparently refers to an idea of the search for a causal answer, starting from a question is also the possibility of remaining without answering it, or partially answering it, insofar as, as already explained, the action, the individual acts have multiple dimensions.

Although the socioeconomic profile revealing a lot about the possible motivations of women to commit crimes in Brazil, this research was dedicated to analyzing the moral conception of women who committed crimes of theft about their own practices. Also seeking to understand how such conceptions can influence crimes of theft or even their judgment on the prison sentence. In order to seek to understand the individual dimensions involved with this type of criminal act. The phenomenon of violence is complex and this study is not intended to reduce it to personal constraints, or even to simplify the contexts that include social, economic and cultural factors, but only to offer another point of view to analyze such complexity, in the search for multiple and diverse interventions in public security policies.

2. METHODOLOGICAL PROCEDURES

This is an exploratory and descriptive research (Prodanov, 2013) carried out with women sentenced under Articles 155 and 156 of the Criminal Code, that is, women who serve their sentences in a closed regime, in a state penitentiary, located in the municipality of Cariacica/ES. A questionnaire (Table 1) was used as a research instrument. It was adapted from Borges and Alencar (2006), researchers of the *stricto sensu* Graduate Program in Public Security at the University of Vila Velha, and transcribed with the authors' permission. Its purpose is to identify the motivation for the crime of theft in various groups, such as men, women, adolescents, and former prisoners of the penitentiary system. Incarcerated women were the subject of this study.

-
2. Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. CP - Decreto Lei 2.848 de 07 de Dezembro de 1940.

BAGALHO, Jaqueline Oliveira; LEAL, Mariana Louzada; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto.

Why do women steal? A qualitative study on the factors that influenced women convicted by article 157 of the Penal Code. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 203. ano 32. p. 281-297. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094566]

Table 1 - Questionnaire regarding motivation to commit crimes

Number	Question	Specific objective	Number
1	(Past-action) at what age did you commit the crime of theft for which you are serving a sentence?	To characterize the aggressor of the criminal act and her socioeconomic situation at the time of the crime.	1
2	How do you identify your color/race?		
3	What was your family situation? (number of members, degrees of kinship, conflict/harmony, greater or lesser union/aggregation, etc.)?		
4	(Past-action) were you studying/employed when you committed the crime of theft?		
5	(Past-action) (if yes) in which role/course/grade?		
6	(Past-action) (if employed) what was your salary?		
7	(Past-Action) How was the action (e.g.: theft of a commercial establishment, theft of a residence, theft of a passer-by on foot, theft on public transport, theft of a driver/passenger in a private vehicle, theft of the vehicle itself)?		

Number	Question	Specific objective	Number
8	(Past-action) on what day of the week?	Characterize the criminal act (as to place, Day and time, modus operandi, etc.).	2
9	At what time of the day (day, night, or dawn)?		
10	(Past-action) in what location?		
11	(Past-action) What are the characteristics of this place (deserted place or not; public road or closed place; close to your residence or distant, etc.)?		
12	(Past-action) what kind of property was stolen by you on this occasion?		
13	(Past-action) was there a prior choice of this type of property? Why?		
14	(Past-action) who was the victim of your theft crime?	Characterize the victim of the criminal act and the reasons for his choice.	3
15	(Past - action) what are the characteristics of the victim (elderly, woman, child, person who seemed to be carrying money or jewelry, etc.)?		
16	Was there a prior choice of this victim?		
17	(Past-action) Why (lower probability of reaction, the possibility of a greater gain, etc.)?		
18	(Past-action) what was your judgment about practicing theft against this type of victim (considered less legitimate, more serious, etc.)?	Characterize, in the past, motive for the criminal act, moral value judgment of the aggressor about her own conduct and feelings immediately after the commission of the crime.	4
19	(Past-motive) what was your motive, at that time, for committing this crime?		

Number	Question	Specific objective	Number
20	(Past - motive) at the time you committed the crime of theft, were there other factors that influenced your decision?		
21	(Past - motive) right after committing the crime, at the time, how did you evaluate (judge) Your conduct? Why?		
22	(Past-action and motive) was there any feeling, at the time, right after committing the crime? Which (e.g., regret, fear, pity for the victim, joy, satisfaction, fulfillment, etc.)? Why?		
23	(Present - motive) today, what reason do you think led you to commit the crime of theft? Why?		
24	(Present - motive) (if there was a change from the past motive to the present) why do you think today that this was the motive that led you to commit the crime?		
25	(Present - motive) how do you assess, today, the motive that led you to commit this crime of theft? Why?		
26	(Present - reason) (if there was a change from the past assessment to the present) Why do you evaluate the reason differently today than you did in the past?		
27	(Present - motive) today, would the motive that led you to commit the crime be enough to steal again? Why?		
28	(Present - motive) (if not) would you have other motives today to practice it?		

Number	Question	Specific objective	Number
29	(Present - action and motive) To-day, what do you consider would prevent you from committing another theft crime (good professional opportunities, family support, fear of being arrested again, greater maturity/experience)? Why?		
30	To what extent (totally, very, in part, little, very little, or not at all) do you consider that you committed or would commit this crime, in whole or in part, motivated by the desire for adventure/“adrenaline”?		
31	To what extent (totally, very, in part, little, very little, or not at all) do you consider that other people commit this crime, in whole or in part, motivated by the desire for adventure/“adrenaline”?		
32	To what extent (totally, very, in part, little, very little, or not at all) do you consider that you have committed or would commit a crime, in whole or in part, motivated by the desire to challenge parental, state authority, etc., by revolt or similar feeling?		
33	To what extent (totally, very, in part, little, very little, or not at all) do you consider that other people commit this crime, in whole or in part, motivated by the desire to challenge parental, state authority, etc., by revolt or similar feeling?		

Source: adapted from Borges and Alencar, 2006.

Data collection included guided individual interviews, and a semi-structured script, in which we sought to investigate subjective issues of the crime of theft, the personal

characteristics of the participants, and the reasons for committing the crime, that is, a socioeconomic and psychosocial survey. A total of twenty women were interviewed, selected by the management of the Prison Unit, for reasons that were not evident to the researchers.

The analysis process involved qualitative and quantitative aspects. Regarding the qualitative analysis, the categorization was carried out from micro and macro categories of the data transcribed in full. The quantitative analysis was based on the frequency and distribution of the items of the instrument since the sample included only 20 women.

The research met the requirements of resolution n. 466, of December 12, 2012 (Brazil, 2012), and was also submitted to the Research Ethics Committee (CEP) of the University of Vila Velha – UVV, having been approved under the Certificate of presentation of ethical assessment (CAAE) No. 13819719.6.0000.5064 and report number 3,523,209.

3. RESULTS AND DISCUSSION

The socioeconomic profile of the participants did not differ from the Brazilian reality. Most of the women interviewed are between the ages of 20 and 39 (16 women), whose schooling was below elementary school (8) or high school (5). One was even illiterate (1). Women who were not working at the time of the incident and, therefore, had no income (12), and some were living on the streets (5). The main motivations presented by the women were drug use and financial trouble (7 women equally), followed by love relationships, partner influence (3), and getting extra income to party with friends and family (3).

The context of motivations presented by women (dependence on the use of psychoactive substances, and the condition of poverty) has been observed in other studies. In this research, these indicators were unrelated to the age group (Matos, 2012; Mosechkin, 2021; Agboola, Appiah, Linonge-Fontebo, 2022; Queiroz, 2018; Bailey, 2013).

Another dimension of the instrument was dedicated to understanding the moral development of women, that is, how much they evaluated their actions as “right” or “wrong”. Regarding the evaluation of their conduct, most of the participants answered that they evaluated the act of committing the crime of theft as wrong. The justifications were diverse: *because she was arrested, she pities the victim, she did not think about her own family (because she could have gotten the money by other means), she took something that did not belong to her, she reflected on the crime in prison, she feels guilty*.

Being arrested accounted for most of the responses to what they called “regret.” This result is interesting because it demonstrates that the interviewees had pre-conventional moral development, that is, the rules are followed to avoid punishment or social reprimand: here the control is external. Thus, another important part of this result refers to the fact that the environment has a great influence on the actions of people with such a level of moral development (Kohlberg, 1992).

When asked if there was any kind of feeling at the time of the crime, the answers were varied and transitioned between fear, regret, guilt, sadness, and despair. When asked if they knew the reason for such feelings, they answered, unanimously, that it was out of pity for the

victim. This response seems to indicate what Gilligan (1982) points out about female moral development, that is, the sensitivity and ethics of care seem to be present at some level in the participants. It is important to emphasize that the interpretation of the pre-conventional level was more strongly due to the act committed, primarily for personal motivations and not for the possible harm to the victim, which seems to be corroborated in the following responses of the women.

In their later evaluations, about their reasons and motivations for the acts, they answered: “the ends do not justify the means, doing something wrong to do something right is still wrong, get it? it was wrong” (Interview 1). Other participants complement:

“Wrong, I could be near my children, out of jail, it’s horrible here, on the street I could go out, I didn’t want to embarrass the girls, it could have been my children, I think about the trauma, I really wanted to apologize. (Interviewee 6)

I shouldn’t have done it, it was wrong, I was supposed to be on the street watching the girls every 15. (Interviewee 7)

I think it was a shortage, it was wrong, I prefer to be alone now, I got trauma, I already have my son and my father, and they are the only men I want to be around now.” (Interviewee 12)

Pinker (2008) points out that the theories of Jean Piaget and Lawrence Kohlberg may be outdated to some extent in their approaches to moral psychology and that both attempted to identify people’s reasoning for their moral conclusions. Based on the studies of Jonathan Haidt, a professor at the University of Virginia, Pinker suggests that there is no moral reasoning, but moral rationalization, which brings us closer to the process we see in the accounts of the interviewees. There is a reflection or rationalization of the act that, after the questions, leads them to question themselves about their moral reasons.

The research was dedicated to understanding the past and present motivations of the interviewees, concerning the crimes committed by them, when asked about the current judgment they made of their past behaviors. We asked if they thought that the motive for the crime would be different from the one mentioned at the time of the events and there were differences in the answers. Three of the interviewees stated that the reason they committed the crime was different, two stated that, after making a self-assessment, they believed there was no reason to practice theft, while one claimed that she only committed it to please her partner because she was in love.

In short, when asked if the motivation of the act would still be enough for future similar actions, the women replied that the deprivation of freedom and the lack of family, especially children, were stronger than the reasons previously mentioned: “I am afraid to return to this, this life, I wanted to take care of my grandson, I’d rather die than returning to this life” (interviewee 20); “Today I met a true God, I have children I think about my children” (interviewee 17); “first of all, my daughter will turn fifteen and here I am, mercy!” (Interviewee 15); and “never again, I have been deprived of the people I love the most” (interviewee 12).

The answers demonstrate that the motivation not to commit crimes again is closely related to the consequences of imprisonment and its penalties and not to the conscious result

of a self-evaluation. They indicate that these women are in a *pre-conventional* range of moral development. Motherhood was considered a prominent factor in the evaluation of the consequences of acts, which indicates that, as Gilligan pointed out about female morality, the ethics of care, although imposed by a sexist culture, is present in their moral development process. This provides intriguing knowledge to explain the lower involvement with crime among women, as well as lower recidivism.

A highlight of the research was the data found when the participants answered questions that referred to the motivations of other people they knew for committing the crimes. When asked about the possible influences of “adrenaline seeking”, “acceptance seeking” and “defiance of authorities”, the study showed that they did not admit these causes as *their* motivations, but they considered it to be the motivation of the majority. This questioning strategy aimed to bring in elements other than personal ones, as well as to “help” women talk about reasons that might not be so easy for them to admit. In this sense, 13 women said that the “search for adrenaline” was not a motivation for themselves, however, 15 considered that it was a motivation for others. Other 16 women revealed that the “challenge to authority” did not match their motivations, while 12 considered it to be the motivation of their acquaintances. And 18 women denied a “search for acceptance”, but 14 admitted that the “search for acceptance” was a motivation for other women. Intimately, challenging authority, searching for adrenaline, and seeking acceptance are intertwined: acceptance is joining a group while challenging authority is part of a said group, and this challenge may require the feeling of adrenaline. In fact, it matches the predominance of young people.

Some theorists when considering moral foundations theory argue that gender can play an important role. Graham et.al (2011) in their study reveals that women, in general, would be more concerned with moral foundations related to damage, justice and purity. Other more recent research is in agreement with the gender distinction, showing that women demonstrate greater morality in the foundations of care/harm, justice, sanctity and authority (NIAZI et.al, 2020). It is believed that women are more likely to value care/harm considerations over justice considerations when choosing an action in the face of a moral dilemma (ROTHBART, 1986). Perhaps in this sense, for women prisoners, concern for their children is a relevant point for them to reconsider their choices.

La Taille (2017, p. 10), when reviewing contemporary ethics, includes what he names as the morals of the successful, the *winners*, as a logic that says “it is not someone who has done well in life, but rather one who has done better than others, one who stands out clearly in the landscape, one who can even become a celebrity”. In this regard, the author points out that the *winners*, famous in this group, are acclaimed for their violent deeds. Thus, violence “turns out to be a means of tragic affirmation of one’s own visibility”. This logic meets the reports of women on the “search for acceptance” being part of those who seek adrenaline, but also of those who “succeed or get famous” (for their rebellious, often violent acts).

Finally, Lipovetsky (2005, p. 26) encourages us to remember that morality is dynamic and complex, which forces us to conclude with a brief discussion. Today, in what he calls a “post-moralistic society,” the notion of personal sacrifice is no longer socially justified, individual rights overpower imperatives, and moral lessons are trumped by the pursuit of a better life.

In other words, in the *post-duty society*, evil is seductive and ideals are scorned. Doing what is right, the *heroism of good*, does not have the same value anymore. These values were replaced by “do not do this” or “you are obliged to do such a thing.” This refers to a painless morality – the last stage of a democratic individualistic culture, which seems to be disconnected from connotations of morality or immorality. In this sense, pleasure became the goal and, as such, independent of moral rules.

4. FINAL REMARKS

Although this study did not intend to explore gender differences when considering transgressive behavior (in the specific case of theft), the results seem to indicate that women present singularities that may be related to gender in their responses. Gilligan’s notes on female moral development help us understand these differences when they demonstrate that part of female morality is linked to the culture of care. The ethics of care, presented by the author, is part of a cultural learning process that includes motherhood and caring as a female behavior since it is taught almost exclusively to women. Therefore, it leads to different morals for men and women. Obviously, culture is a broad dimension and encompasses other factors such as economic and social logic. As demonstrated, Western society is also subject to the values produced by capitalism and its effects, such as the desire for consumption. This type of analysis is much broader: however, it is understood that this discussion is part of this study.

Thus, it remains clear that the insistence on systematic incarceration is bound to have little success in avoiding the crime of theft, to the extent that this risk is sought, a *desired challenge* as a demonstration of courage, detachment, and adherence to a subgroup morality, in which it ensures acceptance and prestige. For the interviewees, at the moment they have decided to practice the act for which they serve a sentence, the desire to belong to a subgroup seemed to easily supplant that of adapting to the behavior desired by society as a whole. New approaches can be developed from this point of view, both in the prevention of crimes and in helping so that, during the serving of the sentence, there can be not only suffering and deprivation, which are inevitable but also reflection and personal development, to reduce female recidivism, already lower than male.

In other words, more efficient public policies and new internal practices in the prison system can be developed if we realize that obtaining the stolen object is not necessarily the most important factor in the decision to commit a crime, nor is fear of prison the main or only inhibitor.

Given the complexity of the theme, knowing the field of moral development and gender differences can effectively contribute to interventions in public policies for security and women. There is even room to elaborate penal alternatives that can go beyond incarceration, such as the strengthening of the social and healthcare network so as to offer programs that aim not only to account for poor economic conditions but also to create spaces for fostering discussions about actions and, perhaps, stimulate the development of thinking that promotes autonomous morals, capable of evaluating, reflecting, rationalizing.

5. REFERENCES

- AGBOOLA, Caroline; APPIAH, Erasmus Kofi; LINONGE-FONTEBO, Helen Namondo. Women's pathways into crime and incarceration: Insights from South Africa. *Cogent social sciences*, v. 8, n. 1, p. 2044123, 2022. DOI: [10.1080/23311886.2022.2044123].
- ANGOTTI, Bruna. *O encarceramento feminino como ampliação da violação de direitos*. In: MALLART, Fabio e GODOI, Rafael (Orgs). BR 111 – A Rota das prisões brasileiras. São Paulo: Veneta, 2017.
- BAILEY, C. Exploring female motivations for drug smuggling on the Island of Barbados: Evidence from Her Majesty's prison, Barbados. *Feminist Criminology*, v. 8, n. 2, p. 117-141, 2013. DOI: [https://doi.org/10.1177/1557085112474837].
- BARBOSA, Beatriz Ferreira. *Mulheres no tráfico: o aumento do encarceramento feminino e sua relação com o endurecimento da Lei de Drogas*. 2017. 61 f., il. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017.
- BORGES, Luciana Souza; ALENCAR, Heloisa Moulin de. Moralidade e homicídio: um estudo sobre a motivação do transgressor. *Psicol. Reflex. Crit.*, Porto Alegre, v. 19, n. 3, p. 451-459, 2006.
- BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), 2ª edição – Atualização: junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2018. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf]. Acesso em: 13.10.2022.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Resolução n. 466, de 12 de dezembro de 2012. *Aprova as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos*. Brasília: Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: [http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf]. Acesso em: 12.10.2022.
- BRASIL. Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) – junho de 2017. Organização: Marcos Vinícius Moura Silva. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf]. Acesso em: 13.10.2022.
- CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361). 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.
- GERMANO, Idilva Maria Pires; MONTEIRO, Rebeca Áurea Ferreira Gomes; LIBERATO, Mariana Tavares Cavalcanti. Criminologia crítica, feminismo e interseccionalidade na abordagem do aumento do encarceramento feminino. *Psicologia: Ciência e Profissão*, v. 38, p. 27-43, 2018.

- GILLIGAN, Carol. *Uma voz diferente: psicologia da diferença entre homens e mulheres da infância à idade adulta*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1982.
- GRAHAM, J.; NOSEK, B.A.; HAIDT, J.; IYER, R.; KOLEVA, S.; & DITTO, PH. *Maapeamento do domínio moral*. Journal of Personality and Social Psychology, 101 (2), 366-385, 2011.
- GOMES, Simone da Silva Ribeiro. O encarceramento feminino recente no Brasil: uma discussão a partir do Rio de Janeiro, Manaus e Fortaleza. *Revista de Ciências Sociais - Universidade Federal do Ceará - UFC - Economia e Política*, v. 51, p. 291-318, 2020. Disponível em: [http://periodicos.ufc.br/revcienso/article/view/41315]. Acesso em: 26.03.2021.
- HAIDT, J. *The righteous mind: Why good people are divided by politics and religion*. Vintage, 2012.
- HAIDT, J.; & GRAHAM, J. *Quando a moralidade se opõe à justiça: os conservadores têm intuições morais que os liberais podem não reconhecer*. Pesquisa sobre Justiça Social, 20 (1), 98 – 116, 2007.
- HAIDT, J. *A nova síntese em psicologia moral*. Ciência , 316 (5827), 998 – 1002, 2007.
- KOHLBERG, Lawrence et al. *Psicología del desarrollo moral*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 1992.
- LA TAILLE, Y. de. *Formação ética: do tédio ao respeito de si*. Porto Alegre: Artmed, 2009.
- LA TAILLE, Y. de. Moral e ética no mundo contemporâneo. *Revista USP*, n. 110, 29-42, 2017. DOI: [https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i110p29-42].
- LIPOVETSKY, G. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Barueri: Manole, 2005.
- MATOS, Raquel; MACHADO, Carla. *Criminalidade feminina e construção do gênero: Emergência e consolidação das perspectivas feministas na Criminologia*. Aná. Psicológica, Lisboa, v. 30, n. 1-2, p. 33-47, jan. 2012. Disponível em: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0870- 82312012000100005&lng=p-t&nrm=iso]. Acesso em: 27.02.2020.
- MONTGOMERY, S. ‘Almost None’: Women Sociologists and the Study of Women’s Crime in Early 20th-Century China and the U.S. *Social Science History*, p. 1-23, 2022. DOI: [10.1017/ssh.2022.34].
- MOSECHKIN, I. Why Women Kill: Studying Motives for Committing Crimes. *Women & Criminal Justice*, 2021. DOI: [10.1080/08974454.2021.1980483].
- NIAZI, F.; INAM, A.; & AKHTAR, Z. Precisão de estereótipos consensuais em fundamentos morais: uma análise de gênero. *PLoS One* , 15 (3), e0229926, 2020.
- NOKONWABA Z. Mnguni; MAHLOGONOLO S. Thobane. Factors contributing to women being used as drug mules: A phenomenological study of female offenders incarcerated at the Johannesburg and Kgoši Mampuru II Correctional Centres in South Africa, *Cogent Social Sciences*, v. 8, n. 1, p. 2048466, 2022. DOI: [10.1080/23311886.2022.2048466].
- PINKER, S. *The moral instinct*. The New York Times, 2008.

- QUEIROZ, V. M (2018). Encarceramento feminino em Barra do Garças – MT: perfil socioeconômico das detentas e motivações para o crime. Barra do Garças-MT. *Revista Eletrônica Geoaraguaia*, v 8, n. 1, p. 55-70, Jan.-Jun., 2018.
- PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.
- RIBEIRO JUNIOR, Humberto; ROSA, Rayane Marinho (ORGS). *Olhares sobre o aprisionamento no Brasil: Estudos críticos e empíricos* – Curitiba: CRV, 2023, p. 300. ISBN Digital 978-65-251-3867-1.
- ROTHBART, MK, HANLEY, D., & ALBERT, M. Diferenças de gênero no raciocínio moral. *Sex Roles*, 15 (11–12), 645 – 653, 1986.
- STELLA, C. O impacto do encarceramento materno no desenvolvimento psicossocial dos filhos. *Educare. Revista de Educação*, 2009.
- WACQUANT, Loïc. A aberração carcerária à moda francesa. Rio de Janeiro, Dados, v. 47, n. 2, p. 215-232, 2004.
- WALMSLEY, Roy. World female imprisonment list. 4ª ed. London: International centre for prison Studies, 2017. Disponível em: [http://www.prisonstudies.org/about-wpb]. KOHLBERG, Lawrence et al. *Psicología del desarrollo moral*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 1992.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION et al. *Putting women first: ethical and safety recommendations for research on domestic violence against women*. Geneva: World Health Organization, 2001.



PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- (In)sustentabilidade social e a criminalização de mulheres por tráfico de drogas: arquétipos de gênero no cárcere em Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil, de Andrey Régis de Melo e Veyzon Campos Muniz – *RBCrim* 192/225-247; 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 Leticy Figueiredo de Jesus – *RT* 1061/175-195.

CRITÉRIOS OBJETIVOS DE QUANTIDADE PARA APLICAÇÃO DA LEI DE DROGAS NO BRASIL: PROJEÇÕES DE IMPACTO NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA

DRUG QUANTITY THRESHOLD FOR DRUG LAW ENFORCEMENT IN BRAZIL: PROJECTIONS OF IMPACT ON THE PRISON POPULATION

NATALIA CARDOSO AMORIM MACIEL

Assessora parlamentar na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ-2024). Mestra em Sociologia e Antropologia pelo Programa de Pós-graduação em Sociologia e Antropologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGSA/UFRJ-2019). Bacharela em Direito e Ciências Sociais pela UFRJ (2010).
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/5685150531317433>]
ORCID: [<https://orcid.org/0009-0002-1167-9322>]
nataliacmaciel@gmail.com

MILENA KARLA SOARES

Mestra em Políticas Públicas pela *Australian National University* (2019). Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília (2016). Bacharela em Ciências Econômicas pela Universidade de São Paulo (2008). Técnica de Desenvolvimento e Administração no Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Pesquisadora na área de Justiça, Cidadania e Segurança Pública.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/0941322951005933>]
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-6160-2182>]
milena.soares@ipea.gov.br

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.11094599>]

Recebido em: 15.12.2023

Aprovado em: 16.03.2024

Última versão das autoras: 20.04.2024

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo tem como objetivo projetar o impacto que a adoção de certos critérios objetivos de quantidade de drogas para diferenciar as condutas de uso e tráfico de drogas poderia ter na redução da população prisional. Para elaborar os cálculos partimos de: (i) dados de pesquisa desenvolvida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA (2023a; 2023b) que teve como

ABSTRACT: The study endeavors to assess the potential impact on the prison population resulting from the implementation of drug quantity thresholds designed to distinguish between users and traffickers. To forecast these outcomes, we drew upon three key sources: (i) Brazil's Institute of Applied Economic Research – IPEA (2023a; 2023b) data detailing drug trafficking

MACIEL, Natalia Cardoso Amorim; SOARES, Milena Karla.

Crítérios objetivos de quantidade para aplicação da Lei de Drogas no Brasil: projeções de impacto na população carcerária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 203. ano 32. p. 299-332. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.11094599>]

alvo as ações criminais por tráfico de drogas dos tribunais estaduais com decisão terminativa proferida no primeiro semestre de 2019; (ii) dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais – SENAPPEN (2022) sobre a incidência de tipos penais de drogas na população custodiada no Brasil; e (iii) nota técnica do Instituto Igarapé (2015) indicando limites de quantidade compatíveis com consumo pessoal. Nossas estimativas apontam que, a depender da análise dos casos individuais e dos limites mais ou menos conservadores de natureza e de quantidade estabelecidos, é possível que a adoção de certos parâmetros para presunção de porte para uso pessoal de maconha e de cocaína impacte entre aproximadamente 5,2% e 8,2% da população em situação de cárcere no Brasil, tratando-se de pessoas que foram presas por tráfico de drogas a partir da apreensão de quantidades consideradas compatíveis com padrões de uso pessoal.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Drogas – Critérios objetivos de quantidade – Sistema prisional – Direito penal – Políticas sobre drogas.

cases adjudicated in the Brazilian state court system during the first half of 2019; (ii) Brazil's National Secretariat on Penal Policies – SENAPPEN (2022) statistics on criminal offenses committed by incarcerated individuals; and (iii) a technical report from a civil society think tank (Instituto Igarapé, 2015) outlining drug quantity thresholds aligned with patterns indicative of personal use. Our analysis indicates that, contingent upon individual case evaluations and the adoption of more or less conservative parameters, the establishment of thresholds for discerning personal use intent could potentially impact between 5.2% to 8.2% of the Brazilian prison population, pertaining to those inmates prosecuted for drug trafficking on the basis of quantities deemed consistent with personal use patterns.

KEYWORDS: Drug Law – Drug quantity threshold – Prison system – Criminal law – Drug policies.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Metodologia e fontes dos dados. 3. População prisional no Brasil e crimes de drogas, por Unidade da Federação e por sexo. 4. Estimativas de impacto de critérios objetivos de quantidade de drogas para presunção de porte para uso pessoal na população presa por crimes de drogas. 4.1. Cenário A (25 gramas de maconha e 10 gramas de cocaína). 4.2. Cenário B (100 gramas de maconha e 15 gramas de cocaína). 5. Projeções de impacto de critérios objetivos de quantidade de drogas na população prisional em geral. 6. Considerações sobre o estabelecimento de critérios objetivos de quantidade para qualificar a distinção entre uso e tráfico de drogas. 7. Considerações sobre as projeções apresentadas. 8. Considerações finais. 9. Referências. 10. Referências legislativas.

1. INTRODUÇÃO

A¹ diferenciação entre as figuras do usuário e do traficante, para fins da aplicação da lei penal, não é algo trivial. As ações de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e/ou trazer consigo drogas são criminalizadas pela Lei de Drogas em dois tipos penais: o artigo 28 (que

1. Este artigo foi elaborado a partir da base de dados da pesquisa “Perfil do processado e produção de provas em ações criminais por tráfico de drogas”, realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada com apoio da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos. As autoras,

MACIEL, Natalia Cardoso Amorim; SOARES, Milena Karla.

Critérios objetivos de quantidade para aplicação da Lei de Drogas no Brasil: projeções de impacto na população carcerária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 203. ano 32. p. 299-332. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094599]

tipifica o “porte para uso pessoal” de drogas) e o artigo 33 (que tipifica o tráfico de drogas). Enquanto o tráfico é punido com pena de reclusão e de multa, o consumo é penalizado com penas alternativas. Considerando que a prática de um mesmo verbo de ação pode levar a tratamentos penais distintos, é relevante compreender os critérios legais estabelecidos para diferenciar as duas condutas e, portanto, os dois crimes.

Para determinar se a droga era destinada ao consumo pessoal, a Lei de Drogas (artigo 28, § 2º) prevê que “o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” (grifos nossos). Assim, natureza e quantidade das drogas, juntamente com outros critérios, possuem caráter normativo para diferenciação das condutas de tráfico e de uso, cabendo ao juiz analisá-los, caso a caso, para determinar a conduta praticada pelo agente. Contudo, no Brasil, não há qualquer parâmetro objetivo que oriente a atuação dos agentes do sistema de justiça e/ou segurança pública quanto ao que seria uma quantidade de drogas compatível com o uso, exacerbando, assim, a discricionariedade da tipificação dos sujeitos flagrados na posse de drogas.

O estabelecimento de parâmetros serviria para qualificar os critérios legalmente estabelecidos para a distinção entre uso e tráfico, oferecendo aos agentes públicos uma orientação objetiva para enquadramento das condutas a partir de referências razoáveis do ponto de vista do consumo de drogas e favorecendo uma interpretação equânime, pelo sistema de justiça, dos critérios relacionados à natureza e à quantidade.

Cabe ressaltar que a adoção de critérios objetivos não implica que pessoas flagradas portando quantidades acima das indicadas seriam automaticamente enquadradas como traficantes, mas, sim, que o porte até determinado limite seria presumido como destinado ao uso pessoal. A análise das condutas dos agentes pelo juiz a fim de distingui-las permaneceria sendo necessária, tendo em vista a previsão legal, mas a adoção de limites de quantidade poderia evitar que usuários flagrados com pequenas quantidades de drogas viessem a ser tipificados como traficantes.

Dessa forma, a adoção de parâmetros de quantidade poderia favorecer que as etapas iniciais de enquadramento das condutas de uso e de tráfico pelas autoridades policiais e pelo Ministério Público fossem orientadas por critérios objetivos, o que poderia ocasionar redução do tempo e do custo que as autoridades policiais empenham para o processamento do inquérito e das medidas relacionadas à prisão; que a acusação emprega no oferecimento de denúncias e na produção de provas; que as defensorias públicas dedicam para atender à demanda por representação; que a tramitação da ação penal como um todo demanda da estrutura pública²; e o que o sistema prisional empenha para a custódia dos acusados e condenados por esses crimes.

que atuaram como pesquisadoras na referida pesquisa, declaram não haver conflitos de interesse que comprometam a cientificidade do trabalho apresentado.

2. Quanto ao tempo de tramitação do processo, o IPEA (2023b) aponta que, nos processos da justiça estadual, entre a data de abertura do Inquérito e a decisão terminativa de primeiro grau, leva-se, em média, 492 dias – um ano e quatro meses, ou, considerando-se a mediana, 327 dias – dez meses. As

MACIEL, Natalia Cardoso Amorim; SOARES, Milena Karla.

Crítérios objetivos de quantidade para aplicação da Lei de Drogas no Brasil: projeções de impacto na população carcerária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 203. ano 32. p. 299-332. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094599]

O presente artigo é decorrência da participação das autoras em pesquisa anterior (IPEA, 2023a), em que demonstramos que, com relação à natureza, cocaína e maconha são as drogas mais apreendidas nos processos, representando 70% e 67% das ocorrências, respectivamente. Outras substâncias foram encontradas em apenas 2,8% dos casos. Já com relação às quantidades, a maioria dos processos se refere a algumas dezenas de gramas destas substâncias, sendo pequena a fração de apreensões na faixa dos quilos³. Na amostra de processos analisados, as medianas das massas encontradas foram de 85 gramas para maconha e de 24 gramas para cocaína.

Naquela oportunidade, estimamos que algo entre 23% e 35% de todos os réus processados por tráfico de drogas portavam quantidades indicadas pelo Instituto Igarapé (2015) como sendo compatíveis com padrões de uso e, em decorrência, poderiam ter presumido o porte para uso próprio, a depender dos cenários mais ou menos conservadores de critérios objetivos de quantidade (IPEA, 2023a).

Como desdobramento dessa agenda de pesquisa, este artigo busca agora entender as consequências de qualificar objetivamente o critério quantidade pode ter no sistema prisional, inclusive para responder questionamentos que recebemos com a divulgação do relatório da pesquisa originária⁴. Nesse aspecto, entendemos que estabelecer parâmetros de quantidade compatíveis com o uso serve, principalmente, para trazer equidade na aplicação da lei, evitando que pessoas portando pequenas quantidades de drogas sejam tipificadas ora como usuárias, ora como traficantes. Nossa abordagem não tem como objetivo propor que tais critérios sejam tratados como medida para redução da população prisional, mas, sim projetar de que maneira a opção por certos parâmetros de quantidade pode reverberar no sistema prisional.

Nesse sentido, o objetivo deste artigo é estimar o impacto que a adoção de certos critérios objetivos de quantidade de drogas para diferenciar as condutas de uso e tráfico poderia ter na população prisional brasileira, com base em dados obtidos da análise de ações criminais em que houve réu indiciado, denunciado e/ou sentenciado por crimes de drogas com decisão terminativa proferida no primeiro semestre de 2019, nos tribunais estaduais de justiça comum no Brasil (IPEA, 2023a), dados de incidências penais na população prisional (SENAPPEN, 2022) e critérios objetivos de quantidades de drogas compatíveis com padrões de uso referenciadas por especialistas do Instituto Igarapé (2015).

fases de investigação e de oferecimento da denúncia são as mais rápidas, com duração aproximada de 15 dias cada. O restante do tempo de duração do processo se refere aos atos praticados em sede judicial (citação, juntada de provas, audiências, prazos processuais etc.), destacando-se o prazo decorrido entre a última audiência de instrução e a decisão terminativa, que, em média, leva aproximadamente 200 dias.

3. Com relação à maconha, 58,7% dos processos envolviam menos de 150 g da substância, 27,3% entre 151 g e 2 kg e apenas 11,1% dos processos trataram de apreensões acima dos 2 kg. Com relação à cocaína, 70,9% dos processos tinham como objeto apreensões de menos de 100 g, 17,9% entre 100 g e 1 kg e somente 6,8% dos processos envolviam apreensões de mais de um quilo da substância (IPEA, 2023a).
4. Registramos nossos agradecimentos à colega Maria Paula Gomes dos Santos pelo apoio na definição do tema e na discussão do artigo.

MACIEL, Natalia Cardoso Amorim; SOARES, Milena Karla.

Critérios objetivos de quantidade para aplicação da Lei de Drogas no Brasil: projeções de impacto na população carcerária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 203. ano 32. p. 299-332. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094599]

Além desta introdução, o texto é composto por sete seções, nas quais serão apresentados: (i) a metodologia utilizada para alcançar as estimativas ora exibidas; (ii) os dados sobre a população prisional no Brasil e a incidência de crimes de drogas; (iii) as projeções de impacto da adoção de critérios objetivos de quantidade especificamente na população presa por crimes de drogas; (iv) as projeções de impacto da adoção de tais critérios para a população prisional de forma geral; (v) algumas considerações sobre as implicações da adoção de critérios objetivos de quantidade para a sociedade brasileira; (vi) uma breve discussão sobre as projeções apresentadas; e (vii) as considerações finais.

2. METODOLOGIA E FONTES DOS DADOS

Nesta seção, discriminamos as fontes dos dados, os métodos de cálculo e os pressupostos que empregamos para se estimar o efetivo alcance que a adoção de critérios objetivos de quantidades de drogas poderia ter na população prisional.

Para a definição dos parâmetros de quantidades, referenciamos a Nota Técnica do Instituto Igarapé (2015), que apresenta três cenários em que determinadas quantidades de maconha e de cocaína seriam compatíveis com padrões de uso, e, por isso, permitiriam a presunção de que a posse da substância, até determinado limite, seria destinada ao consumo pessoal.

A Nota Técnica (INSTITUTO IGARAPÉ, 2015) toma como base pesquisas nacionais e internacionais para apresentar três cenários condizentes com padrões de uso:

- Cenário 1: 25 gramas de maconha; seis pés de maconha; dez gramas de cocaína;
- Cenário 2: 40 gramas de maconha; dez pés de maconha; 12 gramas de cocaína;
- Cenário 3: 100 gramas de maconha; 20 pés de maconha; 15 gramas de cocaína.

Os limites são sugeridos a partir de evidências das áreas médica, jurídica e político-criminal que indicam essas quantidades como compatíveis com diferentes perfis de usuários de drogas. Além disso, o Instituto Igarapé (2015) recomenda a adoção de parâmetros entre os cenários 2 ou 3, principalmente, considerando experiências internacionais nas quais a adoção de limites de quantidades muito pequenos resultou em aumento do encarceramento.

Neste artigo, desenvolveremos estimativas com base nos dois cenários dos polos mais extremos, das menores e das maiores quantidades, conforme apresentados pelo Instituto Igarapé (2015). Os cenários serão referidos como “cenário A” (25 g de maconha e 10 g de cocaína) e como “cenário B” (100 g de maconha e 15 g de cocaína).

Por sua vez, os dados sobre prisões nos processos de drogas e sobre natureza e quantidade de drogas que serão referenciados neste artigo foram obtidos em pesquisas anteriores realizadas pelo IPEA (2023a; 2023b), cujos relatórios contêm o detalhamento da metodologia empregada para a coleta e o tratamento dos dados⁵. Para a finalidade deste artigo, importa destacar que as pesquisas foram de caráter quantitativo e tiveram como base a análise

5. A base de dados da pesquisa foi disponibilizada ao público em geral no mês de fevereiro de 2024 pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos – SENAD (2024).

documental de registros escritos de ações criminais de uma amostra de 5.121 réus indiciados, denunciados e/ou sentenciados por crimes de drogas previstos no Título IV, Capítulo II, da Lei 11.343/2006, e com decisão terminativa proferida no primeiro semestre de 2019, representativa do universo de 41.100 réus dos tribunais estaduais de justiça comum no Brasil.

Já os dados sobre a população prisional têm como fonte as informações relativas ao segundo semestre de 2022, divulgadas pela SENAPPEN (2022). A partir deste conjunto de dados, calcularam-se as estimativas de impacto da adoção de critérios objetivos de quantidade de drogas para a população custodiada no sistema penal e para a população presa por crimes de drogas da seguinte forma:

$$I_{droga_regime(n)} = P_{can_regime(n)} + P_{coc_regime(n)} + P_{can_coc_regime(n)}$$

$$I_{droga} = \sum_n (P_{regime(n)} \times I_{droga_regime(n)})$$

$$I_{geral} = P_{inc_droga} \times I_{droga}$$

Visto que:

$I_{droga_regime(n)}$: estimativa de impacto dos critérios objetivos de quantidade de drogas nas condenações por tráfico no regime “n”;

I_{droga} : estimativa de impacto dos critérios objetivos de quantidade de drogas na população presa por crimes de drogas, incluindo todos os regimes;

I_{geral} : estimativa de impacto dos critérios objetivos de quantidade de drogas nas incidências penais por crimes de drogas na população prisional em geral, incluindo todos os regimes;

$P_{can_regime(n)}$: percentual de casos com apreensão de *cannabis* em quantidade até o limite do cenário, sem outras drogas, entre os submetidos ao regime “n” nos processos criminais por tráfico de drogas (IPEA, 2023a; 2023b);

$P_{coc_regime(n)}$: percentual de casos com apreensão de cocaína em quantidade até o limite do cenário, sem outras drogas, entre os submetidos ao regime “n” nos processos criminais por tráfico de drogas (IPEA, 2023a; 2023b);

$P_{can_coc_regime(n)}$: percentual de casos com apreensão de *cannabis* e de cocaína em quantidades até o limite do cenário, sem outras drogas, entre os submetidos ao regime “n” nos processos criminais por tráfico de drogas (IPEA, 2023a; 2023b);

$P_{regime(n)}$: proporção de presos no regime “n” na população prisional (SENAPPEN, 2022);

P_{inc_droga} : proporção de incidências de crimes de drogas na população prisional (SENAPPEN, 2022);

Regime “n”: designa presos provisórios, regime fechado, regime semiaberto e regime aberto. Por simplificação, denota-se prisão provisória na fórmula como um tipo de regime prisional.

A primeira equação indica que, para cada um dos regimes de prisão (presos provisórios, regime fechado, regime semiaberto e regime aberto), a estimativa de impacto dos critérios objetivos de quantidade de drogas nas condenações por tráfico ($Idroga_regime(n)$) é resultado da soma do percentual de casos com apreensão de *cannabis* (sem outras drogas) em quantidade até o limite do cenário, do percentual de casos com apreensão de cocaína (sem outras drogas) em quantidade até o limite do cenário e do percentual de casos com apreensão de *cannabis* e cocaína (sem outras drogas) em quantidades até o limite do cenário.

Já a segunda equação indica que a estimativa de impacto dos critérios objetivos de quantidade de drogas na população presa por crimes de drogas, incluindo todos os regimes ($Idroga$), é obtida do somatório das multiplicações dos resultados da equação anterior ($Idroga_regime(n)$) pelas proporções de presos em cada um dos regimes na população prisional.

Por sua vez, a terceira equação trata da estimativa de impacto dos critérios objetivos de quantidade de drogas nas incidências penais por crimes de drogas na população prisional em geral, incluindo todos os regimes ($Igeral$), que resulta da multiplicação do resultado da equação anterior ($Idroga$) pela proporção de incidências de crimes de drogas na população prisional.

Há de se ressaltar que o dado disponibilizado pela SENAPPEN (2022) sobre a proporção de incidências de crimes de drogas é calculado em relação ao universo de incidências penais, não em relação à população prisional. Para a finalidade deste artigo, consideramos que o percentual de incidências constitui uma aproximação suficientemente boa do percentual de pessoas presas por crimes de drogas, mas é importante destacar que não há informações públicas que possibilitem uma correspondência totalmente precisa entre esses indicadores.

Um segundo pressuposto está em se considerar que $Pinc_droga$ – Proporção de incidências de crimes de drogas na população prisional – permanece constante independentemente do tipo de regime (provisório, fechado, semiaberto, aberto), tendo em vista que o dado divulgado pela SENAPPEN (2022) não permite diferenciar as incidências penais por regime prisional.

Pressupõe-se, ainda, que a proporção observada no universo de réus sentenciados no primeiro semestre de 2019 (IPEA, 2023a; 2023b) de condenações (em regime aberto, fechado e semiaberto) e de réus que estiveram presos cautelarmente durante o processo criminal mantém-se a mesma no universo de pessoas privadas de liberdade no segundo semestre de 2022.

A fim de facilitar a compreensão do caminho tomado para a construção destas estimativas, inicialmente, serão apresentados os dados específicos sobre a população prisional (Seção 2), seguidos pelas estimativas de impacto nas prisões relacionadas a crimes de drogas (Seção 3) e, por fim, a estimativa de impacto da implementação de critérios objetivos de quantidades de drogas na magnitude da população prisional como um todo (Seção 4).

3. POPULAÇÃO PRISIONAL NO BRASIL E CRIMES DE DROGAS, POR UNIDADE DA FEDERAÇÃO E POR SEXO

De acordo com a SENAPPEN (2022), havia cerca de 820.159 pessoas custodiadas no sistema prisional brasileiro entre junho e dezembro de 2022. São Paulo concentrava o maior percentual de custodiados (23,6%) de todo o país, seguido do Paraná (10,5%), de Minas Gerais

(8,5%) e do Rio de Janeiro (7%). No agregado nacional, 24,8% dessas pessoas estavam custodiadas provisoriamente, ou seja, ainda aguardavam julgamento. As demais cumpriam pena privativa de liberdade, sendo a maior parte delas, 40,3%, em regime fechado. Presos em regime semiaberto correspondiam a 21,8% da população prisional e aqueles em regime aberto representavam 13,1%. A Tabela 1 relaciona a população prisional nacional e de cada Unidade da Federação (UF).

Tabela 1. População prisional e proporção de presos provisórios e presos sentenciados (em regime fechado, semiaberto e aberto), por UF.

UF	População prisional	Percentual de presos provisórios	Percentual de presos em regime fechado	Percentual de presos em regime semiaberto	Percentual de presos em regime aberto
AC	5.923	23,2%	41,7%	35,0%	0,1%
AL	11.984	20,4%	21,4%	36,2%	21,9%
AM	12.445	32,5%	22,2%	26,7%	18,7%
AP	2.891	32,1%	37,5%	24,9%	5,4%
BA	16.348	46,9%	32,5%	20,5%	0,1%
CE	37.210	32,6%	25,3%	19,8%	22,3%
DF	27.162	10,6%	27,9%	20,7%	40,8%
ES	23.043	32,4%	46,6%	21,0%	0,0%
GO	26.714	29,7%	32,0%	26,2%	12,2%
MA	12.569	35,7%	43,9%	19,6%	0,7%
MG	69.671	37,2%	39,7%	18,7%	4,4%
MS	20.905	21,3%	47,9%	18,8%	12,0%
MT	19.668	36,9%	30,8%	32,3%	0,0%
PA	19.595	32,9%	40,2%	19,0%	7,9%
PB	12.752	21,6%	48,8%	20,4%	9,2%
PE	49.798	34,7%	28,0%	12,3%	25,0%
PI	5.868	43,2%	47,5%	9,3%	0,0%
PR	86.264	7,9%	28,5%	16,7%	46,9%

MACIEL, Natalia Cardoso Amorim; SOARES, Milena Karla.

Critérios objetivos de quantidade para aplicação da Lei de Drogas no Brasil: projeções de impacto na população carcerária.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203. ano 32. p. 299-332. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094599]

UF	População prisional	Percentual de presos provisórios	Percentual de presos em regime fechado	Percentual de presos em regime semiaberto	Percentual de presos em regime aberto
RJ	57.490	31,4%	27,2%	26,2%	15,2%
RN	12.076	23,1%	40,5%	20,6%	15,8%
RO	14.697	12,7%	36,1%	22,7%	28,5%
RR	4.470	17,6%	33,9%	20,2%	28,3%
RS	39.557	24,7%	40,8%	28,1%	6,4%
SC	26.803	20,6%	51,2%	28,2%	0,0%
SE	6.569	56,7%	31,7%	11,2%	0,4%
SP	193.600	18,0%	58,8%	23,1%	0,0%
TO	4.087	29,3%	47,3%	23,4%	0,0%
Brasil	820.159	24,8%	40,3%	21,8%	13,1%

Fonte: Elaboração própria com dados da SENAPPEN, Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, jul.-dez. 2022⁶.

Com relação aos tipos penais imputados aos custodiados, dados da SENAPPEN (2022) informam que os crimes de drogas correspondiam a 27,5% das incidências entre a população prisional no Brasil⁷. As maiores incidências estavam em São Paulo (36,3%), Rio Grande do Norte (34,8%), Mato Grosso do Sul (35,4%) e Espírito Santo (31,5%). As menores, no Maranhão (16,4%), na Paraíba (18,6%), no Pará (18,4%) e no Distrito Federal (19,7%), conforme dados da Tabela 2.

6. Base de dados disponível em: [<https://gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/bases-de-dados>]. Acesso em: 16.06.2023.

7. O grupo mais comum é o de crimes contra o patrimônio (como roubo e furto), com 39,8% das incidências registradas. Crimes de drogas vêm em segundo lugar, com 27,5%; seguido de crimes contra a pessoa, com 15,7%; crimes contra a dignidade sexual, com 6,38%; crimes do Estatuto do Desarmamento, com 4,9%; crimes contra a paz pública com 1,97%; e crimes do Estatuto da Criança e do Adolescente com 1,6%. Entre os crimes hediondos e equiparados, tráfico de drogas representa 51,8% das incidências, seguido de homicídio qualificado, com 16% (SENAPPEN, 2022).

Tabela 2.
Percentual de crimes de drogas entre as incidências penais da população prisional, por UF

UF	Percentual de incidências de crimes de drogas entre a população prisional
AC	28,5%
AL	27,6%
AM	22,9%
AP	24,2%
BA	28,4%
CE	20,0%
DF	19,7%
ES	31,5%
GO	25,3%
MA	16,4%
MG	Não informado
MS	35,4%
MT	27,0%
PA	18,4%
PB	18,6%
PE	23,5%
PI	21,0%
PR	20,2%
RJ	29,9%
RN	34,8%
RO	21,2%
RR	29,7%
RS	27,7%
SC	28,1%
SE	22,9%

UF	Percentual de incidências de crimes de drogas entre a população prisional
SP	36,3%
TO	29,2%
Brasil	27,5%

Fonte: Elaboração própria. Dados estatísticos do sistema penitenciário (painel), SENAPPEN, jul.-dez. 2022⁸.

Obs.: Refere-se à população de presos provisórios e presos condenados em regime fechado, semiaberto e aberto. Os tipos penais de crimes de drogas compreendem: tráfico, associação para o tráfico e tráfico internacional. Não há dados disponíveis para o Estado de Minas Gerais.

São Paulo, além de ser a Unidade da Federação com maior número de pessoas que cumpriam pena de prisão por crimes de drogas, também liderava o *ranking* com a maior incidência de crimes de drogas (36,3%). No Paraná, segunda UF em população prisional, o percentual de incidência desses crimes era de 20,2%, abaixo da média nacional. Não há informações sobre as incidências penais para Minas Gerais no último relatório da SENAPPEN (2022). Já no Rio de Janeiro, quarta UF com maior população prisional, o percentual de incidência de crimes de drogas era de 29,9%, um pouco acima da média nacional.

Vale destacar novamente que os percentuais anteriormente citados não se referem à proporção de pessoas encarceradas, mas, sim, à ocorrência de determinados tipos penais na população prisional. Não existe uma correspondência entre o número de pessoas presas e o percentual de incidências de cada grupo de crimes, ou seja, tanto é possível que uma mesma pessoa esteja custodiada por acusações relacionadas a mais de um crime da Lei de Drogas (ex.: tráfico e associação para o tráfico) quanto é provável que responda simultaneamente a processos por mais de um grupo de crimes (ex.: tráfico e roubo) ou, ainda, por múltiplos crimes de drogas em conjunto com crimes de outros dispositivos. Dito de outra forma, no conjunto da população prisional, existe um percentual não informado de pessoas, em prisão provisória ou em cumprimento de pena, que responde a mais de uma incidência penal, seja no mesmo processo, seja em processos distintos⁹.

No que diz respeito ao sexo de nascimento, a população prisional é formada por 94,5% de homens e por 5,5% de mulheres. Nota-se na Tabela 3 que as proporções de homens e mulheres, em cada tipo de prisão ou regime de cumprimento de pena, são semelhantes com

8. Painel disponível em: [<https://gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/paineis-antiores>]. Acesso em: 16.06.2023.

9. Especificamente para os crimes de drogas julgados por tribunais de justiça estadual, observou-se, na amostra pesquisada, que 22,5% das denúncias e 12,2% das sentenças condenatórias envolviam concurso com outros crimes (IPEA, 2023b).

exceção dos regimes fechado e aberto. Por um lado, ainda que a maioria dos custodiados de ambos os sexos estejam cumprindo pena em regime fechado, há menos mulheres submetidas a esse regime do que homens. Por outro lado, o percentual de mulheres cumprindo pena em regime aberto é maior do que o de homens¹⁰.

Tabela 3. População prisional por sexo e regime de cumprimento de pena

Sexo	População prisional	Percentual de presos provisório	Percentual de presos em regime fechado	Percentual de presos em regime semiaberto	Percentual de presos em regime aberto
Feminino	44.656	28,0%	29,9%	22,5%	19,6%
Masculino	775.503	24,6%	40,9%	21,8%	12,8%
Total	820.159	24,8%	40,3%	21,8%	13,1%

Fonte: Elaboração própria com dados da SENAPPEN, Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, jul.-dez. 2022¹¹.

Quanto à incidência dos tipos penais por sexo, os crimes de drogas são os principais responsáveis pelo encarceramento de mulheres, com 53% de incidências. Entre a população masculina, a ocorrência é de 26%, próxima à média geral da população prisional como um todo (SENAPPEN, 2022).

4. ESTIMATIVAS DE IMPACTO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS DE QUANTIDADE DE DROGAS PARA PRESUNÇÃO DE PORTE PARA USO PESSOAL NA POPULAÇÃO PRESA POR CRIMES DE DROGAS

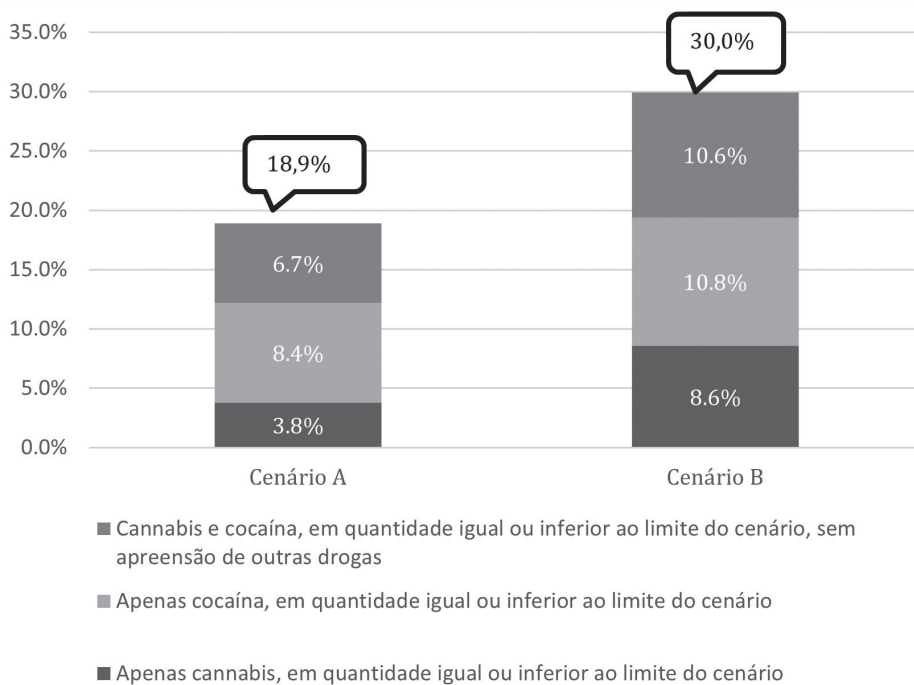
Nesta seção, serão apresentadas as estimativas da proporção de pessoas presas por crimes de drogas que portavam drogas em quantidades compatíveis com padrões de uso, e, por esse motivo, poderiam ter presunção de porte para uso próprio nos dois cenários de critérios objetivos de quantidades de *cannabis* e cocaína analisados.

10. Nesse aspecto, pode ter relevância o disposto no artigo 318 do Código de Processo Penal, que determina que mulheres com filhos de até 12 anos incompletos podem ter a prisão preventiva substituída por prisão domiciliar. Há precedentes dos tribunais superiores de que o mesmo entendimento é válido no âmbito do cumprimento da pena, o que pode contribuir para que menos mulheres sejam submetidas ao regime fechado.
11. Base de dados disponível em: [<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/bases-de-dados>]. Acesso em: 16.06.2023.

O Gráfico 1 apresenta dois dos cenários propostos na Nota Técnica do Instituto Igarapé (2015). Do lado esquerdo, está representado o cenário A (com limites máximos de 25 g para maconha e 10 g para cocaína) e, do lado direito, o cenário B (com limites máximos de 100 g para maconha e 15 g para cocaína).

As segmentações das barras do gráfico mostram que, se os limites fossem adotados exclusivamente para a substância maconha, a presunção de porte para uso próprio se aplicaria a 3,8% da população presa por crimes de drogas no cenário A; e, no cenário B, a 8,6%. Caso os limites fossem apenas para cocaína, o impacto seria, respectivamente, de 8,4% (cenário A) e 10,8% (cenário B). Se os limites fossem adotados para o porte simultâneo das duas substâncias, o alcance seria entre 18,9% e 30,0% da população presa por crimes de drogas, conforme os limites A e B de quantidade.

Gráfico 1. Percentual da população presa por crimes de drogas que poderia ser beneficiada pela presunção de porte para uso pessoal, no Brasil, nos cenários A e B



Fonte: Elaboração própria com dados da pesquisa IPEA (2023a; 2023b) e da SENAPPEN (2022).

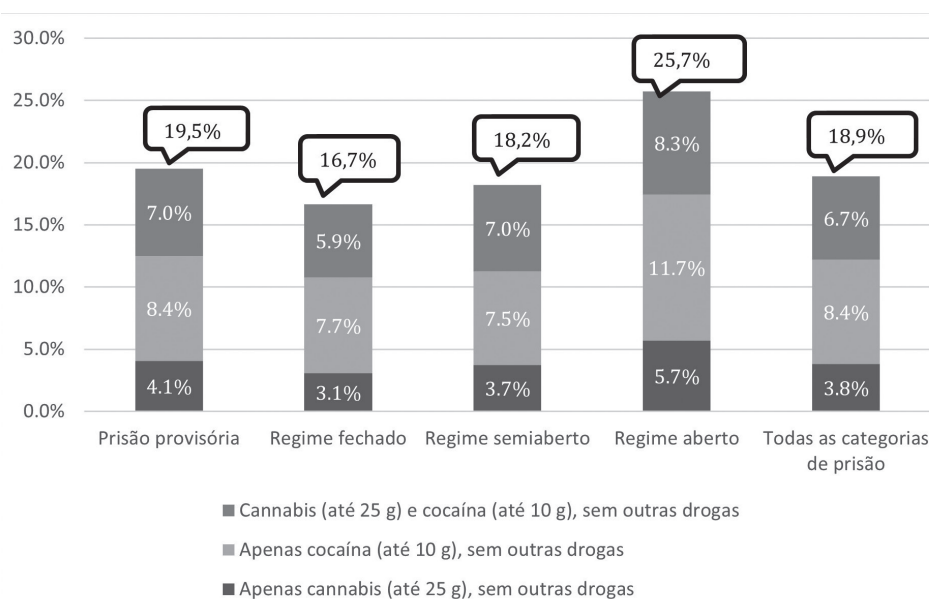
Obs.: Inclui presos provisórios, regime fechado, regime semiaberto e regime aberto. As fórmulas de cálculo estão detalhadas na seção sobre metodologia.

Nas subseções seguintes, serão apresentadas as estimativas de impacto para os cenários A e B segundo os regimes de cumprimento de pena de prisão, as Unidades da Federação e o sexo de nascimento dos réus.

4.1. Cenário A (25 gramas de maconha e 10 gramas de cocaína)

No Gráfico 2, estão discriminados os percentuais da população presa por crimes de drogas, observada na amostra analisada, e que poderia ser beneficiada pela adoção dos limites de quantidade indicados no cenário mais conservador apresentado pelo Instituto Igarapé (2015): 25 g de maconha e 10 g de cocaína. Caso fossem adotados os referidos parâmetros para ambas as substâncias, o benefício alcançaria 18,9% do total da população custodiada. Do conjunto de presos provisórios, 19,5% seriam beneficiados pela medida; do total de presos em regime fechado, 16,7%; entre os presos em regime semiaberto, 18,2% seriam beneficiados; e entre aqueles em regime aberto, 25,7%.

Gráfico 2. Percentual de casos em que haveria presunção de porte para uso próprio no cenário A, entre os presos por crimes de drogas, por regime, no Brasil



Fonte: Elaboração própria com dados da pesquisa IPEA (2023a; 2023b) e da SENAPPEN (2022).

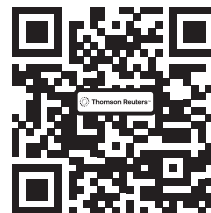
Obs.: Fórmulas de cálculo detalhadas na seção sobre metodologia.

A adoção dos parâmetros do cenário A para presunção de porte para uso pessoal impactaria os estados de maneira bastante diversa, conforme dados apresentados no Gráfico 3. Em relação ao universo de pessoas presas por tráfico de drogas, nos Estados do Maranhão, do Piauí, do Ceará e de Goiás, esse impacto poderia alcançar mais do que 30%. Já em Alagoas, não chegaria a impactar 5% da população custodiada, no Rio de Janeiro e em Santa Catarina, não ultrapassaria a marca de 10% das pessoas presas por crimes de drogas.

Gráfico 3. Percentual de casos em que haveria presunção de porte para uso próprio no cenário A, na população presa por crimes de drogas, por UF



Acesse o QR Code para visualizar a imagem colorida

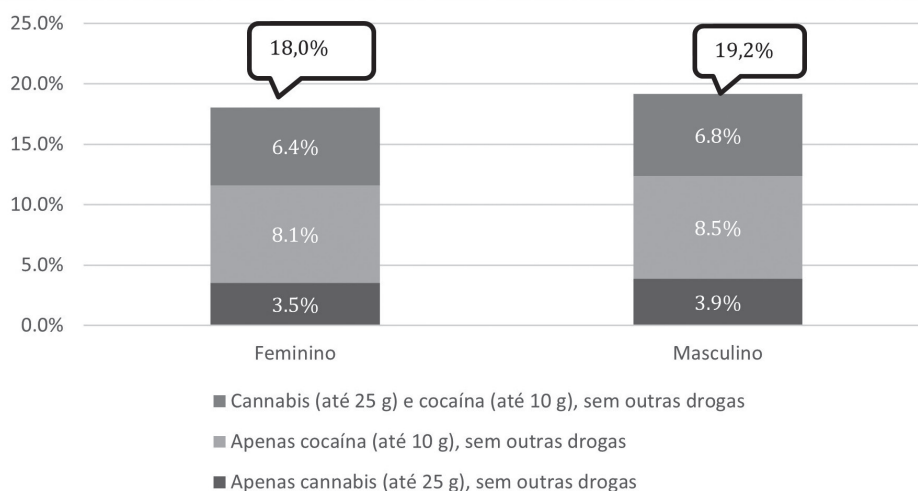


Fonte: Elaboração própria com dados da pesquisa IPEA (2023a; 2023b) e da SENAPPEN (2022).

Obs.: Inclui presos provisórios, regime fechado, regime semiaberto e regime aberto. As fórmulas de cálculo estão detalhadas na seção sobre metodologia.

No que se refere ao recorte por sexo de nascimento, a adoção dos parâmetros do cenário A possuiria um impacto semelhante para homens e mulheres, como se vê no Gráfico 4. Em relação à população presa por crimes de drogas, menos de 4% das mulheres e dos homens seriam beneficiados se o limite se aplicar apenas para maconha; se for adotado limite apenas para cocaína, a redução de mulheres e homens presos seria de cerca de 8%; por fim, caso fossem adotados critérios objetivos para as duas substâncias, estima-se a redução de 18% da população feminina encarcerada por crimes de drogas e 19,2% da população masculina nessa mesma situação.

Gráfico 4. Percentual de casos em que haveria presunção de porte para uso próprio no cenário A, na população presa por crimes de drogas, por sexo



Fonte: Elaboração própria com dados da pesquisa IPEA (2023a; 2023b) e da SENAPPEN (2022).

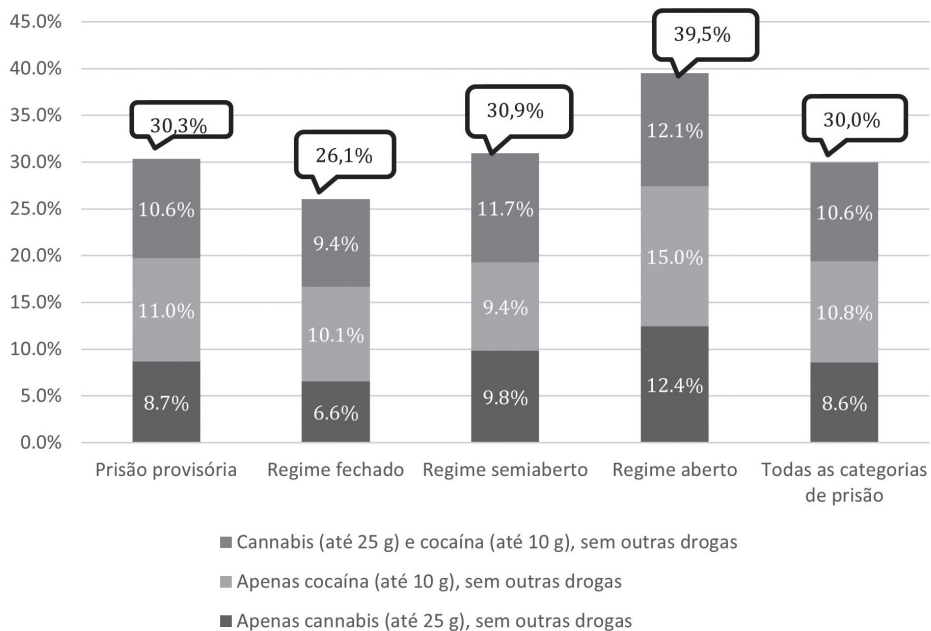
Obs.: Inclui presos provisórios, regime fechado, regime semiaberto e regime aberto. As fórmulas de cálculo estão detalhadas na seção sobre metodologia.

4.2. Cenário B (100 gramas de maconha e 15 gramas de cocaína)

No Gráfico 5, estão discriminados os percentuais da população presa por crimes de drogas que poderia ser impactada pela adoção dos limites de quantidade indicados no cenário B, tal como proposto pelo Instituto Igarapé (2015): 100 g de maconha e 15 g de cocaína. Caso

fossem adotados os parâmetros para ambas as substâncias, 30,0% da população presa por esses crimes seria alcançada pela presunção de porte para consumo pessoal, sendo 30,3% dos presos provisórios, 26,1% dos presos em regime fechado, 30,9% dos presos em regime semiaberto e 39,5% dos presos em regime aberto.

Gráfico 5. Percentual de casos em que haveria presunção de porte para uso próprio no cenário B, entre os presos por crimes de drogas, por regime, no Brasil



Fonte: Elaboração própria com dados da pesquisa IPEA (2023a; 2023b) e da SENAPPEN (2022).

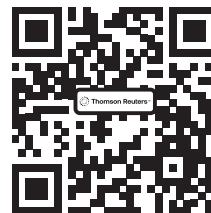
Obs.: Fórmulas de cálculo detalhadas na seção sobre metodologia.

Assim como observado no cenário A, a adoção dos parâmetros do cenário B de quantidade de drogas atingiria os Estados de maneira bem diversa. No Gráfico 6, observa-se que, no agregado nacional, considerando os limites para ambas as substâncias, cerca de 30% das pessoas presas por crimes de drogas portavam quantidades compatíveis com padrões de uso e poderiam ter presunção de porte para uso próprio. No Maranhão, em Goiás, no Mato Grosso, na Paraíba, Ceará, no Distrito Federal e no Rio Grande do Norte, esse impacto poderia ultrapassar a marca de 40%; já em Alagoas, Rio de Janeiro e Santa Catarina, não excederia 20% das pessoas presas por crimes de drogas.

Gráfico 6. Percentual de casos em que haveria presunção de porte para uso próprio no cenário B, na população presa por crimes de drogas, por UF



Acesse o QR Code para visualizar a imagem colorida



Fonte: Elaboração própria com dados da pesquisa IPEA (2023a; 2023b) e da SENAPPEN (2022).

Obs.: Inclui presos provisórios, regime fechado, regime semiaberto e regime aberto. As fórmulas de cálculo foram detalhadas na seção sobre metodologia.

Com relação à distribuição por sexo de nascimento, a adoção do cenário B teria impacto semelhante para homens e mulheres presas por crimes de drogas de, aproximadamente, 30%,

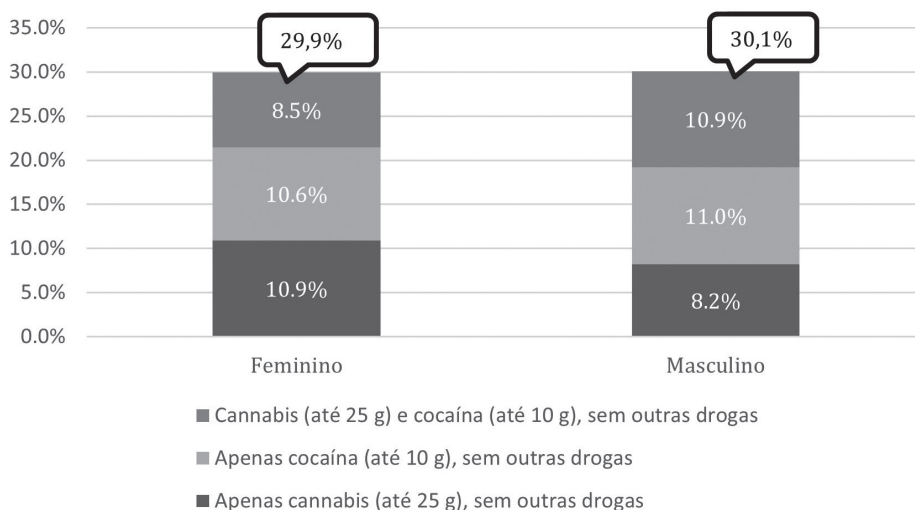
MACIEL, Natalia Cardoso Amorim; SOARES, Milena Karla.

Critérios objetivos de quantidade para aplicação da Lei de Drogas no Brasil: projeções de impacto na população carcerária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 203. ano 32. p. 299-332. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094599]

caso os limites fossem adotados simultaneamente para maconha e para cocaína, conforme discriminado no Gráfico 7.

Gráfico 7. Percentual de casos em que haveria presunção de porte para uso próprio no cenário B, na população presa por crimes de drogas, por sexo



Fonte: Elaboração própria com dados da pesquisa IPEA (2023a; 2023b) e da SENAPPEN (2022).

Obs.: Inclui presos provisórios, regime fechado, regime semiaberto e regime aberto. As fórmulas de cálculo foram detalhadas na seção sobre metodologia.

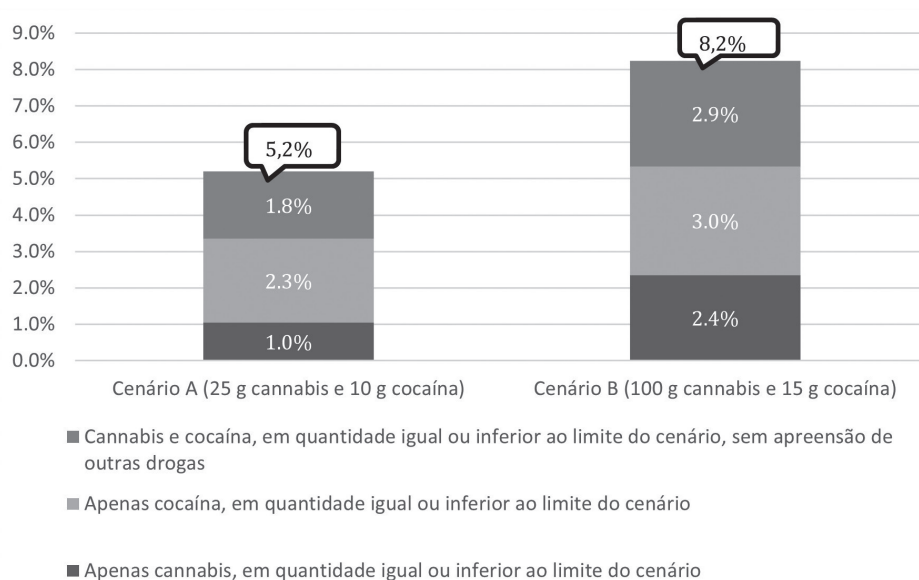
5. PROJEÇÕES DE IMPACTO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS DE QUANTIDADE DE DROGAS NA POPULAÇÃO PRISIONAL EM GERAL

Para projetar o alcance que a adoção de critérios objetivos de quantidade teria no sistema prisional como um todo, considerou-se a proporção das categorias de prisão e de regime na população prisional divulgada pela SENAPPEN (2022), conforme fórmulas de cálculo detalhadas na metodologia do artigo.

No Gráfico 8, observa-se que, se fossem adotados limites de quantidade apenas para os casos de apreensão de maconha, o cenário A poderia alcançar aproximadamente 1% da população prisional, enquanto o cenário B alcançaria 2,4% da totalidade de pessoas presas no Brasil. Considerando os limites apenas para casos de cocaína, o impacto poderia ser, respectivamente, de 2,3% e 3,0%. Caso os limites fossem adotados para as duas substâncias

simultaneamente, os cenários A e B poderiam resultar no desencarceramento de 5,2% e 8,2% da população prisional, respectivamente.

Gráfico 8. Percentual da população prisional em geral, que poderia ter presunção de porte de drogas para uso pessoal nos cenários A e B, no Brasil

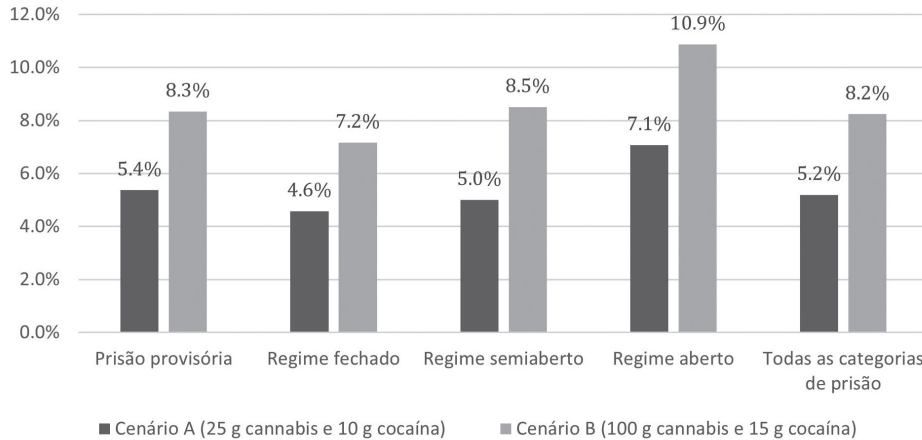


Fonte: Elaboração própria com dados da pesquisa IPEA (2023a; 2023b) e da SENAPPEN (2022).

Obs.: Inclui presos provisórios, regime fechado, regime semiaberto e regime aberto. As fórmulas de cálculo foram detalhadas na seção sobre metodologia.

O Gráfico 9 apresenta o percentual da população prisional que poderia ter presumido o porte para uso pessoal de acordo com cada um dos cenários e considerando a adoção simultânea de limites para maconha e para cocaína. Entre os presos provisoriamente, o alcance poderia ser entre 5,4% e 8,3%, a depender do cenário mais ou menos conservador. Para as pessoas em cumprimento de pena em regime fechado, o impacto poderia ser entre 4,6% e 7,2%; em regime semiaberto, entre 5,0% e 8,5%; e para pessoas em regime aberto, entre 7,1% e 10,9% da população prisional como um todo.

Gráfico 9. Percentual da população prisional em geral, que poderia ter presunção de porte de drogas para uso pessoal nos cenários A e B, por regime



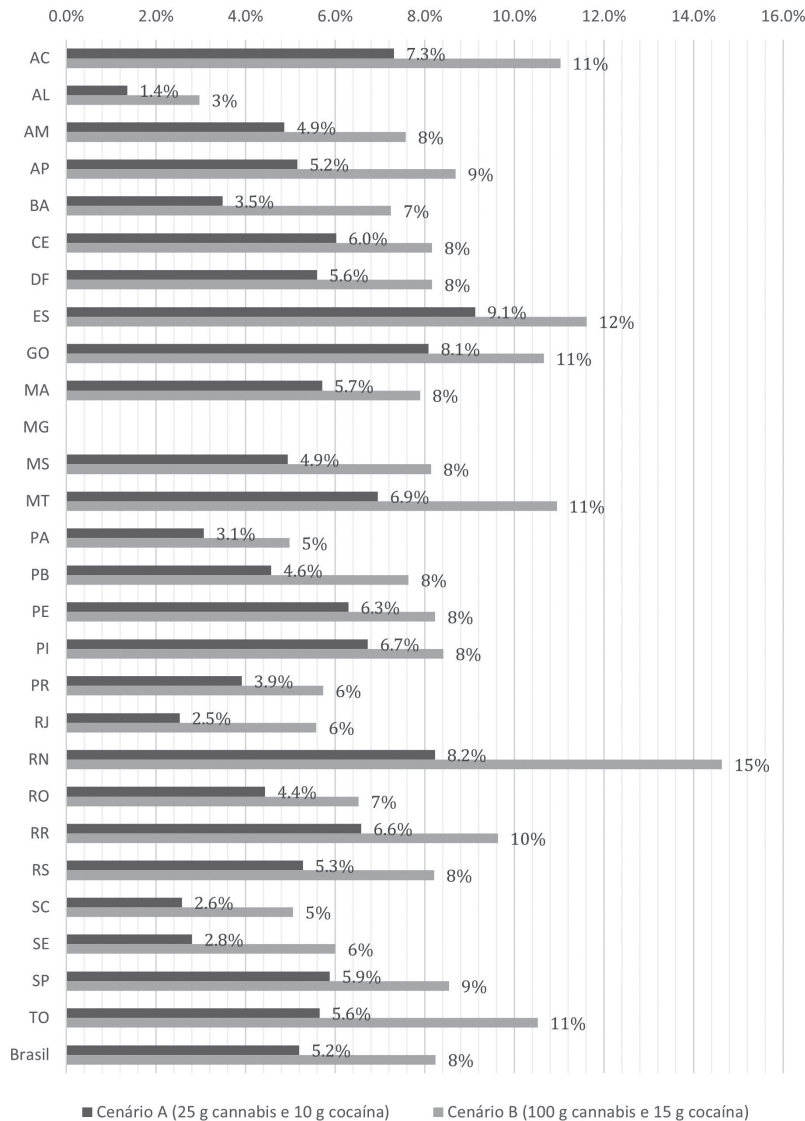
Fonte: Elaboração própria com dados da pesquisa IPEA (2023a; 2023b) e da SENAPPEN (2022).

Obs.: As fórmulas de cálculo foram detalhadas na seção sobre metodologia.

O Gráfico 10 estima o impacto dos referidos limites de quantidade de acordo com as Unidades da Federação: nos cenários A e B. Nota-se que há diferença na adoção dos diferentes parâmetros em todos os Estados: na adoção do cenário A, Alagoas seria o Estado com menor impacto na sua população prisional, com 1,4%, seguido por Rio de Janeiro (2,5%), Santa Catarina (2,6%) e Sergipe (2,8%); de outro lado, Espírito Santo (9,1%), Rio Grande do Norte (8,2%) e Goiás (8,1%) seriam os Estados com maior proporção de pessoas desencarceradas.

Considerando o cenário B, o Rio Grande do Norte teria a maior proporção de pessoas que poderiam ser presumidas usuárias, 15%. Acre, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso, Roraima e Tocantins teriam entre 10 e 12% da população afetada. Na outra ponta, Alagoas (3%), Pará (5%), Santa Catarina (5%) e Rio de Janeiro (6%) seriam os Estados cuja população prisional seria proporcionalmente menos afetada pela adoção de parâmetros objetivos de quantidade para presunção de porte para uso pessoal.

Gráfico 10. Percentual da população prisional em geral, que poderia ter presunção de porte de drogas para uso pessoal nos cenários A e B, por UF

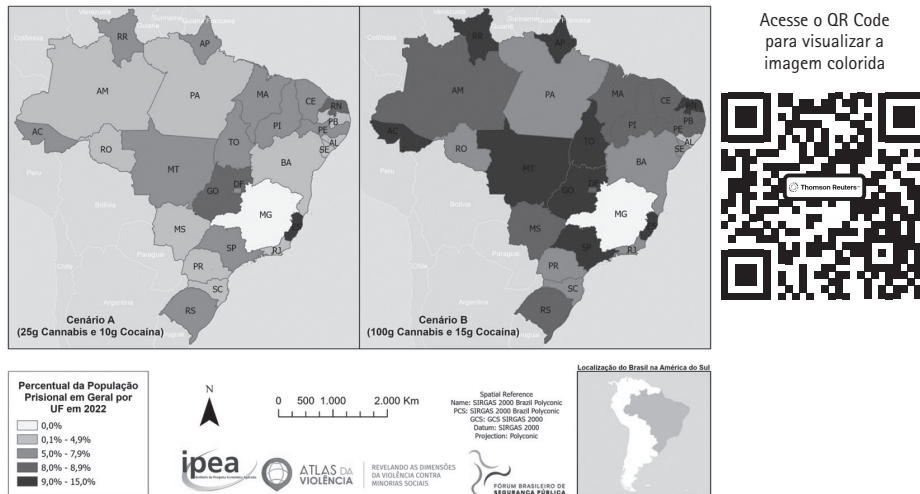


Fonte: Elaboração própria com dados da pesquisa IPEA (2023a; 2023b) e da SENAPPEN (2022).

Obs.: Inclui presos provisórios, regime fechado, regime semiaberto e regime aberto. As fórmulas de cálculo foram detalhadas na seção sobre metodologia.

De modo complementar, plotamos os dados do Gráfico 10 em um mapa (Figura 1), que apresenta a distribuição das Unidades da Federação por faixas dos percentuais da população prisional que poderia ter presunção de porte de drogas para uso pessoal, nos cenários A e B¹².

Figura 1. Mapa do Brasil demonstrando o percentual da população prisional em geral, que poderia ter presunção de porte de drogas para uso pessoal nos cenários A e B, por UF



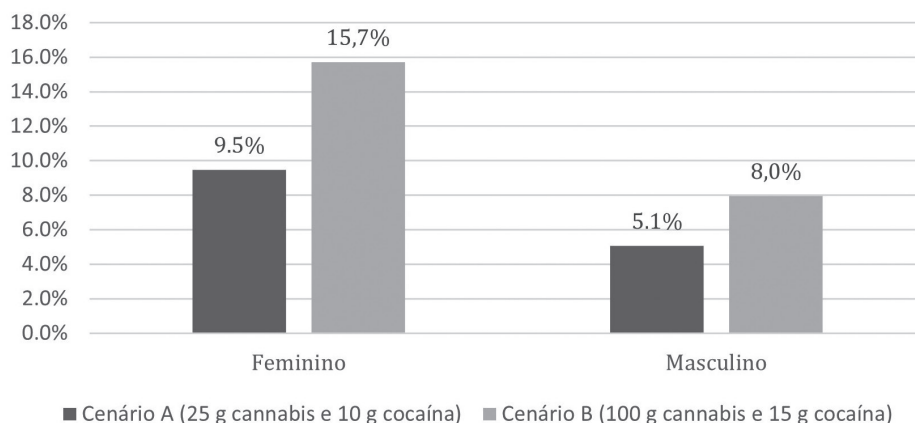
Fonte: Elaboração própria com dados da pesquisa IPEA (2023a; 2023b) e da SENAPPEN (2022).

Obs.: Inclui presos provisórios, regime fechado, regime semiaberto e regime aberto. As fórmulas de cálculo foram detalhadas na seção sobre metodologia.

Por fim, quando estimado o impacto pelo sexo de nascimento da população custodiada (Gráfico 11), nota-se que há diferença significativa entre o alcance da adoção dos parâmetros objetivos de quantidade proporcionalmente para homens e mulheres. Enquanto o cenário A atingiria até 5,1% da população masculina, entre a população feminina esse alcance seria de 9,5%. Por sua vez, o cenário B alcançaria 8,0% da população prisional masculina e 15,7% da população feminina.

12. Agradecemos aos colegas Daniel Ricardo de Castro Cerqueira, Karolina Chacon Armstrong e toda a equipe do Atlas da Violência do Ipea pela elaboração do mapa.

Gráfico 11. Percentual da população prisional em geral, que poderia ter presunção de porte de drogas para uso pessoal nos cenários A e B, por sexo



Fonte: Elaboração própria com dados da pesquisa IPEA (2023a; 2023b) e da SENAPPEN (2022).

Obs.: Inclui presos provisórios, regime fechado, regime semiaberto e regime aberto. As fórmulas de cálculo foram detalhadas na seção sobre metodologia.

6. CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS DE QUANTIDADE PARA QUALIFICAR A DISTINÇÃO ENTRE USO E TRÁFICO DE DROGAS

Na introdução deste trabalho, ressaltamos que a legislação brasileira criminaliza as ações de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e/ou trazer consigo drogas no tipo penal do “consumo pessoal” (artigo 28) e no tipo do tráfico (artigo 33), punindo o primeiro com penas alternativas e o segundo com penas de reclusão e de multa. Conforme apontado por Campos e Alvarez (2017), os debates legislativos que levaram a essa previsão legal tinham o aparente objetivo de aproximar o usuário da atenção pelo enfoque da saúde pública, mas sem romper com o paradigma proibicionista adotado pelo Brasil desde o século passado.

Com a entrada em vigor da atual Lei de Drogas em 2006 (Lei 11.343), havia uma expectativa de retirada dos usuários de drogas do sistema carcerário, o que poderia resultar na redução do encarceramento por crimes de drogas. Passados mais de 15 anos da entrada em vigor da lei, esse resultado não foi alcançado. Com efeito, os dados da SENAPPEN (2022) indicam um aumento geral da população prisional e da população encarcerada por crimes de drogas. A pesquisa do IPEA (2023a; 2023b) mostra que pessoas com perfil compatível com o de usuário seguem sendo encarceradas. Há alguns anos, Campos e Alvarez (2017) já

sinalizavam que houve uma rejeição, por parte dos atores da justiça, das inovações trazidas pela atual Lei de Drogas e que, na prática, houve a intensificação da criminalização por tráfico de drogas e a rejeição do deslocamento do usuário para outro sistema que não o sistema de justiça criminal.

Os dados divulgados na pesquisa do IPEA (2023b) mostram que a maior parte das apreensões se dá nas atividades de patrulhamento de rotina dos agentes de segurança, os quais abordam pessoas nas ruas ou em suas casas motivados principalmente por justificativas como “comportamento suspeito” ou “denúncia anônima”. Essa e outras pesquisas (*vide* DPGERJ, 2018; DOMENICI e BARCELOS, 2019; MACIEL, 2020) indicam que o local onde se dão as apreensões, a raça e a idade das pessoas abordadas funcionam como elementos tipificadores da conduta de tráfico muito além da quantidade da droga ou da comprovação da prática de um de um dos verbos do tipo penal do artigo 33.

O caráter racista da proibição das drogas como um todo vem sendo historicamente apontado pela literatura especializada¹³. Por consequência, o viés racista e seletivo de aplicação à lei de drogas também é escancarado nas pesquisas que se dedicam a estudar os efeitos da proibição no sistema de justiça¹⁴. Considerando que a própria lei estabelece critérios relativos ao sujeito, e não ao contexto fático, como forma de distinção das condutas – a exemplo dos antecedentes e das circunstâncias sociais e pessoais do agente –, a criminalização por tráfico carrega um viés subjetivo em si mesma, relacionado ao controle de certas camadas da população e dos territórios. Não por acaso, as pesquisas ora referenciadas apontam que as pessoas mais punidas por tráfico são homens, jovens, negros e periféricos.

Tendo em conta esse contexto, não acreditamos que o estabelecimento de parâmetros de quantidade será capaz de solucionar questões que são intrínsecas ao paradigma proibicionista e às formas de operar da segurança pública e da justiça brasileira. Contudo, em nossa pesquisa, observamos que a ausência de referências sobre quais quantidades de drogas são compatíveis com um perfil de usuário segue gerando interpretações díspares e favorecendo que os aspectos subjetivos preponderem na distinção das condutas de uso e tráfico. Pesquisas como a da Agência Pública (DOMENICI; BARCELOS, 2019) mostram que em São Paulo uma mesma quantidade de droga pode ser valorada como tráfico se o acusado for negro e como uso se o acusado for branco.

Nesse sentido, nosso objetivo com este trabalho está tanto em dar uma resposta a uma pergunta comum nas pesquisas sobre drogas e encarceramento – o estabelecimento de parâmetros de quantidade teria um grande efeito de desencarceramento? – quanto em apontar uma questão que seguimos observando no campo empírico: nos processos com apreensão de

13. É vasta a literatura sobre o assunto, mas ressaltamos os trabalhos de ALEXANDER (2017), HART (2014) e WACQUANT (2009) no campo internacional e de BOITEUX (2010), CAMPOS (2015) e SEMER (2019) no campo nacional.

14. Além dos trabalhos nacionais referenciados na nota anterior, sobre o assunto vale conferir DPGERJ, 2018; INSTITUTO SOU DA PAZ (2018); DOMENICI e BARCELOS (2019); CAMPOS (2015) e JESUS et al (2011).

drogas, existe um amplo leque interpretativo sobre o que significa grande ou pequena quantidade de droga.

A partir do que observamos na pesquisa, entendemos que é essencial qualificar o debate sobre os hábitos de consumo de droga e sobre quais quantidades são compatíveis com um perfil de usuário, principalmente, a fim de oferecer parâmetros de orientação para enquadramento da conduta pelos agentes públicos, evitando que situações semelhantes sejam encaminhadas de forma absolutamente distintas pelo sistema de justiça.

Do ponto de vista do perfil de consumo, o III Levantamento sobre Uso de Drogas pela População Brasileira da Fiocruz (BASTOS, 2017) indica que 3,2% da população brasileira fez uso de substância ilícita nos 12 meses anteriores à pesquisa. Entre a população que fez uso de drogas ilícitas alguma vez na vida, a maconha foi a mais utilizada (pelo menos 7,7% da população) e a cocaína ficou em segundo lugar (pelo menos 3% da população já fez uso da forma em pó e 1% da forma em pedra ou similares). O mesmo levantamento aponta que o uso conjunto de mais de uma substância é pouco frequente na população em geral, mas bastante comum entre usuários adictos inseridos nas cenas de uso e de tráfico, ou seja, em maior probabilidade de se encontrarem em situação de vulnerabilidade e de abuso.

Carl Hart (2014) aponta que cerca de 75% das pessoas que fazem uso de alguma droga, lícita ou ilícita, o fazem de forma controlada, sendo as características do usuário e do ambiente fatores que influenciam os efeitos do uso para além da substância em si. De acordo com o autor, os verdadeiros problemas dos seus pacientes usuários de drogas estavam relacionados com questões práticas da vida cotidiana, como o alto custo da habitação e outras necessidades essenciais, e não com o consumo efetivo de substâncias cuja natureza é popularmente difundida como problemática, a exemplo do *crack*.

A questão da natureza e da quantidade das substâncias está em debate no Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, que originalmente tem como objeto a análise da constitucionalidade do crime de consumo pessoal do artigo. Embora o Tribunal tenha desde 2015 a possibilidade de decidir a questão no que se refere ao direito individual ao consumo, o cenário político aponta para um julgamento de possível fixação de critérios de quantidade para a presunção do porte para uso de maconha, sem aceno para o estabelecimento de parâmetros para outras drogas.

Atualmente, o julgamento conta com diversos pontos de convergência e divergência entre os ministros, havendo votos no sentido de descriminalizar a conduta do uso, outros no sentido de manter a criminalização e, dentro dos dois espectros, considerações sobre as quantidades que deveriam ser referência para presunção de uso (que variam entre 25 e 100 gramas de maconha e seis plantas fêmeas).

O Ministro Alexandre de Moraes sugere, ainda, que o critério da quantidade poderá ser afastado quando houver outras provas da finalidade de tráfico, o que foi duramente criticado por especialistas no assunto. Marcelo Semer (2023) e Carvalho e Weigert (2023) apontam como a relativização de parâmetros que deveriam ser objetivos, como os quantitativos, invariavelmente, leva a interpretações punitivistas e que a teoria crítica do Direito Penal evidencia que é nos vácuos normativos e nas relativizações dos direitos que a violência institucional se materializa, como se vê nas políticas de guerra às drogas.

A pesquisa que desenvolvemos no IPEA (2023b) evidencia que, na maioria dos processos criminais por tráfico de drogas, há uma centralidade das provas em torno da existência de alguma substância apreendida, comumente, referidas pelos juízes como a materialidade do crime, e da palavra do policial acerca da intenção de traficância dos réus, que faz prova da culpabilidade.

Cabe ressaltar que, à medida que se complexifica o trabalho de investigação, a apreensão de drogas deixa de ser o elemento probatório central à formação da convicção de materialidade e de culpabilidade dos réus. Casos que tomam como alvo redes de tráfico e organizações criminosas são provas de outra natureza, decorrentes de investigações aprofundadas e de trabalho de inteligência policial – tais como provas de monitoramento de grupos criminosos, quebras de sigilo telefônico; depoimentos de testemunhas variadas; registros audiovisuais; documentos bancários etc. – que constituem os elementos centrais de culpabilidade e de materialidade do crime. Dito de outra forma, há diversas maneiras de comprovar a prática dos distintos verbos de ação do artigo 33, muitas que prescindem da apreensão de drogas ou em que a apreensão apenas será somada às demais provas do processo. Contudo, a prática mostra que a regra geral é de processos iniciados a partir de flagrantes de operação de rotina das forças policiais e que envolvem pequenas porções de maconha e de cocaína, casos em que parâmetros objetivos de quantidade teriam relevância para qualificar a previsão legal do § 2º do artigo 28 e determinar se a droga era destinada ao consumo pessoal. Portanto, nos casos mais comuns, em que a apreensão da droga é o principal elemento probatório do crime, há de ser feita uma valoração sobre a sua quantidade que obedeça a critérios objetivos, pautados no perfil de consumo de drogas da população brasileira, assim como em experiências internacionais que tiveram algum sucesso com o estabelecimento de parâmetros norteadores.

Os dados que trazemos neste artigo mostram que o simples estabelecimento de critérios de quantidade não importará numa drástica redução da população encarcerada, mas pode ter impacto em casos específicos e na vida de centenas de pessoas hoje encarceradas por conduta compatível com o porte para uso próprio (artigo 28), crime para o qual não há pena de prisão. Isso não quer dizer que o estabelecimento de critérios objetivos de quantidade para diferenciar as condutas vá ser capaz de resolver problemas inerentes à própria lei, mas serve para fornecer formas mais equânimes da aplicação da norma em vigor.

7. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS PROJEÇÕES APRESENTADAS

Ao longo deste artigo, apresentamos diversas projeções de impacto que a adoção de critérios objetivos de quantidade para diferenciação entre usuários e traficantes teria sobre a população presa por crimes de drogas e sobre a população prisional em geral, contemplando tanto as projeções nacionais quanto os recortes por Unidade da Federação, por sexo e pela natureza da substância – maconha e/ou cocaína.

Para essa finalidade, desenvolvemos método de cálculo considerando dados relacionados aos processos criminais (quantidades de drogas apreendidas, decretação de prisão provisória e regime da condenação), obtidos em pesquisa anterior realizada pelo IPEA (2023a; 2023b), e

dados da população prisional (quantidade de pessoas presas por regime e percentual de incidências de crimes de drogas), disponibilizados pela SENAPPEN (2022).

As estimativas de impacto foram apresentadas em dois cenários de combinações de parâmetros para maconha e cocaína. No cenário A, haveria presunção de porte para uso próprio para apreensão de até 25 gramas de maconha e de até dez gramas de cocaína. No cenário B, haveria presunção de porte para uso próprio para apreensão de até 100 gramas de maconha e 15 gramas de cocaína. Tais quantidades são consideradas como compatíveis com padrões de uso, de acordo com especialistas do Instituto Igarapé (2015).

Cabe ressaltar que as projeções se baseiam apenas no elemento quantidades de drogas, sem adentrar outros elementos probatórios eventualmente disponíveis nos autos. Nesse sentido, podemos dizer que os impactos estimados pressupõem presunção absoluta, ou seja, que apreensões de drogas em quantidades até o limite dos parâmetros de cada cenário seriam consideradas como porte para uso pessoal, independentemente da avaliação de outras provas. Em contraponto, caso os critérios sejam considerados apenas para estabelecer presunção relativa, os impactos no sistema prisional certamente serão menores, pois dependerão da valoração dos juízes, caso a caso. Portanto, as estimativas apresentadas estariam a indicar o percentual de casos que poderiam ser revistos pelo Poder Judiciário.

Nesse aspecto, também cumpre lembrar que a tipificação das atividades de tráfico e de consumo passam pelos verbos contidos nos artigos que criminalizam as respectivas condutas. Os números anteriormente mencionados projetam uma estimativa a partir das quantidades de drogas apreendidas no universo pesquisado, ou seja, as estimativas partem da presunção ideal que todos os réus apreendidos com quantidades compatíveis com uso praticaram uma das ações (verbos) previstas concomitantemente no artigo 28 (uso próprio) e no artigo 33 (tráfico), o que não necessariamente se verifica nos casos concretos.

Cocaína e maconha são as substâncias mais frequentemente apreendidas nos processos de tráfico de drogas, com, respectivamente, 70% e 67% das ocorrências (IPEA, 2023a). Em 58,6% dos processos, houve apreensão de apenas um tipo de substância e, em 40,1%, houve apreensão de mais de um tipo de substância. Por esse motivo, os cálculos para as projeções consideram esses dois tipos de drogas, apreendidas isoladamente – apreensão de apenas maconha ou apreensão de apenas cocaína, no limite de quantidade do respectivo cenário –, ou em conjunto – apreensão de maconha e cocaína, sem outras substâncias, ambas no limite de quantidades do cenário.

Os achados indicam que a opção pelo estabelecimento de limites para presunção de uso para maconha e cocaína poderia resultar em uma redução significativa no universo de prisões relacionadas a crimes de drogas. Entre 18,9% e 30% das pessoas presas por tráfico de drogas, poderiam ser presumidas como usuárias (*vide* Gráfico 1). Tendo em vista que os crimes de drogas correspondem a 27,5% das incidências penais da população prisional, quando cotejamos os dados com as incidências de crimes de drogas no sistema prisional como um todo, vê-se que o impacto de redução na população custodiada se daria em uma escala entre 5,2% e 8,2%, caso a presunção de porte para uso fosse absoluta (*vide* Gráfico 8).

Vale destacar que esses percentuais se aplicariam caso fossem adotados parâmetros de quantidade para porte de maconha e de cocaína simultaneamente. Adicionalmente, é

relevante estimar os impactos da adoção de critérios para apenas uma das substâncias, tendo em vista o posicionamento recente dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 635.659 no sentido de estabelecer parâmetros de quantidade apenas para o porte de maconha.

Por um lado, estimamos que a adoção de critérios objetivos apenas para maconha teria um impacto bem menor. A depender dos limites estabelecidos para o porte de maconha, entre 3,8% e 8,6% das pessoas presas por crimes de drogas (Gráfico 1) – o que corresponde a algo entre 1% e 2,4% da população prisional como um todo (Gráfico 8) – poderiam se enquadrar nos parâmetros de presunção de porte para uso próprio, por portarem apenas maconha dentro dos limites de quantidade dos cenários A e B; por outro, observa-se que há uma maior proporção de apreensões de cocaína em quantidades compatíveis com padrões de uso, comparativamente às apreensões de maconha. Entre as pessoas presas por tráfico de drogas, de 8,4% a 10,8% portavam apenas cocaína em quantidades que poderiam ser presumidas para uso próprio (Gráfico 1). Isso representa entre 2,3% e 3,0% da população prisional em geral (Gráfico 8).

Tais dados nos levam a concluir que as pessoas apreendidas com pequenas quantidades de cocaína estão mais sujeitas a serem tipificadas como traficantes, comparativamente àquelas apreendidas com pequenas quantidades de maconha, reforçando a importância de que os parâmetros de referência não se limitem a apenas uma das substâncias.

Considerando o recorte por Unidade da Federação, o Gráfico 10 mostra como a fixação de limites de referência para presunção de uso teria efeitos distintos nos sistemas prisionais estaduais. As discrepâncias entre UFs tem relação tanto com as diferenças nos percentuais de crimes de drogas entre as incidências penais da população prisional (ver Tabela 2) quanto com as diferenças observadas nos percentuais de presos por tráfico de drogas em quantidades compatíveis com padrões de uso (ver Gráficos 3 e 6).

Quanto à população presa por crimes de drogas nos Estados, o impacto da adoção de critérios objetivos do cenário A estaria entre 4,9% e 34,8% (Gráfico 3), enquanto, no cenário B, ficaria entre 10,8% e 48,2% (Gráfico 6), a depender da UF. Já em relação ao percentual da população prisional em geral que poderia ter presunção de porte de drogas para uso pessoal, estimou-se uma variação de 1,4% a 9,1%, no cenário A, e de 3,0% a 14,6%, no cenário B, a depender da UF¹⁵ (Gráfico 10).

Em qualquer dos cenários, surpreende a amplitude das variações regionais. A ausência de padronização na aplicação da lei penal de drogas no território nacional resulta em resultados discrepantes nos Estados, em decorrência da arbitrariedade da classificação dos sujeitos como usuários ou como traficantes. Isso permite que situações como a do Estado do Maranhão, em que quase a metade das pessoas presas por tráfico poderiam ter presunção de porte para uso no cenário B, coexistam com a realidade do Estado de Alagoas, em que apenas

15. A análise exclui o Estado de Minas Gerais, para o qual não havia dados disponíveis de tipificação penal da população prisional.

10,8% das prisões por crimes de drogas seriam afetadas pela adoção de critérios objetivos no mesmo cenário.

Por fim, quanto ao recorte das projeções por sexo, é sabido que os crimes de drogas têm especial relevância no encarceramento de mulheres, particularmente daquelas em situações de vulnerabilidade (FERNANDES, 2018; DOLCE; SILANO; FONSECA, 2019). De fato, enquanto a incidência de crimes de drogas na população prisional masculina é de 26%, entre o público feminino, está em 53%. Desse modo, é possível antever que políticas direcionadas a diminuir o encarceramento relacionado à Lei de Drogas possam ter maior impacto relativo na população prisional feminina. Portanto, em que pesem as estimativas dos cenários A e B em relação à população presa por crime de drogas serem semelhantes para os públicos masculino e feminino (ver Gráficos 4 e 7), os achados deste estudo indicaram que a adoção de limites de quantidade teria maior peso na população prisional feminina em geral. No cenário A, 9,5% de toda a população prisional feminina poderia ser beneficiada pela presunção de porte de drogas para uso próprio, em face de 5,1% dos presos do sexo masculino. Já no cenário B, 15,7% das mulheres encarceradas poderiam ser beneficiadas, em contraponto a 8,0% dos homens em situação de cárcere (Gráfico 11).

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nosso objetivo com as projeções ora apresentadas está em fornecer formas de ampliar o debate sobre a diferenciação das condutas de uso e de tráfico, inclusive, para superar a percepção de que o estabelecimento de critérios objetivos de quantidade para presunção de uso resultaria em um grande desencarceramento.

Dado que a opção legislativa brasileira – na contramão de tantas pesquisas que indicam a ineficácia do modelo proibicionista (ALEXANDER, 2017; HART, 2014; KARAM, 2013; SEMER, 2019; entre outros) – segue sendo no sentido de criminalizar uso e tráfico, é necessário qualificar a aplicação da lei para permitir meios objetivos de distinção dos crimes. Nesse sentido, entendemos que o estabelecimento de quantidades de referência para os aplicadores da lei favoreceria maior racionalidade, justiça e equidade na distinção entre usuários e traficantes, propondo um contraponto objetivo às justificativas de “comportamento suspeito” ou de “local de tráfico”, comumente, dadas pelas autoridades policiais para justificar as abordagens e os flagrantes que instauram a maioria dos processos de tráfico de drogas¹⁶.

Destacamos, ainda, que a fixação de limites de quantidade compatíveis com o uso deveria importar na presunção de que a posse (ou quaisquer dos verbos do artigo 28) das referidas substâncias até aquele limite tem como destinação o consumo pessoal, independentemente do local, dos antecedentes ou de qualquer outra característica pessoal do agente. O que não

16. Sobre esse aspecto, referenciamos os estudos publicados por Amparo, Pimentel e Souza (2023); Haber e Maciel (2018); Ramos e Musumeci (2004); Grillo, Policarpo e Veríssimo (2011); e Jesus et al. (2011), que tratam de questões referentes à seletividade penal na abordagem e tipificação dos crimes de consumo e de tráfico de drogas.

significa que pessoas portando quantidades maiores deveriam ser automaticamente tipificadas como traficantes, mas que, nesses casos, deveriam ser observados os demais critérios diferenciadores estabelecidos na lei.

Por fim, cabe ressaltar que a adoção de critérios objetivos não tem o condão de afastar o viés racial de aplicação da Lei de Drogas, que criminaliza majoritariamente pessoas jovens, negras e periféricas. Tampouco seria uma medida que causaria uma grande redução na população encarcerada no Brasil. Contudo, critérios objetivos podem evitar que casos envolvendo quantidades pequenas de drogas, como o que originou o julgamento do RE 635.659 no STF, sejam inicialmente tipificados como tráfico, e, como efeito, podem evitar que usuários sejam submetidos ao cárcere.

9. REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, Michelle. A nova segregação: racismo e encarceramento em massa. Trad. Pedro Davoglio; Silvio Luiz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.
- AMPARO, Thiago S.; SANTOS, Amanda P.; SOUZA, Mayara S. O problema da “fundada suspeita” no Brasil: impasses metodológicos e possibilidades de pesquisa. *Revista Direito e Práxis*, 2023. Disponível em: [<https://e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/69904/46562>]. Acesso em: 18.04.2024.
- BASTOS, Francisco Inácio Pinkusfeld Monteiro et al. (Orgs.). *III Levantamento Nacional sobre o uso de drogas pela população brasileira*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/ICICT, 2017. Disponível em: [<https://arca.fiocruz.br/handle/icict/34614/>]. Acesso em: 25.10.2023.
- BOITEUX, Luciana. Tráfico de drogas e constituição: um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais. *Relatório de Pesquisa, Projeto Pensado o Direito*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2010. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf]. Acesso em: 18.04.2024.
- CAMPOS, Marcelo S. *Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo*. 2015. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- CAMPOS, Marcelo S.; ALVAREZ, Marcos C. Políticas públicas de segurança, violência e punição no Brasil (2000-2016). In: Miceli, Sergio; MARTINS, Carlos Benedito (Orgs.). *Sociologia brasileira hoje*. Cotia: Ateliê Editorial, 2017.
- CARVALHO, Salo; WEIGERT, Mariana A. B. Sobre os critérios quantitativos para diferenciar a imputação no Direito Penal das drogas. *Boletim IBCCRIM*, [S.l.], v. 31, n. 373, p. 10-13, 2023. DOI: 10.5281/zenodo.10185639. Disponível em: [https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/784]. Acesso em: 18.04.2024.

- DOLCE, Julia; SILANO, Ana Karoline, FONSECA, Bruno. Duplamente punidas. *Agência Pública*, 25 abr. 2019. Disponível em: [<https://apublica.org/2019/04/duplamente-punidas/>]. Acesso em: 25.10.2023.
- DOMENICI, Thiago; BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. *Agência Pública*, 6 maio 2019. Disponível em: [<https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-traffic-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/#Link3>]. Acesso em: 18.04.2024.
- FERNANDES, Luciana C. *Como juízas mulheres julgam mulheres pelo tráfico de drogas: discursos criminológicos reforçando privilégios e silenciamentos na cidade do Rio de Janeiro*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: [<https://bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9863/>]. Acesso em: 25.10.2023.
- GRILLO, Carolina C.; POLICARPO, Frederico; VERÍSSIMO, Marcos. A ‘dura’ e o ‘desenrolo’: efeitos práticos da nova lei de drogas no Rio de Janeiro. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 19, n. 40, p. 135-148, 2011.
- HABER, Carolina; MACIEL, Natalia. As sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e Região Metropolitana do Rio de Janeiro. *Cadernos de Segurança Pública*, v. 10, p. 98-113, 2018.
- HART, Carl. *Um preço muito alto: a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Critérios objetivos no processamento criminal por tráfico de drogas: natureza e quantidade de drogas apreendidas nos processos dos tribunais estaduais de justiça comum*, 2023a. Disponível em: [<https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/12014/>]. Acesso em: 25.10.2023.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Perfil do processado e produção de provas em ações criminais por tráfico de drogas: relatório analítico nacional dos tribunais estaduais de justiça comum*. Brasília, 2023b. Disponível em: [<https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/12376/>]. Acesso em: 25.10.2023.
- INSTITUTO IGARAPÉ. *Nota técnica – Critérios objetivos de distinção entre usuários e traficantes de drogas - cenários para o Brasil*, ago. 2015. Disponível em: [<https://igarape.org.br/criterios-objetivos-de-distincao-entre-usuarios-e-trafficantes-de-drogas-cenarios-para-o-brasil/>]. Acesso em: 03.04.2023.
- INSTITUTO SOU DA PAZ. *Apreensões de drogas no Estado de São Paulo: um raio-x das apreensões de drogas segundo ocorrência e massa*, 2018. Disponível em: [http://soudapaz.org/upload/pdf/pesquisa_completa_drogas_sp.pdf]. Acesso em: 18.04.2024.
- JESUS, Maria Gorete M.; OI, Amanda H.; ROCHA, Thiago T.; LAGATTA, Pedro. *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. 2011. Disponível em: [<https://nev.prp.usp.br/wp-content/uploads/2015/01/down254.pdf>]. Acesso em: 25.10.2023.

- KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan.-abr. 2013.
- MACIEL, Natalia C. A. A criminalização da favela por meio da categoria “lugar da ação” em sentenças de crimes da Lei de Drogas no Rio de Janeiro. *Platô: drogas e política*, São Paulo, p. 63-86, 18 nov. 2020.
- RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. “Elemento suspeito”. Abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. *Boletim Segurança e Cidadania*, n. 8, nov. 2004. Disponível em: [<https://cesecseguranca.com.br/boletim/elemento-suspeito-abordagem-policial-e-discriminacao-na-cidade-do-rio-de-janeiro/>]. Acesso em: 18.04.2024.
- SEMER, Marcelo. A guerra às drogas é uma guerra contra jovens negros. *Le Monde Diplomatique Brasil*. Descriminalização, 26 set. 2023. Disponível em: [<https://diplomatique.org.br/a-guerra-as-drogas-e-uma-guerra-contra-jovens-negros/>]. Acesso em: 18.04.2024.
- SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
- SENAD – SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS E GESTÃO DE ATIVOS. *Dados da Pesquisa: Perfil do processado e produção de provas em ações criminais por tráfico de drogas* (base de dados), 2024. Disponível em: [<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojY2E0MjgyMDMtMzFkZS00Mjk5LTkxOWYtZTBjZTBhM2I0MDAzIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05M-WYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>]. Acesso em: 16.04.2024.
- SENAPPEN – SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAIAS. *13º Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*, jul.-dez. 2022. Disponível em: [<https://gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/bases-de-dados>]. Acesso em: 16.06.2023.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

10. REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

- BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 2006.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Aproximações criminológicas e processuais entre a "caça às bruxas" e a "guerra às drogas": a persistência da lógica inquisitorial no processo penal moderno, de Lucas Lopes Oliveira – *RBCCrim* 128/197-232;
- Decisões judiciais em matéria de drogas em São Paulo e em Portugal: estudo comparativo de *sentencing*, de Jorge Albino Quintas de Oliveira e João Diego Rocha Firmiano – *RBCCrim* 143/245-287;
- Legislação penal e ciências criminais: por uma teoria orientadora dos interesses político-criminais, de Marcelo Almeida Ruivo – *RBCCrim* 147/587-614;
- Problemas do processo de criminalização da associação para o tráfico de drogas: dissonâncias sistêmicas do ordenamento jurídico reveladas por acórdãos do Distrito Federal, de Thiago Rais de Castro e Cristina Zackseski – *RBCCrim* 136/103-125;
- Racionalidade legislativa e tráfico de drogas, de Thiago Baldani Gomes de Filippo – *RBCCrim* 154/131-174; e
- STF: Possibilidade de descriminalização da maconha, de Editorial RT – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 4.

MACIEL, Natalia Cardoso Amorim; SOARES, Milena Karla.

Critérios objetivos de quantidade para aplicação da Lei de Drogas no Brasil: projeções de impacto na população carcerária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 203. ano 32. p. 299-332. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.11094599>]

O *HABEAS CORPUS* COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE NA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

*HABEAS CORPUS AS AN INSTRUMENT OF CONTROL IN NEGOTIATED CRIMINAL JUSTICE:
AN ANALYSIS BASED ON THE CASE LAW OF THE BRAZILIAN HIGHER COURTS*

FELIPE DA COSTA DE-LORENZI

Doutor e Mestre em Ciências Criminais (Direito) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, com estágio doutoral na Universidade Humboldt, de Berlim. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade Federal de Santa Catarina.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/8132922711654157>]

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-4979-5644>]

felipe.lorenzi91@gmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.11094624>]

Recebido em: 22.02.2024

Aprovado em: 18.03.2024

Última versão do autor: 28.04.2024

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: O artigo tem como objeto a controvérsia sobre a possibilidade de questionamento de acordos penais por meio de *habeas corpus*. Partindo de uma análise de decisões recentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, bem como de uma justificação teórica do âmbito legítimo de negociação em matéria criminal, o texto objetiva responder, por meio de pesquisa doutrinária, a quatro questões que formam sua estrutura básica: a) a existência de acordo penal acarreta, *ipso facto*, perda de objeto de todo e qualquer *habeas corpus* relativo ao mesmo procedimento criminal? b) a concordância do imputado prestada na celebração do acordo acarreta, implicitamente, a desistência de *habeas corpus* já proposto ou a renúncia a

ABSTRACT: The subject of this article is the controversy over the possibility of challenging criminal agreements through *habeas corpus*. Based on an analysis of recent decisions by the Brazilian Supreme Court and the Superior Court of Justice of Brazil, as well as a theoretical justification of the legitimate scope of negotiation relating criminal issues, the text aims to answer four questions that form its basic structure: a) does the existence of a criminal agreement *ipso facto* mean that any *habeas corpus* relating to the same criminal procedure is no longer valid? b) does the defendant's agreement implicitly entail the withdrawal of a *habeas corpus* petition already filed or the waiver of a subsequent petition? c) can the agreement expressly stipulate,

DE-LORENZI, Felipe da Costa. O *habeas corpus* como instrumento de controle na justiça penal negociada: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais superiores.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203. ano 32. p. 333-362. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.11094624>]

proposição posterior? c) o acordo pode estipular expressamente, entre suas cláusulas, a renúncia ao direito de impetrar *habeas corpus* futuro ou a desistência de um previamente impetrado? d) quais matérias podem ser questionadas por meio de *habeas corpus*? A resposta a essas perguntas leva à conclusão de que o *habeas corpus* é um importante instrumento de controle na justiça penal negociada.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Penal Negociada – Justiça consensual – *Habeas corpus* – Acordo de não persecução penal – Transação penal – Suspensão condicional do processo – Colaboração premiada.

among its clauses, the waiver of the right to file a future *habeas corpus* petition or the withdrawal of one previously filed? d) what matters can be challenged through *habeas corpus*? The answer to these questions leads to the conclusion that *habeas corpus* is an important instrument of control in negotiated criminal justice.

KEYWORDS: Negotiated Criminal Justice – Consensual justice – Plea bargaining – *Habeas corpus* – Non-prosecution agreement – Criminal transaction – Cooperation agreement.

SUMÁRIO: 1. Introdução: a controvérsia jurisprudencial acerca do *habeas corpus* em acordos penais. 2. A Justiça Penal Negociada: espécies de acordos e modelo legítimo. 3. Interesse na impetração de *habeas corpus* e acordos penais. 4. Celebração de acordo penal como desistência ou renúncia tácita de *habeas corpus*. 5. Admissibilidade de cláusula expressa de desistência ou renúncia de *habeas corpus*. 6. Matérias impugnáveis por meio de *habeas corpus*. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas. 9. Referências jurisprudenciais.

1. INTRODUÇÃO: A CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL ACERCA DO *HABEAS CORPUS* EM ACORDOS PENAIS

A legislação brasileira foi econômica ao abordar os recursos aplicáveis no âmbito da Justiça Penal Negociada. Na transação penal, o art. 76, § 4º, da Lei 9.099/1995, estabelece ser cabível apelação da sentença que homologa o pacto. Em relação ao acordo de não persecução penal, a inserção do instituto no ordenamento brasileiro pela Lei 13.964/2019 foi acompanhada de duas disposições sobre recursos: em âmbito administrativo, o art. 28-A, § 14, do CPP, estabelece que, se houver recusa do Ministério Público em propor o acordo, “o investido poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior”; já em sede jurisdicional, o art. 581, XXV, do CPP, determina que caberá recurso em sentido estrito da decisão “que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal”. Assim, existem muitas situações para as quais não há previsão legal de recursos específicos, casos em que é comum a utilização da ação de *habeas corpus* como sucedâneo para o questionamento de atos em procedimentos envolvendo acordos¹.

1. Por exemplo, para o questionamento de decisão que homologa ou recusa a homologação de acordo de colaboração premiada ou que homologa acordo de não persecução penal ou, ainda, para alegação de outras matérias no âmbito do procedimento que deu azo ao acordo, como a atipicidade manifesta ou a incompetência absoluta do juízo.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. O *habeas corpus* como instrumento de controle na justiça penal negociada: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais superiores.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203. ano 32, p. 333-362. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094624]

Uma questão relevante nesse contexto é se há possibilidade de o imputado², após aceitar a realização de acordo – e inclusive depois de sua homologação judicial –, impetrar *habeas corpus* para discutir questões materiais e/ou processuais. Esse tópico chegou ao Supremo Tribunal Federal já em 2007, no HC 88.393, ocasião em que não houve maior discussão e a Segunda Turma, por unanimidade, sob relatoria do Min. Cezar Peluso, concedeu a ordem para reconhecer a falta de justa causa para a ação penal, por atipicidade do furto em virtude da insignificância da conduta – apesar de o réu ter aceitado a proposta de suspensão condicional do processo³. No entanto, decisões recentes acerca da transação penal e do acordo de não persecução penal, em sentidos opostos, tornaram a matéria controvertida.

Em 2019, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal julgaram *habeas corpus* relacionados aos mesmos fatos. Dois réus foram denunciados por lesão corporal culposa (art. 129, § 6º, do CP) e, depois de recebida a denúncia, o Ministério Público ofereceu transação penal, que restou aceita pelos réus. A defesa de um deles havia impetrado *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, alegando inépcia da inicial e ausência de justa causa para a ação, o qual foi julgado prejudicado em razão da celebração do acordo. Irresignada, a defesa propôs nova ação de *habeas corpus*, desta vez, no Superior Tribunal de Justiça. Nesse tribunal, o HC 495.148 foi denegado por maioria pela Sexta Turma, prevalecendo a opinião do relator, Min. Antonio Saldanha Palheiro, de que a transação penal:

“por natureza e como regra, ocorre na fase pré-processual, pois visa impedir a instauração da *persecutio criminis in iudicio*. E é por esse motivo que não se revela viável, após a celebração do acordo, pretender discutir em ação autônoma a existência de justa causa para ação penal. Trata-se de decorrência lógica, pois não há ação penal instaurada que se possa trancar.”

Situação diversa ocorreria em caso de suspensão condicional do processo, pois se trata de instituto aplicável posteriormente ao recebimento da denúncia, sendo, por isso, “possível perquirir a existência ou não de justa causa”⁴. Voto divergente foi apresentado pelo Min. Nefi Cordeiro – o qual foi acompanhado pelo Min. Rogério Schietti Cruz –, defendendo que a realização de acordo penal não afasta a possibilidade de submeter a controle judicial, por meio de *habeas corpus*, os pressupostos processuais e as condições da ação.

Contra o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, impetrou-se um terceiro *habeas corpus*, desta vez, no Supremo Tribunal Federal. A Segunda Turma, por unanimidade, sob relatoria do Min. Gilmar Mendes, concedeu a ordem ao julgar o HC 176.785, com o entendimento que “não há perda de objeto do *habeas corpus* em que se alega a atipicidade da conduta e a falta de

2. Como os acordos podem ocorrer, a depender do instituto, na fase de investigação ou na fase processual – e, na colaboração premiada, até mesmo depois da condenação –, utilizarei o termo “imputado” como forma genérica de me referir ao investigado, ao réu e mesmo ao condenado em processo criminal.
3. BRASIL. STF, HC 88.393, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª T., j. 03.04.2007.
4. BRASIL. STJ, HC 495.148, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., j. 24.09.2019.

justa causa para a persecução penal, ao passo que, se concedido, inviabiliza-se a manutenção do acordo de transação penal, ainda que consentido pelo imputado”. Ademais, o acórdão destaca que, “ainda que consentidos pelo imputado, os acordos penais precisam ser submetidos à homologação judicial, pois o julgador deve realizar controle sobre a legitimidade da persecução penal [...]”⁵.

Apesar de o caso abordar *habeas corpus* impetrado previamente ao acordo, houve algumas manifestações – em *obiter dictum* – a respeito do cabimento, ou não, do remédio constitucional também em momento posterior à celebração do pacto penal. O relator, Min. Gilmar Mendes, depois de indicar que, no caso concreto, já havia sido recebida a denúncia, afirma que “[a]inda que o cenário fosse diverso, pensa-se que o *habeas corpus* é meio legítimo para impugnar a imposição de uma pena pelo Estado, em casos de manifesta ilegalidade”. O Min. Edson Fachin, por outro lado, apesar de conceder a ordem, ponderou que “não se trata de uma impetração ulterior para discutir os termos da transação penal, o que seria obviamente um *venire contra factum proprium* para dizer o mínimo”, mas de “direito exercitado anteriormente à transação penal e, para que haja renúncia desse direito, entendo que só ocorrendo expressamente, o que não houve”.

Posteriormente, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foram julgados monocraticamente *habeas corpus* impetrados depois da realização de acordo de não persecução penal, com decisões em sentidos opostos. Em 2020, o Min. Felix Fischer denegou o HC 619.751, argumentando que não haveria “risco iminente à liberdade de locomoção *in casu*, pois o debate de falta de justa causa a um eventual oferecimento de denúncia somente ocorrerá em caso de descumprimento do acordo, em outras palavras, por evento futuro e incerto”. No corpo da decisão, é mencionado parecer do Ministério Público, com opinião de que, se o defensor entendesse ser caso de arquivamento, deveria rejeitar a proposta de acordo e tomar as providências cabíveis; porém, ao aceitar o acordo e impetrar *habeas corpus*, teria agido “em flagrante ofensa ao princípio da boa-fé objetiva (art. 5º do CPC) “[...] materializado no brocardo *nemo potest venire contra factum proprium* e no art. 565 do CPP”⁶. Por outro lado, em 2021, o Min. Ribeiro Dantas concedeu a ordem no HC 698.186, reconhecendo a insignificância do furto que era imputado ao investigado, sob o argumento de que “o acordo de não persecução penal, por si só, não é óbice ao reconhecimento da atipicidade material da conduta”. No corpo da decisão, menciona expressamente o acórdão do HC 176.785, julgado pelo Supremo Tribunal Federal⁷.

Mais recentemente, em 2023, o Min. Rogério Schietti deu provimento monocraticamente ao RHC 174.870, aplicando o princípio da insignificância a crime de sonegação fiscal, por ser o débito tributário inferior ao parâmetro jurisprudencial de vinte mil reais. Consta da decisão que: “embora o réu, inicialmente, haja concordado com as condições propostas pelo

5. BRASIL. STF, HC 176.785, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 17.12.2019.

6. BRASIL. STJ, HC 619.751, decisão monocrática, rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 11.12.2020.

7. BRASIL. STJ, HC 698.186, decisão monocrática, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. 25.11.2021.

Ministério Público por ocasião do ANPP, não há como manter acordo firmado nesses termos, em vista tratar-se de conduta materialmente atípica.”⁸

Desse conjunto de julgados, extraem-se interessantes questões acerca do objeto deste artigo, que é o cabimento de *habeas corpus* em processos envolvendo acordos penais:

a) a primeira, mais geral, é se a existência de acordo penal acarreta, *ipso facto*, perda de objeto de todo e qualquer *habeas corpus* relativo ao mesmo procedimento criminal;

b) a segunda é se, não havendo perda do objeto, a concordância do imputado prestada na celebração do acordo não acarreta, implicitamente, a desistência de *habeas corpus* já proposto ou a renúncia a proposição posterior;

c) a terceira questão é se o acordo pode estipular expressamente, entre suas cláusulas, a renúncia ao direito de impetrar *habeas corpus* futuro ou a desistência de um previamente impetrado;

d) a última questão diz respeito a que matérias podem ser veiculadas por meio da ação de impugnação.

O texto está estruturado de forma a responder a esses quatro questionamentos (respectivamente, Seções 3, 4, 5 e 6). Antes disso, realiza-se uma breve análise acerca do conceito de Justiça Penal Negociada, suas espécies e limitações, com o objetivo de demonstrar como podem afetar o tema sob exame (Seção 2). Vale destacar que, embora a colocação do problema tenha se baseado na descrição de julgados dos tribunais superiores⁹ – a indicar a sua relevância prática –, as proposições aqui apresentadas não são mera interpretação de tais decisões, mas resultado de uma abordagem analítica do tema com base em pesquisa doutrinária, amparada em bibliografia nacional e estrangeira e exame crítico de julgados.

Por fim, vale mencionar que, posteriormente à aceitação deste artigo para publicação, foi aprovada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça a Súmula 667: “Eventual aceitação de proposta de suspensão condicional do processo não prejudica a análise do pedido de trancamento de ação penal.” O novo enunciado corrobora, em relação a um instituto negocial

8. BRASIL. STJ, RHC 174.870, decisão monocrática, rel. Min. Rogerio Schietti, 6ª T., j. 23.02.2023.

9. A título de esclarecimento metodológico, importante mencionar que não houve pesquisa jurisprudencial em sentido estrito, ou seja, uma “investigação científica, orientada por metodologia especialmente construída para endereçar perguntas que possam ser respondidas por meio de análise de julgados”, o que pressuporia a clara indicação, justificada, da amostra de julgados examinados, dos bancos de dados consultados e dos parâmetros utilizados para sua seleção (institucionais, temáticos, temporais, processuais etc.). A respeito, PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina. *Metodologia da pesquisa em direito*: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 101 e ss. Não se pretende, neste artigo, oferecer respostas com base em análise de julgados, de modo que a descrição das decisões não tem pretensão de apresentar, de forma abrangente, todas as linhas de entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, indicando posições majoritárias e minoritárias ou identificando tendências. Pelo contrário, ela serve ao fim instrumental de expor posições – ainda que reveladas em uma decisão monocrática isolada – das quais exsurgem os problemas de pesquisa, que serão respondidos com base em pesquisa doutrinária.

específico, as razões de fundo na sequência apresentadas que, conforme defendo, aplicam-se também aos demais acordos penais previstos em nosso ordenamento jurídico.

2. A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA: ESPÉCIES DE ACORDOS E MODELO LEGÍTIMO

A terminologia Justiça Penal Negociada descreve uma série de institutos distintos entre si, mas que possuem como traços comuns os fatos de que um *acordo* entre as partes ao longo do processo penal influencia a constatação dos fatos, sua qualificação jurídica e/ou a sanção aplicável e de que a submissão voluntária do réu a certas consequências jurídicas relativiza a estrutura em contraditório e a rigidez das garantias processuais. Eles se opõem, por isso, à forma tradicional de resolução de casos penais, a qual se caracteriza pelo conflito entre as partes acerca dos fatos e do direito e na compulsória *imposição* unilateral do direito penal por um tribunal, com base em seu convencimento acerca dos fatos ocorridos e do direito aplicável, em uma sentença que absolve ou condena o réu e aplica as sanções estabelecidas pela lei. Essa visão tradicional acerca do processo penal parte da ideia de que o direito penal é o ramo responsável pela proteção dos valores mais importantes da comunidade, o que exigiria a aplicação compulsória e a impossibilidade de as partes disporem sobre a resolução processual¹⁰. Além disso, como a pena é uma intervenção especialmente severa nos direitos do indivíduo, requer-se a observância de uma série de garantias rígidas em prol do acusado.

Com base nessa oposição geral, é possível definir Justiça Penal Negociada como o conjunto de institutos jurídicos que permitem:

(i) um *acordo entre órgãos públicos de persecução e investigado/réu durante o processo penal*, seja por mera aceitação (adesão) de uma proposta, seja por meio de diálogos e concessões mútuas (propostas e contrapostas), cujo objeto é (ii) um *benefício ao investigado/réu em troca da renúncia ao exercício integral de seus direitos processuais* e (iii) com *finalidade de conferir efetividade e eficiência ao sistema penal* – cujo significado concreto é bastante amplo, podendo ser tanto um desfecho mais célere ao procedimento penal (sentença condenatória, extinção do processo sem resolução de mérito, arquivamento da investigação etc.) como a evitação de infrações penais e a persecução de terceiros, por exemplo. [Grifado no original.]¹¹

10. DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 52-54. Semelhante: TULKENS, Françoise; KERCHOVE, Michel van de. La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle, justice négociée? In: GÉRARD, Philippe; OST, François; KERCHOVE, Michel van de (Dir.). *Droit négocié, droit imposé?* Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1996. n. 5 e ss.; TULKENS, Françoise. Negotiated justice. In: DELMAS-MARTY, Mireille; SPENCER, John R. *European criminal procedures*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 642-643.
11. DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal...*, cit., p. 54. Definição semelhante é proposta por VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 50.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. O *habeas corpus* como instrumento de controle na justiça penal negociada: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais superiores.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203. ano 32, p. 333-362. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094624]

Tendo em vista a forma como se busca obter a maior efetividade e eficiência do sistema penal, os institutos podem ser classificados como:

a) Acordos que atuam como uma *alternativa à resolução do mérito*, impedindo a decisão acerca da existência ou não do crime mediante aplicação consensual de sanção sempre diversa da privação de liberdade (no Brasil, é o caso da transação penal, da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução penal);

b) Acordos que atuam como uma *alternativa à instrução probatória*, suprimindo ou reduzindo substancialmente a fase de produção de provas a partir de uma aceitação da pena ou assunção de responsabilidade pelo réu, que servirá de base para a decisão de mérito e em troca da qual este recebe uma redução da pena imposta – que pode ser, inclusive, a de prisão (exemplos são os acordos sobre a sentença, como o *plea bargaining* estadunidense, o *patteggiamento* italiano e a *Verständigung* alemã; não há instituto equivalente no Brasil); e

c) Acordos que requerem uma *colaboração do imputado para a evitação de crimes ou a persecução de terceiros*, os quais não buscam necessariamente abreviar o processo do imputado, mas, em primeira linha, que este contribua para a prevenção e a repressão de infrações penais praticadas por outras pessoas (no Brasil, é o caso da colaboração premiada)¹².

Percebe-se, portanto, que existem relevantes diferenças entre os institutos e seus objetivos. Ainda que dentro de um mesmo grupo, como o daqueles que estabelecem uma alternativa à resolução do mérito, pode haver variações significativas. No Brasil, a transação penal e o acordo de não persecução penal ocorrem, em regra, antes do recebimento da denúncia¹³, enquanto a suspensão condicional do processo é posterior a essa fase processual. Ademais, a transação e a suspensão condicional não exigem qualquer declaração de culpa do imputado, mas apenas uma aceitação das medidas propostas, ao passo que o acordo de não persecução penal requer confissão do investigado. É preciso, ao analisar o cabimento de *habeas corpus* em procedimentos envolvendo acordos penais, verificar se essas particularidades têm alguma influência sobre a matéria¹⁴.

12. DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal...*, cit., p. 61-65. Próximo, ZILLI, Marcos. A justiça disputada e a justiça consensual. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 47-48.

13. Vale destacar que, em certas ocasiões, também a transação penal e o acordo de não persecução penal podem ocorrer posteriormente ao recebimento de denúncia (p. ex., se, atendidos os requisitos, não foi proposto o acordo antes da denúncia ou se há desclassificação da infração penal). Essa, no entanto, não é a regra para esses institutos, os quais são voltados primacialmente à aplicação na fase pré-processual.

14. No julgamento pelo STJ do HC 495.148, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., j. 24.09.2019, entendeu-se que não caberia discussão da justa causa por meio de *habeas corpus* quando houvesse transação penal, por ela ocorrer antes da instauração do processo, mas isso seria possível em caso de suspensão condicional, por acontecer na fase processual. Há também opinião de que caberia impugnação em procedimentos envolvendo transação penal e suspensão condicional do processo, por estas não requererem assunção da culpa, mas a proposição da *habeas corpus* violaria a boa-fé objetiva no acordo de não persecução, por este estar condicionado à confissão do investigado. Cf. FISCHER, Douglas. Apontamentos sobre algumas questões relevantes do acordo de não persecução penal – ANPP. In:

DE-LORENZI, Felipe da Costa. O *habeas corpus* como instrumento de controle na justiça penal negociada: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais superiores.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203. ano 32. p. 333-362. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094624]

Por fim, deve-se notar que os modelos de Justiça Penal Negociada variam muito, a depender da cultura jurídica. Nos Estados Unidos, o âmbito de disposição das partes no *plea bargaining* é bastante abrangente, caracterizando-se pela ampla discricionariedade ao membro do Ministério Público; pela possibilidade de acordo sobre crimes de qualquer gravidade; pelas poucas restrições ao objeto e à extensão da negociação – que pode se dar em relação à qualificação jurídica, às penas e, em alguns ordenamentos, inclusive sobre os fatos imputados, entre outros aspectos; e pelo controle judicial extremamente limitado. Por outro lado, em países da tradição romano-germânica, os institutos negociais possuem, em regra, procedimento e requisitos legalmente fixados, que limitam a atuação do órgão de acusação; existem restrições quanto aos crimes em que pode haver negociação; os pactos restringem-se à sanção e permitem sua alteração em *quantum* moderado; e o julgador exerce um papel importante tanto no exame da regularidade do pacto quanto na decisão acerca de matérias não abarcadas por ele (p. ex., a correção da classificação jurídica do fato)¹⁵.

A perspectiva adequada a respeito da Justiça Penal Negociada – que aqui não pode ser exposta em seus pormenores¹⁶ – é de que sua legitimação só pode ser obtida circunstancialmente, pelo fim pragmático de conferir efetividade e eficiência à persecução e sancionamento de crimes, em um contexto de sobrecarga e morosidade da justiça penal. Não se deve sobrevalorizar a ideia de consenso no âmbito penal, entendendo-o como modo preferível para a resolução de casos criminais¹⁷, com o que se tenderia a aceitar uma ampla disponibilidade das partes acerca do objeto do processo penal¹⁸. A relevância dos interesses coletivos protegidos pelo direito penal e a especial gravidade de sua intervenção nos direitos do indivíduo fazem com que ele seja e não possa deixar de ser um ramo do Direito Público, que está submetido à

SALGADO, Daniel de Resende et al. *Justiça negocial: acordos penais, cíveis e administrativos*. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 373-396, esp. p. 388-391.

15. Para uma comparação entre os acordos sobre a sentença nos Estados Unidos, na Alemanha, na Itália e na Espanha, ver DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal...*, cit., p. 70 e ss.
16. Com detalhes e mais referências, DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal...*, cit., p. 153 e ss.
17. Para a defesa de concepções fortes acerca do consenso no processo penal, ver JAHN, Matthias. Zurück in die Zukunft – Die Diskurstheorie des Rechts als Paradigma des neuen konsensualen Strafverfahrens. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, v. 151, p. 272-287, 2004; EASTERBROOK, Frank H. Criminal procedure as a market system. *Journal of Legal Studies*, v. 12, n. 2, p. 308 e ss., jun. 1983; EASTERBROOK, Frank H. Plea bargaining as compromise. *Yale Law Journal*, v. 101, p. 1975 e ss., 1992; SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. Plea bargaining as contract. *Yale Law Journal*, v. 101, n. 8, p. 1913 e ss., 1992.
18. Críticos em relação ao consenso no processo penal: GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft: Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015. p. 262 e ss.; MCGREGOR, Joan L. The market model of plea bargaining. *Public Affairs Quarterly*, v. 6, n. 4, p. 388 e ss., oct. 1992; SCHÜNEMANN, Bernd Vom Tempel zum Marktplatz. Wie die Strafjustiz scheinbar die ökonomische Theorie des Rechts in Praxis, government in governance und Souveränität in Kooperation verwandelt hat. München: Bayerische Akademie der Wissenschaften, 2013. p. 19 e ss.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. O *habeas corpus* como instrumento de controle na justiça penal negociada: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais superiores.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203. ano 32. p. 333-362. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094624]

legalidade e cuja efetivação deve ser controlada pelos órgãos jurisdicionais em um processo formal e regrado. Portanto, as questões criminais não podem estar completamente submetidas à lógica da disponibilidade e da autonomia da vontade, típicas da doutrina privatista, havendo limites intransponíveis à negociação derivados dos fundamentos do sistema jurídico-penal. Essa concepção permeará a análise do tema deste artigo.

3. INTERESSE NA IMPETRAÇÃO DE *HABEAS CORPUS* E ACORDOS PENAIS

A primeira discussão relevante diz respeito aos efeitos dos acordos penais sobre o objeto do *habeas corpus*, ou seja, se eles impedem, por si sós, a apreciação dessa ação de impugnação. Em outras palavras, a questão a ser respondida é: a existência de um pacto entre a acusação e o imputado afasta o interesse de agir da ação de *habeas corpus* relativa ao mesmo procedimento criminal?

O interesse de agir é uma das condições genéricas de qualquer ação, ao lado da legitimidade *ad causam*¹⁹. Ele consiste no interesse de alguém em obter um provimento jurisdicional a fim de fazer valer aspiração própria sobre a de outrem. A doutrina processual costuma subdividir essa condição da ação na análise da necessidade e da utilidade (-adequação) da tutela jurisdicional. A necessidade diz respeito à impossibilidade de se obter a satisfação da pretensão por outro meio legítimo que não a intervenção do Poder Judiciário. A utilidade se refere ao fato de o processo poder propiciar ao demandante um resultado favorável, estando apto a tutelar a situação jurídica levada a juízo – parcela da doutrina insere nessa análise também a adequação do procedimento escolhido à tutela pretendida²⁰.

Nos termos do art. 5º, LXVIII, da Constituição, “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de

19. Tradicionalmente, inseria-se também a possibilidade jurídica do pedido entre as condições genéricas de toda ação. Atualmente, em razão da redação dos arts. 17 e 485, VI, do CPC, que mencionam apenas o “interesse” e a “legitimidade” como requisitos para postular em juízo, entende-se majoritariamente que a possibilidade do pedido não é uma condição da ação. Por todos, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 64. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 1, item 97.V. (Livro eletrônico). Diversamente, entendendo que ela permanece entre as condições da ação, apenas absorvida pelo interesse de agir, ver GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1, item 9.3.1. (Livro eletrônico). Na ação penal, especificamente condenatória, exige-se majoritariamente, além das demais condições genéricas da ação – incluída a possibilidade do pedido –, a existência de suporte probatório mínimo para a acusação (o que é identificado, muitas vezes, com a ideia de “justa causa” do art. 395, III, do CPP). Ver, p. ex., BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 200 e ss.

20. A respeito do interesse de agir, ver DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1 – Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, p. 403 e ss., esp. p. 409-410; GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil...*, cit., item 9.3.2., ambos com críticas ao chamado “interesse-adequação”. Defendendo a ideia de adequação, FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 213 e ss.; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil...*, cit., item 97.I.

locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Assim, haverá utilidade-adequação quando o paciente demonstrar, por meio de prova pré-constituída, lesão ou perigo de lesão à sua liberdade de locomoção, requerendo afastamento pelo Poder Judiciário dessa intervenção ilegítima em sua esfera jurídica. O *habeas corpus* pode ser liberatório, quando já existe lesão à liberdade de locomoção (p. ex., o paciente está preso), ou preventivo, quando há ameaça de lesão futura à liberdade de locomoção (p. ex., há mandado de prisão preventiva, ainda não cumprido, expedido por autoridade incompetente). A possibilidade de concessão da ordem preventivamente, em situações de perigo à liberdade de locomoção, permitiu uma interpretação ampla acerca do cabimento do *habeas corpus*, mesmo em hipóteses em que a ameaça de prisão é um “evento possível, no longo prazo, ainda que longínquo ou remoto”²¹. Assim, sempre que a consequência de um processo penal puder ser, como pena ou como medida cautelar, a privação de liberdade – o que é a regra –, admite-se a impetração do *writ* contra os mais diversos atos e vícios processuais²², como, por exemplo, a decisão de recebimento da denúncia ou a nulidade do interrogatório por ter sido realizado antes da oitiva das testemunhas.

A única hipótese de vedação expressa de *habeas corpus* atualmente vigente diz respeito àquele destinado a atacar punições disciplinares militares (art. 142, § 2º, da CF)²³. As demais hipóteses de não cabimento do *habeas corpus*, por falta de interesse de agir, dizem respeito a situações em que não há ameaça à liberdade de locomoção. Assim, ele não é admitido em relação a condenações à pena de multa ou processos em que se apura infração penal sujeita exclusivamente à pena pecuniária (Súmula 693 do STF), uma vez que esta não pode ser convertida em privativa de liberdade (art. 51 do CP); a condenações a penas de exclusão militar ou de perda de patente ou de função pública (Súmula 694 do STF); e à pena privativa de liberdade já extinta (Súmula 695 do STF). A ação não é cabível, igualmente, contra qualquer ato de processo penal em face de pessoas jurídicas, uma vez que estas não estão sujeitas a sanções privativas de liberdade²⁴, e contra decisões que decretam medidas cautelares patrimoniais (p. ex., arresto, sequestro e hipoteca legal). No entanto, admite-se *habeas corpus* para impugnar condenações a penas restritivas de direitos, as quais podem ser convertidas em prisão em caso de descumprimento (art. 44, § 4º, do CP), constatando-se potencial ofensa à liberdade de locomoção do apenado. Também há interesse de agir no caso de imposição de medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP), uma vez que estas, embora não acarretem total privação do direito de ir e vir, o restringem de modo relevante (pense-se, ilustrativamente, nas medidas de proibição de ausentar-se da comarca ou de recolhimento domiciliar noturno). Semelhante entendimento se aplica a decisões que autorizam meios de obtenção de prova – quebras de sigilo bancário ou fiscal, interceptação telefônica, busca e apreensão etc. – sempre

21. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. item 23.3 (livro eletrônico).

22. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 1853.

23. A outra vedação expressa, relativa à prisão administrativa (art. 650, § 2º, do CPP), não foi recepcionada pela Constituição, já que a privação de liberdade pela via administrativa é incompatível com a ordem constitucional instituída em 1988.

24. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais...*, cit., item 23.4.

que o resultado dessas medidas puder ser utilizado para fundamentar prisão cautelar ou condenação à pena privativa de liberdade²⁵.

Tendo isso em vista, a resposta à questão acerca da existência de interesse de agir no *habeas corpus* relativo a procedimentos envolvendo acordos penais deve ser fornecida à luz do critério geral para avaliar a existência dessa condição da ação, qual seja, a *possibilidade – ainda que remota e longínqua – de haver privação da liberdade de locomoção*. Para ilustrar a questão, vale rememorar situações indiscutíveis de perda de objeto do *habeas corpus*, como aquela em que, posteriormente à impugnação de decisão que decreta prisão preventiva, há nova decisão que defere o relaxamento da cautelar por sua ilegalidade; ou quando, depois da impugnação de decisão de recebimento da denúncia, há nova decisão absolvendo sumariamente o acusado. Em ambos os casos, deixam de existir, respectivamente, a lesão e o perigo de lesão à liberdade de locomoção, o que acarreta a perda superveniente do interesse de agir e conduz ao não conhecimento do *habeas corpus*²⁶.

A questão relevante, portanto, é se nos casos em que há utilização de institutos de Justiça Penal Negociada persiste a ameaça ao direito de ir e vir. A resposta é positiva: nos acordos previstos no ordenamento brasileiro, mesmo depois da entabulação pelas partes e da homologação judicial, há possibilidade de rescisão em certas hipóteses (por exemplo, em caso de inadimplemento), e a consequência disso será a retomada da investigação ou do processo penal – o que mantém em perspectiva o potencial de privação de liberdade.

Em relação ao acordo de não persecução penal, a possibilidade de rescisão por descumprimento está prevista no art. 28-A, § 10, do CPP. Na suspensão condicional do processo, constam inscritas no art. 89, §§ 4º e 5º, da Lei 9.099/1995, a rescisão obrigatória, no caso de processo por crime ou não reparação do dano, e a rescisão facultativa, no caso de processo por contravenção ou descumprimento de outras condições. Para a transação penal, embora não haja previsão expressa em lei, o entendimento jurisprudencial consolidado é de que o descumprimento das cláusulas acarreta rescisão, com possibilidade de requisição de investigação ou oferecimento de denúncia (Súmula Vinculante 35 do STF)²⁷. Na colaboração premiada, há duas hipóteses de rescisão, previstas no art. 4º, §§ 17 e 18, da Lei 12.850/2013, para os casos de omissão dolosa sobre fatos objeto da colaboração e de continuidade do envolvimento em conduta ilícita relacionada à colaboração. Ademais, também é possível a resolução do negócio jurídico em razão de inadimplemento das obrigações assumidas pelo colaborador²⁸. O único instituto negocial no qual não há possibilidade de rescisão e retomada do procedimento criminal é a composição dos danos civis, aplicável apenas a casos de ação penal privada e pública condicionada à representação, cuja homologação tem eficácia de título executivo

25. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais...*, op., item 23.4.

26. Nesse sentido, é a disposição do art. 659 do CPP: “Se o juiz ou o tribunal verificar que já cessou a violência ou coação ilegal, julgará prejudicado o pedido.”

27. Cf. SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Comentários ao pacote anticrime*. São Paulo: Método, 2020. p. 219. Livro eletrônico.

28. Detalhadamente, a esse respeito, CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. *Colaboração premiada: lições teóricas e práticas*. 3. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021. p. 162 e ss.

judicial e acarreta imediata extinção da punibilidade pela renúncia ao direito de queixa ou de representação (art. 74, *caput*, e parágrafo único, da Lei 9.099/1995)²⁹.

A consequência geral da rescisão é a ineficácia das cláusulas do acordo. No acordo de não persecução penal, na suspensão condicional do processo e na transação penal, isso acarreta a retomada do curso da investigação ou do processo penal; na colaboração, em que, como regra, o procedimento criminal continua mesmo que haja pacto³⁰, o efeito principal é a não concessão ao colaborador, ao menos de modo integral, da sanção premial pactuada³¹. Em qualquer caso, a mera hipótese abstrata de rescisão dos acordos, quando referentes a infrações penais cominadas com pena de prisão, torna presente o risco de privação da liberdade de locomoção – o qual, na colaboração premiada, muitas vezes, sequer deixa de existir com o acordo, já que nela pode ser estabelecida até mesmo a imposição de pena de prisão ao colaborador. E isso torna útil, adequada e necessária a tutela jurisdicional por meio de *habeas corpus*³².

E aqui, diferentemente do que sugerem alguns julgados³³, é irrelevante se o pacto ocorre prévia ou posteriormente ao recebimento da denúncia, uma vez que o *habeas corpus* é cabível para o trancamento tanto do processo quanto da investigação criminal³⁴ – e, de todo modo, as condições da ação constituem requisito inafastável de todos os acordos, mesmo os anteriores ao recebimento da denúncia³⁵. Da mesma forma, o fato de a ameaça à liberdade de locomoção depender de “evento futuro e incerto”, e não ser “iminente”³⁶, não tem influência para a solução do problema, já que mesmo perigos remotos e longínquos são suficientes. Por isso, assim como nas penas substitutivas à prisão, em que a possibilidade de conversão em privativa de liberdade torna existente a “ameaça” que legitima a impetração de *habeas corpus*, nos acordos penais, a possibilidade de rescisão e início ou retomada de procedimento penal faz com que persista o perigo à liberdade de locomoção, justificando o cabimento do *writ*. A

29. GIACOMOLLI, Nereu José. *Juízados Especiais Criminais* – Lei 9.099/1995: abordagem crítica. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 106-107.

30. Com exceção dos acordos de imunidade processual, em que não haverá oferecimento da denúncia (art. 4º, § 4º, da Lei 12.850/2013).

31. Sobre a necessidade de concessão parcial dos benefícios caso a rescisão se dê depois de contributos efetivos do colaborador, ver CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada*: atualizada pela lei anticrime. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 175-178; DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco. A impugnação da colaboração premiada pelo delatado na jurisprudência do STF: uma análise de seus fundamentos e elementos para uma compreensão penal do negócio jurídico. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 365-366, 2021.

32. Próximo, a interpretar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da suspensão condicional do processo, LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal...*, cit., p. 1854.

33. BRASIL. STJ, HC 495.148, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., j. 24.09.2019; STJ, HC 619.751, decisão monocrática, rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 11.12.2020.

34. Na jurisprudência recente, p. ex., BRASIL. STJ, AgRg no HC 587.198, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. 08.09.2020.

35. Ver Seção 6, *infra*.

36. BRASIL. STJ, HC 619.751, decisão monocrática, Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 11.12.2020.

única exceção é a composição dos danos civis, na qual, por não poder ser rescindida posteriormente à homologação, não subsiste risco ao direito de ir e vir e, por isso, interesse processual na impetração de *habeas corpus*. Portanto, em resposta à primeira pergunta, pode-se afirmar que a realização de acordo penal, por si só, não torna sem objeto o *habeas corpus* relativo ao mesmo procedimento penal. Em outras palavras, não afasta o interesse de agir, uma vez que, dada a possibilidade de rescisão, persiste a ameaça à liberdade de locomoção que essa ação autônoma objetiva tutelar.

Por fim, vale notar que, apesar de não faltar interesse de agir pela simples existência de acordo, nada impede que particularidades do pacto façam desaparecer o interesse em relação à específica situação a ser tutelada. Imagine-se, por exemplo, que é requerida concessão de ordem de *habeas corpus* para o afastamento de medida cautelar diversa da prisão (p. ex., proibição de ausentar-se da comarca), mas, antes do julgamento, o membro do Ministério Público faz proposta de acordo de não persecução penal que, aceita pelo imputado, faz cessar a cautelar. Nesse caso, o interesse de agir deixa de existir não porque o *habeas corpus* é incompatível com a existência de acordo penal, mas porque o particular provimento requerido deixa de ser útil, já que a situação que ele objetivava tutelar não mais existe.

4. CELEBRAÇÃO DE ACORDO PENAL COMO DESISTÊNCIA OU RENÚNCIA TÁCITA DE *HABEAS CORPUS*

Pode-se discutir, ainda, se o consentimento do imputado prestado na realização de acordo penal não acarreta, tacitamente, no *habeas corpus* relativo ao mesmo procedimento, uma desistência, caso tenha sido proposto previamente à entabulação do pacto, ou uma renúncia ao exercício do direito de propositura em momento posterior. É de se questionar ainda, no caso de impetração posterior à realização do acordo, se essa conduta não configura violação à boa-fé objetiva – dever de lealdade – por parte da defesa.

Embora não haja regramento específico, a questão pode ser analisada, por analogia (art. 3º do CPP), sob a perspectiva do Direito Processual Civil. Sabe-se que o *habeas corpus* não é um recurso, mas uma ação autônoma de impugnação, de natureza constitucional. Porém, quando utilizado para questionar decisão judicial, ele assume feições de recurso. Portanto, como é melhor pecar pelo excesso do que pela falta, a análise será feita sob dois vieses: dos institutos da desistência e da renúncia como aplicados às ações e também como aplicados aos recursos.

No que se refere à desistência da ação, consiste em ato voluntário da parte que pode ocorrer até a prolação da sentença (art. 485, § 5º, do CPC) e que acarreta extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, VIII, do CPC). Antes da contestação do réu, é ato unilateral do autor; depois da contestação, não pode ocorrer sem a anuência daquele (art. 485, § 4º, do CPC). Faz, ademais, coisa julgada formal, podendo, por isso, haver reabertura do processo³⁷. Por sua vez, a renúncia, quando se refere à ação, não é uma renúncia ao direito *processual* de

37. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil...*, cit., item 754.9.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. O *habeas corpus* como instrumento de controle na justiça penal negociada: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais superiores.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203. ano 32. p. 333-362. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094624]

agir, senão à pretensão de direito *material* sobre a qual se funda a ação, o que acarreta resolução do mérito (art. 487, III, c, do CPC) e faz coisa julgada material. Cuida-se, outrossim, sempre de ato unilateral, que pode ocorrer a qualquer tempo antes da coisa julgada – mesmo em grau recursal – e nunca requer aquiescência da contraparte³⁸.

No que diz respeito aos recursos, o recorrente pode dele desistir a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou de litisconsortes – ressalvadas as hipóteses em que se discutem questões cuja repercussão geral tenha sido reconhecida ou que são objeto de recursos repetitivos (art. 998, *caput*, e parágrafo único, do CPC). No processo penal, há vedação expressa de desistência da interposição pelo Ministério Público (art. 576 do CPP), mas, por interpretação *a contrario*, entende-se que é permitida a desistência pelo acusado³⁹. Quanto à renúncia ao direito de recorrer, também ela independe da concordância da outra parte (art. 999 do CPC). Admite-se, ainda, que a parte abdique do recurso mediante aceitação da decisão, o que pode ocorrer de forma expressa ou tácita, esta última entendida como a prática, sem ressalvas, de ato incompatível com a vontade de questionar a desfecho processual (art. 1.000, *caput*, e parágrafo único, do CPC).

Passemos à análise da aplicação desses regramentos ao *habeas corpus*.

Quanto à renúncia à pretensão formulada na ação, demandaria disponibilidade do direito material. A indisponibilidade deste obsta a renúncia⁴⁰. No caso, o direito material é a liberdade de locomoção, da qual ninguém pode dispor em favor de terceiro – razão pela qual, no Brasil, um cidadão não pode, embora deseje, se vender como escravo –, de forma que tratar-se-á, indubitavelmente, de objeto ilícito de um negócio jurídico. Paralelamente, também não se pode admitir a renúncia à pretensão de fazer cessar situação de lesão ou ameaça ilegítima ao direito de ir e vir. E isso fica claro pelo fato de a ação de *habeas corpus* poder ser proposta por qualquer pessoa em favor de terceiro e de a ordem poder ser expedida até mesmo de ofício pelas autoridades julgadoras (art. 654, *caput*, e § 2º, do CPP).

A desistência da ação e do recurso podem ser analisadas conjuntamente. Por consistirem em atos voluntários e que afetam direito processual, *prima facie*, poderiam aplicar-se ao *habeas corpus*. E o mesmo vale para a renúncia ao direito de recorrer. No entanto, todas elas demandam declaração expressa do autor ou do recorrente nesse sentido. O relevante, neste primeiro momento, é entender se a concordância manifestada pelo réu na realização do acordo penal acarreta – por si só, isto é, implicitamente – a desistência ou a renúncia ao *habeas corpus*. Quanto à possibilidade de desistência ou renúncia expressa, será analisada a seguir, para verificar se o acordo penal pode incluir cláusula nesse sentido⁴¹.

A primeira forma pela qual a celebração de acordo poderia acarretar, automaticamente, desistência ou renúncia ao *writ* seria pela existência de disposição legal expressa. Contudo,

38. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil...*, cit., item 759.7.

39. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais...*, cit., item 7.4.2.1.

40. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil...*, cit., item 759.7, que oferece como exemplos os direitos inerentes ao estado das pessoas e os relativos a alimentos.

41. Ver Seção 5, *infra*.

inexiste previsão nesse sentido na regulação de quaisquer dos institutos negociais presentes no ordenamento brasileiro. E, ainda que houvesse, poder-se-ia questionar sua constitucionalidade, porque o direito de impugnar atos processuais é inerente ao direito fundamental de acesso à Justiça, não se admitindo uma renúncia prévia e integral, já que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da Constituição)⁴². Acrescente-se que a única disposição legal existente no direito brasileiro a esse respeito, que se encontra no regramento da colaboração premiada, vai na direção contrária, pois estabelece que “[s]ão nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória” (art. 4º, § 7º-B, da Lei 12.850/2013). No mais, embora não se refira a *habeas corpus*, vale lembrar que há previsão legal de apelação da sentença que aplica penas restritivas de direitos na transação penal (art. 76, § 5º, da Lei 9.099/1995), também a indicar que os acordos não afastam a possibilidade de impugnação.

A segunda forma pela qual o pacto processual poderia acarretar, de modo reflexo, desistência ou renúncia à proposição de *habeas corpus* seria por haver alguma contradição incontornável entre uma conduta e outra. Ter-se-ia de entender, para isso, que o consentimento prestado no acordo é incompatível com o ato de querer a concessão de ordem de *habeas corpus* – em outras palavras, a desistência ou a renúncia da impugnação estaria, de alguma forma, incluída na declaração de vontade lícita do imputado. Isso poderia ser interpretado, por um lado, como uma aceitação tácita da decisão que homologa o acordo e, assim, da legitimidade de todos os atos processuais que a antecederam – em analogia com o art. 1.000, *caput*, e parágrafo único, do CPC: “prática, sem nenhuma ressalva, de ato incompatível com a vontade de recorrer”. Por outro lado, a proposição ou a não desistência de *habeas corpus* poderiam ser interpretadas como uma violação à boa-fé objetiva em sua aplicação processual (art. 5º do CPC)⁴³ e ao dever de lealdade dela decorrente: representariam um vedado *venire contra factum proprium*⁴⁴.

Em qualquer das hipóteses, por trás da afirmação dessa incompatibilidade, está implícita a ideia de que, ao celebrar o acordo, o imputado abdica da tutela que poderia ser pretendida por meio da ação de *habeas corpus*. Para aceitar a correção disso, é preciso assumir que

42. Nesse sentido, BRASIL. STF, Pet 5.244, decisão monocrática, rel. Min. Teori Zavascki, j. 19.12.2014. Para mais detalhes, item 5, *infra*.

43. Sobre a aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao processo penal: BRASIL. STF, HC 92.012, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª T., j. 10.06.2008 (Voto da relatora, p. 4.)

44. BRASIL. STF, HC 176.785, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 17.12.2019 (Voto do Min. Edson Fachin); STJ, HC 619.751, decisão monocrática, rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 11.12.2020. Na doutrina, em relação ao acordo de não persecução penal (com posição distinta no que diz respeito à transação penal e à suspensão condicional do processo), cf. FISCHER, Douglas. Apontamentos sobre algumas questões relevantes do acordo de não persecução penal..., cit., p. 388-391. Em relação à colaboração premiada, diferenciando entre as cláusulas pactuadas pelo colaborador, não passíveis de impugnação, e questões supervenientes, que poderiam ser questionadas, ver PEREIRA, Frederico Valdez. Justiça negocial, colaboração premiada e boa-fé objetiva. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *Justiça consensual: acordos penais, cíveis e administrativos*. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 233-235.

o consentimento prestado no acordo abrange também *todo o conteúdo* que pode ser impugnado por meio dessa ação autônoma⁴⁵. No entanto, certas matérias que podem ser questionadas em sede de *habeas corpus* não estão no âmbito de disponibilidade das partes.

O exemplo da tipicidade talvez seja aquele que mais claramente demonstra esse âmbito do intransigível, razão pela qual o reconhecimento da atipicidade material da conduta por insignificância foi o fundamento para a concessão da ordem no *leading case* acerca da matéria no Supremo Tribunal Federal – HC 88.393, sob relatoria do Min. Cezar Peluso –⁴⁶ e em duas decisões monocráticas recentes, do Min. Ribeiro Dantas e do Min. Rogério Schietti, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça⁴⁷. A atipicidade, como questão passível de impugnação por *habeas corpus* em casos envolvendo acordos, foi mencionada ainda em voto vencedor do Min. Gilmar Mendes, em julgado do Supremo Tribunal Federal⁴⁸, e em voto vencido do Min. Nefi Cordeiro, no Superior Tribunal de Justiça⁴⁹.

Essa consideração, presente em diversos julgados, ancora-se no correto entendimento de que a justiça penal negociada não coloca todas as questões materiais e processuais à disposição das partes, mas apenas algumas delas; outras permanecem impostas por lei. O direito brasileiro não admite, por exemplo, a denominada *charge bargaining*, ou seja, a negociação acerca da qualificação jurídica dos fatos atribuídos ao imputado – portanto, não está no âmbito da disposição das partes, por exemplo, se um fato constitui furto ou roubo. E isso ocorre porque a classificação jurídica do crime é uma questão de correta aplicação do Direito pelo Poder Judiciário, sobre a qual as partes processuais não podem transigir. Da mesma forma, a existência ou não de tipicidade dos fatos imputados não pode ser negociada – fato atípico não pode ser tornar típico por meio de acordo, nem fato típico se tornar atípico⁵⁰. Tais questões claramente não podem constituir *objeto lícito* de acordo penal. É por isso que a atipicidade obsta a manutenção do acordo, “ainda que consentido pelo imputado”⁵¹. Portanto, assim como a declaração livre de vontade prestada por quem se vende como escravo não impede a propositura de ação requerendo a declaração de nulidade do contrato de compra e venda, também

45. Nesse sentido, afirma Fischer que: “num sistema de justiça consensual, as partes, dentro dos limites conferidos pela lei, concordam e demonstram prévia anuência que existem todos os pressupostos legais para o ajuste que está sendo entabulado [...] Se não houver consenso de que o fato seja típico por exemplo, sobretudo discordância do pretense beneficiário, não se deverá realizar o acordo [...]” (FISCHER, Douglas. Apontamentos sobre algumas questões relevantes do acordo de não persecução penal..., cit., p. 389-390.)

46. BRASIL. STF, HC 88.393, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª T., j. 03.04.2007.

47. BRASIL. STJ, HC 698.186, decisão monocrática, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. 25.11.2021; STJ, RHC 174.870, decisão monocrática, rel. Min. Rogério Schietti, DJe 28.02.2023.

48. BRASIL. STF, HC 176.785, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 17.12.2019.

49. BRASIL. STJ, HC 495.148, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., j. 24.09.2019.

50. Para uma análise pormenorizada das razões pelas quais a negociação da capitulação jurídica é incompatível com os fundamentos de nosso Direito Penal, cf. DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal...*, op. cit., p. 267-274.

51. BRASIL. STF, HC 176.785, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 17.12.2019.

a concordância do investigado em relação à proposta de acordo de não persecução penal que tem como objeto fato atípico não pode obstar a impetração de *habeas corpus* para requerer o trancamento do inquérito.

O relevante é que, tratando-se de questão que não está disponível às partes, ela não pode ser alcançada pela manifestação de vontade válida do contratante. Assim, por um lado, a decisão que homologa o acordo maculado por ilicitude não pode ser tacitamente aceita – pois se não é lícito negociar algo, também não é possível aceitar a homologação do negócio absolutamente nulo; por outro, não há que se falar em conduta desleal na manutenção ou proposição de ação de *habeas corpus* – se uma questão constitui objeto ilícito de negociação, não pode haver vedação de questionamento judicial a seu respeito. Não se pode acusar de violar a boa-fé objetiva a conduta de alguém que questiona o contrato em que se vende como escravo.

Sendo esse o ponto decisivo, não há diferença se o *habeas corpus* foi proposto anterior ou posteriormente ao acordo, como querem diferenciar algumas opiniões – considerando que, no segundo caso, mas não no primeiro, haveria violação à boa-fé objetiva⁵² –, pois o que importa é se a questão está ou não no âmbito legítimo de disposição. E se aplica, igualmente, à afirmação de que o imputado e seu defensor deveriam necessariamente rejeitar o acordo se quisessem questioná-lo⁵³. Retomando o exemplo da tipicidade, a celebração de acordo pelo imputado somente significa que ele está disposto a aceitar as condições oferecidas pelo acusador, mas não que ele queira renunciar à análise de que o fato que lhe é atribuído é típico – isso não está à sua disposição, é uma questão de correta aplicação do Direito, que deve ser judicialmente decidida. E, constatando-se que o fato é atípico, não subsiste o pacto⁵⁴. Por isso, em resposta à segunda pergunta, pode-se afirmar que a celebração do acordo penal não implica, de modo automático, a desistência de *habeas corpus* anteriormente proposto ou a renúncia à impetração futura⁵⁵, uma vez que o questionamento pode dirigir-se a matérias que são impostas por lei e não estão à disposição das partes. Assim, tendo em vista que questões desse tipo não podem estar abrangidas pela manifestação de vontade do imputado, devendo ser decididas pelo Poder Judiciário, não há contradição entre a aceitação do acordo e a sua eventual impugnação. Pela mesma razão, não se pode falar em violação à boa-fé objetiva pela impetração do *writ*.

52. BRASIL. STF, HC 176.785, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 17.12.2019 (Voto do Min. Edson Fachin).

53. BRASIL. STJ, HC 619.751, decisão monocrática, rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 11.12.2020. Na doutrina, em relação ao acordo de não persecução penal, cf. FISCHER, Douglas. Apontamentos sobre algumas questões relevantes do acordo de não persecução penal..., cit., p. 388-391.

54. Em mesmo sentido, SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Comentários ao pacote anticrime...*, cit., p. 219: “Nada impede que o autuado, por cautela, aceite o acordo, mesmo porque é a sua vontade a prevalente, mas que o defensor, via *habeas corpus*, persiga o reconhecimento da atipicidade material da conduta. Se concedida a ordem, fulminados serão a persecução e, por conseguinte, o pacto.”

55. Assim, em relação ao acordo de não persecução penal, ver VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 143.

5. ADMISSIBILIDADE DE CLÁUSULA EXPRESSA DE DESISTÊNCIA OU RENÚNCIA DE *HABEAS CORPUS*

Diante da conclusão de que a realização de acordo não impede, tacitamente, a impetração de *habeas corpus*, a pergunta a ser feita na sequência é se as partes podem estipular, de modo expresse, entre as cláusulas do negócio jurídico, a renúncia ao direito de propô-lo no futuro ou a desistência de um previamente proposto. Essa discussão é colocada em destaque pelo Min. Edson Fachin no julgamento do HC 176.785, ocasião em que, apesar de votar pela concessão do *writ* no caso concreto, pondera que o faz por se tratar “de um direito exercitado anteriormente à transação penal e, para que haja renúncia desse direito, entendo que só ocorrendo expressamente, o que não houve”. Indica, portanto, que seria válida uma renúncia ao *habeas corpus*, desde que expressa. Essa discussão também ocorre no âmbito da colaboração premiada, com embate acerca da possibilidade de inserir no acordo cláusula de renúncia à impugnação do acordo⁵⁶. O exame da questão deve ser subdividido: de um lado, está o pacto sobre a renúncia à impetração futura de *habeas corpus*; de outro, aquele sobre a desistência de ação já proposta.

Em primeiro lugar, cabe analisar a possibilidade de uma cláusula expressa de renúncia ao exercício futuro do direito de impugnação. Como visto, existem matérias a respeito das quais a negociação está vedada, como é o caso da tipicidade, hipóteses em que a aplicação do Direito independe da vontade das partes, devendo ser decidida pelo Poder Judiciário. Além disso, é sempre cogitável que o acordo tenha se realizado sem observância dos requisitos legais ou com algum vício de vontade (p. ex., coação ou lesão), sem correta avaliação na homologação, e isso não pode ser subtraído de exame por outras instâncias judiciais. Nesses casos, o *habeas corpus* servirá como instrumento para submeter tais questões, que são legalmente impostas, ao devido controle jurisdicional pelas instâncias superiores⁵⁷. Não se pode, portanto, admitir que, em procedimentos em que há acordo, a possibilidade de impugnação futura seja definitivamente excluída em razão da inserção de cláusula expressa nesse sentido⁵⁸. Isso equivaleria a permitir que, por meio de um negócio jurídico, fosse afastado do efetivo controle do Poder

56. A respeito, VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 203-206.

57. Tais instâncias teriam também sua dignidade e autoridade afetadas pela impossibilidade de exercer controle sobre decisões anteriores. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011. p. 94, abordando os acordos sobre a sentença.

58. Conforme Figueiredo Dias, ao tratar dos acordos sobre a sentença (inexistentes em nosso ordenamento jurídico), entende como inválido a pactuação de renúncia a recursos, mencionando que uma decisão proferida com base em pacto processual pode ser questionada de modo amplo no que diz respeito às questões de direito, como a qualificação jurídica do fato, e, de modo limitado, no que se refere às questões sancionatórias. Embora cuide-se de outra espécie de acordo, a linha geral está em consonância com o aqui defendido: matérias que não estão à disposição das partes podem sempre ser questionadas, e excluir o recurso nesses casos não é legítimo. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal...*, cit., p. 95-96. Também contra uma renúncia genérica ao direito de recorrer, MESSIAS,

Judiciário sobre a legitimidade da perseguição e do acordo penal e, por consequência, permitir negociatas que subvertem os ditames legais⁵⁹.

Ademais, no que diz respeito à colaboração premiada, o Supremo Tribunal Federal já entendeu ser inválida a cláusula que estabelece uma renúncia geral a recursos futuros, por afronta ao direito fundamental de acesso à Justiça⁶⁰. E, na mesma linha, a Lei 13.964/2019 inseriu na Lei 12.850/2013 dispositivo estabelecendo que “[s]ão nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória” (art. 4º, § 7º-B)⁶¹. Essa, aliás, é a única previsão legal expressa a respeito de tal questão em nosso ordenamento jurídico, a qual considera inválida a cláusula de renúncia a impugnações relacionadas a acordos, podendo ser aplicada por analogia aos demais institutos negociais⁶².

A segunda análise é sobre a desistência expressa de *habeas corpus* impetrado anteriormente à entabulação do pacto. A questão aqui é mais complexa, pois, em virtude de a impenção do *writ* ser um ato voluntário, nada obsta que a defesa posteriormente dele desista⁶³. Por isso, o natural seria entender que, embora a renúncia em abstrato a impugnações futuras não seja válida, o é a pactuação de desistência de uma concreta ação de *habeas corpus* previamente proposta⁶⁴. De fato, se é possível a desistência unilateral, em tese, não há óbice para que isso seja abrangido pelo consenso das partes. No entanto, a questão se torna tortuosa quando estão em jogo aspectos que não se encontram no âmbito legítimo de disposição das partes.

Imagine-se que, durante a investigação, a defesa impetrou *habeas corpus* requerendo o trancamento do inquérito por atipicidade da conduta, o qual, denegado em primeira instância,

Mauro. Acordo de não perseguição penal: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. item 1.4.8. Livro eletrônico.

59. Assim, em relação ao acordo de não perseguição penal, ver VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não perseguição penal...*, cit., p. 142.
60. BRASIL. STF, Pet 5.244, decisão monocrática, rel. Min. Teori Zavascki, j. 19.12.2014: “as cláusulas do acordo não podem servir como renúncia, prévia e definitiva, ao pleno exercício de direitos fundamentais.”
61. Antes dessa alteração, contra a validade da renúncia a recursos na colaboração premiada, WUNDERLICH, Alexandre. Colaboração premiada: o direito à impugnação de cláusulas e decisões judiciais atinentes aos acordos. In: MOURA, Maria Tereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 24-27.
62. Na Alemanha, em relação aos acordos sobre a sentença, há disposição semelhante no § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO, que veda a possibilidade de renúncia a recursos “se o julgamento foi precedido de um acordo (§ 257c)”. Há na doutrina entendimento de que essa vedação se estende também à desistência de um recurso previamente interposto, cf. VELTEN, Petra. § 257c StPO. In: WOLTER, Jürgen. *SK-StPO Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*. 5. ed. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2016. t. V, Rn. 57.
63. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais...*, cit., item 7.4.2.1.
64. Em relação ao acordo de não perseguição penal, é essa a posição de MESSIAS, Mauro. Acordo de não perseguição penal..., cit., item 1.4.8; em relação à colaboração premiada, é a opinião de CAPES, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. In: MOURA, Maria Tereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coords.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 236.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. O *habeas corpus* como instrumento de controle na justiça penal negociada: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais superiores.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203. ano 32. p. 333-362. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094624]

deu azo à impetração de *habeas corpus* substitutivo⁶⁵, ainda pendente de julgamento no tribunal *ad quem*. Concluído o inquérito, o membro do Ministério Público, entendendo ser típico o fato, propõe acordo de não persecução penal e, como condição para sua entabulação, requer a desistência da ação de impugnação. Se a postura da acusação fosse intransigente a respeito da manutenção dessa cláusula, o investigado teria duas opções: aceitar o acordo e desistir da análise da tipicidade, ou rejeitar o acordo e insistir no exame pelas instâncias superiores, ou seja, na prática, estar-se-ia vinculando o pacto à resignação da defesa em relação à valoração do promotor acerca da tipicidade.

Assim, embora a desistência não obste a proposição de novo *habeas corpus* com a mesma causa de pedir⁶⁶, parece um contrassenso admitir que a realização do acordo seja condicionada ao abandono da pretensão de que certa matéria que não está no âmbito de negociação das partes seja discutida nas instâncias legitimadas a avaliá-la. Portanto, embora a questão mereça uma análise mais profunda e, em todo caso, seja muito difícil obstar que os acordos incluam uma promessa – ainda que informal – de desistência de *habeas corpus*, parece-me, em uma análise inicial, que nos acordos não podem constar cláusulas expressas impondo essa obrigação à defesa.

Em conclusão, como resposta à terceira questão, entende-se que o acordo não pode conter cláusulas expressas que indiquem renúncia genérica ao direito de impetrar *habeas corpus*, por violar o direito fundamental de acesso à Justiça e impossibilitar o devido controle judicial sobre os acordos. Quanto às cláusulas que implicam desistência de impugnações anteriores, embora o tema careça de maior discussão, também entendo que não deveriam ser admitidas, pois podem acabar por forçar que o imputado, para fazer o acordo, desista da discussão de questões que não estão no âmbito de disponibilidade das partes.

6. MATÉRIAS IMPUGNÁVEIS POR MEIO DE *HABEAS CORPUS*

Uma vez que se afirmou que a realização de acordo pelo réu não implica a ausência de interesse de agir e tampouco a desistência ou a renúncia de todo *habeas corpus* relativo ao mesmo procedimento, a última questão que merece atenção diz respeito àquilo que pode ser legitimamente impugnado. Em outras palavras: que matérias podem ser veiculadas por meio da ação de *habeas corpus*?

O ponto de vista a ser considerado para responder a essa pergunta já foi anteriormente mencionado e diz respeito à definição sobre o que está e o que não está à disposição das partes na entabulação dos pactos penais. Como visto, a Justiça Penal, tradicionalmente, era entendida como uma justiça impositiva, baseada na controvérsia entre as partes acerca dos fatos e do Direito aplicável e na imposição pelos julgadores de uma decisão resultante de seu

65. Não se ignora a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca do cabimento de *habeas corpus* em substituição a recursos próprios, mas aqui se admitirá a possibilidade em prol da ilustração.

66. BRASIL. STF, AgRg no HC 104.522, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 04.10.2011.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. O *habeas corpus* como instrumento de controle na justiça penal negociada: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais superiores.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203. ano 32, p. 333-362. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094624]

convencimento acerca da matéria fática e da correta interpretação do Direito; não havia, nessa perspectiva, espaço para transações. A Justiça Negociada veio modificar esse cenário, possibilitando que um pacto entre as partes processuais afete a apuração dos fatos e/ou a consequência jurídica aplicável⁶⁷. No entanto, nem tudo pode ser negociado, havendo matérias que permanecem impostas por lei e que, por isso, devem ser analisadas e decididas pelo Poder Judiciário. O objetivo deste escrito não é realizar uma análise ampla acerca do âmbito de disponibilidade das partes nos acordos – o que pode variar, ademais, de acordo com a espécie de instituto negocial. O que se busca é indicar, de modo exemplificativo, algumas questões que podem e que não podem ser negociadas.

Em primeiro lugar, é certo que todos os acordos pressupõem que estejam atendidas as condições da ação: legitimidade *ad causam*, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e o suporte probatório mínimo (*justa causa*)⁶⁸. Nos acordos que ocorrem depois do início do processo – em especial, a suspensão condicional do processo e, em alguns casos, a colaboração premiada⁶⁹ –, essa exigência é evidente, já que o acordo ocorre posteriormente à denúncia, requerendo, naturalmente, análise pelo julgador das condições da ação quando de seu recebimento. Na suspensão condicional do processo, isso fica bastante claro no art. 89, § 1º, da Lei 9.099/1995, que dispõe que aceita pelo acusado a proposta oferecida pelo Ministério Público junto ao oferecimento da acusação, o juiz, “recebendo a denúncia, poderá suspender o processo”. Porém, mesmo os acordos que ocorrem na fase de investigação – transação penal, acordo de não persecução penal e, em algumas hipóteses, colaboração premiada – não podem atuar como uma punição para casos que, não houvesse pacto, sequer chegariam a ser processados. A lógica dos institutos de justiça negociada é de oferecer um tratamento sancionatório mais favorável aos imputados em troca de uma colaboração voluntária com a administração da Justiça. Desse modo, não podem servir para colocá-los em situações mais gravosas do que estariam na ausência de acordo. É por isso que, ao regular a transação penal, a legislação fez constar que o Ministério Público poderá propô-la “não sendo caso de arquivamento” (art. 76, *caput*, da Lei 9.099/1995). E texto idêntico consta no regramento do acordo de não persecução penal (art. 28-A, *caput*, do CP). Essas disposições deixam claro que não cabe pacto em hipóteses em que não poderia ser oferecida a acusação – nas quais ocorreria, portanto, arquivamento da investigação preliminar⁷⁰. Isso significa que, para ser legítimo o acordo, devem estar atendidas as condições da ação penal.

67. Ver Seção 2, *supra*.

68. Por todos, com pequenas variações quanto ao conteúdo de cada uma delas, ver BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 200 e ss.; PACHELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 89 e ss. Há também autores que propõem condições próprias para a ação penal, distintas das condições da ação do Direito Processual Civil. Ver, p. ex., LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 235 e ss. Para os fins deste artigo, a discussão específica acerca de quais são condições da ação penal não tem maior relevância.

69. Cf. nota 11, *supra*.

70. Nesse sentido, deve ser criticada a prática, comum nas transações penais (art. 76 da Lei 9.099/1995), de proposição de acordos sem prévia verificação da viabilidade da persecução, desconsiderando-se

Assim, não poderá haver acordo se este for realizado por parte ilegítima, por exemplo, se o Ministério Público estadual faz acordo referente a crime federal; se não há interesse de agir, como quando o crime está prescrito; se o pedido for impossível, porque o fato descrito é atípico; ou quando não houver justa causa, por ausência de prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. Havendo entabulação de acordo em qualquer dessas hipóteses, o juiz não deverá homologá-lo e, se o fizer, caberá impugnação para discutir a falta de condição para a ação penal.

Especialmente relevantes, na análise das condições da ação, são os controles sobre o suporte probatório mínimo (justa causa) e sobre o fato ser aparentemente criminoso, bem como acerca da inexistência de causa que afaste a punibilidade. O órgão de acusação, ao propor o acordo, terá que expor o fato atribuído ao imputado com todas as suas circunstâncias, indicar elementos que permitam identificar a autoria e classificar o crime supostamente cometido⁷¹. E, embora não se exija que o fato esteja provado em medida equivalente ao exigido para a condenação, é necessário que seja apresentada base evidenciária mínima, amparada nos elementos colhidos na fase pré-processual, que permita aferir a viabilidade da pretensão, ou seja, deve haver juízo de probabilidade (e não de certeza) acerca da existência do fato e de sua autoria⁷². A descrição de uma situação sem lastro indiciário que a corrobore não permite a realização de acordo; nesse caso, em vez de haver propositura de um pacto, a investigação deve ser aprofundada ou arquivada⁷³.

Ademais, o fato atribuído ao agente deve ser ao menos aparentemente criminoso: ou seja, aparentemente típico, antijurídico e culpável⁷⁴. A tipicidade deve ser analisada em todas as

totalmente as categorias do crime e as exigências mínimas de suporte probatório para imposição de medidas restritivas. Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. Simplificação processual e desprezo ao direito penal. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Orgs.). *Direito penal econômico e da empresa*. Teoria geral da tutela penal transindividual. São Paulo: Ed. RT, 2011. v. 1, p. 344 e ss.

71. Aqui vale, por analogia, o exigido para o oferecimento da denúncia ou da queixa: “A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.” (art. 41, *caput*, do CPP.)
72. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal*..., cit., p. 207 e ss.
73. Nesse sentido, BRASIL. STJ, RHC 55.924, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 14.04.2015: “2. No caso, após a aceitação da proposta de transação penal pelo recorrente, sobreveio o julgamento dos recursos administrativos anulando os autos de infrações que apuraram a prática de infrações ambientais, ante a conclusão de ausência de danos ambientais. 3. [...] desaparecendo os fundamentos fáticos que ensejaram a lavratura do termo circunstanciado, por não existir infração penal ambiental, devem ser afastados os efeitos da proposta de transação penal aceita pelo imputado e homologada por sentença.” Vale destacar que, apesar do provimento por maioria, há relevantes posições vencidas (Min. Néfi Cordeiro e Min. Maria Thereza de Assis Moura), que negavam o cabimento de *habeas corpus* em razão de ter sido extinta a punibilidade pelo cumprimento da transação, de modo que não subsistia perigo à liberdade de locomoção. Apesar de estar de acordo com as posições vencidas no que diz respeito à inadmissibilidade do *writ* no caso, é correta a consideração de mérito de que, na falta de fundamentos fáticos, o acordo é inválido.
74. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*..., cit., p. 237-242. Próximo, BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal*..., cit., p. 201-203.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. O *habeas corpus* como instrumento de controle na justiça penal negociada: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais superiores.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203. ano 32, p. 333-362. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094624]

suas dimensões: objetiva, subjetiva e material. Assim, se estiver claro nos autos que alguém obteve, mediante fraude, vantagem *devida* (ex., pagamento de uma dívida decorrente de contrato lícito), não poderá haver acordo relativo ao crime de estelionato, por ausência da elementar “vantagem indevida” (art. 171, *caput*, do CP)⁷⁵. Da mesma forma, se a situação descrita for de indivíduo que introduziu, por descuido, moeda falsa em circulação, não poderá haver acordo relativo ao crime do art. 289, § 2º, do CP, porque esse crime, por falta de expressa previsão legal, não é punido na modalidade culposa⁷⁶. Por fim, no caso de ilusão de pagamento de tributo relativo à importação de mercadoria no valor de cinco mil reais, não poderá haver pacto relativo ao crime de descaminho (art. 334, *caput*, do CP), em razão da insignificância da ofensa ao bem jurídico⁷⁷. Em todos esses casos, o fato imputado não é aparentemente típico.

A análise poderá ser mais complexa quando disser respeito a excludentes de antijuridicidade ou de culpabilidade, em razão da impossibilidade de dilação probatória no *habeas corpus*⁷⁸. Porém, é certo que não pode haver propositura de pacto quando demonstrado, mediante prova pré-constituída, que o agente atuou em estado de necessidade (p. ex., conduziu sem habilitação em razão de urgência médica) ou é inimputável em razão da idade (menor de 18 anos).

Importante também é a análise acerca da punibilidade. Assim, ilustrativamente, não poderá haver acordo se o crime estiver prescrito ou se, tratando-se de crime de ação penal pública condicionada à representação, há decadência por ausência de manifestação do ofendido ou de representante legal no prazo de seis meses desde que conhecida a autoria da infração (art. 38 do CPP).

Também os pressupostos processuais, no que aplicáveis a cada instituto, devem estar atendidos para que haja propositura do acordo. No que diz respeito aos pressupostos subjetivos, por exemplo, a homologação do acordo não será lícita se o juiz carecer de investidura, não for competente ou for parcial. No que se refere aos pressupostos objetivos, o pacto será inválido se não houver citação válida, regularidade procedimental (p. ex., acordo de não persecução penal que não tenha sido formalizado por escrito ou cuja homologação não tenha ocorrido em audiência com o juiz, em violação aos §§ 3º e 4º do art. 28-A do CPP) ou, ainda, se for constatada a existência de coisa julgada ou litispendência em relação ao objeto do processo⁷⁹.

75. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal* – Parte especial: arts. 155 a 212. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 3, item XVIII.6. Livro eletrônico.

76. Art. 18, parágrafo único, do CP: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.”

77. O Superior Tribunal de Justiça fixou, no Tema Repetitivo 157, o entendimento de que “[i]ncide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.” (BRASIL. STJ, REsp 1.688.878/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 3ª S., j. 28.02.2018.) No mesmo sentido: BRASIL. STF, AgRg no ARE 1.031.579, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 05.04.2019.

78. Recentemente, BRASIL. STJ, AgRg no HC 662.867, rel. Min. Laurita Vaz, 6ª T., j. 19.12.2022; STJ, AgRg no HC 786.745, rel. Min. Messod Azulay Neto, 5ª T., j. 13.12.2022.

79. A aptidão da denúncia, em sentido estrito, apenas será exigida em relação aos acordos que ocorrem depois de seu recebimento. Contudo, viu-se que a descrição detalhada dos fatos, a identificação do

Estão corretas, desse modo, as posições que entendem que a negociação não obsta o imputado de impugnar problemas relacionados às condições da ação e aos pressupostos processuais, pois estes são pré-requisitos para a legitimidade da própria persecução penal, sem a qual não se pode cogitar da validade do acordo. São matérias que não estão, por isso, à disposição das partes, e que devem ser decididas e revisadas pelo Poder Judiciário⁸⁰.

Por fim, caberá proposição de *habeas corpus* para discutir a observância ao regramento legal inerente aos institutos negociais. Nesse sentido, nos institutos inseridos mais recentemente em nosso ordenamento constam disposições expressas acerca do controle judicial sobre a “legalidade e regularidade” do acordo, bem como a respeito da adequação das sanções e dos resultados àqueles previstos em lei (art. 4º, § 7º, I a III, da Lei 12.850/2013), e sobre a não homologação da proposta que “não atender aos requisitos legais” (art. 28-A, § 7º, do CPP). Nos acordos em geral, esse controle de legalidade envolve análise dos requisitos e das sanções, sendo ilícito o acordo que não observa os pressupostos previstos pela legislação ou que estabelece condições sem previsão legal⁸¹.

Como requisito comum às diversas modalidades de acordos – pela própria natureza de negócio jurídico –, está a análise da voluntariedade do imputado, sendo inválido o pacto realizado mediante vício de vontade (p. ex., coação ou lesão) ou sem o devido esclarecimento acerca de suas consequências jurídicas (cf. art. 28-A, § 4º, do CPP, e art. 4º, § 7º, IV, da Lei 12.850/2013). Outra exigência comum é que a entabulação do pacto ocorra com acompanhamento de defensor, sendo inválido o acordo efetivado na ausência de causídico (arts. 79, § 3º, e 89, § 1º, da Lei 9.099/1995; art. 28-A, §§ 3º e 4º, do CPP; arts. 3º-C, § 1º, e 4º, §§ 6º e 7º, da Lei 12.850/2013).

Há, ainda, requisitos específicos. No acordo de não persecução penal, ilustrativamente, é necessário que haja confissão formal e circunstanciada do investigado; a infração penal deve

autor e a classificação do crime são requisitos de qualquer acordo, mesmo os anteriores à instauração do processo, de modo que, para efeitos práticos, não há diferença.

80. Nas palavras do ex-Ministro Nefi Cordeiro, analisando a transação penal e a suspensão condicional do processo, “o particular admite o acordo para evitar a persecução penal, mas não admite pelo acordo a presença das condições legais que seriam [...] pré-requisitos para a persecução” (BRASIL. STJ, HC 495.148, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., j. 24.09.2019 – Voto do Min. Nefi Cordeiro.) No mesmo sentido: “o julgador deve realizar controle sobre a legitimidade da persecução penal, de modo que casos de manifesta atipicidade da conduta narrada, extinção da punibilidade do imputado ou evidente inviabilidade da denúncia por ausência de justa causa acarretem a não homologação da proposta.” (STF, HC 176.785, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 17.12.2019.)
81. A possibilidade de estabelecer benefícios distintos daqueles legalmente previstos é bastante controversa na doutrina e na jurisprudência, especialmente, na colaboração premiada. Recentemente, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça admitiu, por maioria, a fixação de sanções atípicas: BRASIL. STJ, AgRg nos EDcl na Pet n. 13.974/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/acórdão Min. Og Fernandes, CE, j. 05.10.2022. No Supremo Tribunal Federal, há posições em diferentes sentidos. Entendo, contudo, que condições distintas das legalmente previstas são inválidas. Sobre a discussão e os fundamentos dessa posição, com referências, ver DE-LORENZI, Felipe da Costa. Pena criminal, sanção premial e a necessária legalidade dos benefícios da colaboração premiada: aportes para uma teoria geral da justiça penal negociada. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 79, p. 151-183, 2020.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. O *habeas corpus* como instrumento de controle na justiça penal negociada: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais superiores.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203. ano 32, p. 333-362. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094624]

ter pena mínima cominada inferior a quatro anos e não pode envolver violência ou grave ameaça à pessoa, violência doméstica ou familiar e nem ter sido praticada contra a mulher por razões da condição de sexo feminino; exige-se que as condições impostas sejam necessárias e suficientes para reprovação e prevenção da infração; e o beneficiário não pode ser reincidente ou ter cometido conduta criminal habitual, reiterada ou profissional (exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas) ou ter sido beneficiado, nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo. O cumprimento desses requisitos específicos também não está à disposição das partes, sendo matéria imposta por lei e, por isso, passível de impugnação.

Por outro lado, não poderão ser impugnadas questões que estão no âmbito de disponibilidade das partes. Assim, em acordos cuja consequência intrínseca é afastar a análise do mérito e, por consequência, a dilação probatória – transação penal, acordo de não persecução penal e suspensão condicional do processo –, não caberá *habeas corpus* para requerer produção de provas, como a oitiva de testemunhas, ou a decisão judicial, em grau de certeza, acerca do fato imputado⁸². Na colaboração premiada, em que o delator renuncia ao direito ao silêncio e se compromete a dizer a verdade, bem como a narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que têm relação direta com os fatos investigados (arts. 4º, § 14, e 3º-C, § 3º, da Lei 12.850/2013), não se poderá impetrar *habeas corpus* para garantir o exercício do direito de permanecer calado durante o interrogatório ou para que possa omitir certos fatos centrais para a investigação.

Também as condições pactuadas não poderão ser objeto de questionamento, desde que permaneçam dentro das hipóteses legalmente previstas e que não sejam abusivas⁸³. Assim, não se pode questionar o *quantum* da prestação pecuniária negociado em um acordo de não persecução penal se este permanecer dentro dos parâmetros estipulados pelo art. 45 do CP, ou seja, variando de um a trezentos e sessenta salários-mínimos (art. 28-A, IV, do CPP). Também

82. Segundo Santos: “O que não se concebe é a impugnação arrimada, exclusivamente, no inconformismo da defesa técnica com o acordo, porque demonstrará, em Juízo, a inocência do imputado. Nesse caso, sim, faleceria interesse de agir, não apenas sob a ótica da necessidade, como da adequação. À luz da primeira (utilidade), porque exporia o autuado ao risco de uma condenação que entendeu por bem não assumir. Sob o olhar da adequação, porque, em via processual diversa da ação penal condenatória, seria desenvolvida verdadeira atividade probatória originária sobre questões de mérito próprias à última, como existência e autoria delitivas, não raro incompatíveis com o nível cognitivo da própria via eleita, incorrendo em indesejável embaralhamento. A irresignação precisa estar escudada em provas pré-constituídas, sob pena de não conhecimento.” (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Comentários ao pacote anticrime...*, cit., p. 219.)

83. Nesse sentido, a respeito dos recursos em acordos sobre a sentença, Figueiredo Dias entende que, quanto à “questão da sanção, o espaço para um recurso será extremamente limitado: o acordo alcançado sobre os limites máximo e mínimo da pena deve subsistir incondicionalmente; por isso, só a determinação da espécie e da medida (concreta) da pena pode constituir objeto do recurso” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal...*, cit., p. 96.) Em outras palavras, tendo em vista que – na posição do autor – o objeto do acordo sobre a sentença restringe-se aos limites máximo e mínimo da punição, estes não podem ser objeto de questionamento recursal, mas outras questões, fora desse âmbito legítimo de disposição, podem ser impugnadas.

não se poderá impugnar o tempo de duração da prestação de serviços à comunidade, caso atenda ao critério legal de ser equivalente à pena mínima cominada ao crime, reduzida de um a dois terços. No entanto, se tais diretrizes forem desrespeitadas, será possível a impugnação. Também sanções abusivas podem ser impugnadas, como a utilização de placa vexatória em local público com os dizeres “sou corrupto” (em violação ao direito à honra – art. 5º, X, da CF) ou, em um caso extremo, a submissão a castigos corporais (art. 5º, XLVII, da CF).

Em síntese, como resposta à quarta indagação suscitada, compreende-se que podem ser impugnadas as matérias disciplinadas por lei e que, por isso, demandam uma decisão por parte do Poder Judiciário. Em específico – e de modo não exaustivo –, o *habeas corpus* pode tratar de questões ligadas à legitimidade da persecução penal, como as condições da ação e os pressupostos processuais, e ao regramento dos acordos, como a observância dos requisitos (gerais e específicos) e a legalidade das condições estabelecidas.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo por base as reflexões desenvolvidas ao longo do artigo, é possível sintetizar as conclusões obtidas nas seguintes assertivas, que correspondem às respostas apresentadas a cada uma das questões elencadas na introdução:

a) A realização de acordo penal, por si só, não torna sem objeto o *habeas corpus* relativo ao mesmo procedimento penal, desde que concernente à infração penal a que seja cominada pena privativa de liberdade. Em outras palavras, a simples existência de um acordo não afasta o interesse de agir, uma vez que, dada a possibilidade de rescisão, persiste a ameaça à liberdade de locomoção que essa ação autônoma objetiva tutelar, justificando seu cabimento.

b) A celebração do acordo penal não implica, de modo automático, a desistência de *habeas corpus* anteriormente proposto ou mesmo a renúncia a uma impetração futura, uma vez que existem questões que são impostas por lei e que, por isso, não estão à disposição das partes. Assim, não podem ser alcançadas pela manifestação de vontade do imputado, devendo necessariamente ser resolvidas pelo Poder Judiciário, razão pela qual inexistente contradição entre a aceitação do acordo e a sua impugnação. Pela mesma razão, não se pode falar em violação à boa-fé objetiva pela mera proposição do *writ*.

c) O acordo não pode conter cláusulas expressas que prevejam renúncia genérica ao direito de impetrar *habeas corpus*. Esse tipo de disposição viola o direito fundamental de acesso à Justiça e impossibilita o devido controle judicial sobre os acordos. Quanto às cláusulas que implicam desistência de impugnações anteriores, embora o tema careça de uma discussão mais aprofundada, entende-se que também não deveriam ser admitidas, pois podem acabar por forçar que o imputado, para fazer o acordo, desista da discussão de questões que, como repetidamente frisado, não estão no âmbito de disponibilidade das partes.

d) Podem ser impugnadas as matérias impostas por lei e que, por isso, demandam decisão pelo Poder Judiciário. Em específico – e de modo não exaustivo –, o *habeas corpus*, no contexto da justiça penal negociada, pode enfrentar questões ligadas à legitimidade da persecução penal, tais como as condições da ação e os pressupostos processuais, e ao regramento

dos institutos negociais, como a observância de seus requisitos (gerais e específicos) e a legalidade das condições estabelecidas.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. Livro eletrônico.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – Parte especial*: arts. 155 a 212. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 3. Livro eletrônico.
- CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. *Colaboração premiada: lições teóricas e práticas*. 3. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021.
- CAPES, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. In: MOURA, Maria Tereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coords.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada: atualizada pela lei anticrime*. Belo Horizonte: Letramento, 2020.
- DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- DE-LORENZI, Felipe da Costa. Pena criminal, sanção premial e a necessária legalidade dos benefícios da colaboração premiada: aportes para uma teoria geral da justiça penal negociada. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 79, p. 151-183, 2020.
- DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco. A impugnação da colaboração premiada pelo delatado na jurisprudência do STF: uma análise de seus fundamentos e elementos para uma compreensão penal do negócio jurídico. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 347-385, 2021.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.
- DIDIER JR., Freddie. *Curso de direito processual civil*: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017., v. 1 – Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.
- EASTERBROOK, Frank H. Criminal procedure as a market system. *Journal of Legal Studies*, v. 12, n. 2, p. 289-332, jun. 1983.
- EASTERBROOK, Frank H. Plea bargaining as compromise. *Yale Law Journal*, v. 101, p. 1969-1978, 1992.

- FISCHER, Douglas. Apontamentos sobre algumas questões relevantes do acordo de não persecução penal – ANPP. In: SALGADO, Daniel de Resende et al. *Justiça negocial: acordos penais, cíveis e administrativos*. São Paulo: JusPodivm, 2022.
- FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. (Livro eletrônico).
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais – Lei 9.099/1995: abordagem crítica*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. Livro eletrônico.
- GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft: Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.
- JAHN, Matthias. *Zurück in die Zukunft – Die Diskurstheorie des Rechts als Paradigma des neuen konsensualen Strafverfahrens*. Goldammer's Archiv für Strafrecht, v. 151, p. 272-287, 2004.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- MCGREGOR, Joan L. The market model of plea bargaining. *Public Affairs Quarterly*, v. 6, n. 4, p. 385-399, oct. 1992.
- MESSIAS, Mauro. *Acordo de não persecução penal: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. (Livro eletrônico).
- PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina. *Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- PEREIRA, Frederico Valdez. *Justiça negocial, colaboração premiada e boa-fé objetiva*. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *Justiça consensual: acordos penais, cíveis e administrativos*. São Paulo: JusPodivm, 2022.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Simplificação processual e desprezo ao direito penal. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Orgs.). *Direito penal econômico e da empresa*. Teoria geral da tutela penal transindividual. São Paulo: Ed. RT, 2011. v. 1.
- SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Comentários ao pacote anticrime*. São Paulo: Método, 2020. Livro eletrônico.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Vom Tempel zum Marktplatz. Wie die Strafjustiz scheinbar die ökonomische Theorie des Rechts in Praxis, government in governance und Souveränität in Kooperation verwandelt hat*. München: Bayerische Akademie der Wissenschaften, 2013.

- SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. Plea bargaining as contract. *Yale Law Journal*, v. 101, n. 8, p. 1909-1968, 1992.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 64. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 1. Livro eletrônico.
- TULKENS, Françoise. Negotiated justice. In: DELMAS-MARTY, Mireille; SPENCER, John R. *European criminal procedures*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- TULKENS, Françoise; KERCHOVE, Michel van de. La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle, justice négociée? In: GÉRARD, Philippe; OST, François; KERCHOVE, Michel van de (Dir.). *Droit négocié, droit imposé?* Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1996.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
- VELTEN, Petra. § 257c StPO. In: WOLTER, Jürgen. *SK-StPO Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5. ed. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2016. t. V.
- WUNDERLICH, Alexandre. Colaboração premiada: o direito à impugnação de cláusulas e decisões judiciais atinentes aos acordos. In: ASSIS MOURA, Maria Tereza de; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coords.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- ZILLI, Marcos. A justiça disputada e a justiça consensual. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: JusPodivm, 2022.

9. REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

- BRASIL. STF, AgRg no ARE 1.031.579, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 05.04.2019.
- BRASIL. STF, AgRg no HC 104.522, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 04.10.2011.
- BRASIL. STF, HC 88.393, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª T., j. 03.04.2007.
- BRASIL. STF, HC 92.012, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª T., j. 10.06.2008.
- BRASIL. STF, HC 176.785, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 17.12.2019.
- BRASIL. STF, Pet 5.244, decisão monocrática, rel. Min. Teori Zavascki, j. 19.12.2014.
- BRASIL. STJ, AgRg no HC 587.198, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. 08.09.2020.
- BRASIL. STJ, AgRg no HC 662.867, rel. Min. Laurita Vaz, 6ª T., j. 19.12.2022.
- BRASIL. STJ, AgRg no HC 786.745, rel. Min. Messod Azulay Neto, 5ª T., j. 13.12.2022.

BRASIL. STJ, AgRg nos EDcl na Pet n. 13.974/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão Min. Og Fernandes, CE, j. 05.10.2022.

BRASIL. STJ, HC 495.148, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., j. 24.09.2019.

BRASIL. STJ, HC 619.751, decisão monocrática, rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 11.12.2020.

BRASIL. STJ, HC 698.186, decisão monocrática, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. 25.11.2021.

BRASIL. STJ, RHC 55.924, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 14.04.2015.

BRASIL. STJ, RHC 174.870, decisão monocrática, rel. Min. Rogerio Schietti, j. 28.02.2023.

BRASIL. STJ, REsp 1.688.878/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 3ª S., j. 28.02.2018.



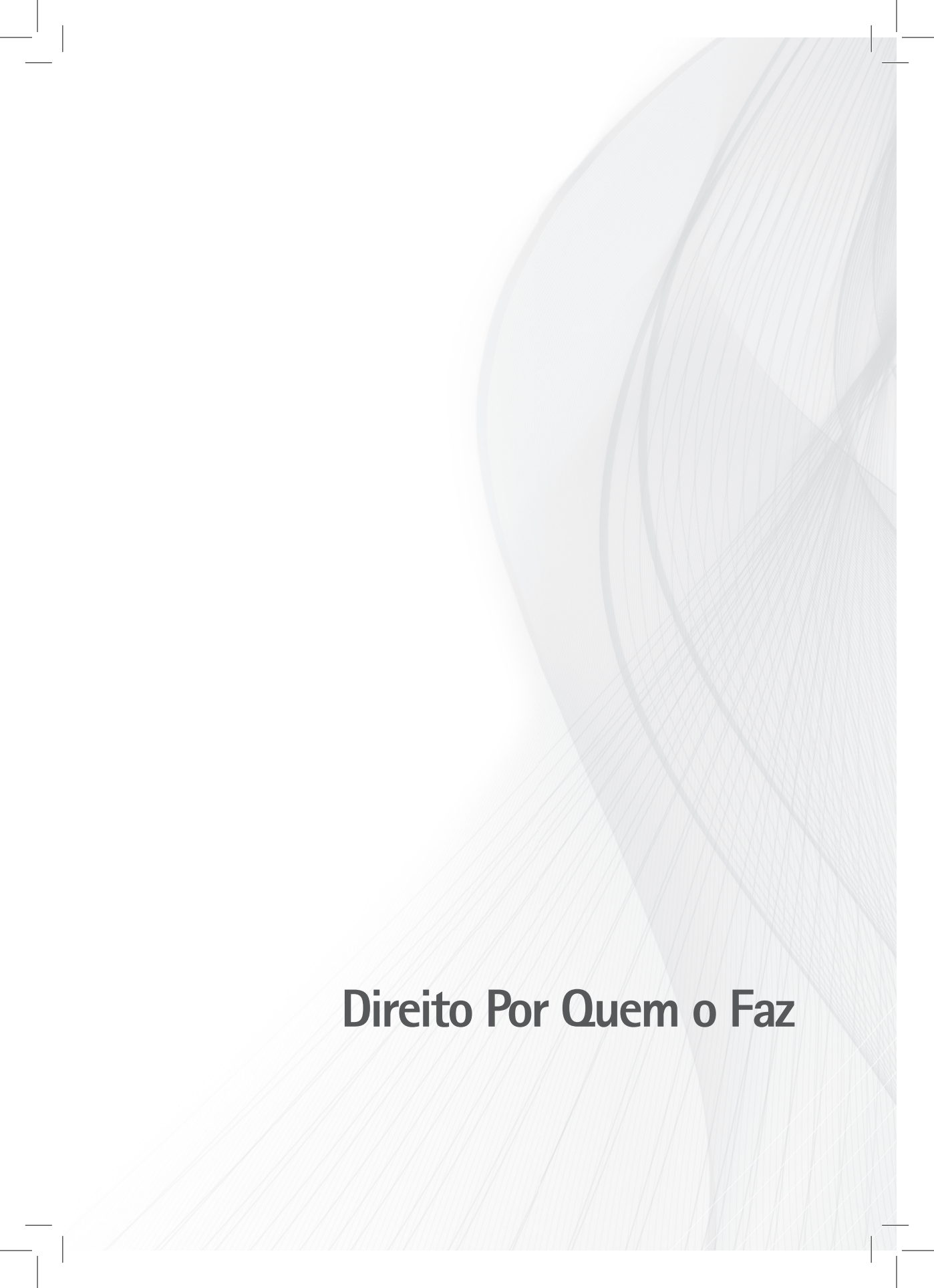
PESQUISAS DO EDITORIAL



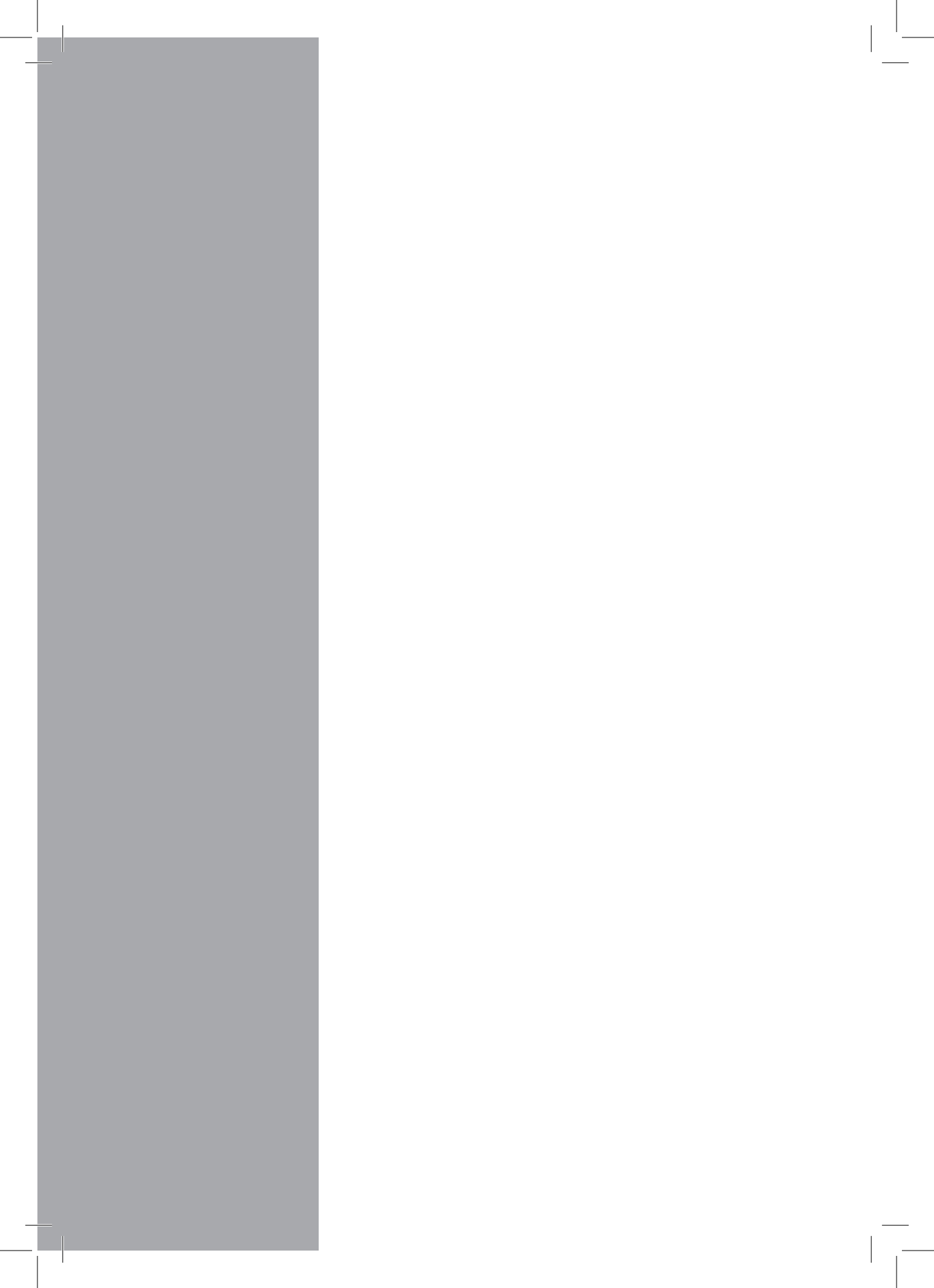
ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Considerações jurídicas para uma regulamentação do *habeas corpus* no Brasil: a observância da autonomia processual constitucional do *habeas corpus* e a experiência do amparo nacional na Argentina, de Fabrício Barbosa Barros – *RBCCrim* 180/113-136;
- *Habeas corpus* na Constituição Federal, de Editorial RT – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 18;
- Liberdade para quem? Existem vieses políticos no julgamento de *habeas corpus* da competência originária do Supremo Tribunal Federal?, de José Mário Wanderley Gomes Neto, Luís Felipe Andrade Barbosa e Rafael Alves de Luna – *RBCCrim* 175/191-210;
- *Plea bargaining*: aproximação conceitual e breve histórico, de André Gomes Ismael, Diaulas Costa Ribeiro e Julio Cesar de Aguiar – *RePro* 263/429-449; e
- Restrições ao exercício de direitos fundamentais pelo infrator nos acordos penais sob a ótica do paternalismo jurídico, de Américo Bedê Freire Junior e Leticia Lemgruber – *RT* 1037/173-193.

The background features a series of overlapping, semi-transparent circles and a dense pattern of fine, curved lines that create a sense of depth and movement. The colors are muted, consisting of various shades of gray and light blue.

Direito Por Quem o Faz



PARECER – DO CONCEITO DE ERRO JUDICIÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO

OPINION – THE CONCEPT OF MISCARRIAGE OF JUSTICE IN BRAZILIAN LAW

RAQUEL LIMA SCALCON

Doutora pela UFRGS (Bolsista Capes) e Mestre pela PUCRS (Bolsista PUCRS). Graduação em Direito pela UFRGS. Autora de obras e artigos no Brasil e no exterior (Alemanha, Argentina, China, Colômbia, Espanha, Peru, Portugal e Turquia). Professora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (Graduação e Pós-Graduação). Estágio Pós-Doutoral na Universidade Humboldt de Berlim, Alemanha (Bolsista Alexander von Humboldt Stiftung).

Lattes: [lattes.cnpq.br/6453281990607428]

ORCID: [orcid.org/0000-0001-9817-9229]

raquelscalcon@gmail.com

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.11094695]

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: O artigo é uma versão adaptada de parecer no qual se discute o conceito de erro judiciário e condenação injusta no direito penal brasileiro, bem como os critérios para sua indenização. Enfrenta, ainda, questão processual relativa à possibilidade de análise do tema pelo Superior Tribunal de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Erro judiciário – Condenação injusta – Indenização.

ABSTRACT: This paper is an adapted version of a legal opinion in which the concept of miscarriage of justice and wrongful conviction in Brazilian criminal law is discussed, as well as the criteria for compensation. It also faces a procedural issue regarding the possibility of analysis of the matter by the Brazilian Superior Court of Justice.

KEYWORDS: Miscarriage of Justice – Wrongful conviction – Claim for Compensation.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da consulta. 3. Do conceito de condenação por erro judiciário no ordenamento jurídico brasileiro. 3.1. Das noções expansiva e restritiva de condenação por erro judiciário. 3.2. Síntese conclusiva e tomada de posição. 4. Da responsabilidade civil extracontratual do Estado por erro judiciário. 4.1. Da natureza objetiva da responsabilidade à luz do art. 5º, inc. LXXV, e art. 37, § 6º, da Constituição Federal. 4.2. Dos requisitos para a configuração da responsabilidade civil extracontratual do Estado por “erro judiciário” no âmbito criminal. 5. Da competência para a condenação do Estado ao ressarcimento dos danos decorrentes de erro judiciário e para a fixação do *quantum debeatur*. 6. Do ARES 2.055.643/SP:

discussão que supera a Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. 7. Da resposta aos quesitos. 8. Referências. 9. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de Parecer decorrente de Consulta a mim formulada pelos Diretores-Fundadores do *Innocence Project* Brasil – os eminentes advogados Dora Cavalcanti, Flavia Rahal e Rafael Tucherman –, para instruir o Agravo em Recurso Especial de 2.055.643/SP, em trâmite perante o Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Tratou-se, na origem, de Recurso Especial apresentado com fulcro no art. 105, inc. III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que, em síntese, teria negado vigência aos artigos 11, 489, § 1º, incisos II e IV, e artigo 1.022, incisos I e II, todos do Código de Processo Civil, bem como ao artigo 630 do Código de Processo Penal e, ainda, aos artigos 186 e 927 do Código Civil. Além disso, o Recurso Especial também argumenta haver relevante dissídio jurisprudencial quanto à interpretação e aplicação do art. 630 do Código de Processo Penal.

2. DA CONSULTA

Brevemente relatado o assunto, esclareço que me foi franqueada cópia integral dos autos do AREsp em questão, com a consequente formulação dos seguintes Quesitos pelo Consulente:

À luz do ordenamento jurídico brasileiro:

- a. Qual seria o conceito de condenação por erro judiciário?
- b. A responsabilidade civil extracontratual do Estado por condenação por erro judiciário é de qual natureza (responsabilidade subjetiva ou objetiva)? A verificação de dolo ou de culpa do agente estatal-judicial é necessária para a responsabilização do Estado?
- c. Qual o juízo competente para (i) condenar o Estado à reparação dos danos decorrentes de erro judiciário e (ii) fixar o *quantum debeatur* devido pelo Estado?
- d. Considerando as respostas aos quesitos *a*, *b* e *c*, no caso examinado no bojo do AREsp 2.055.643/SP (2022/0012654-7), pode-se afirmar que as questões submetidas ao Poder Judiciário superam a Súmula 7¹ do Egrégio Superior Tribunal de Justiça?

Bem examinadas as questões e os documentos que acompanham a presente Consulta, passo a emitir meu Parecer.

1. STJ, Súmula 7 – A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

3. DO CONCEITO DE CONDENÇÃO POR ERRO JUDICIÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Preliminarmente, esclareço que, considerando os limites da Consulta, *não* será examinado o conceito de *erro judiciário* fora da matéria criminal, mas apenas neste preciso campo. Isso posto, indico as duas normas jurídicas do ordenamento que fazem referência expressa à noção de *condenação criminal por erro judiciário*, a saber: (a) art. 5º, inc. LXXV, da Constituição Federal e (b) art. 630 do Código de Processo Penal.

Passo à transcrição de ambas, iniciando pela de maior hierarquia:

“CF 1988. Art. 5º, LXXV - o Estado indenizará o condenado por *erro judiciário*, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença; [...]” (g.n.)

“CPP. Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

§ 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.

§ 2º A indenização não será devida:

a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;

b) se a acusação houver sido meramente privada.”

Como se observa, em nenhuma das regras indicadas supra, há um conceito explícito de erro judiciário. Em realidade, o Código de Processo Penal sequer usa essa locução, mas sim a expressão “erro ou *injustiça* da condenação”, que, por sua vez, oferece alguns indícios do sentido com o qual é empregada.

Uma vez que ausente definição expressa na legislação, não é possível falar em interpretação incontroversa do termo “erro judiciário”. Diante disso, serão aqui examinados dois conjuntos de sentido. O primeiro será denominado noção “expansiva” ou “máxima” de condenação por erro judiciário. Já o segundo será denominado de noção “restritiva” ou noção “mínima” de condenação por erro judiciário.

3.1. Das noções expansiva e restritiva de condenação por erro judiciário

A noção expansiva ou máxima de condenação por erro judiciário é aquela empregada pela nossa mais alta Corte do país quando do julgamento, pela 1ª Turma, do Recurso Extraordinário 505.393/PE (*por maioria*, j. 26.06.2007). Na ocasião, o Ministro Relator, Sepúlveda Pertence, conceituou, à folha 05 de seu voto, condenação por erro judiciário como toda e qual “condenação criminal posteriormente modificada em revisão criminal”. Disse ainda que “a

procedência de uma revisão criminal caracteriza justamente o que o texto normativo chama de erro”².

Essa noção, como se observa, é bastante ampla, porque distancia a ideia de condenação por “erro judiciário” da ideia de “condenação de inocente”, adotando um critério *formal*. É dizer, se a revisão criminal for procedente – independentemente do motivo e fundamento, bem como independentemente dos fatos envolvidos –, haveria, indiscutivelmente, um erro judiciário. Apesar da sua amplitude, trata-se da interpretação que prevaleceu no referido julgado, vencido apenas o Ministro Ricardo Lewandowski, que entendia que a procedência da revisão criminal apenas na maioria dos casos significava, automaticamente, a constatação de que houve condenação por erro judiciário, mas não em todos os casos.

Além disso, tal compreensão expansiva ou máxima engloba, sob o guarda-chuva de condenação por “erro judiciário”, tanto o erro de direito (incidente sobre a aplicação da regra jurídica) quanto o erro de fato (incidente sobre a apreciação de fatos concretos). Um argumento importante, *pro* compreensão expansiva, reside no fato de que a disciplina legal da ação rescisória e da ação de revisão criminal apresenta hipóteses de cabimento que coincidentemente abarcam ambas as situações referidas (tanto erros de direito quanto erros de fato)³.

De outro lado, chamaremos de noção restritiva ou mínima aquela que qualifica como erro judiciário a condenação criminal de alguém (i) ou por um crime que nunca existiu (por exemplo, falsas acusações de assédio) ou (ii) ou por um crime que não cometeu (por exemplo, nos casos de erro de reconhecimento em crimes patrimoniais)⁴. Ou seja, haveria condenação por erro judiciário quando essa condenação fosse cabalmente *injusta*, e a injustiça residiria, exatamente, no fato de que um *inocente* foi condenado. O erro estaria configurado quando, por um engano ou por falsa percepção de *fatos*⁵, o Poder Judiciário chegasse a uma conclusão *objetivamente* equivocada quanto à ocorrência de um crime ou quanto à sua autoria.

Como se observa, essa noção restritiva aproxima a ideia de condenação por “erro judiciário” da ideia de “condenação de inocente”, adotando um critério *material* para reconhecer sua configuração em um caso concreto. Por conseguinte, diversamente da noção expansiva, o fato de se reverter o resultado condenatório para absolutório via revisão criminal não configuraria, *automaticamente*, um erro judiciário. Ilustrativamente, imagine-se alguém condenado por fatos prescritos. A reversão dessa condenação, via revisão criminal, não necessariamente

2. STF, RE 505.393/PE, 1ª T., por maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 26.06.2007.

3. Ver, no Código de Processo Penal, as hipóteses previstas no art. 621 e, no Código de Processo Civil, as hipóteses previstas no art. 966 e ss.

4. Cf. SERRANO JÚNIOR, Odoné. Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento dos serviços judiciários. *Revista dos Tribunais*, v. 746, p. 123-135, dez. 1997. Ver ainda ROCHA, Ruy Albertino Nunes da. A Revisão Criminal (seu conceito, características e fins). *Doutrinas Essenciais do Processo Penal*, v. 5, p. 1259-1273, jul. 2012.

5. Cf. KNOERR, Viviane Sellos; VERONESSE, Eduardo Felipe. O Erro Judiciário e a Responsabilidade Civil do Estado. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-22, jul./dez. 2016. Ver ainda STOCO, Rui. Responsabilidade do Estado por Erro Judiciário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21/1998, p. 91-101, jan./mar. 1998.

significaria “erro judiciário” à luz dessa noção restritiva, porque nada se perquiriu sobre a *inocência* do ex-condenado.

Ainda no contexto da noção restritiva de erro judiciário, há um debate importante sobre a injustiça da condenação ser *absoluta* ou *relativa*. Explica-se. Por vezes, são provas novas, totalmente inacessíveis quando da decisão original (por exemplo, provas baseadas em novas tecnologias), que tornam evidente o equívoco na apreciação dos fatos. Nesta hipótese, alguns consideram que não haveria propriamente um *erro judiciário*, porque, diante do material probatório disponível, a conclusão emitida na decisão judicial era plausível⁶. O erro somente foi constatado *a posteriori*, sendo apenas *relativo*.

Outros, contudo, entendem que a injustiça da condenação é um dado *objetivo e absoluto*. Pouco importaria, portanto, se a decisão judicial emitida era ou não plausível, era ou não aceitável, era ou não razoável, à luz do contexto probatório disponível. Se um inocente foi condenado por fato inexistente ou por fato que não cometeu, o “erro judiciário” estaria *automática e indiscutivelmente* configurado.

Contudo, indaga-se: e se foi o próprio Poder Judiciário que, *ao cercear o direito da defesa de produzir provas*, conduziu a uma incompleta instrução probatória, a qual, por sua vez, teria levado à condenação de um inocente? Nesta hipótese, mesmo os mais exigentes e adeptos de interpretações restritivas não poderiam deixar de reconhecer o “erro judiciário” (no caso, a condenação de um inocente), decorrente de um prévio *error in procedendo*, já que o falho conjunto probatório somente teria levado à condenação de um inocente porque o próprio Poder Judiciário teria impedido o ingresso, ainda tempestivamente, de provas fundamentais à defesa.

3.2. Síntese conclusiva e tomada de posição

Como explicado anteriormente, não há um conceito unívoco de erro judiciário, no âmbito criminal, no direito brasileiro. Entretanto, é fundamental recordar que o dever do Estado repará-lo está positivado no artigo 5º, inc. LXXV, da Constituição Federal de 1988, ao qual corresponde um direito fundamental do cidadão. Normas jurídicas dessa natureza e importância devem, *s.m.j.*, serem interpretadas sempre de modo a conferir-lhes máxima efetividade e abrangência. Por decorrência lógica, quanto mais amplo for o sentido conferido ao termo *erro judiciário*, tanto maior será o conjunto de situações fáticas que configurarão o dever de indenizar do Estado e vice-versa.

Isso não significa que o conceito *expansivo* de “erro judiciário” seja o mais conforme à Constituição, pois a sua adoção irrestrita poderia gerar um efeito rebote, metaforicamente chamado de “apagão das canetas”, relativamente à procedência de revisões criminais. Ou seja, se toda e qualquer revisão criminal procedente configurar, automaticamente, um erro

6. Para José Ricardo Alvarez Viana, o erro judiciário é o oposto da decisão judicial razoável, devendo-se examinar essa razoabilidade à luz do que o julgador tinha à sua disposição quando emitiu a decisão (VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Erro judiciário e sua responsabilização civil*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 306 e ss.).

judiciário, os Tribunais poderão adotar espécie de “jurisprudência defensiva”, que tornará muito remota a chance de procedência da ação à luz de um juízo eminentemente *consequencialista* das Cortes, eventualmente preocupadas com o passivo que gerarão à Fazenda Pública.

Logo, conquanto a noção expansiva, *em teoria*, pareça ser a que confere maior amplitude ao dever do Estado de indenizar (que é cláusula pétrea), a sua adoção irrestrita, na prática, poderá gerar o efeito oposto, tensionando a própria viabilidade de reversão de condenações injustas nos Tribunais brasileiros. Seguramente, não é esse o efeito que a Constituição Federal pretendeu promover.

Por conseguinte, cabe ao Poder Judiciário identificar, entre a noção expansiva (máxima) e a restritiva (mínima), se necessário, um ponto de equilíbrio. Isto é, um conceito de condenação por “erro judiciário” que mais harmonize os diversos bens jurídicos, direitos fundamentais e deveres fundamentais em colisão. Pontuamos que o conceito *restritivo*, que compreende haver “erro judiciário” sempre que se condena alguém (i) por fato que não cometeu (erro quanto à autoria do crime) ou (ii) por fato que não ocorreu (erro quanto à existência do crime) é o *conceito mínimo de erro judiciário*⁷. Qualquer compreensão judicial sobre o conceito de erro judiciário não pode abdicar ou estar aquém desse mínimo. Portanto, é inquestionável a ocorrência de condenação por “erro judiciário” quando um *inocente* foi condenado, mas essa noção não esgota o conceito, podendo haver erro judiciário em diversas outras situações no âmbito de atos jurisdicionais do Poder Judiciário⁸.

Ademais, em se tratando da noção *mínima* de erro judiciário, i.e., *condenação de inocente*, é irrelevante uma avaliação sobre o acervo probatório disponível à época ao(s) julgador(es) que proferiu o decreto condenatório. Isso porque não se está reexaminando a plausibilidade da condenação ou a razoabilidade do que se decidiu, mas apenas se o juízo emitido encontrava ou não, sob um ponto de vista estritamente *objetivo*, amparo/correspondência fática⁹. Logo, toda e qualquer condenação criminal de um *inocente*, ou seja, de alguém por (i) algo que não cometeu ou (ii) algo que nunca aconteceu, seguramente representa, no direito brasileiro, uma condenação por erro judiciário, ainda que – reforça-se – esse conceito *não* possa nisso se esgotar. Pouco importando, repita-se, o acervo probatório disponível à época da condenação.

7. Cf. SERRANO JÚNIOR, Odoné. Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento dos serviços judiciários. *Revista dos Tribunais*, v. 746, p. 123-135, dez. 1997 e cf. ROCHA, Ruy Albertino Nunes da. A Revisão Criminal (seu conceito, características e fins). *Doutrinas Essenciais do Processo Penal*, v. 5, p. 1259-1273, jul. 2012.
8. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci sustenta que “o conceito de erro judiciário deve transcender as barreiras limitativas da sentença condenatória impositiva de pena privativa de liberdade, para envolver toda e qualquer decisão judicial errônea, que tenha provocado evidente prejuízo à liberdade individual ou mesmo à imagem e à honra do acusado” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1258).
9. No mesmo sentido, é a compreensão de Ruy Rocha, para quem “existe erro judiciário quando circunstância superveniente revela ter o Poder Judiciário chegado a uma conclusão falsa, quanto ao fato ou sua autoria; pode, ainda, existir erro judiciário quando uma sentença chega a uma conclusão falsa, ou atribuindo a alguém a responsabilidade de um fato criminoso, quando as provas do processo a tanto não autorizam” (ROCHA, Ruy Albertino Nunes da. Op. cit., p. 1264 e ss.).

Isso esclarecido, passa-se ao próximo item deste Parecer, analisando-se os requisitos para a configuração da responsabilidade civil extracontratual do Estado por erro judiciário. A avaliação recairá, sobretudo, na natureza *objetiva* (independente de dolo ou culpa do agente estatal) ou *subjetiva* (dependente de dolo ou culpa do agente estatal) da responsabilidade em questão.

4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR ERRO JUDICIÁRIO

4.1. *Da natureza objetiva da responsabilidade à luz do art. 5º, inc. LXXV, e art. 37, § 6º, da Constituição Federal*

Como pontuado anteriormente, a depender do conceito de *erro judiciário* adotado, nem toda revisão criminal procedente significará, automaticamente, a constatação de um erro judiciário. Contudo, a condenação de um inocente representa, necessariamente, um erro judiciário. Ainda, nem todo erro judiciário gerará, automaticamente, uma correlata responsabilidade civil extracontratual do Estado¹⁰. Isso porque a constatação de um erro judiciário é, sim, um requisito necessário, mas não suficiente para a configuração do dever de indenizar por parte do Estado, sendo ainda preciso demonstrar a extensão do dano, conforme se argumentará a seguir.

De início, salienta-se que a discussão sobre ser a responsabilidade civil extracontratual do Estado de ordem *objetiva* ou de ordem *subjetiva* somente é aqui cogitável, porque se trata de *ato jurisdicional emanado do Poder Judiciário*. É, pois, absolutamente fora de dúvida na doutrina e na jurisprudência que a Constituição Federal de 1988 consagrou, expressamente quanto a atos da *Administração Pública Direta e Indireta* (e de delegatários de serviço público), a *responsabilidade objetiva*, isto é, aquela embasada na chamada *teoria do risco administrativo*¹¹.

Tal teoria consiste na ideia de que cabe ao Estado indenizar o cidadão independentemente de qualquer culpa ou falta na sua atuação ou na prestação de serviços públicos. Quando a responsabilidade civil do Estado é dita *objetiva*, há obrigação de indenizar por quaisquer condutas (ações ou omissões) estatais, desde que elas tenham gerado dano na “esfera juridicamente protegida de outrem”¹².

Nesse contexto, a questão de se perquirir se o agente estatal agiu dolosa ou culposamente é um problema de ordem *interna* para o Estado – eventual ação de *regresso* (responsabilidade

10. Cf. KNOERR, Viviane Sellos; VERONESSE, Eduardo Felipe. O erro judiciário e a Responsabilidade Civil do Estado. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-22, jul./dez. 2016.

11. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 996 e ss.; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 1291. Ver ainda SERRANO JÚNIOR, Odoné. Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento dos serviços judiciais. *Revista dos Tribunais*, v. 746, p. 123-135, dez. 1997.

12. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 996 ss.

subjetiva do agente estatal perante o próprio Estado) –, que, todavia, não deve ser avaliado na relação Estado – cidadão (responsabilidade objetiva do Estado perante seus cidadãos).

É o que claramente se depreende do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Todavia, segue ainda em disputa se tal norma constitucional que consagra a responsabilidade objetiva do Estado à luz da teoria do risco administrativo alcançaria atos jurisdicionais emanados do Poder Judiciário – e em que medida (se parcialmente ou se integralmente). Não há dúvida de que parcela majoritária da doutrina pátria se manifesta, em sua maioria, favoravelmente à superação de teses que sustentam uma espécie de absoluta *irresponsabilidade* do Estado pela má prestação de serviços judiciários¹³.

Fato é que, conquanto possa haver ainda debate sobre o tema, a Constituição Federal optou por expressamente resolver parcela do problema, ao incluir, entre os direitos e garantias fundamentais, a regra que consagra o dever Estatal de indenizar o cidadão em casos de erro judiciário e de prisão que exceda o tempo fixado em decisão judicial, que assim dispõe: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” (CF, art. 5º, LXXV).

Seja por um critério *topográfico* (o fato de que se localiza dentre as cláusulas pétreas)¹⁴, seja por um critério *sistemático* (a necessária interpretação conjunta e harmônica desta regra com a do art. 37, § 6º, CF), o art. 5º, LXXV, CF, deve ser lido como uma cláusula geral de *extensão* da regra do art. 37, § 6º, CF. Significa dizer que, embora se possa discutir a incidência do art. 37, § 6º, CF, sobre *toda e qualquer* ato jurisdicional do Poder Judiciário, essa incidência é assegurada e garantida constitucionalmente em se tratando de condenação criminal decorrente de *erro judiciário*¹⁵.

13. Nesse sentido, ver ilustrativamente SERRANO JÚNIOR, Odoné. Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento dos serviços judiciários. *Revista dos Tribunais*, v. 746, p. 123-135, dez. 1997; DERGINT, Augusto do Maral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. *Revista dos Tribunais*, v. 710, p. 225-230, dez. 1994; KNOERR, Viviane Sellos; VERONESSE, Eduardo Felipe. O erro judiciário e a Responsabilidade Civil do Estado. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-22, jul./dez. 2016 e ROCHA, Ruy Albertino Nunes da. Op. cit., p. 1264 e ss.
14. Conforme Rui Stoco, trata-se de verdadeira *garantia fundamental do cidadão* (STOCO, Rui. Responsabilidade do Estado por Erro Judiciário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, p. 91-101, jan./mar. 1998).
15. Dergint inclusive considera outras hipóteses de responsabilidade objetiva do Poder Judiciário, a saber: (i) *erro judiciário (penal e civil)*, (ii) *denegação de justiça* e (iii) *demora na prestação da tutela jurisdicional*, para além da responsabilidade subjetiva quando há dolo e culpa do magistrado (DERGINT, Augusto do Maral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. *Revista dos Tribunais*, v. 710, p. 225-230, dez. 1994).

Inclusive, há inúmeros julgados da mais alta Corte do país que assim reconhecem, os quais são – de modo não exaustivo – a seguir indicados:

“Erro judiciário. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Direito à indenização por danos morais decorrentes de condenação desconstituída em revisão criminal e de prisão preventiva. CF, art. 5º, LXXV. CPP, art. 630. 1. O direito à indenização da vítima de erro judiciário e daquela presa além do tempo devido, previsto no art. 5º, LXXV, da Constituição, já era previsto no art. 630 do C. Pr. Penal, com a exceção do caso de ação penal privada e só uma hipótese de exoneração, quando para a condenação tivesse contribuído o próprio réu. 2. A regra constitucional não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme o art. 37, § 6º, da Lei Fundamental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelece que, naqueles casos, a indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado. 3. O art. 5º, LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário *stricto sensu*, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça” (RE 505.393, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª T., por maioria, j. 26.06.2007, *DJe* 04.10.2007).

“DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. [...]. O acórdão recorrido decidiu em consonância com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmada no sentido de que o ‘[...] art. 5º, LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário *stricto sensu*, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça’ (RE 505.393/PE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., *DJ* 05.10.2007). Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido” (STF, AI 842.715 AgR, rel. Min. Rosa Weber, 1ª T., j. 12.08.2014).

Destacamos, nesse contexto, recente caso de Relatoria do Exmo. Ministro Gilmar Mendes, no qual o Estado de Pernambuco questionava o fato de se ter reconhecido o dever estatal de indenizar, *em razão de ato jurisdicional*, com base na ideia de responsabilidade objetiva. Para o recorrente, como não havia sido provado qualquer dolo ou culpa do magistrado, muito menos abuso de poder relativamente ao ato de jurisdição emanado, o Estado não poderia ter sido responsabilizado¹⁶.

Na ocasião, o então Relator, Ministro Gilmar Mendes, foi bastante enfático em seu Voto, sustentando que

“[...] o acórdão recorrido não diverge da jurisprudência pacífica desta Corte, segundo a qual, mesmo a regra geral sendo de ausência de responsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, em casos específicos, expressamente declarados em lei, de comprovada falta

16. STF, ARE 662.105 AgR, rel. Ministro Gilmar Mendes, 2ª T., unânime, j. 27.10.2015.

objetiva do serviço público da Justiça, caberá ao Estado a efetiva reparação do dano suportado pelo administrado. Isso porque, nesses casos, a indenização é uma garantia individual e não se submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado. Nesse sentido, cito o RE 505.393, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJe 5.10.2007 [...].”

Como se observa, a “jurisprudência pacífica” da Corte Suprema seria a de que, embora haja uma irresponsabilidade geral do Poder Judiciário quanto a atos jurisdicionais, salvo no caso de dolo ou culpa, em se tratando especificamente de erro judiciário, a situação é diversa. Neste caso, a responsabilidade é objetiva por expressa determinação constitucional. Isso porque o art. 5º, inc. LXXV, da CF seguramente

“[...] não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme o art. 37, § 6º, da Lei Fundamental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelece que, naqueles casos, a indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado”¹⁷ (STF, RE 505.393, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª T., por maioria, j. 26.06.2007).

Note-se que a divergência existente no bojo do Recurso Extraordinário 505.393, recém citado, não dizia respeito à natureza da responsabilidade estatal por erro judiciário. Quanto a esse ponto, havia consenso na adoção da teoria do risco administrativo (responsabilidade objetiva). O dissenso residia tão somente no conceito de erro judiciário. Isso porque, como já explicado antes, o Ministro Relator, Sepúlveda Pertence, adotou uma noção *expansiva* de erro judiciário, considerando a sua configuração sempre que houvesse o provimento de uma revisão criminal e a consequente *desconstituição* de um decreto condenatório. Já o Ministro Ricardo Lewandowski, único que divergiu, defendeu a adoção de um conceito mais *restritivo* de erro judiciário, considerando que a mera reversão da condenação não seria o mesmo que a configuração de um *erro judiciário*.

Por conseguinte, como argumentado e explicado anteriormente, ainda que discutível a estrutura da atribuição de responsabilidade civil extracontratual do Estado relativamente a todos os atos jurisdicionais, ao menos em situações de *erro judiciário*, ela é, por expressa escolha constitucional, de ordem *objetiva*. É absolutamente prescindível, pois, para sua configuração, a comprovação de dolo ou de culpa do agente estatal, bastando a configuração de condenação injusta por erro judiciário, com a consequente geração de dano ao cidadão.

É justamente essa conclusão que se observa na já clássica doutrina de Serrano Júnior¹⁸, para quem o Estado responde:

17. STF, RE 505.393, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª T., por maioria, j. 26.06.2007.

18. Conforme argumenta: “diretamente pelos danos decorrentes do mau funcionamento dos serviços judiciários, devendo prestar às vítimas a justa reparação dos prejuízos materiais e morais decorrente, tendo ação de regresso em face do agente judiciário, nos casos de dolo e culpa, consoante comando constitucional do art. 37, § 6, da Constituição Federal” (SERRANO JÚNIOR, Odoné. Responsabilidade

“[...] diretamente pelos danos decorrentes do mau funcionamento dos serviços judiciários, devendo prestar às vítimas a justa reparação dos prejuízos materiais e morais decorrente, tendo ação de regresso em face do agente judiciário, nos casos de dolo e culpa, consoante comando constitucional do art. 37, § 6, da Constituição Federal.”

Pois bem. Muito embora a Constituição Federal não tenha condicionado o dever do Estado indenizar o condenado por “erro judiciário” à comprovação de dolo ou de culpa do agente público, a legislação infraconstitucional previa, antes da nova ordem constitucional, duas situações – de ordem objetiva – que aparentemente excluiriam esse dever de indenizar. Essas duas situações constam das alíneas *a* e *b* do § 2º do artigo 630 do Código de Processo Penal, nos seguintes termos:

“Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

§ 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.

§ 2º A indenização não será devida:

- a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impenetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;
- b) se a acusação houver sido meramente privada.”

Após uma leitura atenta de ambas, considera-se bastante questionável a recepção, pela Constituição Federal, das alíneas, sobretudo da alínea *b*. O fato de se tratar de ação penal privada ou de ação penal pública não parece modificar a responsabilidade estatal, na medida em que a conduta considerada, em se tratando de condenação por “erro judiciário”, é a do Poder Judiciário, não a do órgão acusatório. Logo, tanto em ações penais de iniciativa pública quanto em ações penais de privada é possível haver a condenação de inocentes (*noção mínima de erro judiciário*, conforme apresentada na seção 1.2 deste Parecer), ainda que a gravidade da condenação injusta e a consequente dimensão do dano possam, estas sim, variar¹⁹.

Quanto à alínea *a*, ela seria, sim, compatível com a Constituição, desde que devidamente submetida à técnica de interpretação conforme. Evidentemente, se a confissão do condenado foi obtida sob tortura estatal, por exemplo, ou se ele foi coagido, também pelo Estado, a ocultar provas, não faria sentido excluir seu direito à indenização por “erro judiciário”. O que se pretende evitar com tal regra infraconstitucional é que réus intencionalmente induzam o Poder Judiciário a erro e, posteriormente, busquem indenizações por condenações indevidas.

civil do Estado pelo mau funcionamento dos serviços judiciários. *Revista dos Tribunais*, v. 746, dez. 1997. p. 130).

19. Em sentido similar, ver BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 1021.

Conforme pontua BADARÓ, tal alínea do art. 630, § 2º, é dispositivo que:

“[...] decorre do princípio da causalidade, com a consequência de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. Mesmo assim, a vedação somente subsiste no caso de culpa ou dolo exclusivo do condenado, com excludente da responsabilidade objetiva do Estado.”²⁰

Portanto, tais hipóteses infraconstitucionais de exclusão do dever Estatal de indenizar devem ser analisadas com grande cuidado, sendo questionável a sua integral recepção pela atual ordem constitucional.

Como conclusão, tem-se que (i) a responsabilidade civil extracontratual do Estado por condenações criminais decorrentes de “erro judiciário” é de natureza objetiva, por expressa determinação constitucional (art. 5º, inc. LXXV, c/c art. 37, § 6º), *prescindindo*, para sua configuração, de uma conduta dolosa ou culposa do agente público; (ii) o dever estatal de indenizar o condenado, à luz do § 2º do art. 630 do Código de Processo Penal (no que foi recepcionado), somente seria afastado caso o erro fosse imputável *única e exclusivamente* ao próprio condenado, que maliciosamente teria iludido o Poder Judiciário; (iii) mesmo condenações criminais decorrentes de erro judiciário ocorridos no bojo de ações penais de iniciativa privada seriam indenizáveis, uma vez que a alínea *b* do § 2º do art. 630 do Código de Processo Penal *não foi recepcionada* pela Constituição Federal de 1988.

4.2. *Dos requisitos para a configuração da responsabilidade civil extracontratual do Estado por “erro judiciário” no âmbito criminal*

Estabelecidas algumas premissas fundamentais nas seções anteriores, passa-se ao exame dos requisitos para a configuração da responsabilidade estatal em questão, em se tratando de jurisdição criminal.

O primeiro deles seria a *constatação de dano indenizável* na esfera juridicamente protegida de terceiros (cidadãos); o segundo seria a *ocorrência de condenação por erro judiciário* (conduta – ação ou omissão – de agente estatal), *desde que o erro não tenha sido causado exclusivamente pelo próprio condenado*, o terceiro e último seria a *existência de uma relação de nexos causal entre o dano e o erro judiciário*, ou seja, o erro gerou o dano²¹. Como explicado, em se tratando de responsabilidade objetiva, a atuação dolosa ou culposa do agente estatal *não* é requisito nem pressuposto para a configuração do dever de indenizar o dano causado ao cidadão, tratando-se de questão *interna corporis* (i.e., um

20. Idem.

21. No mesmo sentido, Justen Filho considera que, em se tratando de responsabilidade objetiva do Estado, três seriam os requisitos: (i) dano material ou moral sofrido por alguém; (ii) ação ou omissão imputável ao Estado; (iii) nexos de causalidade entre o dano e a ação ou omissão estatal (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 1291).

problema exclusivo da relação entre o Estado e o seu agente, sendo possível, se o caso, ação de regresso)²².

Ademais, é importante salientar que existem inúmeras discussões sobre a prova e a quantificação do dano, bem como inúmeras teorias sobre o nexo causal. Esses temas, pelos limites da Consulta formulada, não serão aqui abordados. É também relevante pontuar que, em se tratando de condenação criminal decorrente de “erro judiciário”, a constatação de um dano indenizável ao injustamente condenado não pode demandar grande esforço, porque geralmente atrelada (i) ao esfacelamento de relações familiares; (ii) à perda do emprego e da vida social; (iii) à exposição midiática; (iv) à prisão injusta, entre tantos outros fatos danosos.

Portanto, em regra, o que é preciso investigar, nesta hipótese, é a *extensão* do dano e sua consequente *quantificação*, não a existência do dano em si, que beira a autoevidência em caso de condenações criminais de inocentes por fatos que não cometeram ou por fatos que nunca ocorreram. Justamente por isso, Badaró corretamente pontua que, diante de erro judiciário, o “dano moral é inegável, não sendo possível imaginar uma só situação em que não haverá sofrimentos extremos para quem foi injustamente condenado”²³.

Isso esclarecido, passa-se ao próximo item deste Parecer, analisando-se qual seria o juízo competente para a condenação do Estado à reparação dos danos decorrentes de erro judiciário e (ii) a fixação do *quantum debeatur* devido pelo Estado.

5. DA COMPETÊNCIA PARA A CONDENAÇÃO DO ESTADO AO RESSARCIMENTO DOS DANOS DECORRENTES DE ERRO JUDICIÁRIO E PARA A FIXAÇÃO DO *QUANTUM DEBEATUR*

A correção de um “erro judiciário” não é o mesmo que a reparação de danos dele decorrentes²⁴. Em outras palavras, a mera procedência da revisão criminal, com a reversão do *status* de condenado para o de absolvido, não *repara* automaticamente o prejuízo causado ao cidadão em caso de condenação por erro judiciário.

Justamente por isso, o legislador pátrio teve o cuidado de *possibilitar*, ou seja, *facultar* ao peticionário que cumule pedidos de *diversas naturezas* na revisão criminal, de modo a dar celeridade à concretização da pretensão indenizatória – facultando a conjugação da *correção* do erro com *reparação* do dano. É justamente isso o que dispõe o § 1º do art. 630 do Código de Processo Penal:

“O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

22. Cf. KNOERR, Viviane Sellos; VERONESSE, Eduardo Felipe. Op. cit.

23. Cf. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 1021.

24. Cf. STOCO, Rui. Responsabilidade do Estado por Erro Judiciário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, p. 91-101, jan./mar. 1998.

§ 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.”

Do que decorre que a eficácia preponderante da ação revisional será sempre *constitutiva negativa*, uma vez que se postula, com ela, a *desconstituição* de anterior condenação criminal no todo ou em parte. Todavia, esse pedido *pode ser* ladeado por outros cujas eficácias preponderantes serão *declaratória* e *condenatória*, uma vez que é facultado ao peticionário, desde o início, já postular (i) o reconhecimento do erro judiciário e (ii) a consequente condenação do Estado ao ressarcimento dos prejuízos dele decorrentes, ainda que o *montante* (o *quantum debeatur*) tenha de ser liquidado em juízo cível.

Neste preciso ponto, é bom relembrar que, caso se adote um conceito *restritivo* ou *mínimo* de erro judiciário, tal como apresentado na seção 1 deste Parecer, a procedência da revisão criminal *não* significará sempre e automaticamente o reconhecimento de um erro judiciário, tratando-se de noções diversas. Nesse exato sentido, sustenta Rui STOCO que “o fato de haver reversão do resultado condenatório para absolutório não significa que o tribunal tenha reconhecido o erro judiciário”²⁵.

Justamente por essa razão, Rui Stoco explica que, quando, além da procedência da ação revisional (eficácia constitutiva negativa), já houver o reconhecimento do erro judiciário (eficácia declaratória), bem como a condenação do Estado ao pagamento de indenização (eficácia condenatória), tal provimento fará coisa julgada no cível, constituindo verdadeiro título executivo judicial²⁶. Nesta precisa hipótese, caberá, portanto, ao juízo cível, apenas fixar o valor da indenização (o *quantum debeatur*).

Entretanto, indaga-se: do ponto de vista da estratégia processual, será a revisão criminal o *locus* mais adequado – e mais promissor – para conjugar todos esses pedidos? Dito de outro modo, as chances de se desconstituir uma condenação criminal transitada em julgado não serão reduzidas ou prejudicadas caso o peticionante cumule uma subsequente pretensão indenizatória? Por certo, a *correção* do erro (com consequente reversão da condenação criminal) antecede, logicamente, a *reparação* dos danos dele decorrentes (condenação do Estado a indenizar).

Sendo assim, a regra do art. 630 do Código de Processo Penal seguramente não obriga o peticionante a cumular pedidos diversos na ação de revisão criminal, mas apenas lhe oferece essa *faculdade*, que pode ou não ser exercida, conforme seu juízo de conveniência e de oportunidade. Portanto, há uma competência *concorrente* entre o juízo criminal e o juízo cível relativamente à condenação do Estado à reparação dos danos decorrentes de erro judiciário.

Caberá única e exclusivamente ao peticionário *escolher* a via mais adequada à sua tutela jurisdicional. Por conseguinte, caso ele prefira *não* pleitear a indenização no requerimento da

25. Cf. STOCO, Rui. Responsabilidade do Estado por Erro Judiciário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, jan./mar. 1998. p. 95 ss.

26. Cf. STOCO, Rui. Responsabilidade do Estado por Erro Judiciário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, p. 91-101, jan./mar. 1998.

revisão criminal, nenhuma regra jurídica o impede de fazê-lo mais tarde, por meio de ação competente no juízo cível. Afirmar o contrário seria criar uma espécie de decadência do direito de ação não prevista em lei alguma²⁷.

Ademais, essa é o firme entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça. Em recente decisão monocrática – emanada justamente porque a questão já é consolidada – o eminente Ministro Relator, Og Fernandes, decidiu por “afastar a incompetência do juízo cível para a ação indenizatória por erro judiciário subsequente a revisão criminal julgada procedente”²⁸. Nesse sentido, afirmou, quanto ao art. 630 do Código de Processo Penal, que

“[...] para a origem, a competência para a análise do erro criminal é exclusiva do juízo penal. Compreendo, porém, que sem razão. É que a previsão do art. 630 do CPP não tem o condão de esvaziar a regra geral de responsabilidade civil estatal. [...] Ao contrário, a reforça, facultando ao indevidamente condenado abreviar o itinerário processual para obter, de uma vez, o reconhecimento simultâneo dos efeitos da falha judicial no âmbito penal (absolvição) e cível (indenização), desaguando, de imediato, na liquidação dos danos, esta, sim, necessariamente em cível.”²⁹

Ainda no bojo do referido Recurso Especial, o eminente Ministro Relator referiu que

“[...] note-se que esta Corte processa e julga causas similares com alguma frequência, embora sem se debruçar sobre o ponto específico. E o faz tanto pela Seção Criminal, quanto pela de Direito Público. Tudo varia da pretensão veiculada pela parte. Naqueles feitos, trata-se de pleito manifestado conjuntamente em revisão criminal; nestes, como no presente, de feitos subsequentes ao juízo de revisão criminal.”³⁰

Oportuniza-se, neste contexto, a menção ao julgamento do REsp 1.243516/SP, 5ª Turma (Competência Criminal), de Relatoria do eminente Ministro Reynaldo Soares da Fonseca³¹. Na ocasião, deu-se provimento ao Recurso Especial para,

“[...] reconhecendo o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos pelo recorrente, em razão de ter sido considerado indevidamente reincidente, determinar a apuração do quantum indenizatório correspondente pelo Juízo Cível (CPP, art. 630, § 1º).”

O caso é importante por diversos motivos. A um, porque adota um conceito de erro judiciário que vai além da condenação de um inocente (ou seja, que supera o conceito mínimo), já

27. Cf. AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Forense, 1973. v. 2. p. 280.

28. STJ, AREsp 2.027.885/SP, rel. Min. Og Fernandes, 2ª T., decisão monocrática publicada em 03.06.2022.

29. Idem.

30. STJ, AREsp 2.027.885/SP, rel. Min. Og Fernandes, 2ª T., decisão monocrática publicada em 03.06.2022.

31. STJ, REsp 1.243.516, 5ª T., rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, unânime, j. 22.09.2016.

que, no caso, o problema foi a indevida consideração de condenação passada como agravante de reincidência quando da dosimetria da pena. A dois, porque afirma que também o juízo criminal é competente para o conhecimento de erro judiciário e do dever de indenizar, não apenas o cível (ou seja, parte-se do pressuposto de que a regra é a *competência cível*, não a criminal). A três, porque o STJ diretamente reconheceu a ocorrência de erro judiciário no caso em questão, bem como determinou o dever estatal de indenizar, apenas delegando à instância *a quo* a fixação do *quantum debeatur*. Ou seja, não se entendeu, no caso, que a discussão proposta no Recurso Especial estava bloqueada pela Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça (o ponto é relevante para o exame do Quesito *d* formulado na Consulta).

Logo, como se observa, o art. 630 do Código de Processo Penal serve para *ampliar* as vias processuais disponíveis para a obtenção da reparação, criando uma competência concorrente, jamais para restringir os instrumentos processuais disponíveis ao cidadão. Não há, pois, nenhum dever dirigido ao autor da revisão criminal de nela já discutir a questão do erro judiciário e da sua reparação. Nesse exato sentido, afirma Gustavo Badaró que “o condenado, na revisão criminal, poderá cumular pedido de indenização (CPP, art. 630, *caput*). Todavia, não o fazendo por ocasião da revisão, não ficará impedido de fazê-lo, posteriormente, no juízo cível”³².

De outro lado, apenas o juízo criminal pode *desconstituir* anterior condenação criminal e somente o juízo cível pode *liquidar* o dano decorrente do erro judiciário, que deverá ser ressarcido pelo Estado. Apenas nesses precisos âmbitos, efetivamente não há competência concorrente, mas competência exclusiva de cada juízo.

Ante o exposto, à guisa de conclusão, afirma-se que: somente o juízo criminal poderá desconstituir condenação penal (eficácia constitutiva negativa), tratando-se de competência *exclusiva*. Contudo, tanto o juízo criminal quanto o juízo cível são competentes a condenar o Estado à reparação dos danos decorrentes de erro judiciário (eficácia condenatória). Trata-se, pois, de competência *concorrente*. Já a liquidação do dano, em qualquer dos casos, com a consequente fixação do *quantum debeatur*, é competência *exclusiva* do juízo cível.

Isso esclarecido, passa-se ao próximo item deste Parecer, a saber: considerando as respostas aos quesitos *a*, *b* e *c*, no caso examinado no bojo do AREsp 2.055.643/SP (2022/0012654-7), pode-se afirmar que as questões a serem enfrentadas no referido recurso superam a Súmula 7 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça?. É o que se passa a avaliar.

6. DO ARESP 2.055.643/SP: DISCUSSÃO QUE SUPERA A SÚMULA 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A fim de responder ao último Quesito, é necessário analisar os pedidos formulados no bojo do Agravo em Recurso Especial de 2.055.643/SP.

32. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 1020.

Salienta-se que há dois pedidos alternativos no referido AREsp. Inicia-se com o primeiro, no qual se postula a *cassação* de acórdão proferido, no bojo de Embargos de Declaração, pela 11ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, com a emissão de outro em seu lugar.

Este pedido de cassação está amparado na alegada violação aos artigos 11³³, 489, § 1º, inc. II e IV³⁴, e 1.022, incisos I e II³⁵, todos do Código de Processo Civil, os quais dizem respeito (i) à exigência de fundamentação das decisões judiciais e (ii) às hipóteses de cabimento de Embargos de Declaração à luz do CPC de 2015. O recorrente, neste ponto, argumenta que os acórdãos recorridos, emanados pelo E. TJSP, são *insuficientemente fundamentados, além de omissos e de contraditórios* quanto (i) à questão da responsabilidade objetiva do estado por atos jurisdicionais (no caso, por erro judiciário e prisão indevida) e quanto (ii) à questão da competência (se exclusivamente criminal ou se concorrente com o juízo cível) para o reconhecimento e apreciação da responsabilidade civil extracontratual do Estado por erro judiciário.

Para o recorrente, tais defeitos do provimento judicial não foram sanados mesmos após a apresentação do recurso adequado a tanto, qual seja, Embargos de Declaração, persistindo até hoje. É por essa razão que postula a cassação do acórdão dos Aclaratórios, para que outro seja proferido em seu lugar, com a efetiva integração do acórdão principal, emanado no bojo do Recurso de Apelação submetido à 11ª Turma de Direito Público do E. TJSP.

Como é cediço, não há que se falar em violação à Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça quando em questão pedido de cassação do acórdão *a quo*, porque insuficientemente fundamentado e porque omissos e contraditórios, com violação aos artigos que disciplinam o dever de fundamentação e as hipóteses de cabimento do recurso de Embargos de Declaração. Esse tipo de pedido (cassação) *jamaiz* necessita, para seu exame, de qualquer revolvimento fático-probatório, sendo, sempre, uma questão exclusivamente de direito. Basta que o E. Superior Tribunal de Justiça verifique se houve, ou não, negativa de jurisdição por parte do Tribunal *a quo*, quando do julgamento do recurso de Embargos de Declaração, para, assim, julgar procedente ou improcedente o AREsp. Não há necessidade de exame de questão de fato.

Por conseguinte, quanto ao primeiro pedido formulado, de cassação do acórdão *a quo*, por violação aos artigos 11, 489, inc. II e IV, e 1.022, incisos I e II, todos do Código de Processo Civil, seguramente não há qualquer violação à Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça,

33. CPC, Art. 11: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

34. CPC, Art. 489, § 1º: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; [...] IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.”

35. CPC, Art. 1.022: “Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento.”

podendo esta E. Corte examiná-lo, por se tratar de questão que está dentro dos limites constitucionais de sua cognição.

Quanto ao segundo pedido formulado, o que se requer é a imediata reforma da decisão *a quo*, emanada pelo E. TJSP, por violação aos artigos 630 do Código de Processo Penal³⁶ e aos artigos 186³⁷ e 927³⁸ do Código Civil, com a procedência integral da pretensão indenizatória exercida pelo recorrente e a consequente condenação do Estado de São Paulo ao pagamento dos danos morais e materiais causados pela condenação injusta e pela consequente prisão indevida.

Importante salientar que, quanto a este requerimento, não há *controvérsia fática* que precise ser superada. A moldura fática está plenamente estabilizada, não sendo, em si, objeto de dissenso entre as partes. É incontroverso, portanto, que: (i) o recorrente foi condenado a 27 anos de reclusão pela suposta prática de crime sexual contra seus filhos (cf. *acórdão recorrido*); (ii) em razão disso, o recorrente ficou preso, em regime fechado, durante 10 meses e 13 dias (cf. *acórdão recorrido*); (iii) constatou-se, posteriormente, que o recorrente era *inocente*, ou seja, não era autor dos fatos imputados, porquanto os próprios fatos jamais ocorreram (cf. *acórdão recorrido*); e (iv) a sua condenação foi *desconstituída* via revisão criminal (cf. *acórdão recorrido*).

A controvérsia submetida a essa E. Corte Superior, também neste ponto, é exclusivamente de direito, localizando-se: (i) no debate sobre a competência para definição do *an debeatur*, ou seja, do dever do Estado de indenizar (se há competência exclusiva do juízo criminal ou se há competência concorrente entre juízo criminal e cível) e (ii) no debate sobre a natureza da responsabilidade civil extracontratual do Estado por erro judiciário (se subjetiva ou se objetiva). Neste último caso, esta Corte também examinará o próprio conceito de erro judiciário, discussão, esta, também exclusivamente *de direito*.

Uma vez que a moldura fática já está estabilizada, tão logo esta E. Corte venha a esclarecer as questões jurídicas a ela submetidas, o que postula, em sequência, é a aplicação dessas conclusões ao próprio caso concreto, com o exame da pretensão indenizatória formulada pelo recorrente frente ao Estado de São Paulo. Novamente, também quanto a esse exame, não há qualquer violação à Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, porquanto ela não impede que esta E. Corte Superior realize a subsunção da norma jurídica ao fato jurídico (como neste

36. CC, Art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

37. CC, Art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

38. CPP, Art. 630: “O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. § 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça. § 2º A indenização não será devida: a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder; b) se a acusação houver sido meramente privada.”

caso). O que ela impede é que se discutam os contornos do fato jurídico, o que não foi postulado no AREsp.

Por conseguinte, quanto ao segundo pedido formulado, de imediata reforma do acórdão *a quo*, por violação aos artigos 630 do Código de Processo Penal e aos artigos 186 e 927 do Código Civil, com a procedência integral da ação indenizatória formulada contra o Estado de São Paulo, tampouco há qualquer violação à Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, podendo esta E. Corte examiná-lo, por se tratar de questão que respeita os limites constitucionais de sua cognição.

7. DA RESPOSTA AOS QUESITOS

Os quesitos formulados pelo Consulente foram os seguintes:

- a. *Qual seria o conceito de condenação por erro judiciário?*

RESPOSTA: cabe ao Poder Judiciário identificar o conceito de condenação por “erro judiciário” que mais harmoniza os diversos bens jurídicos, direitos fundamentais e deveres fundamentais em colisão. Todavia, é inquestionável a ocorrência de “erro judiciário” quando houver a condenar alguém (i) por fato que não cometeu (erro quanto à autoria do crime) ou (ii) por fato que não ocorreu (erro quanto à existência do crime). Esse é a noção *mínima* de erro judiciário no direito brasileiro, caracterizada pela condenação de um inocente, pouco importando qual era o acervo probatório disponível à época do julgamento. Essa noção, como explicado, não necessariamente esgota o conceito em questão, podendo-se falar em erro judiciário relativamente a outros atos jurisdicionais (conceito expansivo).

- b. *A responsabilidade civil extracontratual do Estado por condenação por erro judiciário é de qual natureza (responsabilidade subjetiva ou objetiva)? A verificação de dolo ou de culpa do agente estatal-judicial é necessária para a responsabilização do Estado?*

RESPOSTA: a responsabilidade civil extracontratual do Estado por condenações criminais decorrentes de erro judiciário é de natureza objetiva, por expressa determinação constitucional (art. 5º, inc. LXXV, c/c art. 37, § 6º), *prescindindo*, para sua configuração, de uma conduta dolosa ou culposa do agente público. O dever estatal de indenizar o condenado, à luz do § 2º do art. 630 do Código de Processo Penal (no que foi recepcionado), somente seria afastado caso o erro fosse imputável *única e exclusivamente* ao próprio condenado, que maliciosamente teria iludido o Poder Judiciário. Mesmo condenações criminais decorrentes de erro judiciário ocorridos no bojo de ações penais de iniciativa privada seriam indenizáveis, uma vez que a alínea b do § 2º do art. 630 do Código de Processo Penal *não foi recepcionada* pela Constituição Federal de 1988.

- c. *Qual o juízo competente para (i) a condenação do Estado à reparação dos danos decorrentes de erro judiciário e (ii) para a fixação do quantum debeaturs devido pelo Estado?*

RESPOSTA: somente o juízo criminal poderá desconstituir condenação penal (eficácia constitutiva negativa), tratando-se de competência *exclusiva*. Contudo, tanto o juízo criminal quanto o juízo cível são competentes para condenar o Estado à reparação dos danos

decorrentes de erro judiciário (eficácia condenatória). Trata-se, pois, de competência *concorrente*. Já a liquidação do dano, em qualquer dos casos, com a consequente fixação do *quantum debeatur*, é competência *exclusiva* do juízo cível.

- d. *Considerando as respostas aos quesitos a, b e c, no caso examinado no bojo do AREsp 2.055.643/SP (2022/0012654-7), pode-se afirmar que as questões submetidas ao Poder Judiciário superam a Súmula 7³⁹ do Egrégio Superior Tribunal de Justiça?*

RESPOSTA: Quanto ao primeiro pedido formulado, de *cassação do acórdão a quo*, por violação aos artigos 11, 489, inc. II e IV, e 1.022, incisos I e II, todos do Código de Processo Civil, seguramente não há qualquer desrespeito à Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, podendo esta E. Corte examiná-lo, por se tratar de questão submetida aos limites de sua cognição. Quanto ao segundo pedido formulado, de *reforma imediata do acórdão a quo* por esta E. Corte, por violação ao artigo 630 do Código de Processo Penal e aos artigos 186 e 927 do Código Civil, com a procedência da pretensão indenizatória formulada recorrente contra o Estado de São Paulo, tampouco há qualquer violação à Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, podendo esta E. Corte examiná-lo, por se tratar de questão submetida aos limites constitucionais de sua cognição, consoante argumentado retro.

8. REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Forense, 1973. v. 2.
- BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. *Revista dos Tribunais*, v. 710, 1994.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: RT, 2018.
- KNOERR, Viviane Sellos; VERONESSE, Eduardo Felipe. O Erro Judiciário e a Responsabilidade Civil do Estado. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-22, jul./dez. 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ROCHA, Ruy Albertino Nunes da. A Revisão Criminal (seu conceito, características e fins). *Doutrinas Essenciais do Processo Penal*, v. 5, p. 1259-1273, jul. 2012.
- SERRANO JÚNIOR, Odoné. Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento dos serviços judiciais. *Revista dos Tribunais*, v. 746, p. 123-135, Dez. 1997.
- STOCO, Rui. Responsabilidade do Estado por Erro Judiciário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, p. 91-101, jan./mar. 1998.
- VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Erro judiciário e sua responsabilização civil*. São Paulo: Malheiros, 2017.

39. STJ, Súmula 7 – “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

9. JURISPRUDÊNCIA

BRASIL, STJ, REsp 1.243.516, 5ª T., rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, unânime, j. 22.09.2016.

BRASIL, STJ, AREsp 2.027.885/SP, rel. Min. Og Fernandes, 2ª T., decisão monocrática publicada em 03.06.2022.

BRASIL, STF, ARE 662.105 AgR, rel. Ministro Gilmar Mendes, 2ª T., unânime, j. 27.10.2015.

BRASIL, STF, RE 505.393, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª T., por maioria, j. 26.06.2007.



PESQUISAS DO EDITORIAL

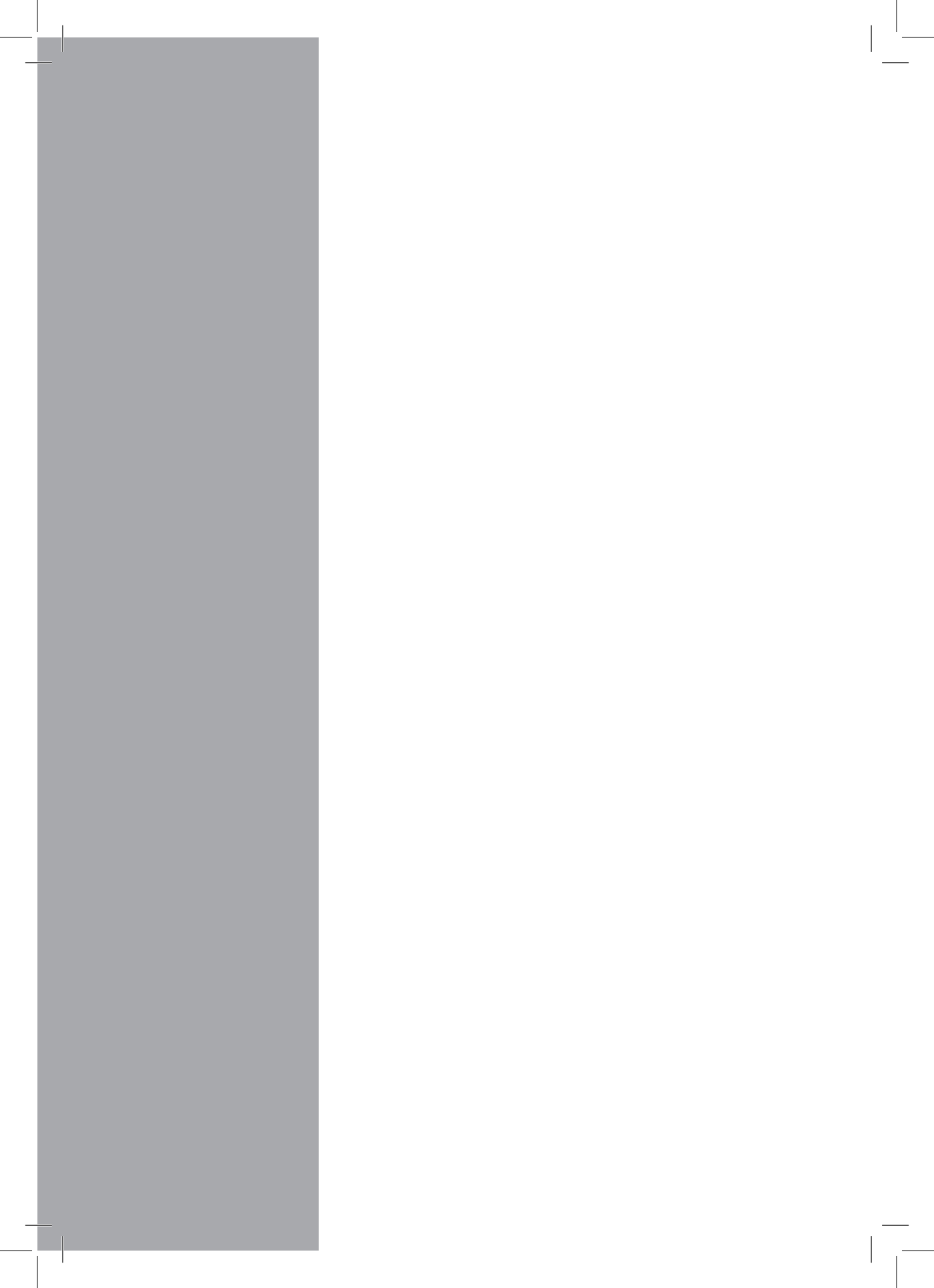
ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A falibilidade das decisões judiciais sob o enfoque dos enviesamentos comportamentais cognitivos, de Lincoln Mattos Magalhães, André Studart Leitão e Daniel Mota Gutierrez – *RT* 1014/285-305;
- A verdade real não pode ser buscada a qualquer preço – análise de um dos maiores erros judiciais do país: o célebre caso dos irmãos Naves, de José Carlos Macedo de Pinto Ferreira Júnior – *RT* 951/287-305;
- O necessário desenvolvimento de *standards* probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro, de Guilherme Brenner Lucchesi – *RBCCrim* 156/165-188;
- A responsabilidade civil do estado por erro judiciário e a coisa julgada, de Augusto Passamani Bufulin e Caio Souto Araújo – *RT* 1043/37-52;
- Responsabilidade civil por atos judiciais: evolução legislativa na Itália e no Brasil, de Paulo Emilio Dantas Nazaré e Guilherme Spillari Costa – *RDCC* 27/75-111; e
- Responsabilidade civil por erro judiciário em ação penal condenatória (exigência de que, no julgamento da revisão criminal, as câmaras, turmas conjuntas ou tribunal pleno, reconheçam expressamente tanto o erro quanto o direito à justa indenização), de Rui Stoco – *RDPriv* 12/295-302, *Doutrinas Essenciais de Dano Moral* 4/377-386 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 7.

The background of the page features a large, light gray abstract graphic on the right side. It consists of several overlapping circles and a series of fine, curved lines that create a sense of depth and movement. The lines appear to be part of a larger, more complex geometric design that is partially obscured by the circles.

Índice Alfabético-remissivo



AUTORES

A

ALMEIDA, Eduarda Lorena de

- A central de vagas *versus* o “puniviti-
vismo” infracional? O processo de im-
plementação do serviço nos sistemas
estaduais de atendimento socioeducati-
vo, p. 81

B

BAGALHO, Jaqueline Oliveira

- Why do women steal? A qualitative stu-
dy on the factors that influenced wo-
men convicted by article 157 of the Penal
Code, p. 281

BUDÓ, Marília de Nardin

- A política criminal do ecocídio no Brasil:
propostas de criminalização entre sub-
versão e reprodução da modernidade/
colonialidade penal, p. 137

BUTTELLI, Marcelo

- Política legislativa penal: um campo de
estudos em construção no Brasil, p. 17

C

COLOMBAROLI, Ana Carolina de Moraes

- O medo do crime na política legislati-
va penal latino-americana: estudo das

justificações dos projetos de Lei no Brasil
e no Chile (1980-2020), p. 23

D

DE LORENZI, Felipe da Costa

- O *habeas corpus* como instrumento de
controle na justiça penal negociada: uma
análise a partir da jurisprudência dos tri-
bunais superiores, p. 333

E

EISELE, Andreas

- É possível a aplicação da “teoria” da ce-
gueira deliberada no Brasil?, p. 215

F

FALAVIGNO, Chiavelli

- Política legislativa penal: um campo de
estudos em construção no Brasil, p. 17

FERREIRA, Carolina Costa

- Política criminal legislativa no Brasil: o
avanço de um campo autônomo de pes-
quisa (2013-2023), p. 63

FRANÇA, Karine Agatha

- A política criminal do ecocídio no Brasil:
propostas de criminalização entre sub-
versão e reprodução da modernidade/
colonialidade penal, p. 137

FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de

- A presença de amigos e familiares da vítima exigindo justiça no plenário do júri: reflexões sobre a necessidade de manutenção de um cenário equilibrado e imparcial na disputa de narrativas entre acusação e defesa, p. 237

G

GIVISIEZ, Fernanda Machado

- A central de vagas *versus* o “puniviti-ismo” infracional? O processo de implementação do serviço nos sistemas estaduais de atendimento socioeducati-vo, p. 81

H

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto

- Why do women steal? A qualitative study on the factors that influenced women convicted by article 157 of the Penal Code, p. 281

K

KRAMER, Renato

- A presença de amigos e familiares da vítima exigindo justiça no plenário do júri: reflexões sobre a necessidade de manutenção de um cenário equilibrado e imparcial na disputa de narrativas entre acusação e defesa, p. 237

L

LEAL, Mariana Louzada

- Why do women steal? A qualitative study on the factors that influenced women convicted by article 157 of the Penal Code, p. 281

LEITÃO, Bruno

- A presença de amigos e familiares da vítima exigindo justiça no plenário do júri: reflexões sobre a necessidade de manutenção de um cenário equilibrado e imparcial na disputa de narrativas entre acusação e defesa, p. 237

M

MACIEL, Natalia Cardoso Amorim

- Critérios objetivos de quantidade para aplicação da Lei de Drogas no Brasil: projeções de impacto na população carcerária, p. 299

R

RESENDE JÚNIOR, José de

- Kant e o direito penal do inimigo de Günther Jakobs: a incompatibilidade do conceito de pessoa, p. 261

ROSSETTO, Patrícia Carraro

- La corrupción pública en la agenda político-criminal de la Unión Europea: breves apuntes sobre la propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo sobre la lucha contra la corrupción, p. 173

S

SCALCON, Raquel Lima

- Parecer - Do conceito de erro judiciário no direito brasileiro, p. 365

SILVA, Amanda Regina Coutinho da

- A política criminal do ecocídio no Brasil: propostas de criminalização entre subversão e reprodução da modernidade/colonialidade penal, p. 137

SILVA, Marco Aurélio Farias da

- Crime de tráfico de pessoas no Brasil: lacunas na tutela penal e propostas de inclusão do protocolo de palermo, p. 109

SOARES, Milena Karla

- Critérios objetivos de quantidade para aplicação da Lei de Drogas no Brasil: projeções de impacto na população carcerária, p. 299

SOUZA, Letícia Godinho de

- A central de vagas *versus* o “punitivismo” infracional? O processo de implementação do serviço nos sistemas estaduais de atendimento socioeducativo, p. 81

TEMAS

A

Acordo de não persecução penal - *O habeas corpus* como instrumento de controle na justiça penal negociada: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais superiores, p. 333

América Latina - O medo do crime na política legislativa penal latino-americana: estudo das justificações dos projetos de Lei no Brasil e no Chile (1980-2020), p. 23

C

Cegueira Deliberada - É possível a aplicação da “teoria” da cegueira deliberada no Brasil?, p. 000, p. 215

Central de vagas - A central de vagas *versus* o “punitivismo” infracional? O processo de implementação do serviço nos sistemas estaduais de atendimento socioeducativo, p. 81

Colaboração premiada - *O habeas corpus* como instrumento de controle na justiça penal negociada: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais superiores, p. 333

Colonialidade - A política criminal do ecocídio no Brasil: propostas de criminalização entre subversão e reprodução da modernidade/colonialidade penal, p. 137

Competência legislativa penal europeia - La corrupción pública en la agenda político-criminal de la Unión Europea: breves apuntes sobre la propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo sobre la lucha contra la corrupción, p. 173

Condenação injusta - Parecer - Do conceito de erro judiciário no direito brasileiro, p. 365

Conhecimento - É possível a aplicação da “teoria” da cegueira deliberada no Brasil?, p. 215

Corrupción pública - La corrupción pública en la agenda político-criminal de la Unión Europea: breves apuntes sobre la propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo sobre la lucha contra la corrupción, p. 173

Crime de tráfico de pessoas - Crime de tráfico de pessoas no Brasil: lacunas na tutela penal e propostas de inclusão do protocolo de palermo, p. 109

Crítérios objetivos de quantidade - Critérios objetivos de quantidade para aplicação da Lei de Drogas no Brasil: projeções de impacto na população carcerária, p. 299

D

Danos sociais - A política criminal do ecocídio no Brasil: propostas de criminalização entre subversão e reprodução da modernidade/colonialidade penal, p. 137

Dignidade humana - A central de vagas *versus* o “punitivismo” infracional? O processo de implementação do serviço nos sistemas estaduais de atendimento socioeducativo, p. 81

Direito internacional - Crime de tráfico de pessoas no Brasil: lacunas na tutela penal e propostas de inclusão do protocolo de palermo, p. 109

Direito penal - Crime de tráfico de pessoas no Brasil: lacunas na tutela penal e propostas de inclusão do protocolo de Palermo, p. 109

Direito penal - Kant e o direito penal do inimigo de Günther Jakobs: a incompatibilidade do conceito de pessoa, p. 261

Direito penal do inimigo - Kant e o direito penal do inimigo de Günther Jakobs: a incompatibilidade do conceito de pessoa, p. 261

Dolo Eventual - É possível a aplicação da “teoria” da cegueira deliberada no Brasil?, p. 215

E

Ecocídio - A política criminal do ecocídio no Brasil: propostas de criminalização entre subversão e reprodução da modernidade/colonialidade penal, p. 137

Erro judiciário - Parecer - Do conceito de erro judiciário no direito brasileiro, p. 365

H

Habeas corpus - O *habeas corpus* como instrumento de controle na justiça penal negociada: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais superiores, p. 333

I

Imparcialidade - A presença de amigos e familiares da vítima exigindo justiça no plenário do júri: reflexões sobre a necessidade de manutenção de um cenário equilibrado e imparcial na disputa de narrativas entre acusação e defesa, p. 237

Incarceration - Why do women steal? A qualitative study on the factors that

influenced women convicted by article 157 of the Penal Code, p. 281

Indenização - Parecer - Do conceito de erro judiciário no direito brasileiro, p. 365

J

Jakobs - Kant e o direito penal do inimigo de Günther Jakobs: a incompatibilidade do conceito de pessoa, p. 261

Justiça consensual - O *habeas corpus* como instrumento de controle na justiça penal negociada: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais superiores, p. 333

Justiça penal negocial - O *habeas corpus* como instrumento de controle na justiça penal negociada: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais superiores, p. 333

Justificações de projetos de lei - O medo do crime na política legislativa penal latino-americana: estudo das justificações dos projetos de Lei no Brasil e no Chile (1980-2020), p. 23

K

Kant - Kant e o direito penal do inimigo de Günther Jakobs: a incompatibilidade do conceito de pessoa, p. 261

L

Legística - Política criminal legislativa no Brasil: o avanço de um campo autônomo de pesquisa (2013-2023), p. 63

Lei de Drogas - Critérios objetivos de quantidade para aplicação da Lei de Drogas no Brasil: projeções de impacto na população carcerária, p. 299

M

Medo do crime - O medo do crime na política legislativa penal latino-americana: estudo das justificações dos projetos de Lei no Brasil e no Chile (1980-2020), p. 23

N

Numerus clausus - A central de vagas *versus* o “punitivismo” infracional? O processo de implementação do serviço nos sistemas estaduais de atendimento socioeducativo, p. 81

P

Pesquisa documental - O medo do crime na política legislativa penal latino-americana: estudo das justificações dos projetos de Lei no Brasil e no Chile (1980-2020), p. 23

Plenário - A presença de amigos e familiares da vítima exigindo justiça no plenário do júri: reflexões sobre a necessidade de manutenção de um cenário equilibrado e imparcial na disputa de narrativas entre acusação e defesa, p. 237

Política criminal - A política criminal do ecocídio no Brasil: propostas de criminalização entre subversão e reprodução da modernidade/colonialidade penal, p. 137

Política criminal legislativa - Política criminal legislativa no Brasil: o avanço de um campo autônomo de pesquisa (2013-2023), p. 63

Política legislativa criminal - O medo do crime na política legislativa penal latino-americana: estudo das justificações dos

projetos de Lei no Brasil e no Chile (1980-2020), p. 23

Políticas Públicas - Política criminal legislativa no Brasil: o avanço de um campo autônomo de pesquisa (2013-2023), p. 63

Políticas sobre drogas - Critérios objetivos de quantidade para aplicação da Lei de Drogas no Brasil: projeções de impacto na população carcerária, p. 299

Populismo penal - Política criminal legislativa no Brasil: o avanço de um campo autônomo de pesquisa (2013-2023), p. 63

Processo legislativo criminal - Política criminal legislativa no Brasil: o avanço de um campo autônomo de pesquisa (2013-2023), p. 63

Propuesta de directiva de combate a la corrupción - La corrupción pública en la agenda político-criminal de la Unión Europea: breves apuntes sobre la propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo sobre la lucha contra la corrupción, p. 173

Proteção deficiente - Crime de tráfico de pessoas no Brasil: lacunas na tutela penal e propostas de inclusão do protocolo de palermo, p. 109

Protocolo de Palermo - Crime de tráfico de pessoas no Brasil: lacunas na tutela penal e propostas de inclusão do protocolo de palermo, p. 109

Public Safety - Why do women steal? a qualitative study on the factors that influenced women convicted by article 157 of the Penal Code, p. 281

Punitivismo infracional - A central de vagas *versus* o “punitivismo” infracional? O processo de implementação do serviço nos sistemas estaduais de atendimento socioeducativo, p. 81

S

Sistema prisional - Critérios objetivos de quantidade para aplicação da Lei de Drogas no Brasil: projeções de impacto na população carcerária, p. 299

Sistema socioeducativo - A central de vagas *versus* o “punitivismo” infracional? O processo de implementação do serviço nos sistemas estaduais de atendimento socioeducativo, p. 81

Suspensão condicional do processo - O *habeas corpus* como instrumento de controle na justiça penal negociada: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais superiores, p. 333

T

Teoria da Cegueira Deliberada - É possível a aplicação da “teoria” da cegueira deliberada no Brasil?, p. 215

Theft - Why do women steal? A qualitative study on the factors that influenced women convicted by article 157 of the Penal Code, p. 281

Transação penal - O *habeas corpus* como instrumento de controle na justiça penal negociada: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais superiores, p. 333

Tribunal do Júri - A presença de amigos e familiares da vítima exigindo justiça no plenário do júri: reflexões sobre a necessidade de manutenção de um cenário equilibrado e imparcial na disputa de narrativas entre acusação e defesa, p. 237

U

Uniformes e cartazes - A presença de amigos e familiares da vítima exigindo justiça no plenário do júri: reflexões sobre a necessidade de manutenção de um cenário equilibrado e imparcial na disputa de narrativas entre acusação e defesa, p. 237

W

Women - Why do women steal? A qualitative study on the factors that influenced women convicted by article 157 of the Penal Code, p. 281

NORMAS DE PUBLICAÇÃO – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



*Política editorial determinada
pela equipe editorial
em conformidade
com o conselho editorial da RBCCRIM,
sujeita à revisão periódica.*

1. DADOS GERAIS DO PERIÓDICO

- **Nome:** Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)
- **Responsável:** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)
- **Formato:** impresso (Editora Thomson Reuters)
- **Ano de criação:** 1992 (sem interrupções)
- **Periodicidade:** bimestral
- **Recebimento de manuscritos:** fluxo contínuo e editais especiais
- **ISSN:** 1415-5400
- **Qualis:** A1

2. LINHA EDITORIAL

A Revista Brasileira de Ciências Criminais visa à publicação de **trabalhos científicos** relacionados às **ciências criminais**, essencialmente compreendidas entre as áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia, além de seus pontos de transdisciplinaridade com outras esferas do conhecimento, como a psicologia, a medicina, a antropologia, a sociologia etc.

Com o objetivo de abranger tal escopo editorial, o periódico é dividido nas seguintes **seções**:

- a) *Direito Penal*: abrangendo Teoria Geral, Parte Especial, Legislação Penal Especial e Direito Penal Econômico;
- b) *Processo Penal*;
- c) *Crime e Sociedade*;

Ademais, a RBCCRIM, almejando a interlocução entre a estruturação de uma sólida doutrina nas ciências criminais e seu impacto na prática judicial, também publica **comentários críticos a decisões jurisprudenciais**, preferencialmente aquelas emanadas dos tribunais superiores e internacionais. Tais contribuições integram a seção *Direito em Ação* - Comentário Jurisprudencial.

Além disso, também são publicados **Pareceres** acerca da aplicação prática de teorias relevantes às ciências criminais.

Por fim, visando à divulgação de importantes trabalhos científicos publicados em âmbito nacional e internacional, especialmente pesquisas acadêmicas, há a seção **Resenhas Críticas**, em que se apresentam breves comentários a tais publicações, ensejando críticas e incentivo ao debate científico. Ocasionalmente, também serão admitidas e publicadas **entrevistas** avaliadas pela coordenação como relevantes à promoção do debate científico concernente ao escopo do periódico.

3. 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).

3.1. 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.

4. 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.

5. 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.

5.1. Pressupostos de Integridade Ética em Pesquisa

- a) Autoria: Todas as pessoas que contribuíram para a pesquisa devem ser indicadas. Cada autor deve ter participado suficientemente do trabalho para poder assumir publicamente a responsabilidade pelo seu conteúdo. Sua participação deve incluir: a) a concepção ou delineamento ou ainda análise e interpretação dos dados, ou ambos; b) redação do manuscrito ou sua revisão, quando inclua crítica intelectual importante de seu conteúdo; c)

aprovação final da versão a ser publicada. A simples participação na coleta de dados não justifica autoria.¹

- b) Coautoria: Quando se tratar da publicação de resultados obtidos por meio de pesquisa coletiva, é preciso certificar-se da contribuição intelectual direta e efetiva e do consentimento de todos os colaboradores. A cessão de recursos financeiros e de infraestrutura não é indicação de coautoria.
- c) Vedação de Plágio: Quando uma ideia ou uma formulação utilizada no trabalho não sejam evidentemente de domínio público na área de pesquisa em questão, presume-se que se trata de contribuição original. Se não for esse o caso, a ideia ou formulação devem ser expressamente creditadas, sob pena de plágio.
- d) Vedação de Autoplágio: Quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão. A falta de menção expressa a esse fato caracterizará o autoplágio.
- e) Responsabilidade: O autor ou, quando for o caso, cada um dos autores é responsável pela qualidade do trabalho como um todo, a menos que os limites de sua contribuição sejam indicados de modo expresso e preciso.
- f) Termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE): Sempre que, em virtude do objeto ou outras circunstâncias de pesquisa, for possível a identificação dos entrevistados, será exigida a apresentação de TCLE dos entrevistados que puderem ser identificados.
- g) Conflito de interesses: quando houver possível conflito de interesses, os autores devem informar a equipe editorial no ato da submissão do trabalho. Os editores decidirão sobre a configuração de conflito de interesses avaliando se a cientificidade da obra foi comprometida.
- h) Responsabilidade com Dados
 - Fontes: Sempre que se faz referência a dados é necessário que seja apontada a sua fonte.
 - Termo de Confidencialidade: Sempre que um trabalho fizer uso de dados obtidos através de TC, é preciso que os autores enviem o termo no ato da submissão do trabalho para que se possa apurar sua observância.
 - Manipulação: Sempre que se utilizarem métodos de correção estatística, os mesmos devem ser identificados e justificados.

1. MONTENEGRO, Mario R. ALVES, Venâncio A. Ferreira. Critérios de autoria e coautoria em trabalhos científicos. *Acta boT. bras.* 11 (2): 1997. Acesso em: 25 abr. Disponível em: [<http://www.scielo.br/pdf/abb/v11n2/v11n2a14.pdf>].

5.2 *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.

5.3 *Política de Privacidade*

- a) Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.
- b) Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota o sistema de controle duplo-cego por pares, de modo que há anonimato entre os avaliadores e autores, respeitando o sigilo sobre os dados do redator do parecer no momento do encaminhamento ao autor.
- c) Com relação aos pareceres eventualmente emitidos pelos avaliadores da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), embora utilize-se o sistema de controle duplo-cego (em que autor e revisores não têm informações recíprocas no momento da avaliação), após a finalização do processo editorial, a partir do momento da tomada da decisão final pela equipe editorial, não há proibição de publicização do parecer pelo seu autor (parecerista). Por exemplo, autoriza-se (e sugere-se) a publicação do conteúdo das avaliações no sistema PUBLONS. Ou seja, os direitos autorais sobre os pareceres são dos seus respectivos autores (pareceristas). O direito de anonimato em relação à avaliação é disponível ao parecerista, que pode optar por publicar posteriormente o parecer emitido.
- d) A partir dessa lógica, deve-se ressaltar que os autores dos artigos submetidos não podem dar publicidade a eventuais pareceres recebidos, salvo em caso de autorização expressa do parecerista.
- e) Por fim, ao submeter o artigo para o processo editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), o autor está ciente e autoriza eventual divulgação do parecer emitido por qualquer avaliador do periódico, por exemplo, no sistema PUBLONS.

6. 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.

7. 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.

8. 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.

9. 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.

10. 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.

10.1. 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.

10.2. 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 fundamentada

1. Recomendações adaptadas do Guia de avaliação de TCC do programa de pós-graduação lato sensu da FGV Direito SP | GVlaw, disponível online.

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 RBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao).
- ✓ O artigo é inédito e livre de plágio? Ele não está sendo avaliado para publicação por outra revista? Quando um trabalho idêntico ou semelhante tiver sido publicado em meio distinto (ainda que em outro idioma), esse fato deve ser informado ao editor no momento da submissão.
- ✓ O cadastro do artigo no sistema de submissões (OJS) foi preenchido em sua integralidade? <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/index>. OBS: o arquivo precisa estar no formato .doc (word).
- ✓ O trabalho aborda temática relacionada às ciências criminais e é compatível com a linha editorial da RBCCRIM?
- ✓ O texto é precedido de título, resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave, todos **no idioma do artigo e em inglês**, além de sumário (no idioma do artigo)?
- ✓ O artigo é 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 RBCCRIM?

A GARANTIA DA MOTIVAÇÃO E O ARTIGO 935 DO CÓDIGO CIVIL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA VINCULAÇÃO DO JUÍZO CÍVEL ÀS SENTENÇAS DO TRIBUNAL DO JÚRI

*REASONED DECISIONS AND THE ARTICLE 935 OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE:
UNCONSTITUTIONALITY OF THE BINDING EFFECTS FROM
THE JURY'S DECISIONS TO THE CIVIL JUSTICE*

DANIEL DE OLIVEIRA PONTES

Mestrando em Direito Processual na Universidade
do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.
danielop@globo.com

Data de recebimento: 01.11.2017

Data de aprovação: 12.11.2017 e 16.11.2017

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil; Penal

RESUMO: No presente artigo, destaca-se a problemática dos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e em sigilo. Diante dessas peculiaridades, pretende-se analisar se as sentenças prolatadas nesse rito especial do processo penal podem repercutir no cível, em especial pela garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

PALAVRAS-CHAVE: Motivação – Garantias – Júri – Vinculação – Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The present work seeks to analyze this problem regarding Jury's decisions, because they are confidential and unjustified. Such characters could prevent the application of the article 935 to obey the right of the parts to reasoned decisions.

KEYWORDS: Decisions – Rights – Jury – Binding – Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução e delimitação do tema. 2. O conteúdo da garantia da motivação em um Direito Processual constitucionalizado. 2.1. O neoconstitucionalismo e seu impacto no Direito Processual. 2.2. O princípio da motivação como garantia estrutural da prestação jurisdicional. 3. O artigo 935 do Código Civil e a influência do juízo penal no cível. 4. Os julgamentos no Tribunal do Júri: a peculiaridade do sigilo do voto e da soberania dos veredictos. 5. A inconstitucionalidade da incidência do artigo 935 do CC nos casos de Tribunal do Júri frente à garantia da motivação. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Ao longo do tempo, o exercício do poder jurisdicional já comportou relações diversas com a exigência da fundamentação de seus atos: a íntima convicção, a prova tarifada e o livre convencimento motivado. No Código de Processo Civil (CPC) atual, afloram críticas de que não haveria liberdade na formação do convencimento, de modo que nos encaminharíamos para um novo momento histórico, tendo em vista que o direito processual deve servir como mecanismo de controle às decisões judiciais.¹

Seja como for, é indubitoso que, no atual estado de coisas, a motivação se tornou uma garantia estruturante do processo, que legitima o próprio exercício da jurisdição pelo agente público.

7. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 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.

Diagramação eletrônica:
Thomson Reuters

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

