Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 32 • vol. 205 • nov./dez. 2024

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 32 • vol. 205 • nov./dez. 2024

Presidência
Renato Stanziola Vieira

Coordenação
André Nicolitt

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

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

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

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

Assistente Editorial: Bianca Ramos de Oliveira (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – São Paulo/SP)

CONSELHO EDITORIAL

Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália)
Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia)
Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal)
Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha)
Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha)
Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP)
Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP)
Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha)
Aury Lopes Jr. (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha)
Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha)
Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal)
Cornelius Prittwitz (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha)
David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália)
Esther Gímenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull – ESADE – Espanha)
Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires Argentina)
Fernanda Regina Vilares (FGV – FGVSP – São Paulo/SP)
Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá)
Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha)
Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Helena Regina Lobo da Costa (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Heloisa Estellita (Fundação Getulio Vargas – FGVSP – São Paulo/SP)
Iasevoli Clelia (Universita' Degli Studi di Napoli – Itália)
Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha)
Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha)
Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile)
Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha)
João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal)
Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal)
José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal)
Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina)
Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR)
Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha)
Leandro Ayres França (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha)
Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR)

Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal)
Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Marina Pinhão Coelho Araujo (Insper Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER – São Paulo/SP)
Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia)
Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP)
Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha)
Nilo Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS)
Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal)
Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile)
Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai)
Salo de Carvalho (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Sergio Moccia (Universitá di Napoli Federico II – Itália)
Sérgio Salomão Shecaira (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha)
Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME)

Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS- Porto Alegre/RS)
Adriano Teixeira Guimarães (Fundação Getulio Vargas – FGV – São Paulo/SP)
Alexandre Morais da Rosa (Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALE – Itajaí/SC)
Ana Carolina de Morais Colombaroli (Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG – Belo Horizonte/MG)
Ana Carolina Filippon Stein (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Ana Silvia Sanches do Amaral (Universidad del País Vasco – UPV/EHU – Espanha)
Beatriz Corrêa Camargo (Universidade Federal de Uberlândia – UFU – Uberlândia/MG)
Carmen Hein de Campos (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Fernanda Carolina (Pontifícia Universidade Católica de Campinas – Campinas/SP)
Gabriel Bertin de Almeida (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR – Curitiba/PR)
Gisela França da Costa (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Henrique Abi-Ackel Torres (Faculdades Milton Campos – FMC – Nova Lima/MG)
Hugo Leonardo Rodrigues Santos – (Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL – Maceió/AL)
João Gabriel Menezes Costa Melo (Faculdade Instituto Rio de Janeiro – FIURJ – Rio de Janeiro/RJ)
José Sacadura (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP)
Leonardo Costa de Paula (Universidade Federal Fluminense – UFF – Volta Redonda/RJ)
Leonardo Lacerda Alves (Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais – CEFET – Belo Horizonte/MG)
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)
Mara Lina Silva do Carmo (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP – São Paulo/SP)
Mariana Dionísio de Andrade (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE – Recife/PE)
Neon Bruno Doering Morais (Universidade Católica de Pernambuco – UCP – Recife/PE)
Ney Fayet de Souza Júnior (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Pedro Paulo da Cunha Ferreira (Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG – Diamantina/MG)
Rafael Francisco França (Universidade NOVA de Lisboa – Portugal)
Raisa Duarte da Silva Ribeiro (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Ramiro Gomes von Saltiel (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Renan Posella Mandarino (Universidade Paulista – UNIP – Ribeirão Preto/SP)
Renata Guadagnin (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, Porto Alegre/RS)
Roberta de Lima e Silva (Universitat de Girona – UDG – Espanha)
Roberta Poll (Faculdade Dom Alberto – FDA – Santa Cruz do Sul/RS)
Roberto Antônio Darós Malaquias (Faculdade Viva Vitória – FAVIVA – Vitoria/ES)
Ronivaldo Steingraber (Universidade Federal de Santa Catarina – Florianopolis/SC)
Rowana Camargo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, Porto Alegre/RS)
Sara Vieira Sabatini Antunes (Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP – Campinas/SP)
Thiago Miranda Minagé (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ/FND – Rio de janeiro/RJ)
Tiago Caruso (Pontifícia Universidade Católica – PUCSP – São Paulo/SP)
Vinicius Ferreira Baptista (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ – Seropédica/RJ)
Vinicius Ferreira Baptista (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ – Seropédica/RJ)
Vinicius Gomes de Vasconcellos (Universidade Estadual de Goiás – UEG – Goiânia/GO)
Vinicius Vasconcellos (Universidade Estadual de Goiás – UEG – Goiânia/GO)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Adriano Antunes Damasceno (Universidade Estadual do Maranhão, UEMA, Brasil)
Alamiro Velludo Salvador Netto (Universidade de São Paulo, USP, Brasil)
Ana Luisa Leão de Aquino Barreto (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil)
Bruno do Amaral Machado (Centro Universitário de Brasília, Uniceub, Brasil)

Cristina Zackseski (Universidade de Brasília, UnB, Brasil)
Elmir Duclerc (Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil)
Felipe da Veiga Dias (Centro Universitário CESMAC, FEJAL, Brasil)
Francisco de Assis de França Júnior (Centro Universitário CESMAC, FEJAL, Brasil)
Gabriel Vianna Fernandez (Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil)
Giuseppe Cammilleri Falco (Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP, Brasil)
Isabella Mesquita Martins (Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil)
José Roberto Macri Júnior (Universidade de São Paulo, USP, Brasil)
Lucas Miranda (Humboldt-Universität zu Berlin, Alemanha)
Marilha Gabriela Garau (Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil)
Paula Andrea Ramirez Barbosa (Universidad Externado de Colombia, UEC, Colombia)
Paula Brener (Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil)
Peter-Alexis Albrecht (Goethe Universität, Alemanha)
Priscilla Placha Sá (Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil)
Rafael Francisco França (Universidade Federal da Integração Latino-Americana, UNILA, Brasil)
Soraia da Rosa Mendes (Centro Universitário de Brasília, Uniceub, Brasil)
Tédney Moreira da Silva (Universidade de Brasília, UnB, Brasil)
Víctor Gabriel de Oliveira Rodríguez (Universidade de São Paulo, USP, Brasil)
Victor Sugamosto Romfeld (Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil)

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. 205 • nov./dez. 2024

Coordenação (editor-chefe)
André Nicolitt

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

Revista dos Tribunais

Thomson Reuters™

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

Revista Brasileira de **Ciências Criminais**

Ano 32 • vol. 205 • nov./dez. 2024

Presidência
Renato Stanziola Vieira

Coordenação (editor-chefe)
André Nicolitt

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

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

Alexandre Ferreira Mattioli e Juliana Mayumi Ono
Diretores Responsáveis

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

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

CENTRAL DE RELACIONAMENTO THOMSON REUTERS SELO REVISTA DOS TRIBUNAIS
(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sacrt@thomsonreuters.com
e-mail para submissão dos originais: aval.artigo@thomsonreuters.com

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

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

Impresso no Brasil: [11-2024]
Profissional
Fechamento desta edição: [26.09.2024]





Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2023/2024

DIRETORIA EXECUTIVA

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

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

CONSELHO CONSULTIVO

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

OUVIDORA
Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

CONSELHO DE DIVERSIDADE

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

DEPARTAMENTOS

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

COMISSÃO ORGANIZADORA

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

EQUIPE DO IBCCRIM
NÚCLEOS DE PUBLICAÇÕES

SUPERVISÃO
Willians Meneses

EQUIPE
Helen Christo

NÚCLEO DE ADMINISTRAÇÃO, EDUCAÇÃO E BIBLIOTECA

SUPERVISÃO
Fernanda Barreto

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

NÚCLEO FINANCEIRO

SUPERVISÃO
Roberto Seracinskis

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

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

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 32 • vol. 205 • nov./dez. 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 e Quenia Becker

Analistas Editoriais: Ariene Cristina Almeida do Nascimento, Emilly Costa Silva e Maria Eduarda Silva Rocha

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

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

Analista de Projetos: Jéssica Viana Bezerra

Analistas de Operações Editoriais: Danielle Castro de Morais, Izabella Alarcon, 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 Viviane Borba Barbosa

Estagiárias: Beatriz Parise Jatene Castello Branco e Rebeca Crespo Rangel

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação de capa: Linotec

Líder de Inovações de Conteúdo para Print
CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Gerente de Operações e Produção Gráfica
MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Jéssica Maria Ferreira Bueno e Victória Menezes Pereira

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

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

Sumário

Direito Penal

Sobre as caracterizações da dúvida e da certeza na dogmática jurídico-criminal: o dolo eventual perspectivado como uma espécie de dolo excessivamente duvidoso

On the characterizations of doubt and certainty in legal-criminal dogmatics: dolus eventualis *viewed as a type excessively dubious*

Francisco de Assis de França Júnior 17

A relevância das condições materiais da Administração Pública Municipal para a atribuição do crime de responsabilidade do Decreto-lei 201/1967: um problema acerca da dupla posição da consciência na estrutura tripartida do delito

The relevance of material environment of public administration for the criminal persecution for crimes of duty: a proposal of the dual position of consciousness in criminal law

Giuseppe Cammilleri Falco e Alamiro Velludo Salvador Netto 49

O alcance do estelionato como paradigma de tutela dos interesses patrimoniais dos consumidores

The scope of fraud as a paradigm for the protection of consumers' property interests

José Roberto Macri Júnior, Paula Andrea Ramirez Barbosa e Víctor Gabriel de Oliveira Rodríguez 73

Advocacia e ações neutras

Lawyering and neutral actions

Paula Brener 97

A dignidade humana na execução penal: indicadores da Constituição, empirismo na execução penal e separação de poderes

Human dignity in penal execution: indicators of the Constitution, empiricism in penal execution and separation of powers

Peter-Alexis Albrecht. Tradutor: Jacson Zilio 127

Processo Penal

Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista

Presumption of innocence and prohibition of anticipated closure of the contradictory: defining a standard of proof for conviction purpose in the Brazilian criminal process from a less optimistic epistemology

Adriano Antunes Damasceno 143

Acordo penal e Estado Democrático de Direito: limites e possibilidades de modelos de resolução alternativa para o caso penal

Penal agreement and Democratic Rule of Law: limits and possibilities of alternative resolution models for criminal cases

Elmir Duclerc, Gabriel Vianna Fernandez e Ana Luisa Leão de Aquino Barreto 187

Reconhecimento(s) fotográfico e pessoal como práticas inquisitoriais do processo penal brasileiro: reflexões a partir de uma pesquisa empírica no estado do Rio de Janeiro

Photographic and personal recognition(s) as inquisitorial practices of the Brazilian Criminal Process: reflections from empirical research in the state of Rio de Janeiro

Marilha Gabriela Garau e Isabella Mesquita Martins 217

Criminologia

"Quando dizer é fazer": uma linguagem feminicida compartilhada em casos de assassinatos de mulheres no estado do Paraná

"How to do things with words": a feminicide language shared in cases of murders of women in the state of Paraná

Priscilla Placha Sá, Bruno Amaral Machado e Soraia da Rosa Mendes ... 241

Criminologia e estudos LGBTQ: uma área a ser explorada pelas ciências criminais brasileiras

Criminology and LGBTQ studies: an area to be explored by Brazilian criminal sciences

Victor Sugamosto Romfeld 273

Do not look up: synopsis over using drones for police surveillance and criminal investigations in Portugal and the U.S.

Não olhem para cima: sinopse sobre a utilização de drones para vigilância policial e investigação criminal em Portugal e nos EUA

Rafael Francisco França 315

O cacique Serere como capital cultural dos protestos antidemocráticos brasileiros: o prenúncio dos ataques golpistas de janeiro de 2023

Chief Serere as cultural capital of Brazilian anti-democratic protests: the harbinger of the coup attacks of January 2023

Tédney Moreira da Silva e Cristina Zackseski 337

Câmeras corporais na polícia brasileira e os diálogos jurídico-criminológicos com base nos projetos de lei (2021-2024)

Body cameras in the Brazilian police and legal-criminological dialogues based on bills (2021-2024)

Felipe da Veiga Dias 371

Resenha Crítica

Resenha de ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024

Review of ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Criminal Law: General Part: Volume I: Foundations – The Structure of the Theory of Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024

Lucas Miranda 399

Índice Alfabético-remissivo

Autores 421

Temas 425

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais 431

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 443

Condições para Submissão (*Check List*) 449

Direito Penal

Sobre as caracterizações da dúvida e da certeza na dogmática jurídico-criminal: o dolo eventual perspectivado como uma espécie de dolo excessivamente duvidoso

On the characterizations of doubt and certainty in legal-criminal dogmatics: dolus eventualis *viewed as a type excessively dubious*

Francisco de Assis de França Júnior[1]
Centro Universitário Cesmac, Fejal, Brasil.
francajuniordireito@gmail.com

Recebido em: 03.11.2023
Aprovado em: 26.08.2024
Última versão do autor: 27.08.2024

DOI: [10.5281/zenodo.13693243].

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo tem como objetivo principal demonstrar que o dolo encarado como eventual possui um nível de indefinição conceitual que tem o potencial de afetar sua validade no ambiente dogmático que se apresenta como democrático. A principal hipótese apresentada está consubstanciada na ideia de que essa

Abstract: The main objective of this article is to demonstrate that the intentional intent considered as eventual has a level of conceptual uncertainty that has the potential to affect its validity in the dogmatic environment that presents itself as democratic. The main hypothesis presented is substantiated in the idea that this dogmatic

1. Pós-doutorando pelo PPGCCRIM na PUC-RS. Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal. Professor no Centro Universitário Cesmac (Maceió/AL e Palmeira dos Índios/AL). Advogado.
Currículo Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2739102277898461].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-6958-920X].
E-mail: francajuniordireito@gmail.com

França Júnior, Francisco de Assis de. Sobre as caracterizações da dúvida e da certeza na dogmática jurídico-criminal: o dolo eventual perspectivado como uma espécie de dolo excessivamente duvidoso. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 205. ano 32. p. 17-47. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13693243].

categoria dogmática possui características excessivamente duvidosas para se sustentar validamente em uma democracia, sobretudo quando se pretende utilizá-la para punição junto com outras categorias, como é o caso da tentativa. A partir do método hipotético-dedutivo, com o auxílio da revisão de literatura, amparando-se especialmente na legislação portuguesa, conclui-se que, embora admitido no ordenamento jurídico de diversos países, a articulação entre o dolo eventual e a negligência consciente deve ser guiada pelo critério do *in dubio pro libertate*.

Palavras-chave: Dogmática penal – Dolo eventual – Dúvida – Certeza – Democracia.

category has excessively dubious characteristics to be validly sustained in a democracy, especially when it is intended to be used for punishment together with other categories, as is the case of attempted crime. Based on the hypothetical-deductive method, with the help of a literature review, and especially on Portuguese legislation, it is concluded that, although admitted in the legal system of several countries, the articulation between eventual intent and conscious negligence should be guided by the criterion of *in dubio pro libertate*.

Keywords: Criminal dogmatics – Eventual intent – Doubt – Certainty – Democracy.

Sumário: 1. Introdução. 2. O dolo eventual perspectivado como uma espécie de dolo excessivamente duvidoso. 3. Considerações finais. 4. Referências.

1. Introdução

Assente-se, desde logo, que a dúvida, como uma categoria jurídica de relevo, seja ela qual for (no âmbito do trabalho do Legislativo, do Executivo ou, especialmente, no do Judiciário), considerada no processo interpretativo, em ambiente que se apresenta como democrático, há de ser encarada sempre em favor da liberdade, porque essa é baliza fundamental do Estado de Direito.[2] Se é a liberdade a regra nesse tipo de espaço discursivo, e estabelecida como uma espécie de *elemento caracterizador de uma democracia*, não poderia uma dúvida excepcioná-la [a liberdade] tão prontamente.

O problema é que essa *dúvida* enquanto categoria conceitual no curso do desenvolvimento da dogmática jurídico-criminal, embora recorrentemente tratada no seu aspecto voltado ao conhecimento (ou não) da proibição de um determinado comportamento criminalizado – o que nos leva à rica doutrina do *erro de proibição* –, parece-nos ter sido relegada ao segundo plano no que diz respeito à sua relação intrínseca com o próprio fato. Logo, com a possibilidade (ou não) de sua ocorrência, o debate sobre os mais variados aspectos da dúvida do agente na

2. Em termos não propriamente idênticos, mas seguramente aproximados, segundo nos parece, veja-se: FARIA COSTA, 2017, p. 247.

concretização do resultado relevante criminalmente é travado quase que ligeiramente, em especial quando discute o dolo eventual, cuja quantidade de teorias é tão numerosa[3] e conflituosa (com cada qual apresentando critérios delimitadores ao seu modo) que o debate sobre o papel da dúvida, nessa discussão, apesar de fundamental, ganha contornos exageradamente imprecisos.

Uma das principais motivações para o desenvolvimento do presente texto é procurar oferecer ferramentas que ajudem a compreender melhor a problemática definição do elemento volitivo do (que se convencionou chamar de) dolo eventual, onde, por evidente, a dúvida sobre a concretização (ou não) do resultado (material ou normativo) está situada.

Ainda que não se nutram pretensões de se resolver em definitivo as inúmeras controvérsias existentes, a obrigação de apontar (ou evitar) caminhos que sejam encarados como (in)viáveis do ponto de vista de uma dogmática preocupada com a não disseminação de espaços de arbitrariedade é o que se perseguirá adiante.

Convém que, nessa articulação entre os aspectos dogmáticos da dúvida do agente na concretização do resultado, observe-se, sempre que preciso, aquele que, na esteira de José de Faria Costa[4], é "o exemplo mais impressivo da revelação da danosidade a nível do direito penal": o crime de homicídio. Esse tipo legal, diz ele,

> "não só quanto ao dano, mas também quanto ao bem jurídico, consubstancia três características essenciais e únicas", a saber: a) "um dano que não admite variações de grau ou intensidade na expressão da sua danosidade"; b) "um dano que só se pode realizar instantaneamente"; e c) "um dano/violação que ofende um bem jurídico absolutamente inexpansível e irrepetível."

Será desnecessário discorrer de maneira mais desenvolvida sobre a obviedade que consiste no fato de que, segundo José de Faria Costa[5], "Uma coisa é o comportamento que mata, outra será, inquestionavelmente, a conduta que tenta matar". Evidente que, no primeiro caso, ainda com o autor, "mesmo em termos grosseiramente materiais, o bem jurídico desaparece", enquanto no segundo, "apesar de tudo, permanece". É, portanto, com essa *perspectiva-guia* que nos aproximaremos da problematização proposta, vale dizer, a partir de reflexões críticas sobre as caracterizações conceituais de *dúvida* e de *certeza*, o questionamento será sobre se ao

3. Seguramente mais de uma dezena.

4. FARIA COSTA, 2000, p. 389.

5. Ibidem, p. 403-404.

considerarmos um dolo do tipo eventual não estaríamos fomentando uma categoria dogmática demasiadamente duvidosa.[6]

Assentadas as indefinições com as quais temos de nos relacionar na estruturação proposta, sobretudo quando discutimos um dolo encarado como eventual, lastreado especialmente na ideia de dúvida sobre o resultado enfocado, ideia essa carente de limitações relativamente seguras do ponto de vista dogmático, é que nos dedicaremos a demonstrar que as fórmulas apresentadas até o atual estágio dogmático, com o intuito de dotar o debate de alguma (aparência de) objetividade, embora muitas vezes não pareçam, trazem consigo subjetividades, e, com isso, espaços relativamente férteis para arbitrariedades.

O intuito é sobretudo o de demonstrar que os limites entre as perspectivas de certeza e de dúvida são fluidos o suficiente para nos demover da ideia de que seria possível lastrear uma responsabilização criminal com base em um dolo do tipo eventual, e não em uma negligência consciente, nos casos encarados como limítrofes entre tais categorias dogmáticas,[7] e que a opção por aquela primeira, da nossa perspectiva, só tem se sustentado por questões de política criminal e não por questões dogmáticas, cuja quantidade de teorias a respeito já nos permite concluir que não há segurança jurídica.

O presente artigo serve para que se demonstre a quantidade de complexidades envolvidas no debate proposto e que as dificuldades de delimitação de fronteiras entre categorias dogmáticas, embora não devam servir para a paralisação do processo de tomada de decisão no âmbito do sistema jurídico-criminal, que ao menos sirvam para que as soluções apresentadas, no embate entre Estado e indivíduo, não pressuponham circunstâncias que potencializem o poder estatal, mas que o reprimam, potencializando, por consequência, apenas direitos e garantias fundamentais, como é, por exemplo, a liberdade ambulatorial.

Por fim, o texto que segue foi desenvolvido a partir do método hipotético-dedutivo, com uma abordagem de característica essencialmente qualitativa, com a utilização da revisão da literatura clássica e contemporânea, mantendo-se como parâmetro principal a produção legislativa portuguesa, tendo sido adaptado para a presente publicação, uma vez que extraído originalmente de um capítulo específico de tese de doutoramento em Direito.

---

6. Como bem sintetizado por Heleno Cláudio Fragoso: "A dúvida pode dar lugar ao dolo eventual, mas pode também conduzir à culpa consciente": FRAGOSO, 1982. Trecho especificamente sobre o dolo eventual e a dúvida, disponível em: [www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003004319-dolo_eventual.pdf]. Acesso em: 09.06.2021.
7. Mesmo quem defende a possibilidade de uma diferenciação entre as categorias mencionadas tem admitido a imprecisão: BUNG, 2009, p. 270.

França Júnior, Francisco de Assis de. Sobre as caracterizações da dúvida e da certeza na dogmática jurídico-criminal: o dolo eventual perspectivado como uma espécie de dolo excessivamente duvidoso. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 17-47. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13693243].

2. O dolo eventual perspectivado como uma espécie de dolo excessivamente duvidoso

Convém começar por utilizar como referência aquele que pode ser destacado como um dos momentos mais *icônicos* do debate literário sobre a relevância e os desdobramentos do ato de *duvidar*. A obra de William Shakespeare, notadamente *Hamlet*, nos estimula à reflexão com a leitura de sua trágica narrativa, representativa, em especial, ao expressar a frase "ser ou não ser, eis a questão"[8]. A dúvida existencialista que se desenvolve nessa parte do texto retrata alguém não apenas indeciso com os rumos da própria vida, mas também seriamente perturbado pelas circunstâncias tensas com as quais precisava conviver.[9] Atormentado pelo desejo de vingança por conta do assassino do pai, então rei da Dinamarca, *Hamlet* mergulha numa espiral de questionamentos que o paralisa (ou o enlouquece?), o que desperta também importantes questões filosóficas.[10]

O ato de duvidar, além de rico em proporcionar desdobramentos infindáveis na literatura em geral, tem ainda sua relevância jurídica,[11] sobretudo na dogmática criminal. No Direito, de maneira geral, o inventário realizado por Rui Pinto Duarte[12] é elucidativo da presença, implícita ou explícita, da dúvida em proposições normativas, inclusive no ordenamento português. O autor – destacando, logo na sequência, que, se na vida o "estado de dúvida" pode vir a se prolongar "indefinidamente", no Direito isso já não seria permitido, exigindo-se sua superação – apresenta como exemplos comuns as expressões: *in dubio pro reo, in dubio (pro) mitius, in dubio pro libertate, in dubio favores sunt amplianda et odiosa restringenda,* entre outras. No caso do Código de Processo Penal, o autor menciona a presença expressa do termo *dúvida* nos arts. 21.º, 135.º, 148.º, 334.º, 449.º e 457.º.

8. "To be or not to be, that is the question". A tradução é livre. Trecho encontrado no Ato III, Cena I, da peça. SHAKESPEARE, 1676.
9. LISBOA, 2016, p. 254-267. DOI: [http://dx.doi.org/10.7443/problemata.v7i2].
10. Amilton Bueno de Carvalho, a propósito, lembra-nos de que foi Nietzsche quem nos ofereceu a ideia de que, em Hamlet, "não é a dúvida, é a certeza que enlouquece…". Para Amilton Bueno de Carvalho, mencionando diversos pensadores destacados no mesmo sentido, estaria pacificado que "uma das características mais preciosas e marcantes de Nietzsche é o cultuar fortemente a dúvida como condição do saber", o que lhe renderia a perspectiva de "o filósofo da dúvida" CARVALHO, 2021, p. 7 ss.; NIETZSCHE, 2006, p. 55.
11. Literatura que pode e, por vezes, até deve se articular com o direito, expandindo seus limites para muito além daquilo legislado. Sobre essas possibilidades de articulação, recomenda-se, por todos: LINHARES, 2009, p. 111-150; LINHARES, 2004, p. 59-136.
12. DUARTE, 2013, p. 474.

Embora esteja presente nas relações pessoais, sociais e, consequentemente, jurídicas, a dúvida não pode (nem deve) ser superdimensionada, seja pelos cidadãos comuns, seja pelos que manuseiam o sistema oficial de controle e de punição, sob pena de uma generalizada sensação de imobilização, como aquela de certo modo experimentada por *Hamlet*. Não é de se admitir, por exemplo, em democracia – em que se pressupõe a liberdade como um de seus pilares básicos –, a responsabilização de todo tipo de comportamento permeado pela dúvida sobre um determinado resultado, menos ainda quando se pretende fazê-lo dentro do espectro doloso. O ato de se comportar com dúvida não deve ser perspectivado como algo extraordinário, mas como o mais comum e constante, o mais presente na dinâmica social.

A dúvida comumente incomoda porque revela a necessidade de enfrentamento das questões que suscita.[13] A dúvida, entretanto, além de contestação, é hesitação, vacilo ou descrença quanto a alguma afirmação.[14] Como tais questões não se resolverão sozinhas, sem alguma interferência de quem com elas tenha algum contato, elas exigem movimento. É desse modo que a dúvida produz inquietação, exige esforço e, consequentemente, alguma atividade. Nessa ordem de ideias, não será estranho considerar a certeza como corolário da acomodação, ao menos até que seja provocada a defender suas premissas. Normalmente, não se insiste com aquilo que já está acomodado como *certo* na mente humana. É natural, portanto, que se tenham, tanto a *dúvida* quanto a *certeza*, como *estados mentais*[15] adversários, em que uma está sempre a corroer a outra, em permanente tensão, sendo uma o estímulo da outra.

Essa *dinâmica adversarial* entre os estados mentais enfocados, por mais preciso que eventualmente sejamos em suas mensurações, na prática, haverá sempre de deixar reservado o espaço para o *imponderável*, ou seja, para o que não se pode apreciar em termos absolutos. É nesse contexto que se deve concluir que toda previsão que se faça haverá de ser precária, com variáveis que não se permitirão controlar ou capturar em definitivo, razão pela qual se constata rapidamente, sobretudo na dinâmica social, contar-se mais com aquilo que é *provável* (expressão, portanto, tributária da ideia de dúvida, de cunho interrogativo) do que propriamente com o que é *certo* (de cunho afirmativo) em qualquer prognose que se pretenda realizar

13. Na perspectiva de Cristina Líbano Monteiro, por exemplo, "A dúvida está sempre aí, como situação a que pode chegar-se e da qual a necessidade de dar solução à questão em análise obriga a sair" MONTEIRO, 2019, p. 13.
14. DUARTE, 2013, p. 473. O autor refere-se ainda, em nota, aos diversos outros sentidos possíveis para a dúvida. Veja-se, por exemplo: SILVA, 1989.
15. "Com efeito, a dúvida equivale a um estado da mente, tal como a certeza ou a convicção" MONTEIRO, 2019, p. 14.

França Júnior, Francisco de Assis de. Sobre as caracterizações da dúvida e da certeza na dogmática jurídico-criminal: o dolo eventual perspectivado como uma espécie de dolo excessivamente duvidoso. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 17-47. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13693243].

sobre uma determinada situação. É dessa maneira que, inegavelmente, a ideia de certeza assume um papel de coadjuvante diante da presença insistente e corrosiva da ideia de dúvida.

Por ter sido intensamente escrutinada, em especial no âmbito da filosofia – como René Descartes e Galileu Galilei, nos primórdios da estruturação do conhecimento encarado como científico –, a dúvida tem recebido tratamento privilegiado na estrutura dos mais variados saberes, incluindo-se, como é evidente, na dogmática jurídico-criminal, muito embora, nesse particular, vislumbrem-se alguns *déficits*,[16] com o ato de duvidar sendo explorado mais frequente e dedicadamente em algumas áreas (como no caso dos estudos sobre o *erro de proibição*) do que em outras (como no caso da dúvida sobre o resultado e sua relação com o dolo eventual)[17], a nos interessar mais na presente investigação aquele em que os estudos parecem ainda insuficientes, a saber, a dúvida sobre a concretização do resultado, tendo sido, até aqui, repise-se, explorada com menos intensidade na literatura jurídico-criminal.

Nesse contexto, será imperioso avaliar o ato de duvidar, que não é propriamente uno, e os níveis de sua presença que permitiriam convocar a atenção do sistema jurídico-criminal para sua responsabilização, o que nos remete à reflexão sobre suas fronteiras, especialmente com o que se perspectivará como *certeza*. Haveria mesmo uma *certeza,* ou apenas uma resposta possível naquele determinado contexto? É possível estabelecer de maneira segura algum conceito de dúvida e delinear seus níveis e/ou fronteiras diante do que se tiver como certeza? Haveria uma zona cinzenta entre uma coisa (dúvida) e outra (certeza), em um nível tal de abstração que impossibilitaria a responsabilização criminal em termos dolosos?

Na história do conhecimento científico, o que se estabelece como o objetivo maior, ou seja, como o ponto de chegada dos processos de investigação, é a sustentação de uma espécie de *certeza*. É o que normalmente se busca.[18] Nessa dinâmica investigativa, de um modo geral, é evidente que ninguém se dedica a perseguir a dúvida e encontrá-la como objetivo final. Muito ao contrário. O pretendido em qualquer pesquisa científica é justamente o rechaço da dúvida, é procurar deixar o terreno o menos propício possível para o seu aparecimento ou para a sua persistência. É a partir da inter-relação nutrida por ambas (dúvida e certeza) que o conhecimento científico se desenvolve (e avança) adequadamente.

16. "Poucos são os trabalhos dedicados à análise do modo como as regras jurídicas referem a dúvida" DUARTE, 2013, p. 474.
17. Há relativa escassez de teses doutorais, p. ex., dedicadas ao tema. As inúmeras complexidades que permeiam o tema parecem desencorajar pesquisadores e pesquisadoras.
18. Nas palavras de Karl Popper, seriam "explicações últimas" POPPER, 1980, p. 131.

Assim, a dúvida (ou as questões que ela suscita), não se perca de vista, serve como óbice à acomodação e como um estímulo à confrontação daquilo que se apresentou como o *certo* (como as respostas encontradas e defendidas) ao final de uma investigação, desencadeando-se uma dinâmica que revela que aquilo que tem sido apresentado como o *certo* tende a sê-lo apenas *naquele momento*, e que, justamente por conta da possibilidade de mudança das contingências (sociais, econômicas, culturais etc.) daquele específico contexto, pode vir a deixar de sê-lo.

A certeza, portanto, é vocacionada a ser moldada como *circunstancial*, enquanto a dúvida ostenta um certo estado de *perenidade*, porque, repita-se, sempre presente. Na medida em que as contingências mudam (sobretudo aquelas de natureza pessoal, uma vez que não é de se esperar que o tratamento dado por um pai ao filho, numa circunstância, seja o mesmo quando aquele estiver diante de um estranho), com novas descobertas (ou novas perguntas), também as respostas sofrem modificações,[19] abrindo espaços para *novas certezas*, que evidentemente serão confrontadas por *novas dúvidas*.[20] Uma articulação dialética interminável e, também por isso, encarada por Vilém Flusser[21] como "um estado de espírito polivalente".

Mesmo nas ciências encaradas como *exatas*, a ideia de certeza sofreu com o "ácido corrosivo da dúvida"[22]. Segundo Ilya Prigogine[23], o que pode ser submetido ao absoluto controle não haverá de ser algo propriamente real, concluindo-se que "o que é real não pode nunca ser rigorosamente controlado". Vilém Flusser[24], por sua vez, trata de denunciar o esvaziamento do conceito de "realidade". Inegável é que algumas das *certezas* de outrora têm sido revisadas com o avanço tecnológico[25]. O que, por mais contraditório que possa parecer, leva-nos à ideia de que se há alguma *certeza* nesse momento é a de que a *dúvida* estará sempre à espreita, não

19. Com uma temática que, de certa maneira, tangencia decisões que poderíamos tomar entre o que seria justo e o que seria injusto (na linguagem do autor, entre o certo e o errado), bem como suas condicionantes (contingências), que variam de pessoa a pessoa, recomenda-se: SANDEL, 2011.
20. "Toda solução dada a um problema levanta novos problemas; principalmente quando o problema original é profundo e a solução apresentada é corajosa" POPPER, 1980, p. 57.
21. FLUSSER, 2018, p. 9.
22. Idem.
23. PRIGOGINE, 2011, p. 162-3.
24. FLUSSER, 2018, p. 13.
25. Confirmando-se, portanto, a perspectiva de Karl Popper de que o conhecimento científico deve ser visto não como uma *fórmula fechada*, mas como algo que se deve observar sempre como "em aberto" POPPER, 2007.

França Júnior, Francisco de Assis de. Sobre as caracterizações da dúvida e da certeza na dogmática jurídico-criminal: o dolo eventual perspectivado como uma espécie de dolo excessivamente duvidoso. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 17-47. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13693243].

sendo absurdo nenhum reconhecer ser esta mais prevalente do que a certeza. Logo, poucas coisas poderiam ser realmente encaradas como *certas* (como o passar do tempo cronológico,[26] a alternância regular entre a noite e o dia,[27] a chegada da morte física[28] etc.), embora aí também não se possa garantir a eliminação de dúvidas à espreita.

Não por acaso Edgar Morin[29] concluiu que a mais destacada contribuição de conhecimento do século XX "foi o conhecimento dos limites do conhecimento. A maior certeza que nos foi dada é a da indestrutibilidade das incertezas, não somente na ação, mas também no conhecimento". Para o autor, que recorda o poeta Salah Stétié, "O único ponto, mais ou menos certo, no naufrágio das antigas certezas absolutas é o ponto de interrogação", o que nos ajuda a estruturar a ideia de que, mesmo que uma determinada conclusão possa vir a ser encarada como *certa*, não se pode dizer ser ela propriamente absoluta, tida como definitiva e indiscutível.

A perspectiva de *certeza* aqui adotada será aquela delimitada como *a resposta coerentemente possível no específico contexto enfocado*, com as contingências da pessoa e do próprio momento, ou seja, situações em que, por mais certas que as pessoas estejam de algo, a dúvida estará presente, por vezes enfraquecida, mas lá estará, muito embora a legislação civil portuguesa se refira a situações em que não haveria dúvida (art. 68.º, 3, e 1633.º, ambos do Código Civil), como destacado por Rui Pinto Duarte[30]. O que se chama de certeza será, na realidade, uma espécie enfraquecida de dúvida, um cenário que transmita alguma segurança, chamada de certeza por convenção social, para não imobilizar, para não manter as pessoas num estado de certa hesitação. Tendo-se uma dúvida com força muito reduzida, dificilmente haverá de ser realizada alguma mudança no contexto com o qual se dialoga.

---

26. Sobre como esse tempo tem sido perspectivado pelo ser humano, como o capturamos na dinâmica social, bem como sua ligação com o Direito, recomenda-se: OST, 2001.
27. Entretanto, em algumas regiões do mundo – como na cidade de Norilsk, na Rússia –, essa alternância não se dê da maneira mais frequentemente conhecida, como em Portugal ou no Brasil. Há períodos do ano (entre novembro e fevereiro) em que a mencionada cidade fica sem ser tocada pela luz solar. Disponível em: [www.terra.com.br/vida-e-estilo/turismo/internacional/conheca-regiao-do-mundo-que-fica-ate-tres-meses-sem-ver-o-sol,516a392625237310VgnCLD100000bbcceb0aRCRD.html]. Acesos em: 01.12.2020.
28. Muito embora os debates sobre a possibilidade de preservação do corpo na esperança de que um dia a medicina encontre uma "fórmula" que permita um prolongamento indefinido da vida humana estejam cada vez mais presentes na literatura médica. Por todos, recomenda-se: RODRIGUES, 1999, p. 113-120.
29. MORIN, 1999, p. 61. Para o português, a tradução pode ser lida em: MORIN, 2003, p. 55.
30. DUARTE, 2013, p. 489. Além disso, o autor afirma que seria inerente ao "universo jurídico" a "falta de certeza". Op. cit., p. 491.

As delimitações conceituais aqui trabalhadas, tanto de *certeza* quanto de *dúvida*, guardam íntima relação com a ideia de *possibilidade* (o que não se deve confundir com a de *probabilidade*, onde a questão se voltaria para o *quanto* daquilo previsto seria possível no contexto enfocado), o que nos faz concluir que tanto no dolo direto quanto no eventual, a pessoa perspectiva o resultado com reprovação criminal como algo possível, só que, no primeiro, ela se esforça dedicadamente para sua concretização, tendo-a como mais próxima de si, enquanto no segundo, não, já que a concretização do resultado em questão aparece-lhe sem que tal esforço tenha sido realizado. Logo, o resultado obtido no dolo eventual concretiza-se como consequência de um esforço da pessoa para a realização de um outro resultado pretendido.

Uma coisa é a pessoa intencionar matar alguém e empreender esforços para que tal se concretize; outra, bem diferente, é intencionar chegar mais rápido em um local (ou alcançar um outro desiderato qualquer) e, durante o percurso, justamente por conta do esforço realizado para chegar ao destino pretendido, acabar matando outra pessoa. Ainda que a morte tenha sido perspectivada como possível em ambas as situações narradas, não se podem apresentar conclusões definitivas sobre o tipo de dolo ou negligência eventualmente presentes nos eventos sem que antes se avalie uma série de circunstâncias que permeiam as delimitações tanto de *certeza* quanto de *dúvida* sobre o contexto do evento e sobre a pessoa. Não se pode concluir que o simples fato de a pessoa ter previsto aquela morte (não tendo isso servido para lhe obstar o comportamento) sirva como a pronta caracterização de um dolo eventual.

Se se pretende matar alguém lhe direcionando um tiro na cabeça, é possível que se alcance o objetivo almejado. Mas o quanto possível isso seria? Depende. Partindo-se primeiro do pressuposto de que o atirador acerte o tiro, a possibilidade é aumentada de que a morte ocorra, mas não se pode dizer que tal seja absolutamente certo, que um tiro na cabeça leva prontamente à morte de alguém, uma vez que uma série de variáveis (como a velocidade do projétil, se este entrou e saiu ou se permaneceu, a área e os vasos afetados, entre outras) devem ser levadas em consideração. A única circunstância que nos permitiria diferenciar um dolo do outro seria saber para o que exatamente a pessoa se esforçou: para matar ou para qualquer outra coisa, menos a morte (como deixar a pessoa incapacitada, por exemplo)?

A mesma reflexão pode ser realizada diante de alguém que, também pretendendo matar, desfere um tiro não mais na cabeça, mas agora na região das pernas da pessoa. O quanto seria possível, para matar essa pessoa, esse tipo de comportamento? Depende. Haveria aqui também uma série de circunstâncias que precisariam ser levadas em conta. Evidente que um tiro na cabeça não há de ser qualquer coisa,

França Júnior, Francisco de Assis de. Sobre as caracterizações da dúvida e da certeza na dogmática jurídico-criminal: o dolo eventual perspectivado como uma espécie de dolo excessivamente duvidoso. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 17-47. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13693243].

não o estamos menosprezando, mas também não pode significar de pronto um esforço do atirador para matar, como um tiro nas pernas também não pode ser encarado prontamente como um tiro para não matar. O fato é que, para diferenciar uma coisa da outra, não será possível utilizar como parâmetro, de maneira definitiva, o local da lesão, por exemplo, como algo visível aos nossos olhos, como aquilo que apareça como o mais crível, nem pura e simplesmente o resultado obtido (sendo a morte o mais impactante), mas uma série de elementos internos (do investigado), repletos de subjetividades.

O problema que se apresenta nessas situações é subjetivizado a um nível praticamente inacessível, repleto de espaços para arbitrariedades, até mesmo para o preenchimento de informações conforme as expectativas de quem terá o dever de analisar a situação para o efeito de responsabilização criminal, uma vez que tal providência pressupõe que se consiga acessar informações privilegiadas, com as quais apenas a pessoa investigada tem alguma intimidade, obviamente porque produzidas por aquela específica mente. Ao menos uma coisa nos é permitido concluir com alguma segurança: em todos os exemplos apresentados acima, haverá dúvida, em maior ou menor grau. Assim, embora um resultado qualquer seja possível, este pode vir a não se concretizar, por inúmeras circunstâncias.

Não se pode cravar com a exatidão por vezes esperada pelos que analisam a situação *a posteriori* o que teria acontecido na cabeça da pessoa naquele contexto. Não é pura e simplesmente o caso de tentar adivinhar o que a pessoa investigada pensava, mas de tentar alinhar tudo com a esfera das possibilidades no mundo fático também, com base nas demais circunstâncias do caso (sobretudo nas condições externas nas quais estava o agente inserido), e não com base no que as pessoas fariam naquele contexto, como geralmente ocorre, como se se tratasse de um direito penal da perspectiva de terceiros sobre o fato, e não sobre um direito penal do fato. Não é o que o intérprete faria naquele lugar, mas o que aquele específico contexto permite concluir com alguma segurança sobre a possibilidade de responsabilização da pessoa cujo comportamento é interpretado na investigação. O resultado produzido pode realmente ser atribuído a ela em termos dolosos? Ela o previu? Ela o queria mesmo naqueles termos dolosos?

O que pretendemos deixar claro é que essas subjetividades todas, que se articulam entre os conceitos de dúvida e de certeza, que são evidentemente próprias da mente, naquilo que nos interessa, não podem ser resolvidas com base em circunstâncias alheias aquelas que digam respeito às subjetividades da pessoa enfocada (e mais propriamente ainda, no seu elemento volitivo), inserida no específico contexto enfocado. O parâmetro não deve ser o impacto que o resultado provocou nas demais pessoas (como asco, ojeriza, revolta, indignação, sensação de impunidade etc.), ou no que as demais pessoas acham que fariam naquele

França Júnior, Francisco de Assis de. Sobre as caracterizações da dúvida e da certeza na dogmática jurídico-criminal: o dolo eventual perspectivado como uma espécie de dolo excessivamente duvidoso. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 17-47. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13693243].

momento específico, já que é comum se colocarem "no lugar" da pessoa investigada para decidir se, naquele contexto, ela estaria certa ou errada,[31] senão nas circunstâncias presentes naquele contexto fático, com o qual aquela específica pessoa esteve envolvida.

Nesse passo, existindo também dúvida no dolo direito, mesmo que enfraquecida (convencionando-se, como dissemos, chamá-la artificialmente de certeza), por mais certo que a pessoa esteja do resultado previsto, é de se pressupor que no dolo chamado de eventual, a dúvida estaria mais intensamente presente, mas em um nível tal de subjetividade capaz de carregar essa modalidade de dolo para uma espécie de *zona de incertezas*, com fronteiras excessivamente esmaecidas, não à toa tendo esta modalidade de dolo encontrado diversas resistências doutrinárias no início de sua estruturação na dogmática jurídico-criminal, o que nos impõe questionar, por exemplo, se se justificaria punir criminalmente alguém dolosamente nesses específicos termos. Do nosso ponto de vista, não, mas tal não implica que haja necessariamente falta de responsabilização, uma vez que, nesses casos, teríamos a possibilidade de negligência consciente, mesmo se contássemos apenas com a utilização do sistema criminal.

Diante desse cenário, o que deve preocupar não é a presença da dúvida numa determinada situação, uma vez que, na generalidade, ela tende a estar, mas que se identifique com alguma segurança qual o nível de dúvida e se ela autorizaria adequadamente uma reprovação criminal dolosa (seja essa dúvida sobre o resultado/fato, seja sobre o direito/proibição).[32]

Não obstante sua frequência na dinâmica social, a dúvida carrega consigo uma complexidade que seguramente exige maior cautela no processo de responsabilização jurídico-criminal, pois a identificação de seus níveis não há de ser qualquer coisa simples, sobretudo porque se situa justamente no ponto mais nevrálgico da ideia de dolo, no espaço reservado ao elemento volitivo.

---

31. Em linha de aproximação, nesse contexto, é necessária a leitura do seguinte trecho da obra de Cristina Líbano Monteiro sobre o trabalho do "investigador-juiz": "Para verificar a correcção de um enunciado factual (leia-se: para dar como provado certo facto) não pode reproduzir o comportamento objecto da sua indagação – trabalha com fenómenos irrecriáveis. E, acima de tudo, importa-lhes menos (numa primeira fase) aquilo que aquele «retalho da vida comunitária» tem eventualmente em comum com outros, do que a correcta apreensão dos traços configuradores da situação *sub judice*, na sua individualidade (ou unidade numérica)" MONTEIRO, 2019, p. 18. Sobre a necessidade de o julgador observar critérios que não se esgotem em si mesmo, recomenda-se: RAGUÉS I VALLÈS, 1999, p. 347.

32. Nesse último caso, na linha do defendido em: NEUMANN, 2013, p. 782.

França Júnior, Francisco de Assis de. Sobre as caracterizações da dúvida e da certeza na dogmática jurídico-criminal: o dolo eventual perspectivado como uma espécie de dolo excessivamente duvidoso. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 17-47. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13693243].

Juarez Cirino dos Santos[33], embora em outro contexto, destaca que:

> "Entre as situações psíquicas extremas de conhecimento (do injusto) e de erro (de proibição) existe toda uma escala de estados psíquicos intermediários, de progressiva redução da nitidez das representações do significado de determinados fatos, até o estado oposto de pleno erro, como ausência de conhecimento do significado – ou, em sentido inverso, de progressiva ampliação da clareza das representações do significado de determinados fatos, até o estado oposto de plena consciência, como conhecimento integral do significado, que constituem o espaço de existência psicológica do fenômeno da dúvida na atividade humana."

Nesse passo, que nível de dúvida deveria ser punido criminalmente e qual demandaria apenas uma reprovação civil ou administrativa? Que grau seria suficiente para diferenciar uma coisa da outra? Sobre esse contexto interrogativo, Juarez Tavares[34] adverte, na linha de John Leslie Mackie[35], que "o cidadão não precisa justificar sua conduta; o Estado é que deve demonstrar que sua conduta é juridicamente incorreta", qualquer que seja o âmbito da teoria do crime. A dúvida e o grau que a acompanham são características que precisam ser demonstradas por quem pretende a responsabilização jurídico-criminal, o que não é tarefa das mais simples, uma vez que, como se percebe, o tema é recheado de controvérsias e contingências, cujas discussões doutrinais parecem mais preocupadas com seus aspectos vinculados ao conhecimento da proibição do que propriamente com o fato/resultado.

É justamente na linha de argumentação mais recorrentemente encontrada na doutrina que Juarez Tavares[36] se dedica à "classificação das dúvidas" no debate sobre o erro, tais como: "dúvida relevante, dúvida irrelevante; dúvida sanável, dúvida insanável; dúvida próxima, dúvida remota". O autor explica que:

> "Dúvida relevante é aquela que, segundo um juízo objetivo, tem a propriedade de influir na consciência do agente, a ponto de poder impedir a prática da atividade. Dúvida irrelevante é aquela que não interfere no conhecimento do agente. A dúvida sanável é aquela que pode ser desde logo esclarecida, quer por um especialista, quer pelo próprio agente. Dúvida insanável é aquela que, em face da deficiência ou insuficiência da redação, ou complexidade do tema, mesmo com o apelo a especialistas ou a revistas jurídicas, não será possível alcançar o conhecimento. Dúvida próxima seria aquela que decorre da própria leitura

33. SANTOS, 2020, p. 318-319.

34. TAVARES, 2018, p. 489.

35. MACKIE, 1983, p. 232. Recomenda-se ainda: GINTERS, 1982.

36. TAVARES, 2018, p. 491.

> da norma em confronto com o fato, por uma questão de redação e a dúvida remota, aquela que não decorre de uma leitura, mas sim de uma interpretação dos fatos."

Também preocupado em dar contornos jurídicos minimamente aceitáveis ao tema enfocado, Rui Pinto Duarte[37], tendo por base a legislação portuguesa, trata de classificar a dúvida de três diferentes maneiras. Para ele, as dúvidas devem ser divididas em critérios vinculados ao objeto, ao sujeito, à intensidade e ao efeito que desencadeiam. No primeiro critério, estariam dispositivos, tais como o 8.º, o 68.º, o 1816.º e o 1817.º do Código Civil. No segundo, os arts. 8.º, 12.º e 68.º do Código Civil. Já no terceiro critério, os arts. 449.º da Constituição Portuguesa e o 135.º do Código de Processo Penal, entre outros. No último, os arts. 68.º, 2, 926.º, 1145.º e 1252.º, entre outros, do Código Civil.

Na sequência da enumeração referida anteriormente, Rui Pinto Duarte[38] se dedica a desvendar de maneira mais aprofundada algumas das adjetivações da dúvida no ordenamento português quanto à intensidade, e aponta para a existência de dúvidas sérias, fundadas, fundamentadas, graves ou legítimas, requerendo uma necessária razoabilidade, o que justificaria suspender um juízo afirmativo em relação à questão enfocada. O autor conclui sua linha de raciocínio argumentando que "o facto de a lei não adjetivar as dúvidas que considera relevantes não significa que elas não tenham de atingir certa intensidade", e apresenta como bastante representativo o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 19.10.2010,

> "no qual se entendeu que, apesar de não ter sido apurado o lugar em que se consumou a apropriação da coisa por parte de um autor de um crime de abuso de confiança, não se justificava aplicar o art. 21.º, n.º 1, do CPP, por existirem nos autos elementos que permitam '*concluir sem grande dúvida* que, face à natureza do crime em causa, a inversão do título de posse ocorreu (ou aí pode ter ocorrido) na área da sua residência'." (grifos do original)

Na perspectiva de Cristina Líbano Monteiro[39], ao desenvolver argumentos sobre a viabilidade da fórmula do *in dubio pro reo* no processo criminal – análise para a qual retornaremos mais adiante –, "não é qualquer dúvida sobre os fatos que autoriza sem mais uma solução favorável ao arguido". A autora faz menção à ideia de "dúvida razoável"[40], muito comumente debatida na processualística, e informa que

37. DUARTE, 2013, p. 487 ss.

38. Ibidem, p. 489 ss.

39. MONTEIRO, 2019, p. 56 ss.

40. ZUCKERMAN, 1989, p. 122. E ainda: KENNY, 1966, p. 518. Sobre as origens do termo, recomenda-se: WHITMAN, 2008. Como destacado por Vinícius Gomes de Vasconcellos,

> "na doutrina anglo-americana, o esforço por delimitar o que seja a dúvida razoável prende-se com a máxima que rege a prova penal – *proof beyond reasonable doubt*; distinta da que preside à prova civil – *proof on the balance of probabilities*."

Segundo a perspectiva da autora:

> "A velha teologia moral distinguia – ao tratar de saber se era ou não lícito actuar com a consciência duvidosa – entre a dúvida positiva e a negativa, sendo a primeira "a que se apoia em fortes argumentos" e a segunda "a que se funda sobre um motivo leve e insuficiente". Só seria ilícito actuar com consciência positivamente duvidosa. A dúvida negativa, segundo um antigo adágio, há-de desprezar-se, pela sua irracionalidade e por não ilidir a certeza contrária. Explicavam os moralistas que nos actos humanos nunca se dá uma certeza contra a qual não militem alguns motivos de dúvida. Pedir uma certeza absoluta para orientar a actuação seria, por conseguinte, o mesmo que exigir um impossível e, em termos práticos, paralisar as decisões morais."

A cena apresentada por Shakespeare, que nos serviu de abertura para o presente texto, deixa à mostra o processo de reflexão exigido para que os questionamentos provenientes da dúvida sejam, se não respondidos adequadamente (como *nós* esperamos), decididos da melhor maneira possível com o sopesamento dos *prós* e dos *contras* do comportamento (comissivo ou omissivo), sendo assim considerados, como já insinuado alhures, a partir das contingências do próprio envolvido (e não do intérprete), o que exigirá, não raramente, numa fração de segundos (porque a vida não para a fim de que se possa refletir sobre as opções à mão), para a decisão sobre como agir, um apurado juízo de prognose.

A vida não deixa também de ser um desafiador labirinto, a nos exigir, a todo instante, a tomada de decisões (sejam refletidas ou não) sobre os caminhos que devem ser trilhados e sobre o que exatamente buscamos ao final de cada um de seus bifurcados corredores.

Com tudo o que se disse até aqui, é de se concluir que a atuação do sujeito movido pela dúvida, repise-se, em um ambiente democrático no qual a liberdade

---

o tema tem sido explorado, sobretudo pelos processualistas norte-americanos, e, mais recentemente, pelos italianos, com apego às teorias da probabilidade, em situações nas quais "em termos quantitativos, discute-se o percentual de 'certeza' necessário, que pode ser indicado na fração de 80%, 90% ou até 99%", mas adverte que, apesar de todo o esforço dos processualistas na atualidade, "resta claro o cenário de confusões e imprecisões com relação à definição do *standard* probatório para condenação além da dúvida razoável" VASCONCELLOS, 2020. DOI: [http://dx.doi.org/10.1590/2317- 6172201961]. p. 9-12.

(inclusive a de atuar em dúvida) já se vê fundamentada à partida, não haverá de convocar (e menos ainda de justificar) prontamente a atuação do sistema criminal. Levá-la em consideração às minúcias no âmbito do sistema de controle e punição, conforme Alaor Leite[41], "significaria uma paralisação social e oneração excessivas dos sujeitos". Ainda com o defendido pelo mencionado autor, nos levaria à ideia de "cidadão prudente incompatível com a tradição liberal". Perceba-se que sua conclusão parte das críticas realizadas ao *Bundesgerichtshof* (BGH)[42], que havia decidido que

> "o sujeito deve, a respeito de toda e qualquer ação que pretenda empreender, fazer um esforço de consciência e refletir sobre se esta se encontra dentro dos limites das disposições do dever-ser jurídico. Dúvidas devem ser superadas através de reflexão e da informação."

Essa alegada necessidade de superação da dúvida, quando relevante jurídico-criminalmente, não pode significar um desmedido dever de informação sobre o cidadão diante das consequências daquilo que pretende (e, às vezes, precisa) realizar (ou já realizou). Como questionado por Alaor Leite[43], ao contrário do sugerido por Warda[44], o mais coerente seria sabermos "a partir de que grau de conhecimento possui o Estado uma razão jurídica forte capaz de ordenar ao sujeito a categórica abstenção da conduta e, caso contrário, punir o sujeito com pena dolosa completa". Para o autor, o que merece esclarecimento é

> "a partir de que momento pode o Estado justificar a pena diante daquele sujeito, e não se, de posse de determinado estado psicológico (consciência eventual, consciência potencial etc.), ao sujeito é possível dirigir um reproche na medida em que poderia agir conforme os anseios da ordem jurídica."

Tudo quanto articulado serve para reforçar a importância (e para mostrar a complexidade dos reflexos) do estudo da dúvida no sistema jurídico. O incontroverso é que ostenta a dúvida reflexos jurídico-criminais que devem ser mais explorados. Suas implicações são múltiplas. Nesse espaço discursivo, como já destacado, é comum que nos deparemos com dois tipos de interesses, não propriamente conflitantes, sendo, no entanto, ao que concluímos, um mais frequente do que o outro na literatura enfocada: a dúvida sobre a proibição (*de direito*, geralmente vinculada às

41. LEITE, 2013, p. 20-21.
42. BGHSt 2, 201; BGHSt 4, 237; BGHSt 27, 202.
43. LEITE, 2013, p. 40.
44. WARDA, 1974, p. 504 ss.

questões sobre o erro)[45] e a dúvida sobre o resultado do comportamento (*de fato*, sendo esta vinculada ao debate sobre o dolo na sua vertente encarada como eventual). É o primeiro aspecto o que mais tem demandado o interesse doutrinário e jurisprudencial, razão pela qual foi espinhosa a tarefa de articular o raciocínio sobre esse segundo aspecto, sem contar com um substrato teórico adequadamente estruturado.

Alaor Leite[46] chama ainda a atenção para o fato de que já em Karl Binding[47] seria possível identificar "que um tratamento das dúvidas sobre a proibição tenha sido realizado pelo maior defensor da chamada teoria estrita do dolo, na medida em que, para esta teoria, tanto as dúvidas sobre os fatos como as dúvidas sobre o direito seriam legítimos casos de dolo eventual", o que, para o autor brasileiro, prejudicava um tratamento autônomo da dúvida sobre a proibição. Embora precursor nesse debate, Binding "não deixou suficientemente clara a distinção fundamental de tratamento entre dúvidas sobre os fatos e dúvidas sobre o direito".

Ainda segundo Alaor Leite,[48] avançando no argumento de Binding[49], não se deve perder de vista que este "não reconhecia a existência de uma culpa consciente, o que implicava necessariamente um alargamento conceitual do espaço concedido ao dolo". O autor brasileiro conclui ser significativo

> "que um defensor claro de uma teoria volitiva na discussão sobre o dolo acabou defendendo uma espécie de teoria cognitiva (teoria da possibilidade) quando a questão era realizar a delimitação entre consciência do injusto e erro de direito."[50]

45. Discussão para a qual é paradigmático o trabalho: LEITE, 2013. Observe-se ainda o que conclui Enrique Bacigalupo sobre a proximidade dos debates propostos e a falta de clareza do que se discute, bem como o papel da dúvida: "La cuestión es menos clara cuando el autor ha obrado con *dudas sobre la antijuridicidad* (conciencia condicionada de la antijuridicidad). Se trata de una figura similar a la que tradicionalmente se conoce como dolo eventual, pero en lugar de estar referida a la conciencia de los hechos, se vincula con la conciencia sobre la antijuridicidad. Por una parte se sostiene que la suposición de una alta probabilidad de la antijuridicidad es *equivalente* a la certeza. Consecuentemente, no sólo no debería apreciarse en estos casos error sobre la prohibición, sino que tampoco cabría una atenuación de la pena (como consecuencia de una menor reprochabilidad)" BACIGALUPO, 2002, p. 176. O autor se ampara, dentre outros, em: JAKOBS, 1991, p. 417 ss.; KAUFMANN, 1958, p. 64 ss, destaque do original.
46. LEITE, Alaor. 2013, p. 41.
47. BINDING, 1922. §115, p. 859 *ss*. Recomenda-se ainda: BINDING, 1919, p. 423. Mais a esse respeito: DIMAKIS, 1992.
48. LEITE, 2013, p. 47.
49. BINDING, 1919, p. 125 ss.
50. LEITE, 2013, p. 48. Recomenda-se também: DIMAKIS, 1992, p. 20.

Perceba-se que Binding, noutra passagem de sua obra, "conceitua dúvida como 'a luta na psiquê do agente entre a suposição e não suposição do elemento do delito (*Deliktsmerkmal*)'"[51]. Com base nisso, argumenta Alaor Leite[52], Binding vai, mais adiante, debruçar-se sobre o que chamou de "'dolo em casos de dúvida' (*Vorsatz in Zweifelsfällen*), já que o autor preteria a expressão corrente *dolo eventual*".[53] Mas sua contribuição parece não ter tido desdobramentos de natureza mais crítica, contribuindo, de certo modo, para o atual estado da arte.

Não bastassem as dificuldades de identificação do nível de dúvida e de sua relevância para uma responsabilização dolosa, outra das preocupações mais importantes é se se conseguirá provar com alguma segurança que a pessoa investigada tinha o que se denominaria de certeza (ou dúvida enfraquecida) do resultado reprovável criminalmente naquele contexto enfocado. Essa é uma condição que não se pode pressupor, sobretudo porque já se sabe que a dúvida está presente, sendo necessário que se discuta o seu nível para que se possa identificar a possibilidade de uma responsabilização em termos dolosos.

Em termos jurídico-conceituais, valendo-nos novamente das articulações de Alaor Leite[54] com referência a Knut Amelung[55], embora vinculados ao estudo do erro de proibição, "o conceito de dúvida não é, para o direito penal, um conceito ontológico", mas dependente "da função a ele atribuída: trata-se de *conceito teleológico de dúvida*". O autor conclui categoricamente por uma espécie de polissemia do termo dúvida, argumentando inexistir "um conceito único de dúvida a que o direito penal esteja vinculado, havendo tantas construções conceituais quantas forem as funções que o conceito seja convocado a cumprir no sistema da teoria do delito". Segundo ele, "não se devem extrair conclusões definitivas".

Por todas as dificuldades em termos de delimitação conceitual é que, para nós, o chamado dolo eventual é um *dolo excessivamente duvidoso* (ou um *quase-dolo*)[56],

51. LEITE, 2013, p. 48. A referência à obra de Binding é a seguinte: BINDING, 1919, p. 420.
52. LEITE, 2013, p. 49.
53. BINDING, 1919, p. 56; BINDING, Karl. 1919, destaque do original.
54. LEITE, 2013, p. 31-32.
55. AMELUNG, 2010, p. 1, destaques do original.
56. O termo, como é evidente, traduz a ideia de proximidade, e não de identidade. Logo, posicionar-se próximo de algum lugar (ou de alguém) não pode significar estar apropriadamente nele. A expressão utilizada tem sido comumente associada ao debate sobre os delitos de omissão, em que se observa dificuldade na identificação do dolo, debate para o qual Armin Kaufmann tem sido referência pela solução apresentada. Como paradigmática, veja-se, por exemplo: KAUFMANN, 1959. Entretanto, nesse contexto, perceba-se que, segundo identificado – e bem – por Enrique Bacigalupo, "la forma más grave de lo

assim considerado – como dolo – apenas por certa convenção de parte considerável da doutrina (que intenciona sobretudo punir mais severamente a pessoa investigada), pois o seu conteúdo não ostenta a segurança necessária para justificar uma responsabilização criminal no sentido doloso, e, portanto, mais gravosa. São inúmeras ainda as questões em aberto (de fundamentação e de limitação dessa categoria) na dogmática jurídico-criminal sobre o dolo eventual e sua relação com o atuar em dúvida. O próprio conceito com suas consequentes variações, sobretudo as de intensidade, estão permeados de indefinições, o que faz do dolo eventual uma categoria, no mínimo, problemática,[57] especialmente quando se resolve articular o poder punitivo.

Ainda que nos esforçássemos para estabelecer aqui uma estrutura mais ou menos bem articulada para preencher essas lacunas, salvando a ideia de um dolo na

ilícito, la correspondiente a los delitos de comisión dolosos, en los delitos de omisión será el delito 'cuasi-doloso' – Armin Kaufmann –. Esta omisión 'cuasi-dolosa' se dará cuando el omitente haya tenido: 1. Conocimiento de la situación típica generadora del deber de obrar. 2. Conocimiento de las circunstancias que fundamentan la posibilidad de obrar. 3. Haya sido por lo menos indiferente frente a la produción del resultado o la lesión del bien jurídico" BACIGALUPO, 1994, p. 213. O trecho, no original, encontra-se em: KAUFMANN, 1959, p. 134. O autor apresenta o tema da seguinte maneira: "Die Abfolge der nächsten Untersuchungsabschnitte ist durch den Deliktsaufbau vorgezeichnet: Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Vorwerfbarkeit. Bei den daran anschließend erörterten Problemen verleiht die Reihenfolge nicht etwa einem systematischen Anliegen Ausdruck, sondern sie entspringt Gründen zweckmäßigerDarstellung. – Die Unterlassungsdelikt zu. Die Wahl des Begriffes 'quasi-vorsätzlich' kann erst später gerechtfertigt werden; doch darf zur Verdeutlichung des Untesuchungsgegenstandes schon hier bemerkt werden, daß es sich um das handelt, was nach einer überwiegenden Terminologie als das ‚vorsätzliche' echte Unterlassungsdelikt bezeichnet wird. Allerdings geht die folgende Untersuchung nicht etwa von der Prämisse aus, daß es auf dem Gebiet der Unterlassungen überhaupt einen Gegensatz gibt, der den Begriffen 'Vorsatz' und 'Fahrlässigkeit' im Bereich der Begehungsdelikte entspricht. Insofern nimmt die folgende Überschrift ein Ergebnis vorweg, das erst im Laufe der Untersuchung aufzuzeigen sein wird". Op. cit., p. 91-92. No nosso específico caso, o termo é utilizado apenas para afirmar que o que se chama atualmente de dolo eventual não coincide propriamente com o que se considera como dolo; é uma aproximação, sobretudo pelas dificuldades de delimitação do elemento volitivo. Como temos insinuado, tamanho é o grau de subjetividade nesse tema de diferenciação que é flagrante a riqueza em disseminação de iniciativas que tentam identificar (ou salvar) os limites entre um dolo eventual e uma negligência consciente. Devo o alerta sobre o uso do termo "quase-dolo" por Armin Kaufmann, ainda que em outro contexto, ao Professor Thiago Mota de Moraes.

57. Posicionando-se contra um dolo do tipo eventual, por todos, pela riqueza no desenvolvimento do argumento, recomenda-se: BAR, 1903, p. 322-341-351-352.

sua modalidade eventual, tal seria como se estivéssemos empreendendo esforços para ajudar a abrir caminho para uma sempre não recomendável expansão do exercício do poder punitivo, quando, na realidade, o papel da dogmática criminal em uma democracia deveria ser o inverso, o de contenção no máximo possível desse poder. Isso em atenção à ideia de intervenção mínima, obrigando realmente os demais ramos do Direito a se esforçarem na busca por mecanismos que sirvam para a resolução dos conflitos, prescindindo do Direito Penal.

Do mesmo modo problemático, ainda que de maneira menos intensa, é o que se observa no debate sobre a tentativa (vejam-se as questões sobre onde termina o ato preparatório e onde começa a execução), embora decisões pela incongruência de ambas as categorias (da tentativa e do dolo eventual) sejam uma verdadeira "raridade forense"[58], o que deve também nos levar a refletir mais criticamente, como fez Alaor Leite[59], ainda que num contexto diferente do aqui enfocado (o autor se debruçou sobre as consequências jurídicas da dúvida no âmbito do *erro de proibição*). Indaga o mencionado autor:

> "Quando até os magistrados, tribunais, órgãos oficiais e juristas duvidam sobre os turvos limites da proibição penal, por que não é dado aos cidadãos o mesmo benefício? Por que sua dúvida volta-se contra ele, sendo equiparada à certeza sobre a proibição?".

Cabe também refletir acerca da dúvida do agente sobre o fato, diante da possibilidade de ocorrência do resultado.

É inegável que, persistindo dúvida sobre o conteúdo do dolo chamado de eventual, repleto de teorias sobre seus limites e sua legitimidade,[60] haverá de ser esta resolvida, no curso da persecução criminal,[61] com base no *in dubio pro reo*,[62] ou seja,

58. O termo é utilizado em: LEITE, 2013, p. 13. Inspirado, como destacado pelo autor, em: DE BOOR. 1982, p. VII.

59. LEITE, 2013, p. 1.

60. De maneira crítica, sobre essa multiplicidade de teorias, entre outros, recomenda-se: SAFFERLING, 2008, p. 183.

61. Nesse particular, vale recordar Jean-François Cesaro quando conclui que o pensamento jurídico articulado no processo de investigação seria justamente "o tempo da dúvida" CESARO, 2003, p. 39.

62. Muito embora se saiba que "A actividade interpretativa tem uma natureza diferente da actividade probatória" MONTEIRO, 2019, p. 72. Com base em Paolo Comanducci, para a autora, "As duas são necessárias para a formação do juízo de aplicação do direito ao caso concreto – um juízo composto –, mas uma pode qualificar-se como valorativo-prescritiva e a outra como afirmativa ou verificadora. A primeira procura argumentos que conduzam a uma solução justa, correcta, válida; a segunda busca razões que levem

de maneira a favorecer o investigado, ampliando sua base de proteção da dignidade (*in dubio pro libertate*) e diminuindo o exercício do poder punitivo. Existindo dúvidas – e inegavelmente muitas existem ainda sobre a constituição do dolo eventual e suas fronteiras com a negligência consciente –, o que se deve presumir é que a situação favoreça o investigado, e não o contrário.

Na esteira daquilo defendido por Karl Engisch[63] sobre os desdobramentos do *in dubio pro reo* e a necessidade de se interpretar sempre favoravelmente ao investigado na persecução criminal, dir-se-á categoricamente que "o juiz há-de 'presumir' a situação de facto que conduza a uma decisão mais favorável àquele [o investigado]". O autor arremata com os seguintes exemplos:

> "Portanto, se existem dúvidas sobre a autoria, deve presumir-se que o acusado não foi o autor do facto delituoso. Se existem dúvidas sobre se o acusado praticou o facto em situação de legítima defesa, haverá de presumir-se esta, enquanto não se provar o contrário. Se existem dúvidas sobre se o acusado ao praticar o facto estava na plena posse de suas faculdades mentais, há-se presumir-se que o não estava, enquanto se não fizer prova em contrário."

Embora não seja esta a posição majoritária, o investigado poderia ser, não sendo o caso de um dolo direto, responsabilizado por uma negligência consciente, caso o dispositivo permita a responsabilização nesses termos. Alaor Leite[64] argumenta que "a regra do julgamento do *in dubio pro reo* é, segundo a doutrina dominante que aqui não questionaremos, aplicável apenas a questões fáticas e não a controvérsias jurídicas". Recordando Claus Roxin[65], conclui que "não se pode dizer que juridicamente é de se preferir uma teoria mais ampliativa do espaço dos delitos culposos no que diz respeito aos limites entre dolo eventual e culpa consciente por aplicação direta do *in dubio pro reo*".

Embora reconheça a existência de autores que defendem uma utilização ampla do *in dubio pro reo*,[66] Cristina Líbano Monteiro[67] classifica como "deslocada" "transportar a solução material do *'pro reo'* para o problema da dúvida de direito". Aduz que dúvidas

---

a concluir pela verdade ou falsidade de determinadas proposições factuais" Op. cit., p. 72. COMANDUCCI, 1992, p. 224.

63. ENGISCH, 1988, p. 103. Traduzido de: ENGISCH, 1983.
64. LEITE, 2013, p. 28-29.
65. ROXIN; SCHÜNEMANN, 2009, p. 357.
66. GRISPIGNI, 1961, p. 19.
67. MONTEIRO, 2019, p. 73 ss.

> "sobre a delimitação legal da fronteira entre a autoria e a cumplicidade, ou entre o dolo eventual e a negligência consciente, a aplicação do '*in dubio pro reo*' levaria o tribunal a oscilar de um critério para outro, levando a concluir sempre, *in casu*, que o arguido fora apenas cúmplice ou atuara negligentemente,"

no que questionamos: que mal há nisso se houver realmente uma dúvida entre uma coisa e outra? Por que haveria o tribunal de simplesmente largar mão de um critério que otimiza a liberdade e que restringe o exercício do poder punitivo, sendo essa justamente a lógica estruturante do funcionamento de um sistema criminal democrático?

Não é por acaso que Eduardo Correia[68], embora também nutra restrições, tenha concluído que "o princípio de que a liberdade é a regra e a limitação a excepção poderá permitir, quando uma das interpretações conduza a limitar a liberdade, que se renuncie a essa em benefício da outra", o que nos aproximaria definitivamente da viabilidade da regra do *in dubio pro libertate*.[69]

Esse não é um parâmetro exclusivo de tomada final de decisão em processo penal ou um mero parâmetro de avaliação da prova; o *in dubio pro reo* servirá também como critério de garantia de otimização da dignidade humana, como parâmetro interpretativo de elementares do tipo criminal, de identificação de categorias conceituais no âmbito do direito criminal também.

Não se diga que se o investigado reconhecer um dolo eventual, tal problema estaria resolvido. Ele mesmo poderia estar enganado sobre as circunstâncias constitutivas desse tipo de dolo; ademais, correríamos ainda o risco de fomentar espaço para certas arbitrariedades, com uma persecução voltada para fazer com que o sujeito confessasse tal circunstância nos casos limites. Sabemos bem o que o fomento da busca pela confissão já produziu na história da persecução criminal.[70] Não se pode, portanto, atribuir essa definição pura e simplesmente à íntima convicção do magistrado (nem mesmo do legislador), porque esta não resolverá o problema da indefinição das fronteiras entre o dolo eventual e a negligência consciente, pois, como vimos, haverá ali uma zona, ao menos por enquanto, praticamente indecifrável, em hipótese alguma permissiva de um *in dubio pro societate*.

Não se pode ignorar que os perigos (ou cuidados-de-perigo) que passaram a iluminar o sistema jurídico-criminal, constituindo-se em parte de seu próprio núcleo,

68. CORREIA, 2016, p. 50 ss.

69. Sendo esta, segundo Cristina Líbano Monteiro, destinada ao legislador, a exigir comedimento na elaboração de tipos penais. MONTEIRO, 2019, p. 75.

70. Não seria o caso de aprofundarmos a questão aqui porque desviaríamos dos objetivos propostos. Isso pode ser observado mais adequadamente em: SANTOS; FRANÇA JÚNIOR; SANTOS, 2019. [https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.199].

França Júnior, Francisco de Assis de. Sobre as caracterizações da dúvida e da certeza na dogmática jurídico-criminal: o dolo eventual perspectivado como uma espécie de dolo excessivamente duvidoso. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 17-47. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13693243].

sobretudo a partir da 1ª Revolução Industrial, irremediavelmente fizeram com que a atuação da pessoa diante da dúvida no que toca a um resultado aparentemente danoso ganhasse ainda mais relevo. Os comportamentos passaram a ter certo relevo mais pelo que se projetou fazer (veja-se, por exemplo, o caso da punição da tentativa impossível) do que pelo que se produzia efetivamente; mais pelo que podia ter acontecido do que pelo que de fato aconteceu, quase que como uma espécie de reaproximação sutil do período em que a ideia de pecado dominava o direito criminal e as pessoas eram punidas mais pelos desvios de consciência do que pelos resultados efetivamente obtidos. Ou seja, a pessoa é punida por expor o bem avaliado como importante ao perigo de dano, e não por tê-lo violado efetivamente.

No caso do dolo eventual, há violação do bem, mas não há clareza suficiente quanto à interpretação do resultado obtido. Os critérios de diferenciação entre uma forma mais grave (dolo) e uma forma menos grave (negligência) de responsabilização criminal não estão bem delineados. Assim, assentado que ambos os tipos de dolo conhecidos (direto e eventual) estão permeados por diferentes níveis de dúvida, o problema aqui formulado é que, no caso do eventual, fica comprometida sua dissociação da negligência dita consciente, daí a insistência em resistir, ao menos da nossa parte, à utilização de um dolo tão difícil de ser delimitado numa situação como a responsabilização da tentativa, que, por si só, já representa uma ampliação da punição. Pior ainda quando a tentativa é a impossível, na qual não há lesão alguma ao bem objeto de tutela, mas uma violação pura e simplesmente de previsão legislativa.

Embora reconheçamos, de certa maneira, a existência do dolo eventual, obviamente que não podemos negar que se convive com essa categoria dogmática, seja na doutrina, seja na legislação ou na jurisprudência, o que temos, na realidade, é uma negligência (mal) disfarçada de dolo;[71] isso, do nosso ponto de vista, ocorre mais propriamente para atender às cobranças por certa proporcionalidade na punição.[72] Se assim o é, isso não deveria significar alçar determinadas categorias a

71. Para que se perceba o nível de complexidade (e de problemas interpretativos) por essa adjetivação do dolo, esse seu alargamento e o esmaecimento de suas fronteiras com a negligência consciente, até mesmo no direito civil essa questão tem produzido reflexões, embora no criminal se trabalhe com consequências mais gravosas porque há a ameaça de interferência na liberdade ambulatorial. Veja-se MOREIRA, 2013, p. 493 *ss*.

72. O problema é que há uma discrepância considerável, uma desproporcionalidade, em termos de punição entre o crime punido com dolo eventual e aquele mesmo punido com negligência consciente. Se o sistema de punição fosse mais consistente e minucioso, esse problema não seria tão presente. Devo o alerta ao professor Flávio Antônio da Cruz, com quem conversamos demoradamente a respeito da questão enfocada.

França Júnior, Francisco de Assis de. Sobre as caracterizações da dúvida e da certeza na dogmática jurídico-criminal: o dolo eventual perspectivado como uma espécie de dolo excessivamente duvidoso. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 17-47. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13693243].

classificações que não condizem com suas estruturas. No mais, seria de se admitir uma eventual elevação da pena, mas não uma mudança de categoria (no caso, de negligência consciente para dolo eventual), para só então justificar uma pena mais gravosa, atendendo-se à alegada proporcionalidade.

Dizer-se, por exemplo, que assumir o risco do resultado (uma das justificativas mais usuais) seria determinante para o dolo eventual, é um critério muito vago e não revelador de nada de substancial, uma vez que viver é assumir riscos. Mesmo no dolo direto há, como vimos, assunção de riscos, embora estes sejam considerados menores do que naqueles. Temos, portanto, mais uma questão, relacionada à mensuração do risco sobre o resultado. É como se tivéssemos de gerir um método de "empresa de seguro" na avaliação de risco. O problema é que no dolo eventual isso é elevado a uma potência bastante discutível para possibilitar uma responsabilização criminal em ambiente democrático.

Não nutrimos a intenção de estabelecer fórmulas absolutas ou certezas incontestáveis para que se permita uma responsabilização criminal. Longe disso. Daríamos com isso um passo e tanto para um certo imobilismo do sistema, o que não nos interessa. A convivência com a ideia de perigo e da necessidade de previsibilidade sempre esteve presente nas interações humanas e sempre foi encarada com certa coragem e dose de incerteza quanto ao resultado a ser obtido, como uma questão de sobrevivência mesmo, mantendo-se sempre o espaço para a aleatoriedade. Como destacado por José de Faria Costa[73],

> "aleatoriedade que, de uma forma ou de outra, por esta ou por aquela razão, mesmo que dominada pelo conceito de variável, foge à cadência da previsibilidade para se refugiar no campo subtil do inesperado e imprevisível, portanto, insusceptível de humana evitação."

Na perspectiva do autor,

> "o perigo é, pois, nesta perspectiva, indiscutivelmente um *constante* da nossa vida individual e colectiva desde os primórdios civilizacionais, porque também projecção da nossa finitude e fragilidade e, por isso, não pode ser erradicado sem resto ou com resto igual a zero."[74]

73. FARIA COSTA, 2000, p. 480, destaques do original.

74. Na perspectiva do autor, que na sequência desenvolve melhor a ideia, "a ordem jurídica tem mesmo de aceitar, dentro das actuais sociedades hipercomplexas, uma margem mínima de condutas negligentes impuníveis (minimal rest)" FARIA COSTA, 2000. p. 481. O autor também menciona: GÖSSEL, 1983, p. 234.

Cabe observar especificamente os princípios da materialização e da ofensividade, o debate empreendido sobre o nível de possibilidade de concretização do resultado no mundo fático, que, embora também carregue consigo alguma subjetividade, deve tangenciar alguma preocupação com aquela objetividade que seria possível, sobretudo nos casos limítrofes, porquanto nos faz questionar a viabilidade da mensuração do nível de possibilidade de um determinado evento,[75] no que a estatística e a probabilidade se apresentam. Nesse particular, José de Faria Costa[76] adverte para o fato de que

> "a aleatoriedade é a noção que traduz o caráter incerto dos sucessos futuros, enquanto a probabilidade é o conceito que, embora partindo da incerteza dos acontecimentos futuros, realiza um juízo de certeza sobre a constante da frequência desses mesmos acontecimentos."

Conclui "ter sentido o direito impor certo número de regras de modo a diminuir o grau de aleatoriedade e os riscos de resultados danosos não queridos". Entretanto, o autor, adiante, explicando sucintamente as variações existentes na ideia de aleatoriedade (entre zero e cem), argumenta da seguinte maneira:

> "O que nos legitima a poder, talvez, afirmar que aquele que dispara à queima-roupa sobre *B* e o mata não cria, em termos jurídico-penais, uma situação de perigo; e aquele que dá uma pequena bofetada em *B*, provocando-lhe um ataque cardíaco do qual resulta a morte, também não cria uma situação de perigo. No primeiro caso, a noção jurídico-penal de perigo está ausente na medida em que nos confrontamos com um juízo de determinação, de necessidade ou de certeza. No segundo, estamos perante uma hipótese em que o acaso interveio ao nível da total imprevisibilidade, ao nível de uma aleatoriedade tendencialmente igual a cem."[77]

Pelos exemplos dados, a aleatoriedade poderia incidir, embora mais seguramente em uma situação do que em outra, em ambos os casos. A questão que aqui se coloca é saber se seriam as ferramentas do pensamento matemático suficientes a determinar os limites da intervenção do sistema jurídico-criminal. Resolveriam o problema da diferenciação dos vários níveis de dúvida existentes as regras da estatística ou da probabilidade? Seja como for, esses critérios matemáticos, encarados

75. Sobre a alegada necessidade de mensuração da própria realidade, o que resultou em importantes inovações no comportamento humano, vale a pena consultar: CROSBY, 1999.
76. FARIA COSTA, 2000, p. 480-481.
77. Ibidem, p. 594-595.

como objetivos, ao longo dos anos, têm sido desvelados como suscetíveis de subjetividade, com espaços férteis para arbitrariedades.[78]

3. Considerações finais

Diante de todas as complexas questões abordadas, o que persiste é: se o dolo eventual é realmente seguro do ponto de vista da coerência (ou lógica) dogmática, ao que se deve essa proliferação de perspectivas sobre sua existência, seu conceito, sua fundamentação, suas bases de sustentação e seus limites com as demais categorias dogmáticas? Não que a quantidade de argumentos seja propriamente um empecilho ao debate sobre o funcionamento do sistema jurídico-criminal, mas passa a sê-lo quando aqueles preponderantes eclipsam o que é fundamental numa democracia, sobretudo porque caracteriza a estruturação de ferramentas que limitam o exercício do poder punitivo com estruturas que garantam o *status libertatis* no máximo de espaço possível.

O que temos, na realidade – convém que se diga com todas as letras –, é um ambiente de certo modo caótico no contexto enfocado,[79] com uma proliferação de perspectivas dúbias, no sentido aproximado àquele identificado por Antonio Vicente Marafioti Garnica[80]:

> "um caos de estabilidades possíveis, um caos que responde a uma ordem e atende a uma intencionalidade, qual seja, a possibilidade de um exercício de análise que se deixe levar pelas compreensões e indícios que surgem no emaranhado do rizoma [perspectivado como um *labirinto*, "com infinitos caminhos e infinitos atalhos"] no qual nos vemos inseridos desde o momento em que optamos por ter algo como objeto de análise. Ou mesmo antes disso: quando nos percebemos em meio ao rizoma das compreensões e interpretações que fiam a própria existência."[81]

78. SEIFE, 2012.

79. Na realidade, um verdadeiro labirinto, repleto de caminhos possíveis, em que o Minotauro que justificou sua construção, aqui, representa exatamente essa ideia de caos, cuja natureza é "hostil, incontrolável", uma espécie de "símbolo de morte e de fecundidade (vida)", como um espaço fecundo para o ato de duvidar. GARNICA, 2008, p. 26.

80. Ibidem, p. 14. A interpolação é nossa.

81. O autor retoma a ideia de "caótico", especialmente para que não sejam cometidos equívocos na interpretação, mais adiante em seu texto, explicando que o desenvolvimento de uma "análise", será "um exercício caótico em sua essência", sobretudo porque estaremos diante de "um manancial inesgotável de motivações que brota de todos e de toda parte". Dito pormenorizadamente, segundo o autor, com quem de certo modo concordamos, "o adjetivo 'caótico'", também associado à "figura do labirinto", "não tem aqui a acepção

Por mais que resistamos a admitir um dolo eventual, o fato é que a legislação portuguesa o reconhece e admite (art. 14º.-3 do Código Penal), de modo que a crítica que temos feito, se não haverá de servir para vê-lo ser ignorado ou mesmo abandonado, que sirva ao menos para que se perceba que sua utilização, diante da tentativa, p. ex., que também tem seus problemas de delimitação quanto à preparação, é uma providência demasiadamente expansiva de uma categoria ainda mal conformada em suas bases, uma categoria ainda em discussão sobre seus fundamentos, inclusive com proposta de ser substituída por outras (como "temeridade"[82]), especialmente por conta das indefinições que traz consigo.

Não se nega que subjetividades estejam presentes em toda a dogmática jurídico-criminal, inclusive no próprio dolo direto; não se trata de colocar tudo em xeque e de advogar uma paralisação do sistema, mas de resistir à aceitação de uma carga de subjetividade e de indefinições que é incompatível com uma dogmática atenta aos valores democráticos, restritiva do poder punitivo, ou seja, com uma estrutura que somente se prestará a exercer o seu papel de reguladora da vida das pessoas a partir de um cenário menos fértil às arbitrariedades dos eventuais intérpretes da norma.

Assim, da nossa perspectiva, uma estrutura dogmática em democracia deve ser, antes de tudo, sinônimo de frustração à tendência natural à expansão[83] e deve servir como obstáculo, barreira e solo árido para as arbitrariedades, o que, como rapidamente se constata, não se consegue adequadamente com a estrutura de um dolo do tipo eventual.

4. Referências

AMELUNG, Knut. Der Zweifel als Irrtum – ei n Irrtum zum Verzweifeln. AMELUNG, Knut [Hrsg.]. *Festschrift für Volker Krey zum 70.* Geburtstag am 9. Juli 2010. Stuttgart: Kohlhammer, 2010.

BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito.* 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1994.

BACIGALUPO, Enrique. *Tipo y error.* 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

BAR, Carl Ludwig v. *Gesetz und Schuld im Strafrecht*. Berlin: Keip, 1903.

de 'meramente desorganizado'. Talvez seja o contrário disso: o contrário configura-se na aceitação de interferências várias (incluindo aquelas *aprioristicamente* julgadas ilegítimas), como vitais para a compreensão. O caótico, portanto, aqui, atende a uma intencionalidade: em síntese, aquela de mostrar a potencialidade de modos de compreender alternativos a um determinado cânone acadêmico" Ibidem, p. 89, destaque do original.

82. FIGUEIREDO DIAS, 2012, p. 376-377.

83. Sobre essa tendência natural de expansão do exercício do poder, veja-se, entre outros: MONTESQUIEU. 2004, p. 164 ss.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung* – IV. Leipzig: Felix Meiner, 1919.

BINDING, Karl. *Die Schuld im deutschen Strafrecht* - Vorsatz, Irrtum, Fahrlässigkeit: kurzes Lehrbuch. Leipzig: Felix Meiner, 1919.

BINDING, Karl. Seltsame Vorschläge zu einer neuen Verderbnis der Lehre wie der gesetzgeberischen Behandlung von Vorsatz: Fahrlässigkeit und Irrtum. *Der Gerichtssaal*, LXXXVII, 1919.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung* – I. Leipzig: Felix Meiner, 1922. §115.

BUNG, Jochen. *Wissen und Wollen im Strafrecht*: zur Theorie und Dogmatik des subjektiven Tatbestands. Frankfurt am Main: Klostermann, 2009.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Abolicionismo penal e(m) Nietzsche.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

CESARO, Jean-François. *Le Doute en Droit Privé.* Paris: Panthéon – Assas, 2003.

COMANDUCCI, Paolo. La motivazione in fatto. UBERTIS, Giulio [Hrsg.]. *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Giuffré, 1992.

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Almedina, 2016. v. II.

CROSBY, Alfred W. *A mesuração da realidade*: a quantificação e a sociedade ocidental – 1250-1600. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Unesp/Cambridge, 1999.

DE BOOR. Vorwort. DECKERS, Rüdiger [Mitarb.]. *Unrechtsbewusstsein*: Aus der Sicht des Täters, Aus der Sicht des Richters. Basel: Karger, 1982.

DIMAKIS, Alexandros. Der Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Tat - eine Untersuchung zur Problematik des bedingten Unrechtsbewußtseins. Berlin: Duncker und Humblot, 1992.

DUARTE, Rui Pinto. Algumas notas acerca da dúvida no Direito. *Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*. Lisboa, Universidade Católica, 2013. v. II.

ENGISCH, Karl. *Einfuehrung in das juristische Denken*. 8. Aufl. Stuttgart; Berlin; Köln; Mainz: Kohlhammer, 1983.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico.* 6. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1988.

FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal.* Coimbra: Coimbra, 2000.

FARIA COSTA, José de. *Direito penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. t. I.

FLUSSER, Vilém. *Da dúvida*. São Paulo: É Realizações, 2018.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência criminal.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. Trecho especificamente sobre o dolo eventual e a dúvida,disponívelem:[www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003004319-dolo_eventual.pdf]. Acesso em: 09.06.2021.

França Júnior, Francisco de Assis de. Sobre as caracterizações da dúvida e da certeza na dogmática jurídico-criminal: o dolo eventual perspectivado como uma espécie de dolo excessivamente duvidoso. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 205. ano 32. p. 17-47. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13693243].

GARNICA, Antonio Vicente Marafioti. *A experiência do labirinto*: metodologia, história oral e educação matemática. São Paulo: Unesp, 2008.

GINTERS, Rudolf. *Werte und Normen*: Einführung in die philosophische und theologische Ethik. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht [u.a.], 1982.

GÖSSEL, Karl-Heinz. Velhos e novos caminhos da doutrina da negligência. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,* n. 59, 1983.

GRISPIGNI, Filippo. *Corso di diritto penale II*. Cedam: Padova, 1932.

JAKOBS, Günther [VerfasserIn]. *Strafrecht*, Allgemeiner Teil. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1991.

KAUFMANN, Armin. Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze, *ZStW* 70, 1958.

KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. Göttingen: Otto Schwartz, 1959.

KENNY, Courtney Stanhope; TURNER, James William Cecil [Hrsg.]. *Outlines of criminal law*. 19. ed. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1966.

LA CUTE, Giuseppe. *Il dubbio nel processo penale*. Roma: Pogar, 1961.

LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal*: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. São Paulo: Atlas, 2013.

LINHARES, Jose Manuel Aroso. O Logos da Juridicidade sob o Fogo Cruzado do Ethos e do Pathos. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 80, 2004.

LINHARES, José Manuel Aroso. Imaginacao Literaria Justica Poetica: Um Discurso da Area Aberta. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 85, 2009.

LISBOA, Camila Pereira. Introdução ao existencialismo: perspectivas literárias. *Problemata*: R. Intern. Fil., v. 7, n. 2, p. 254-267, 2016. DOI: [http://dx.doi.org/10.7443/problemata.v7i2].

MACKIE, John Leslie. *Ethik* [inventing right and wrong]. Stuttgart: Reclam, 1983.

MONTEIRO, Cristina Líbano. *Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo.* Coimbra: Almedina, 2019.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 164 *ss*.

MOREIRA, Sónia. A interpretação do conceito de dolo do art. 253.º. *Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*. Lisboa, Universidade Católica, 2013. v. II.

MORIN, Edgar. *La tête bien faite*: Repenser la réforme, réformer la pensée. Paris: Seuil, 1999.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita*: repensar a reforma, reformar o pensamento. Trad. Eloá Jacobina. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

NEUMANN, Ulfrid. *Strafgesetzbuch Nomos Kommentar.* Baden-Baden: Nomos, 2013.

NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce homo*. Porto Alegre: L&PM, 2006.

OST, François. *O tempo do direito.* Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações*: o progresso do conhecimento científico. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

POPPER, Karl R.. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*: tempo, caos e as leis da natureza. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999. p. 347.

RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. "Criônica": um polêmico mergulho no futuro. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 31, jan.-jun. 1999.

ROXIN, Claus. SCHÜNEMANN, Bernd [Bearb.]. *Strafverfahrensrecht* – ein Studienbuch. München: Beck, 2009.

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

SANDEL, Michael J.. *Justiça*: o que é fazer a coisa certa. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS, Bruno C. L.; FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de.; SANTOS, Hugo L. R. Práticas judiciárias no campo criminal e a construção das verdades na persecução penal: um debate a partir de Michel Foucault. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 1.041-1.072, maio-jun. 2019. [https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.199].

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 9. ed. São Paulo: Tirant lo blach, 2020.

SEIFE, Charles. *Os números (não) mentem:* como a matemática pode ser usada para enganar você. Trad. Ivan Weisz Kuck. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

SHAKESPEARE, William. *The tragedy of Hamlet*: Prince of Denmark. London: Andr. Clark, 1676.

SILVA, Carlos. *Logos Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia.* Lisboa/São Paulo: Verbo, 1989. v. 1.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito.* Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018.

França Júnior, Francisco de Assis de. Sobre as caracterizações da dúvida e da certeza na dogmática jurídico-criminal: o dolo eventual perspectivado como uma espécie de dolo excessivamente duvidoso. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 205. ano 32. p. 17-47. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13693243].

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, maio-ago. 2020, e1961. DOI: [http://dx.doi.org/10.1590/2317- 6172201961].

WARDA, Günter. Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein. STRATENWERTH, Günter [Hrsg.]. *Festschrift für Hans Welzel zum 70*. Geburtstag am 25. März 1974. Berlin: de Gruyter, 1974.

WHITMAN, James Q. *The origins of reasonable doubt*. New Haven, Conn.: Yale Univ. Press, 2008.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. *The principles of criminal evidence*. Oxford: Clarendon, 1989.

PESQUISA DO EDITORIAL

Área do Direito: Penal

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Problemas concretos sobre dolo eventual e omissão imprópria, de Theuan Carvalho Gomes – *RDPEc* 13/155-175.

A relevância das condições materiais da Administração Pública Municipal para a atribuição do crime de responsabilidade do Decreto-lei 201/1967: um problema acerca da dupla posição da consciência na estrutura tripartida do delito

The relevance of material environment of public administration for the criminal persecution for crimes of duty: a proposal of the dual position of consciousness in criminal law

Giuseppe Cammilleri Falco[1]
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Unesp, Brasil.
giuseppecfalco@gmail.com

Alamiro Velludo Salvador Netto[2]
Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
alamiro@avsn.com.br

1. Doutorando, Mestre (2022) e graduado (2018) em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp – Campus Franca/SP. Advogado Criminalista.
   Currículo Lattes: [[http://lattes.cnpq.br/0425322094561553].
   ORCID: [[https://orcid.org/0000-0002-5734-9006].
   E-mail: giuseppecfalco@gmail.com
2. Professor Titular do Departamento de Direito Penal, Medicina forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha). Pesquisador visitante na Universidade de Salamanca (Espanha), na Universidade de Bolonha (Itália), na Universidade Pompeu Fabra (Espanha) e na Universidade de Lisboa (Portugal). Ex-Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça (CNPCP/MJ). Ex-Presidente da Comissão de Direito Penal da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional São Paulo (OAB/SP). Advogado criminalista.
   Currículo Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7154108447806564].
   ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-4750-9352].
   E-mail: alamiro@avsn.com.br

Falco, Giuseppe Cammilleri; Salvador Netto, Alamiro Velludo. A relevância das condições materiais da Administração Pública Municipal para a atribuição do crime de responsabilidade do Decreto-lei 201/1967. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 49-72. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13654885].

Recebido em: 15.08.2023
Aprovado em: 25.09.2023
Última versão dos autores: 28.03.2024

DOI: [10.5281/zenodo.13654885].

Áreas do Direito: Penal; Administrativo

Resumo: O artigo se propõe a refletir, especificamente, sobre a atribuição dos chamados crimes de responsabilidade atribuíveis a prefeitos e vereadores disposto no Decreto-Lei 201, de 1967. Esse recorte surge da percepção da existência de pluralidade de estruturas de administração pública municipal no Brasil. Portanto, o trabalho procurou verificar a ocorrência, ou não, desta diversidade das estruturas municipais brasileiras. O trabalho tem como referencial teórico a chamada doutrinas dos crimes de infração de dever, a qual é apropriada para abordagem de delitos que pressupõe uma posição institucional. A questão que se propõe a responder é sobre a capacidade da estrutura da administração pública, no plano da realidade, influenciar a imputação normativa do delito. Vê-se que a dificuldade se dá pela dupla posição do critério da consciência, localizado tanto no dolo quanto na culpabilidade, levando a questões sobre a diferença entre as espécies de erro (de tipo e de proibição). Traz-se a hipótese da possibilidade de influência da estrutura material para imputação no que diz respeito ao erro de proibição.

Palavras-chave: Crimes de responsabilidade – Consciência – Erro – Municipalidade.

Abstract: The article proposes to reflect about the attribution of the crimes of responsibility attributable to mayors and councilors established by brazilian law. This clipping arises from a perception of a plurality of public administration structures in Brazil. Therefore, the work sought to verify the occurrence, or not, of this diversity of Brazilian municipal structures. The work has as a theoretical reference the so-called doctrines of crimes of infraction of duty, which is appropriate for approaching crimes that presuppose an institutional position. The question then proposed concerns the capacity of the structure of public administration, in terms of reality, to influence the normative attribution of the crime. It can be seen that the difficulty is due to the double position of the criteria of conscience, in this case, located both in the intent and in the culpability in the sense, leading to questions about the difference between the types of error (type and prohibition). It brings the hypothesis of the possibility of influence of the material structure for attribution with regard to the prohibition error.

Keywords: Crimes of responsibility – Conscience – Error – Municipality.

Sumário: 1. Introdução. 2. A doutrina do crime de infração de dever. 3. A diversidade de realidades das prefeituras. 4. Os crimes dispostos pelo Decreto-Lei 201 e os problemas entre o erro de tipo e erro de proibição. 5. A influência das condições materiais para a (in)evitabilidade do erro de proibição. 6. Notas conclusivas. 7. Referências. 8. Legislação. 9. Jurisprudência.

1. Introdução

A dogmática jurídico penal, já há algum tempo, vem ser preocupado com os chamados crimes de infração de dever, os quais são consequência de uma posição especial do agente perante a sociedade que impõe a estas pessoas mais deveres que uma pessoa comum e, por isso, uma maior abrangência do alcance da imputação penal. A base teórica para tal entendimento advém especialmente da doutrina alemã do funcionalismo sistêmico que aborda o Direito Penal por meio de uma relação entre direitos e deveres (como se verá em tópico mais à frente). Essa doutrina usa de metodologia normativista deixando as questões materiais em um plano secundário. De tal sorte que, ao menos a princípio, um dado material não influenciaria na imputação de crime, em especial, os chamados crimes de infração de dever.

Nesse cenário, a pergunta que instiga a realização dessa investigação é justamente se uma circunstância material tem influência na imputação de um crime de infração de dever. A questão vai além das circunstâncias fáticas do caso concreto, pois toca aos critérios normativos da imputação do delito, afinal, o que se pretende saber é se uma condição material poderá influenciar a atribuição do dever à pessoa e, por consequência a norma penal. Em uma pergunta, qual aspecto da imputação do delito de infração de dever pode ser influenciado por uma condição material?

Para buscar a resposta desses questionamentos usa-se como laboratório os crimes dispostos no Decreto-Lei 201, de 1967, que dispõe sobre os chamados crimes de responsabilidade de prefeitos. A opção se dá por três motivos. O primeiro, de ordem normativa, pois os crimes dispostos no citado decreto são, conforme uníssono na doutrina, crimes de infração de dever. Aliás, como se verá, esses chamados crimes de responsabilidade preenchem os requisitos de um crime de infração de dever, em razão dos deveres advindos da ocupação do cargo de prefeito.

O segundo motivo, este de ordem concreta, que leva ao uso desses delitos como objeto de investigação é a pluralidade de estruturas administrativas das prefeituras pelo Brasil. Enquanto as capitais e outras cidades de grande porte detêm imensa estrutura administrativa com grande número de secretarias, vasto corpo de funcionários, cidades de pequeno porte, contam com estrutura drasticamente reduzida. Existe, então, imensa diferença entre orçamentos, quantidades de secretarias e funcionários, entre tantos outros fatores que alteram, e muito, a realidade da administração pública entre os municípios brasileiros. Porém, em que pese tamanha diferença, quando diz respeito à atribuição do crime de infração de dever, em especial os dispostos no Decreto-Lei 201/1967, os casos são, independentemente da estrutura municipal, colocados em mesmo plano. Tal prática, que pode parecer a consagração do princípio da igualdade ou isonomia pode, no plano concreto, significar

Falco, Giuseppe Cammilleri; Salvador Netto, Alamiro Velludo. A relevância das condições materiais da Administração Pública Municipal para a atribuição do crime de responsabilidade do Decreto-lei 201/1967. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 49-72. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13654885].

justamente o contrário, ante tamanha distinção de realidades estruturais. Por isso, a presente investigação.

Por fim, o terceiro motivo que justifica a presente abordagem por meio dos crimes de responsabilidade dos prefeitos refere-se ao âmbito pessoal do administrador municipal. O gestor municipal, em especial o prefeito, por ser cargo político eletivo, por vezes, não detém conhecimento técnico-jurídico. No entanto, muitos dos crimes dispostos no Decreto-Lei 201/1967 dizem respeito à legalidade de atos e procedimentos administrativos. Além disso, os crimes de infração de dever têm caráter especial no sentido de que impõem ao gestor a obrigação de saber de procedimentos legais, mesmo que sem conhecimento técnico para tanto. Então, também no âmbito pessoal, existe uma dissonância entre a realidade material e a norma jurídica atribuída a essa conduta.

O texto, então, busca demonstrar a teoria dos crimes de infração de dever para que se entenda a densidade normativa atribuída a tais delitos. Em contrapartida, o texto expõe, ainda que de forma breve, a pluralidade de realidade institucional das prefeituras no Brasil, tentando mostrar a diferença da atuação administrativa a depender da realidade.

Ao adentraremos, propriamente, no objeto da presente investigação, em primeiro lugar, buscar-se-á identificar os problemas dogmáticos gerados pelas diferentes realidades das prefeituras na imputação do delito do Decreto-Lei 201, de 1967. Assim, teremos escopo para entender juridicamente a influência da realidade nos crimes de infração de dever, como propõe a investigação.

2. A doutrina do crime de infração de dever

O objeto do presente artigo é a relação entre as condições materiais do caso e os crimes descritos pelo Decreto-Lei 201/1967. Usando do entendimento de Liszt sobre uma ciência global do Direito Penal, a qual estaria dividida em dogmática jurídico penal, política criminal, e criminologia, o presente trabalho se insere no âmbito da dogmática do Direito Penal. Isto porque, em que pese se considere o plano material, aborda-se o funcionamento de um instituto normativo, qual seja, a imputação criminal. Por conta dessa classificação do objeto do presente artigo nas ciências jurídico criminais, faz-se necessário adotar um referencial teórico compatível com esse objeto. Portanto, um referencial dogmático e, essencialmente, com abordagem normativista.

Além disso, os crimes dispostos no Decreto-Lei 201/1967 são classificados como crimes próprios, que são aqueles que somente podem ser praticados por pessoas em específicas posições sociais, as quais, por sua vez, geram consequências normativas. Mais a fundo, os crimes dispostos no citado Decreto-Lei são praticados,

Falco, Giuseppe Cammilleri; Salvador Netto, Alamiro Velludo. A relevância das condições materiais da Administração Pública Municipal para a atribuição do crime de responsabilidade do Decreto-lei 201/1967. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 49-72. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13654885].

necessariamente, no âmbito da administração pública municipal ou, de forma mais precisa, por meio da administração pública municipal. Tudo isso, insere o objeto do presente artigo em conjunto bastante específico, como dito, exigindo um ferramental teórico capaz de suprir tais características.

A corrente dogmática chamada de *Funcionalismo Sistémico* é compatível com essas exigências. Essa corrente aborda o Direito Penal por meio de uma relação entre direitos e deveres exigidos às pessoas conforme as expectativas sociais (JAKOBS, 2003). Assim, a cada integrante do sistema social é imposto um rol de direitos e deveres, os quais devem ser seguidos. Esses direitos e deveres são produtos das expectativas sociais projetadas às relações sociais. Em um exemplo, espera-se que as pessoas tenham mantidas as suas integridades físicas, logo, as pessoas detêm o direito de ter sua integridade física afastada de lesões advindas de condutas alheias, por lógica, cada pessoa tem o dever de não empreender condutas que lesione a integridade física de outras pessoas. Portanto, a boa convivência se sustenta no cumprimento de deveres e respeito a direitos oriundos de cada papel social.

Partindo desse ponto, se considerarmos que a conduta criminosa é o abuso da liberdade (o que a doutrina funcionalista sistêmica chama de organização própria) em detrimento do direito alheio (organização alheio), então, de modo rasteiro, todo crime é considerado uma violação de um dever atribuído à pessoa conforme seu papel social.

Ocorre que, diferentes pessoas ocupam diferentes papéis sociais. Se pensar em um dia comum de uma pessoa que acorda como mãe de duas crianças menores de 18 anos de idade, que vai ao trabalho dirigindo seu veículo, chegando ao trabalho exerce a função de médica perante a estrutura empresarial de um hospital, após o trabalho faz breve visita aos seus pais já idosos, vai ao supermercado e volta a residência para o final do dia. Nesse mesmo dia, a personagem desta pequena crônica, exerceu diversos papéis sociais. A relação social e, por isso, o rol de direitos na relação entre mãe e filhos é absolutamente diversa da entre motorista e pedestre; entre médico e paciente; entre consumidor e fornecedor. Então, ante relações sociais distintas, as expectativas sociais são distintas e, por isso, os direitos e deveres atribuídos aquele papel também o são diferente.

Diante desse contexto, a doutrina passou a classificar os deveres atribuídos às pessoas em deveres positivos e negativos. Os chamados deveres negativos, também chamados de *dever de não causar dano*, são aqueles comuns a todos os integrantes do sistema social com a função de evitar a "guerra de todos contrato todos" (LISZT, 2006, p. 95-96), para usar de já rotineira expressão da doutrina do Direito Penal. Para a doutrina mais atual, os deveres negativos surgem da identificação do outro como pessoa (GOMEZ-TRELLES, 2003, p. 278), por isso, são impostos a todos os integrantes do sistema social.

Falco, Giuseppe Cammilleri; Salvador Netto, Alamiro Velludo. A relevância das condições materiais da Administração Pública Municipal para a atribuição do crime de responsabilidade do Decreto-lei 201/1967. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 49-72. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13654885].

Esses deveres são aqueles que ordenam as pessoas que não realizem condutas em detrimento do direito ou expectativa alheia, ainda que com desejo de praticar a conduta proibida. Portanto, exigem das pessoas uma postura negativa (de não fazer) em relação às condutas proibidas (PLANAS, 2021, p. 108).

O exemplo é fácil. O art. 155 do Código Penal, ao dispor como proibida a conduta de "subtrair para si ou para outrem, coisa alheia móvel" (BRASIL, 1940) está a exigir das pessoas que não subtraiam para si ou para outrem, coisa alheia móvel. Em outras palavras, está a comunicar que todos têm o dever de não produzir condutas no sentido de subtrair coisa alheia móvel. Sendo assim, uma vez que tal dever é imposto a todos os integrantes do sistema social e exige uma conduta negativa de não realizar a conduta, pode-se classificá-lo como um dever negativo.

De outra banda, os deveres positivos são aqueles que determinam que as pessoas desenvolvam uma conduta diante de um contexto. Enquanto os deveres negativos exigem que não se produza alteração no mundo exterior, os deveres positivos exigem que a pessoa desenvolva condutas para produzir uma alteração no mundo exterior. Logo, visto que tais deveres atingem diretamente à liberdade individual, pois exigem que a pessoa realize condutas ainda que não queira, os deveres positivos não surgem de uma condição comum a todas as pessoas, mas sim de papéis sociais específicos em contexto determinados.

Os deveres positivos, então, fundamentam-se em um dever de solidariedade intersubjetivo (PLANAS, 2013, p. 7) ou em papéis sociais determinando em que existe o dever jurídico de agir em face de alguns contextos (JAKOBS, 2003, p. 7). Os primeiros são chamados de deveres positivos gerais que são atribuídos à grande maioria das pessoas, como é o caso do dever de prestar socorro comunicado pela proibição da conduta de omissão de socorro. Os deveres positivos especiais, de forma diversa, por fundamentarem-se em *status* sociais especiais e são atribuídos somente àqueles que possuem tal *status*.

As pessoas que ocupam esses papéis especiais não detêm somente o dever de não danificar (negativo), mas, sobretudo, o dever de proteger (positivo). Então, ao assumirem a posição especial tais pessoas, ao identificarem uma situação de possível dano do seu âmbito de vigilância, devem empreender condutas para evitar ou mitigar estes danos (OLIVEIRA, 2019). Não por outro motivo que essas pessoas estão sujeitas a eventuais imputações por crimes omissivos e comissivos por omissão. Os mais visíveis exemplos desses deveres são, justamente, as situações de relevância penal da omissão descritas nas alíneas do art. 13, § 2º, do Código Penal.

Porém, o ponto que importa neste texto é saber qual a classificação dos deveres comunicados pelos delitos dispostos no Decreto-Lei 201/1967. Em primeiro lugar, é evidente que tais delitos não servem a todas as pessoas, mas somente aquelas que assumiram – seja por via de eleições ou não – cargos de gestão na administração

pública municipal. Portanto, tais deveres não se vinculam ao fato de *ser pessoa*, mas sim da posição social exercida pela pessoa.

Além disso, a administração pública impõe àqueles que a compõe alguns deveres específicos, como a obrigação das formas legais de seus atos de ofício advindos do princípio administrativo da legalidade. Ademais, aos componentes da administração pública é exigido algum nível de vigilância, como se observa no crime de condescendência criminosa que proíbe que os funcionários públicos deixem de levar as autoridades competentes o recebimento de suborno por parte de um colega.

Nesse sentido, uma vez que os crimes do Decreto-Lei 201/1967 estão inseridos dentro desse contexto e que normativamente não podem ser praticados por qualquer agente, conclui-se que os deveres comunicados pelos citados delitos são de ordem positiva especial.

Portanto, o decorrer do artigo será desenvolvido com base nesse referencial teórico. Ou seja, abordando o Direito Penal nos termos da doutrina dos crimes de infração de dever e tendo como axioma que aos autores dos crimes dispostos no Decreto-Lei 201/1967 são atribuídos deveres positivos especiais.

3. A diversidade de realidades das prefeituras

Uma vez que a pergunta que orienta este artigo diz respeito às estruturas da administração pública e sua capacidade de alterar a atribuição de um crime, é necessário que se entenda, no plano real, quais as condições estruturais da administração pública dos municípios brasileiros.

A variedade de formatação e estruturas das administrações públicas municipais no Brasil é imensa. Até porque, cada município tem independência legislativa para que formate a administração municipal como entender conveniente para o cumprimento dos princípios legais e constitucionais. Logo, o trabalho não esgotará esse conjunto, se busca é entender essas condições estruturais e, mais importante, as diferenças entres os municípios.

Os últimos dados do Instituo Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), coletados em 2020 (publicados em 2021)[3], certificam a existência de 5.570 municípios no Brasil. A imensa maioria dos municípios, contabilizando 4.893, ou seja, 87%, contam com menos de 50 mil habitantes. Ainda, segundo o mesmo relatório do Perfil dos Munícios Brasileiros do IBGE de 2020, 1.249 cidades, ou seja, 22%,

3. IBGE. *Perfil dos municípios brasileiros*: 2020. IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. – Rio de Janeiro: IBGE, 2021.

tem até 5 mil habitantes. Segundo a divisão feita pelo IBGE[4], a maior quantidade de municípios, 1.334, o que corresponde a 23% do total, encontram-se na faixa de 10.001 e 20.000 habitantes. Entre todas as cidades, somente 326, ou seja, em torno de 5%, contam com mais de 100.001 habitantes, sendo que, entre essas, 49 dispõem de mais de 500 mil habitantes.

Esses dados mostram, em primeiro lugar, uma diversidade de realidades municipais. Depois, vê-se que existe uma grande distância entre os municípios menos e mais populosos. Se partirmos do pressuposto que o número de habitantes reflete de forma proporcional a estrutura da administração interna da cidade, isto é, que quanto maior o número de habitantes maior será a necessidade de equipamentos e estruturas da administração pública municipal, também perceberemos uma pluralidade de estruturas da administração pública. Em um exemplo, é indutiva a diferença entre as estruturas da administração pública de uma cidade com menos de 5 mil habitantes e de uma cidade de milhões de habitantes.

De forma mais específica, visando entender a influência de estruturas no cumprimento disposições legais pelo município e seus gestores, ou seja, na manutenção e fiscalização da legalidade, podemos analisar os municípios que detêm estrutura de procuradoria municipal. As procuradorias municipais, do ponto de vista geral, podem ser definidas como órgãos da administração pública responsáveis por representar judicialmente e extrajudicialmente a prefeitura e, de outro lado, emitir pareceres técnicos jurídicos acerca da legalidade de atos administrativos. Portanto, tais procuradorias são órgãos munidos de independência técnica capaz de orientar a administração municipal, que por vezes não detém conhecimento técnico jurídico, acerca da legalidade de um ato administrativo.

A Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM), em 2017, divulgou o 1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil. O diagnóstico mostrou que 66% das cidades brasileiras, ou seja, 3.677, não tem qualquer procurador concursado à disposição da administração municipal[5]. O diagnóstico acerca das procuradorias municipais mostrou também uma gritante diferença entre as cidades com menos de 20.000 habitantes e as que contam com mais

4. O relatório do Perfil dos Munícios Brasileiro divide os municípios em 7 categorias: 1. Até 5 mil habitantes; 2. De 5.001 a 10.000 habitantes; 3. De 10 001 a 20 000 habitantes; 4. De 20 001 a 50 000 habitantes; 5. De 50 001 a 100 000 habitantes; 6. De 100 001 a 500 000 habitantes e 7. Mais de 500 000 habitantes. (IBGE. *Perfil dos municípios brasileiros*: 2020. IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. – Rio de Janeiro: IBGE, 2021.)
5. Dado divulgados no site da Associação Nacional dos Procuradores Municipais. Disponível em: [https://anpm.com.br/noticias/1-diagnostico-da-advocacia-publica-municipal-no-brasil-e-destaque-no-portal-conjur]. Acesso em: 15.11.2022.

Falco, Giuseppe Cammilleri; Salvador Netto, Alamiro Velludo. A relevância das condições materiais da Administração Pública Municipal para a atribuição do crime de responsabilidade do Decreto-lei 201/1967. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 49-72. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13654885].

900.000 habitantes. Entre as primeiras, 67% não têm procuradores concursados, enquanto as últimas (chamadas pelo diagnóstico realizado pela ANPM de metrópoles), apenas, 6% não contam com procuradores concursados.[6]

Mais a fundo, o IBGE, quando da realização do relatório do Perfil dos Municípios Brasileiros de 2019, destacou um tópico chamado de "governança". Nesse tópico, o instituto computou a porcentagem de municípios com ações e estruturas para a promoção de integridade, prevenção e combate à corrupção. Entre todos os municípios brasileiros, somente 35,2% detinham estruturas nesse sentido. Seguindo a divisão de municípios por número de habitantes feita anteriormente, os municípios com mais de 500 mil habitantes foram os que apresentaram maior estrutura nesse sentido, totalizando 58,3%. O seguimento com menor capacidade estrutural nessa estatística foram os municípios com população entre 20.001 habitantes e 50.000 habitantes, que somente 31,8% contam com tal aparato.

O ponto que serve a este trabalho acerca dos dados levantados, seja pelo IBGE ou pelo 1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil, é a disparidade entre as estruturas das administrações municipais, em especial, no quesito de órgãos técnicos para garantia ou aconselhamento legal. Isto porque, como se verá no ponto a seguir, os chamados crimes de responsabilidade dispostos no Decreto-Lei 201 de 1967 tem como elemento central a legalidade do ato administrativo de competência da administração pública municipal. Desse modo, tais estruturas são relevantes para eventual atribuição de delitos.

4. Os crimes dispostos pelo Decreto-Lei 201 e os problemas entre o erro de tipo e erro de proibição

O Decreto-Lei 201, de 1967 dispõe sobre as condutas consideradas crimes de responsabilidade praticáveis por prefeitos e as infrações político-administrativa dos prefeitos e vereadores. A leitura desatenta da legislação pode levar à confusão de equiparação desses aos com os crimes de responsabilidade dispostos no art. 29-A, § 2º, e art. 85 da Constituição Federal. No entanto, aqueles dispostos na Carta Magna tem natureza e punição política, como as infrações político-administrativas dos vereadores disposta no Decreto-Lei 201/1967, cuja pena poderá ser a cassação do mandato etc. As condutas descritas pelo Decreto-Lei são tipos criminais por excelência, com preceito primário e secundário, cuja condenação pode ser uma pena privativa de liberdade.

6. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-dez-03/76-cidades-brasileiras-nao-procurador-concursado]. Acesso em: 15.11.2022.

Em resumo, o Decreto-Lei 201/1967 pode ser divido em duas partes do ponto de vista da natureza jurídica das condutas elencadas. As infrações político-administrativas dos vereadores, evidentemente, de natureza não penal e os crimes de responsabilidade dos prefeitos, esses sim, de natureza propriamente penal.

No entanto, seja no caso do Decreto-Lei 201/1967 ou dos crimes de responsabilidade dispostos na Constituição Federal, em que pese a natureza jurídica diversa, uma vez que a expressão "crime" é usada textualmente pela norma jurídica, a análise da conduta e especial a imputação do delito deve ser submetida aos critérios jurídico penais. Nesse sentido, ao que diz respeito ao presente trabalho, devemos projetor os delitos do Decreto-Lei 201/1967 à doutrina dos crimes de infração de dever antes desenvolvida.

A classificação dos crimes do Decreto-Lei 201/1967 como crimes de infração de dever não pode afastar a constatação de que tais delitos são, também, praticados por meio do dever. Mais do que isso, são crimes que promovem um desvio do dever. Ou seja, as condutas descritas como crimes estão no âmbito de atuação do prefeito, mas com algum desvio metodológico que configure uma infração de dever. Tanto é assim, que a leitura dos incisos dos art. 1º do Decreto-Lei 201/1967 vê-se que as condutas são classificadas por palavras como "indevidamente"; "não autorizadas em lei"; "em desacordo com a lei" etc.

Em um exemplo, é evidente que aquele que ocupa o cargo de gestor municipal usará os bens da prefeitura como salas de reunião, carros, imóveis etc., afinal, é próprio do papel atribuído juridicamente ao prefeito que se disponha de tal aparato público para o melhor exercício da função. Por isso, a disposição dos bens públicos na medida da lei integra a relação de direitos e deveres ligadas à posição. Porém, o art. 1º, inc. II, do Decreto-Lei 201 diz ser crime o uso indevido de bens públicos em proveito próprio ou alheio. Então, a conduta descrita no referido decreto é uma perversão do papel social do gestor municipal, nesse caso, por meio do abuso do direito de disposição dos bens públicos ligados ao cargo, que resulta em uma infração de dever.

Logo, os chamados crimes de responsabilidade de prefeitos são, geralmente, praticados com uma aparência de cumprimento do papel social, ou seja, com uma aparência de que a conduta foi desenvolvida sob o alcance do rol de direitos e deveres do gestor. Porém, para a atribuição do delito, como não poderia ser diferente, o que se deve observar é, ainda que no âmbito das funções do prefeito, uma perversão do direito e/ou dever atribuído ao papel social.

O que leva à afirmação de que os crimes de responsabilidades dos prefeitos são guardados de um referencial normativo para além da descrição da conduta, qual seja, o modelo ideal de prática daquele ato. Afinal, se há um desvio do dever que configura crime é porque existe um modelo ideal da prática daquele ato. De modo

Falco, Giuseppe Cammilleri; Salvador Netto, Alamiro Velludo. A relevância das condições materiais da Administração Pública Municipal para a atribuição do crime de responsabilidade do Decreto-lei 201/1967. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 49-72. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13654885].

que, a perversão do direito e/ou dever que se tratou é, em verdade, o desrespeito a forma ideal (descrita pela norma) de prática da conduta. Em outras palavras, a norma determina o rol de direitos e deveres do papel social e, por consequência, o âmbito de atuação "ideal" do ocupante do papel social, no caso, o prefeito. Se esse rol for descumprido, pode-se estar diante de uma prática criminosa.

Sendo assim, é precisamente nesse ponto, acerca do referencial normativo da conduta, em que incide as questões dos crimes de responsabilidade dos prefeitos e a influência da estrutura material da administração nesses delitos. Isto porque, o tipo penal, ao exigir a obediência ao modelo normativo do ato de gestão municipal, atribui ao gestor municipal o dever de ciência desse modelo. No entanto, como dito anteriormente, o gestor municipal por vezes não domina a técnica jurídica necessária para ciência e desenvolvimento do ato nos termos da lei. Isto porque, o cargo de prefeito não exige conhecimento ou domínio da técnica jurídica. Além disso, como visto, os dados apontam que muitas vezes as prefeituras não têm estrutura administrativa para lidar com tal técnica jurídica, como uma Secretaria de Justiça ou, até mesmo, uma procuradoria municipal.

Nesse ponto é que surge a questão: qual o efeito jurídico penal de um gestor municipal que pratica uma conduta descrita como crime de responsabilidade por desconhecimento técnico jurídico e/ou pela inexistência de estrutura capaz de fornecer este suporte técnico?

A análise da descrição típica pode levar à conclusão de que a prática da conduta sem a devida compreensão de sua ilegalidade seria um caso de erro de tipo, pois a legalidade ou "a forma devida" são critérios normativos dos tipos penais dispostos no Decreto 201/1967. Assim, uma vez que o art. 20 do Código Penal, que disciplina a hipótese de erro de tipo, diz que "o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo" (BRASIL, 1940), concluir-se-ia que o crime não poderia ser imputado ao agente em razão da ausência de dolo, no sentido de vontade subjetiva de agir de forma ilícita.

O Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2012), embora, em caso envolvendo o crime de dispensa indevida de licitação (antigo art. 89 da Lei 8666/93), quando do juízo de recebimento da denúncia oferecida perante o Inquérito 2.482/MG, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, em setembro de 2011, entendeu que o gestor público que consulta o órgão técnico jurídico sobre a exigência da licitação, ainda que incorra em dispensa fora das hipóteses legais, não tem vontade de praticar o ilícito.

O caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em que pese trate de tipo penal distinto dos tratados neste escrito, equipara-se aos presentes no Decreto-Lei 201/1967, no sentido de que o antigo art. 89 da Lei de 8.666, tal qual os tipos do Decreto-Lei abordado, trazia elemento normativo vinculado à forma legal da prática de atos de gestão uma vez que descrevia ser crime a dispensa de licitação "fora das

hipóteses legais"[7]. Logo, pode-se usar o citado julgado da Suprema Corte Brasileira como referencial ao debate travado neste excerto.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal naquela oportunidade entendeu que o erro sobre o elemento normativo do tipo "fora das hipóteses legais", causado por um entendimento equivocado do órgão técnico, seria uma hipótese de erro de tipo e, por isso, excludente da imputação sob o fundamento da ausência de dolo. Desse modo, o Acórdão do Supremo Tribunal Federal concluiu por um erro na chamada parte subjetiva do tipo, mostrando que a Suprema Corte usou uma abordagem psicológico-descritiva para a solução do caso concreto.

As análises dos chamados elementos subjetivos do delito, a saber, dolo e culpa, dividem-se, em rasteiro resumo, em duas metodologias: as psicológico-descritiva e atributivo-normativas (GRECO, 2009). A primeira aborda os elementos pessoais por um método descritivo tendo por base um conteúdo psicológico. Então, o que importa a essa abordagem é descrever o que se passava na cabeça do autor no momento do fato. De outro lado, uma abordagem atributiva-normativa preocupa-se em visualizar os elementos da conduta que comuniquem uma ação dolosa ou culposa tendo por referência a norma jurídica (GRECO, 2009, p. 887). Então, por meio dessa abordagem normativista atribui-se significado à conduta por meio da definição normativa, naturalmente estabelecida anteriormente à conduta, de dolo e culpa.[8]

Desse modo, levando em conta que a Suprema Corte adotou uma abordagem psicológica-descritiva da parte subjetiva do tipo, pode-se firmar que a imputação do delito não logrou êxito por conta de circunstâncias pessoais do fato, qual seja, ausência de vontade (em sentido psicológico) da prática da conduta. Em outras palavras, para a Suprema Corte, a imputação preencheu os critérios normativos do tipo, mas não os subjetivos desaguando na impossibilidade de imputação do delito.

No entanto, o art. 21 do Código Penal traz a hipótese do erro de proibição a qual exclui a culpabilidade pela ausência de consciência da ilicitude. Diz o art. 21 do

7. BRASIL, Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. *Diário Oficial da União,* Brasília/DF, 21.06.1993.

8. Luís Greco traz elucidativo exemplo sobre a diferença das abordagens: "As diferenças ficam mais claras se imaginamos o caso do estudante que não estuda até a véspera da prova e, ao abrir o livro, recebe um telefonema, sai, bebe, não dorme e chega direto da discoteca para fazer a prova. Pode ser que ele lamente com sinceridade a reprovação: 'vontade não era isso', 'foi sem querer'. O amigo honesto talvez responda: 'Não reclame, você quis ser reprovado'. Nesse diálogo, o estudante usa o termo vontade em sentido psicológico-descritivo e o amigo em sentido atributivo-normativo" GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS e outros (Coords.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 887.

Código Penal que desconhecimento da lei é inescusável, mas, se inevitável, isenta de pena pela desconstituição da culpabilidade. Ainda, o mesmo dispositivo do Código Penal determina que o erro sobre a ilicitude, se evitável, poderá diminuir a pena. Em resumo, não ter consciência, ou seja, não saber da ilicitude do ato que se pratica impede a imputação por ausência de culpabilidade.

Quando se aborda um caso em que o gestor municipal praticou uma conduta descrita como crime pelo Decreto-Lei 201/1967, mas o fez por falta de conhecimento da técnica jurídica ou, ainda, pela ausência de meios estruturais para obter tal informação surge a questão: a solução do caso se dá pela inexistência de vontade e, por isso, pela ausência de elemento pessoal (dolo) da conduta (erro de tipo) ou pela via da constatação de inconsciência acerca da ilicitude da conduta realizada (erro de proibição)? Em outras palavras, se está diante de um problema de tipo ou de culpabilidade? Essas questões são relevantes para a precisão da imputação do delito, afinal, tipo e culpabilidade são critérios distintos da definição de crime. Logo, saber se um ou outro é fundamental para bem fundamentar uma condenação ou absolvição.

A primeira dificuldade que se impõe está na própria descrição da conduta criminosa pelo diploma legal. Nesse ponto, fazendo uso tão somente da leitura do texto normativo, os crimes dispostos no Decreto-Lei 201/1967 tornam quase impossível à distinção entre o erro de tipo e o erro de proibição, pois, por força da redação do tipo penal que traz expressões como "fora das hipóteses legais" e "indevidamente", a consciência sobre a ilicitude é, ao mesmo tempo, elemento do tipo formal e critério de atribuição da culpabilidade (LEITE, 2013, p. 23). Sendo assim, a resolução da questão proposta pela via da literalidade do texto legal está impedida.

A segunda dificuldade que nos impõe é a dupla posição da consciência na estrutura tripartida do delito. A consciência compõe a tipicidade em seu aspecto subjetivo, pois é elemento da culpa e do dolo. A consciência também está presente na culpabilidade, precisamente no instituto da consciência acerca da ilicitude. Em ambas as hipóteses, seja na consciência da ilicitude ou no tipo subjetivo, a exclusão da consciência impede a atribuição do delito por ausência de tipicidade ou culpabilidade.

No plano da tipicidade, a consciência é parte dos chamados elementos subjetivos do tipo quais sejam, dolo e culpa. Sendo assim, a consciência é abordada tradicionalmente por meio de uma metodologia descritiva de conteúdo psicológico. Dessa forma, a consciência é definida, por meio do método psicológico-descritivo, como a capacidade mental de compreensão do sujeito da realidade que o cerca. Exemplo elucidativo, e já muito usado na manualística, é o caso do sonambulismo, em que, por força de um estado psíquico atribuiu-se à pessoa a incapacidade de compreensão da realidade e, por isso, impossibilitando a atribuição do delito.

Em outras palavras, uma vez que falta ao sonâmbulo consciência da realidade deve, da mesma forma, faltar tipicidade à sua conduta.

A alteração da abordagem da consciência no âmbito do tipo para um metodologia atributiva-normativa (GRECO, 2009) impõe a atribuição da consciência por referência ao risco e seu incremento, sabidamente o primeiro critério da imputação normativa. Ou seja, a consciência deixa de ter somente um conteúdo psicológico passado a dispor, também, de substrato normativo. De modo que, por essa metodologia, a consciência no âmbito do tipo passa a ser dividida pela capacidade psicológica da compreensão (excluindo da possibilidade de imputação os exemplos do sonambulismo e movimentos reflexos) e pela representação do risco ou seu incremento (NEVES, 2017). O elemento da consciência é parte integrante da culpa e do dolo, diferenciando-se, nesse aspecto, pela intensidade da representação (consciência) do risco (PUPPE, 2019). O que quer dizer, que sem consciência – seja psicológica ou normativa – o tipo se esvai, impedindo a imputação de delito. Logo, a consciência, seja pela metodologia atributiva normativa ou psicológico-descritiva, é elemento essencial para atribuição do tipo em sua parte subjetiva.

No plano da culpabilidade, a consciência importa em duas análises. A primeira aborda a imputabilidade do sujeito, em que se entende que algumas pessoas não têm o condão analisar conscientemente o valor negativo da conduta praticada e, por isso, não lhes podem atribuir responsabilidade criminal. O exemplo rotineiro sobre a inimputabilidade é o do menor de 18 anos, que, por uma questão pessoal (menoridade), não lhe pode ser atribuído nenhum delito sob o entendimento de que não há uma perfeita consciência sobre responsabilidade ou valoração negativa do ato praticado.

Uma vez estabelecido que o sujeito goza da capacidade pessoal de entender o desvalor da conduta criminosa, o segundo aspecto da consciência no âmbito da culpabilidade refere-se ao dever do sujeito de obedecer a norma jurídica (JAKOBS, 1992). Logo, trata-se de parte normativa na culpabilidade ligado ao dever de fidelidade e obediência ao direito, afinal, se o sujeito conhece o direito (potencial consciência da licitude) está obrigado a obedecê-lo.

Logo, ao menos no plano da culpabilidade, a consciência está diretamente ligada ao papel social exercido pela pessoa. Ou seja, está diretamente ligado ao dever e à capacidade de ter consciência acerca da licitude de sua conduta.[9] Portanto, para

9. Jakobs fundamenta que, mesmo em um Direito Penal fundamentado em referenciais de papéis sociais normativos, a falta de conhecimento pertenceria à culpabilidade: "En un Derecho penal que tuviese, p. ej., que estatuir la conformidade del comportamiento con roles estandarizados, también las faltas de conocimiento pertenecerían a la culpabilidade" (JAKOBS, 1997, p. 676).

se atribuir potencial conhecimento da ilicitude e, posteriormente, culpabilidade à pessoa, é necessário que se saiba se seu papel social ordena a ciência do regramento jurídico da situação. Não se trata de alegar o desconhecimento da lei, mas de saber se existia a capacidade e o dever de conhecer a lei.

A formulação ora realizada está em absoluta harmonia com o Código Penal Brasileiro. Afinal, o art. 21, parágrafo único, do Código Penal especifica que são inevitáveis a inconsciência sobre a ilicitude quando lhes era impossível saber na circunstância do fato. Logo, há, primeiramente, um comando normativo ligado ao papel social do agente e seu dever de saber da ilicitude da conduta. De modo que, não se poderá atribuir consciência da ilicitude do delito àquele que não tem do dever jurídico de conhecê-la. Depois, há um limitador da incidência da culpabilidade ligado à capacidade material de conhecer nas circunstâncias fáticas. Isto porque, se não existe a capacidade real de conhecê-la, evidentemente, trata-se de hipótese de inevitável inconsciência sobre a ilicitude da conduta.

Nesse ponto, sobre o dever do prefeito de conhecer o regramento jurídico e sua capacidade material para fazê-lo que toca, precisamente, o presente artigo. Afinal, se de um lado o gestor municipal está submetido ao comando normativo de realizar os atos administrativo conforme a lei (não por outro motivo, os tipos penais dispostos no Decreto Lei 201/1967 trazem expressos como "indevida"; "desacordo com a lei" etc.). De outra banda, a posse do cargo não exige conhecimento técnico jurídico. Portanto, se está diante de uma situação em que o agente (gestor municipal) detém o dever positivo (isto é, papel social diferenciado) de respeitar a lei em seus atos de ofício, mas que pessoalmente não lhe é exigido conhecê-la.

Porém, "o conhecimento do injusto é algo a mais do que do que o simples conhecimento da contrariedade do direito, ou seja, é também o conhecimento do fundamento da antijuridicidade, da perturbação social" (JAKOBS, 1997, p. 668)[10]. O que quer dizer que o mero conhecimento de infringir uma lei, ainda que esta seja legítima e eficaz, sem compreender seu significado material, ou seja, sua comunicação normativa, não constituí uma plena consciência do injusto (JAKOBS, 1997, p. 668-669). Logo, sem consciência plena do injusto, impossível a atribuição de culpabilidade, por lógica, desconstituindo o caráter criminoso da conduta.

Sendo assim, o gestor municipal que pratica uma conduta descrita formalmente como crime pelo Decreto-Lei 201/1967 consciente psicologicamente dos seus atos e dos seus deveres especiais de gestor, mas, sem a perfeita consciência acerca do fundamento da proibição criminal, não incorre nesse erro de tipo, mas sim em

10. Tradução livre do trecho: "Conocimiento del injusto es algo más que simple conocimiento de la contrariedad a Derecho, o sea, es también conocimiento del fundamento material de la antijuricidad, de la perturbación social" (JAKOBS, 1997, p. 668).

erro de proibição. Visto que não há um defeito na conduta em si, mas na consciência sobre o seu desvalor.

Basta saber se esse erro sobre a ilicitude era evitável e se as condições materiais da estrutura da prefeitura importam para tal constatação.

5. A influência das condições materiais para a (in)evitabilidade do erro de proibição

O art. 21 do Código Penal determina que o erro de proibição somente exclui a culpabilidade quando inevitável. O mesmo Código Penal brasileiro determina ser evitável o erro quando, nas circunstâncias fáticas, era possível alcançar a consciência acerca da ilicitude da conduta. Por lógica, é inevitável o erro quando as circunstâncias fáticas impedem o alcance a tal consciência. Sendo assim, a evitabilidade, resumida pelo dispositivo na possibilidade de obter consciência sobre a ilicitude, é fundamental para a atribuição do delito, pois é diante desse critério que se atribui a potencial consciência da ilicitude e, a depender de demais critérios (como a impossibilidade de conduta diversa e a coação moral irresistível), a culpabilidade.

O primeiro ponto acerca da consciência da ilicitude e, por consequência da evitabilidade do erro de proibição, é que este se dá no momento do fato (JAKOBS, 1997, p. 669). Portanto, não há que se pensar em uma circunstância genérica ou em um critério mediano de consciência, como o antigo critério do chamado "homem médio", pois essa está delimitado ao fato concreto. Tanto é assim que o Código Penal usa do termo "as circunstâncias" (BRASIL, 1940), precisamente, para recortar a análise ao momento material do fato.

De outra banda, partindo da construção de que o potencial conhecimento da ilicitude da conduta não é o conhecimento ou consciência do dispositivo legal, mas do fundamento da ilicitude, o problema em questão torna-se eminentemente normativo. Logo, não se atribui ao agente uma suposição de consciência psíquica da ilicitude, mas a pretensão concreta de observância à norma, seja qual for (JAKOBS, 1997, p. 675). Então, ainda que falte conhecimento técnico-jurídico ao agente, se esse age sem contrariar o fundamento da antijuridicidade do tipo penal, opera-se situação em que não pode ser atribuída culpabilidade ao agente por erro de ilicitude.

Então, embora a norma penal ordene sua obediência, é suportável que se realizem condutas no sentido de demonstrar preocupação para observar a norma desde que se desconheça o conteúdo da comunicação normativo. Nesse caso, ainda que promovida uma conduta em desacordo com a comunicação normativa, se está diante de um erro inevitável de proibição, afinal, observada a preocupação de respeitar a norma, se evitável fosse o erro o agente teria o evitado.

Falco, Giuseppe Cammilleri; Salvador Netto, Alamiro Velludo. A relevância das condições materiais da Administração Pública Municipal para a atribuição do crime de responsabilidade do Decreto-lei 201/1967. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 49-72. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13654885].

As pessoas que ocupam um papel social especial a que se submetem deveres positivos, devem, mais do que as outras, guardar maior grau de diligência para com a possibilidade de violação das normas. Portanto, para essas, a consciência da ilicitude é uma espécie de dever de cuidado. Porém, não no sentido comum usado pela doutrina, o qual envolve a atribuição da culpa *stricto sensu,* mas no aspecto de que se o agente não detém o conhecimento técnico a respeito da lei, deve procurar as informações para tomar sua decisão. Esse grau diferenciado de diligência aborda-se como o dever de informar-se (CARUSO, 2020, p. 84).

O dever de se informar incide sobre uma perspectiva *ex ante* em relação à execução da conduta delituosa, afinal, o sujeito deve se informar para que não pratique a conduta. Sendo assim, o agente, antes da conduta, se encontra diante de uma situação de desconhecimento do injusto, mas de consciência (ainda que em projeção ou prospecção) de que existe um comando normativo a ser seguido, caracterizando a citada preocupação de cumprimento da norma.

A análise do cumprimento do dever de se informar torna-se relevante, unicamente, se há o desenvolvimento de uma conduta descrita formalmente criminosa, pois se a pessoa se informa e deixa de desenvolver uma conduta sabendo que ela é ilícita ou se não se informa e, ainda assim, deixa de desenvolver a conduta, não há qualquer crime a ser analisado. Isto porque, o crime é a conduta a ser desenvolvida posterior à busca de informação, em que tal dever é um dos elementos da imputação. Ou seja, se informar ou deixar de se informar não é, em si, a conduta típica, mas, possivelmente, um elemento de composição da consciência em sua dupla posição na teoria do delito (tipicidade e culpabilidade).

Essa constatação resolve, ainda que de forma rasa, a dúvida submetida ao citado julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a atuação conforme o parecer técnico, pois se o sujeito atua conforme a informação técnica buscada, ainda que desenvolva uma conduta típica, não lhe pode ser atribuído o delito por incidência de erro de proibição. Nessa situação, se a informação técnica se equivoca e diz ser lícita conduta que, em verdade, era ilícita, aquele que desenvolve a conduta amparando-se nessa informação equivocada incorre em erro de proibição, pois mesmo com a ignorância acerca do injusto tomou o cuidado necessário para tentar evitá-lo. Trocando em miúdos, para que nos fixemos a terminologia da lei, o parecer técnico ao se equivocar sobre a licitude da conduta a ser praticada por aquele que buscou a informação (objeto do parecer técnico) e que, por óbvio, não tinha a capacidade técnica de obtê-la, independentemente se este equívoco surge de dolo ou não, torna inevitável a consciência de sua ilicitude por parte daquele que desenvolve a conduta, impossibilitando a imputação pela ocorrência de erro de proibição. Afinal, teve sua consciência sobre a ilicitude da conduta condicionado pelo parecer técnico.

Porém, há casos em que inexiste possibilidade estrutural de buscar a informação, ou seja, ainda que o autor deseje subjetivamente buscar a informação para o cumprimento da norma, não há meios estruturais de conseguir. Por exemplo, seria o caso de um prefeito municipal que entende oportuno ceder um imóvel público a uma instituição privada para a construção de uma entidade filantrópica, mas não detém em sua estrutura administrativa secretaria de justiça ou procuradoria jurídica municipal capaz de orientá-lo tecnicamente sobre o correto procedimento de cessão de direitos. Mantida a situação exemplificada, se não seguido o procedimento, pode o administrador municipal incorrer na prática descrito no art. 1º, inc. III, do Decreto-Lei 201/1967.

Como visto anteriormente, o exemplo não é caricato, pois existem diversas prefeituras municipais que não detêm estrutura administrativa para alcançar informações técnicas jurídicas confiáveis. Nesses casos, embora continue existindo o dever do ocupando do cargo de respeitar os comandos legais, há uma redução do nível de exigência acerca da consciência de licitude, ao ponto de alguns casos tornar inevitável a incidência do erro de proibição. O ponto é que, uma vez que o art. 21 do Código Penal delimita que a consciência da ilicitude deve ser analisada no momento do fato, não se pode equiparar um ato administrativo levado a cabo em uma metrópole, em que a estrutura administrativa está recheada de meios para obter informações técnicas, com uma pequena cidade que não detém esta estrutura administrativa.

Porém, obviamente, o gestor municipal de uma pequena cidade não está, unicamente por conta disso, imune à eventual imputação dos delitos dispostos no Decreto-Lei 201/1967. Assim, a questão é o que deve ser observado na circunstância real para que se conclua pela inevitabilidade do erro. Em outras palavras, qual o critério normativo – verificável no plano fático – que demonstra uma situação de erro inevitável.

Em regra, a pessoa responde pela violação dos seus deveres, podendo-se, ainda, valer-se do critério de confiança que os demais cumprirão os seus deveres. O que quer dizer não será atribuída conduta criminosa por violação de dever ou incremento de risco causado por conduta alheia. Assim, em primeiro lugar, é necessário recortar o alcance do dever do gestor municipal ao caso concreto, ou seja, quais atos administrativos são parte do âmbito dos deveres do prefeito, ainda que na forma de vigilância.

Porém, aqueles submetidos aos chamados deveres positivos especiais têm o alcance dos seus deveres alargados, alcançando riscos criados por conduta alheia. Isto porque, aquele que detém o dever de impedir a criação do risco, é responsável – ainda que de forma omissiva – pela criação desse risco que deveria evitar, mesmo que não seja oriunda de sua conduta.

Falco, Giuseppe Cammilleri; Salvador Netto, Alamiro Velludo. A relevância das condições materiais da Administração Pública Municipal para a atribuição do crime de responsabilidade do Decreto-lei 201/1967. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 49-72. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13654885].

No entanto, mesmo assim, para que seja punível a conduta de não vigiar ou não impedir a criação do risco é exigido que essa disposição seja parte dos deveres da pessoa a quem se atribui a conduta. Portanto, também nos casos dos detentores de deveres positivos especiais, como são os gestores municipais, é necessário saber o âmbito o alcance dos seus deveres para que não se incorra em violação ao princípio da confiança.

Nesse ponto, é que se delimita o alcance da atribuição do delito, pois, como dito, a imputação penal não deve recair sobre violação de dever alheio. Sendo assim, ainda que a administração municipal seja centralizada na pessoa do prefeito, este não poderá responder por ato exclusivo de secretário, salvo se o dever de vigilância atribuído ao prefeito tenha sido objeto de violação. Nesse sentido, não é porque um secretário tenha praticado um delito por meio de estrutura administrativa da municipalidade que, necessariamente, este será de responsabilidade de prefeito. Até porque, há de se considerar a hipótese de que o terceiro (secretário ou não) induza o prefeito a erro, hipótese em que não será atribuído crime ao prefeito.

No caso do gestor municipal, a esses incluídos os secretários municipais, está o dever de informar-se. Se existe um ato administrativo que exige forma legal para ser realizado é dever do gestor, ao menos, se informar sobre essa forma. Logo, como já pontuado, esse dever incide na pessoa em um momento anterior à conduta delituosa, afinal, a pessoa deve informar-se para não praticar a conduta ilícita. Sendo assim, se existia a possibilidade material de informar-se sobre a licitude ou ilicitude da conduta, mas o autor não agiu desta forma e, por conta disso, incorreu em erro de proibição, não se poderá considerar tal erro inevitável. Isto porque, como dito, existia o dever e a estrutura material de informação confiável para a evitabilidade da ilicitude.

Porém, se o erro, é praticado diante de uma situação em que não existe estrutura administrativa confiável para a obtenção da informação técnica acerca da licitude do ato administrativo, o que deverá ser considerado é se o autor mostrou-se capaz de cumprir o comando normativo. Se o autor empregou energia em cumprir com o núcleo da norma não empregando ofensividade a sua proteção, mas, mesmo assim, incidiu em erro por conta da carência de estrutura administrativa, é porque tal erro era inevitável. Então, "não se supõe que o autor conheça a norma em questão, mas que somente suponha que queira obedecê-la, seja qual for" (JAKOBS, 1997, p. 675)[11].

11. Tradução livre de: "No se supone que el autor conozca la norma en cuestión, sino que sólo se supone que quiere obedecer toda norma, sea cual sea" JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general*: fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Marcial Pons, Madrid, 1997. p. 657.

Em conclusão, a carência estrutural da administração municipal não é, em si, um elemento que afasta a culpabilidade do delito, mas poderá influenciar na sua imputação pela incidência do erro de proibição, pois tornará inevitável tal erro.

6. Notas conclusivas

O presente escrito tentou, do ponto de vista amplo, abordar a influência do plano real ao plano normativo. Mais especificamente, se buscou analisar a capacidade de intervenção de uma condição material à imputação de um delito. Para isso, usou-se dos delitos dispostos no Decreto-Lei 201/1967.

Esses delitos não são o laboratório do presente escrito por acaso, mas porque trazem em si dois fatores que serviam ao raciocínio proposto. Em primeiro lugar, tais delitos são destinados à repressão de condutas praticadas por meio da administração pública municipal, então, esses trazem um referencial fático à análise que é, precisamente, a estrutura administrativa do município. Por isso, fez-se necessário que o artigo se aprofundasse na pluralidade de estruturas administrativas municipais brasileiras, pois tinha-se a hipótese de que se o plano real influenciasse ao plano normativo, por lógica, as diferentes estruturas administrativas dos municípios influenciariam de forma distintas a imputação desses delitos.

Nesse breve estudo percebeu-se que as estruturas administrativas dos municípios no Brasil são absolutamente díspares. Enquanto algumas poucas cidades consideradas grandes têm especializada estrutura administrativa, outros tantos municípios sequer contam com os órgãos destinados à emissão de pareceres e consultas técnicas jurídicas.

Para além desse fator, os delitos elencados no Decreto-Lei 201/1967 detêm uma descrição típica que impõe como elemento formal do tipo a consciência sobre a técnica do procedimento jurídico para prática do ato administrativo. A grafia de expressões nos tipos penais como "indevidamente", "não autorizadas em lei" e/ou "em desacordo com a lei" mostram que, se seguido o procedimento lícito para a prática de tal ato de gestão municipal, o crime não estaria configurado por falta de elemento formal do tipo. Porém, a consciência da ilicitude é também elemento ínsito ao critério da culpabilidade no conceito tripartido de crime, logo, tais delitos confundem o tipo com a culpabilidade, pois o critério "consciência da ilicitude" está presente tanto na descrição formal do tipo, quanto, como usualmente, no critério da culpabilidade.

No entanto, em sentido contrário à descrição do tipo penal que exige do gestor municipal o conhecimento jurídico do ato de gestão, não é pré-requisito para a assumpção dos cargos administrativos municipais – em especial aqueles cuja posse advém da vitória do pleito eleitoral – o conhecimento jurídico. Ou seja, assumpção

Falco, Giuseppe Cammilleri; Salvador Netto, Alamiro Velludo. A relevância das condições materiais da Administração Pública Municipal para a atribuição do crime de responsabilidade do Decreto-lei 201/1967. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 49-72. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13654885].

do cargo em si não é fator de atribuição de consciência acerca da licitude do ato administrativo praticado.

Portanto, o Decreto-Lei 201/1967 impôs à análise aspectos fáticos e um normativo. O problema normativo é a confusão sobre tipo e a culpabilidade promovido pela dupla posição da consciência da ilicitude. Depois, duas dificuldades fáticas: a pluralidade de estruturas administrativas e a ausência de pré-requisito de conhecimento técnico jurídico para assumpção do cargo de gestão municipal.

A situação fática que instiga o escrito é a hipótese de um gestor municipal que pratica um ato administrativo ilegal incorrendo, portanto, ao menos do ponto de vista descritivo em um dos tipos descritos no Decreto-Lei 201/1967, mas que desenvolve essa conduta sem consciência de sua ilegalidade e da mesma forma sem a capacidade estrutural de consulta a um órgão técnico sobre a legalidade deste ato. Esse contexto hipotético levou a abordagem de forma separada acerca da diferenciação entre o erro de tipo e erro de ilicitude e posteriormente sobre a influência das estruturas materiais para a imputação dos delitos.

Nesse cenário, sem querer esgotar o temário neste artigo, algumas notas podem ser pontuadas:

i. A consciência está localizada em dois elementos da estrutura tripartida do crime. Em primeiro lugar, ela está localizada no âmbito do tipo ao ser elemento do dolo e da culpa *stricto sensu,* em que exerce a função de apontar a representação do sujeito acerca do risco da conduta. Depois, está localizada na culpabilidade quando se deve a abordar a consciência acerca da ilicitude do fato, seja por seu aspecto de capacidade cognitiva (imputabilidade) ou pelo aspecto estritamente normativo de obediência à lei. Nesse segundo ponto, sobre a obediência à lei, é necessário que a consciência seja abordada por referência ao papel social exercido pelo agente no momento do fato, pois esse papel que determinará os deveres a serem respeitados pelo agente.
ii. O erro do gestor municipal hipotético moldado neste artigo não é um erro de tipo, pois não há um defeito sobre a vontade ou a consciência no aspecto subjetivo do agente. O que ocorre é uma inconsciência sobre o desvalor jurídico do ato, portanto, incide-se a situação de erro de proibição.
iii. A sustentação de que a hipótese desenhada é de um erro de proibição obriga que a influência das condições materiais para a imputação do delito toque, pontualmente, o critério da evitabilidade da culpabilidade. Afinal, a depender deste critério poderá proceder-se ou não a imputação penal.
iv. O gestor municipal, por força dos deveres advindos do papel social, tem o dever de agir de forma lícita. Não por outro motivo, a este é atribuído o dever buscar informação em meios técnicos e idôneos sobre a licitude de seus atos e segui-las (chamado dever de informar-se). Porém, nas hipóteses em que a

municipalidade não disponha de meios estruturais para que o gestor busque a informação técnica e idônea sobre seu ato, este poderá incorrer em erro de proibição inevitável.

v. As estruturas materiais da administração pública poderão influenciar na imputação do delito, uma vez que sua hipossuficiência técnica poderá tornar o erro de proibição inevitável, afastando a atribuição do delito.

7. Referências

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo. Marcial Pons, 2018.

CARUSO, Tiago. *Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos*. São Paulo, Marcial Pons, 2020.

FALCO, Giuseppe Cammilleri. *Acerca da normatização dos conceitos de dolo e culpa sob a ótica dos crimes de infração de dever*: uma proposta de normatização dos elementos pessoais do delito de corrupção. Orientador: Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes. 2022. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp – campus de Franca/SP., Franca/SP, 2022. Disponível em: [https://repositorio.unesp.br/handle/11449/217326]. Acesso em: 03.12.2022.

GÓMEZ-TRELLES, Javier Sanchez-Vera. Delito de Infracción de deber. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal*: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. v. 1.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS e outros [Coords.]. *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito.* Coimbra: Almedina, 2009.

JAKOBS, Gunther. *Ação e omissão no direito penal*. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Manole. Barueri (SP), 2003.

JAKOBS, Günther. El principio de culpabilidad. Trad. Manuel Cancio Meliá. *ADPCP*, Tomo XLV, Fascículo III, p. 1051-1083, 1992.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general*: fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2 ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernanrdo Feijóo Sánchez. Madrid, Espanha Thomson Civitas, 2003.

LEITE, Alaor. Dolo e o crime de dispensa ou inexigência ilegal de licitação (art. 89 da Lei 8.666/1993): interpretação restritiva do tipo penal, responsabilidade penal do gestor público e a relevância jurídica da opinião técnica da procuradoria do município (STF, Inq 2.482). *Revista Brasileira de Ciências*

Criminais, São Paulo, v. 21, n. 104, p. 13-30, set.-out. 2013. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=101764]. Acesso em: 04.12.2022.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal allemão*. Trad. José Hygio Duarte Pereira. Brasília, DF. Senado Federal. Conselho Federal. Superior Tribunal de Justiça, 2006. v. 1.

NEVES, Eduardo Viana Portela. *O dolo como inferência*: uma contribuição para o dolo sem vontade. Orientador: Profa. Dra. Patrícia Mothé Gloche Béza. 2017. 420 p. Tese (Doutorado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro – Uerj, Rio de Janeiro, 2017.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Lavagem de dinheiro*: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

PARDAL, Rodrigo Francisconi Costa. *Dolo*: entre o conhecimento e a vontade. Orientador: Prof. Dr. Guilherme de Souza Nucci. 2016. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP, São Paulo/SP, 2016. Disponível em: [https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/18825/2/Rodrigo%20Francisconi%20Costa%20Pardal.pdf]. Acesso em: 24.08.2020.

PLANAS, Ricardos Robles. Deberes negativos y positivos en derecho penal. *Indret*: *Revista para el análisis del derecho*, [s. l.], ano 4, out. 2013. Disponível em: [https://indret.com/deberes-negativos-y-positivos-en-derecho-penal/]. Acesso em: 12.02.2023.

PLANAS, Ricardo Robles. *Estudos de dogmática jurídico-penal*: fundamentos da teoria do delito e direito penal econômico. In: BRANDÃO, Claudia (Coord.). Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2021. (Coleção Ciência Criminal Contemporânea, v. 6).

PUPPE, Ingeborg. *Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal.* In: CAMARGO, Beatriz Correa; MARTELETO FILHO, Wagner (Org.). Trad. Luís Greco, Beatriz Correa Camargo, Wagner Marteleto Filho e Luiz Henrique Carvalheiro Rosseto. São Paulo. Marcial Pons. 2019.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Problemas del tipo de omisión del deber de socorro: comentario a la STS de 27 de abril de 1987, ponente Sr. Díaz Palos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 41, n. 2, p. 561-574, maio-ago. 1988. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=28094]. Acesso em: 18.07.2021.

8. Legislação

BRASIL, Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. *Diário Oficial da União,* Brasília/DF, 21 de junho de 1993, disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666compilado.htm]. Acesso em: 11.02.2023.

9. Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Inquérito 2482/MG, Pleno, j. 15.09.2011, rel. Min. Ayres Brito, rel. p/acórdão Min. Luiz Fux, *DJe* 17.02.2012. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2498617]. Acesso em: 11.02.2023.



PESQUISA DO EDITORIAL



Áreas do Direito: Penal; Administrativo

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Pressupostos da responsabilização disciplinar, de Ricardo Marcondes Martins – *RDAI* 16/179-212.

Falco, Giuseppe Cammilleri; Salvador Netto, Alamiro Velludo. A relevância das condições materiais da Administração Pública Municipal para a atribuição do crime de responsabilidade do Decreto-lei 201/1967. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 49-72. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13654885].

O alcance do estelionato como paradigma de tutela dos interesses patrimoniais dos consumidores

The scope of fraud as a paradigm for the protection of consumers' property interests

José Roberto Macri Júnior[1]
Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
macrijunior@hotmail.com

Paula Andrea Ramirez Barbosa[2]
Universidad Externado de Colombia, UEC, Colombia.
paula.ramirezbarbosa@hotmail.com

Víctor Gabriel de Oliveira Rodríguez[3]
Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
victorgabriel@usp.br

1. Doutor em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP), obtido em 2022. Pós-doutorando na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo.
Currículo Lattes: [http://lattes.cnpq.br/0312508391034960].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-2021-3524].
E-mail: macrijunior@hotmail.com
2. Maestría en Derecho Penal (2004) Universidad de Salamanca: Salamanca, Castilla y León, ES. Doctorado (2006) Universidad de Salamanca: Salamanca, Castilla y León, ES. Docente: Universidad Externado de Colombia: Bogotá, CO.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-9739-1236].
E-mail: paula.ramirezbarbosa@hotmail.com
3. Professor Associado de Direito Penal da FDRP-USP. Livre-docente pela FDRP-USP. Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco da USP (FD-USP). Mestre em Direito Penal pela FD-USP. Especialista em Direito Penal pela Universidade de Coimbra/IBCCrim.
Currículo Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4898443307248464].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-9413-2682].
E-mail: victorgabriel@usp.br

Macri Júnior, José Roberto; Barbosa, Paula Andrea Ramirez; Rodríguez, Víctor Gabriel de Oliveira.
O alcance do estelionato como paradigma de tutela dos interesses patrimoniais dos consumidores.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 205. ano 32. p. 73-96. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13693130].

Recebido em: 16.06.2024
Aprovado em: 09.08.2024
Última versão dos autores: 11.08.2024

DOI: [10.5281/zenodo.13693130].

Áreas do Direito: Penal; Consumidor

Resumo: O objetivo deste trabalho é propor a discussão de como a tutela dos interesses econômicos dos consumidores pode ser compreendida, do ponto de vista normativo, à luz da estrutura do estelionato. Com base em pesquisa bibliográfica, procedendo-se a uma abordagem dedutiva, em um primeiro momento, destaca-se a chamada transcendência do estelionato: delito que pode ser, simultaneamente, um crime patrimonial comum e um delito econômico. Em um segundo momento, procura-se compreender como o conceito de prejuízo, desenvolvido pela dogmática do estelionato, pode delimitar o alcance da tutela dos interesses econômicos dos consumidores. Em terceiro lugar, são apresentadas algumas tentativas de restrição normativa do engano típico do estelionato possivelmente aplicáveis aos delitos contra interesses econômicos dos consumidores. Por fim, coloca-se o questionamento acerca da possibilidade de abstração da forma de manifestação do engano por meio do recurso aos chamados deveres de veracidade.

Palavras-chave: Interesses econômicos dos consumidores – Fraude contra consumidores – Estelionato – Prejuízo patrimonial – Tipicidade do engano.

Abstract: The objective of this work is to propose a discussion on how the protection of consumers' economic interests can be understood, from a normative point of view, in light of the structure of fraud. Thus, by using a deductive approach, the discussion first highlights the so-called transcendence of fraud: an offense that can be simultaneously a common property crime and an economic offense. Secondly, it seeks to understand how the concept of harm, developed by the doctrine of fraud, can delimit the scope of the protection of consumers' economic interests. Thirdly, some attempts to normatively restrict the typical deceit of fraud, possibly applicable to offenses against consumers' economic interests, are presented. Finally, the question is raised regarding the possibility of abstraction of the form of manifestation of deceit through the use of what are called duties of truthfulness.

Keywords: Consumers' economic interests – Fraud against consumers – Swindle – Property harm – Typical deceit.

Sumário: 1. Introdução. 2. O âmbito da tutela penal dos interesses econômicos dos consumidores. 3. A interpretação da tutela penal dos interesses econômicos dos consumidores à luz do estelionato. 4. Conclusões. 5. Referências.

1. Introdução

Contemporaneamente, reconhece-se que o mercado não apenas produz bens e serviços para suprir necessidades humanas, mas também cria (falsas) necessidades

para vender bens e serviços que, desde uma perspectiva de pura racionalidade econômica, são prescindíveis. Nesse sentido, a publicidade aparece como um relevante elemento cultural capaz de condicionar gostos e comportamentos. Esse condicionamento pode dar-se, inclusive, por meio da exploração de vulnerabilidades dos consumidores, sejam estas emocionais ou informacionais. A exploração de vulnerabilidades informacionais, com o intuito de obter vantagens em prejuízo alheio, remete à temática da fraude patrimonial penalmente relevante.

A proximidade temática entre a fraude penal e a exploração de vulnerabilidades informacionais dos consumidores sugere a possibilidade de que a dogmática desenvolvida sobre o estelionato, enquanto figura basilar da fraude penalmente relevante, possa ser aproveitada para a adequada compreensão de como se dá normativamente a tutela penal dos interesses econômicos dos consumidores. Dessa forma, por meio de pesquisa bibliográfica, adotando uma abordagem dedutiva, este trabalho pretende colocar em discussão quatro pontos: (I) a transcendência do estelionato, no sentido de que a estrutura deste tipo repete-se em diversos delitos fraudulentos; (II) a aplicabilidade da concepção de prejuízo, desenvolvida no âmbito do estudo do estelionato, à lógica de tutela dos interesses econômicos dos consumidores; (III) as restrições normativas à causalidade do engano típico e suas possíveis aplicações ao âmbito do consumo; (IV) a possibilidade ou não de abstração, por meio do recurso à noção de direito à verdade, das formas pelas quais se manifestam os enganos no âmbito da proteção ao consumidor.

2. O âmbito da tutela penal dos interesses econômicos dos consumidores

Admite-se, há décadas, que a figura do *Homo oeconomicus* – isto é, o indivíduo racional proposto por teorias econômicas – revela-se com alguma frequência um modelo pouco realista de descrição do comportamento humano[4]. Possivelmente, uma das mais marcantes limitações do referido modelo seja o "componente experiencial" do conceito de escassez: para além da relação entre disponibilidade de suficientes recursos para suprir necessidades, o conceito de escassez pode ser social e culturalmente manufaturado, sendo, dessa forma, condicionado por fatores que, a rigor, não podem ser eliminados pelo aumento da produção de bens[5]. Não se nega que o ser humano persiga seus interesses econômicos. Todavia, não se deve ignorar que as pessoas também são guiadas por diversas motivações não econômicas (ou mesmo antieconômicas): o modelo do *Homo oeconomicus*, em certa medida, ignora o "espírito animal" do *Homo sapiens* e, ao fazê-lo, ignora também o fato de que

4. SCITOVSKY, 1997, p. 211.

5. LEISS, 1997, p. 23-24.

a mente humana, em grande medida, funciona em termos narrativos, isto é, as sequências de eventos vividos são apreendidas como partes de uma unidade, partes de uma história que a pessoa "conta a si mesma", de modo que as motivações pessoais podem decorrer da atribuição de sentido à própria história[6]. Com efeito, uma das chaves para compreender as motivações não econômicas ou antieconômicas encontra-se na dicotomia entre pensamento paradigmático e pensamento narrativo[7]. O modo de pensamento paradigmático, ou lógico-científico, caracteriza-se pela criação de conceitos e categorias, sistematizados consistentemente. O modo narrativo, por sua vez, procura ordenar experiências humanas, as quais, evidentemente, podem variar em função da(s) perspectiva(s) do(s) observador(es)[8]. Logo, ao possibilitar a atribuição de sentidos diversos para os mesmos fatos, a narrativa revela-se um importante instrumento de "estímulo à tomada de decisões"[9]. A publicidade, nesse contexto, pode criar narrativas mentais de modo a incutir no potencial consumidor a ideia de que sua história requer a aquisição de um produto ou serviço, ainda que, racionalmente, o negócio não esteja em conformidade com a busca do bem-estar do comprador[10].

Embora não se possa afirmar categoricamente que a publicidade cria os valores da sociedade em vez de apenas refleti-los, é certo que a mensagem publicitária influencia significativamente o consumo, pois, se fosse ineficaz em termos de persuasão, não se sustentaria como atividade econômica[11]. Tal caráter persuasivo é potencializado pela circunstância de que a proliferação das mídias faz com que a publicidade se torne um elemento ambiental, (in)voluntariamente experienciado por todos, e, consequentemente, converta-se em um elemento formativo da cultura[12]. De fato, novos produtos (e novas marcas) podem implicar até novos significados na própria concepção que o sujeito tem de si mesmo[13]. Assim, a publicidade é uma ilustração de como o mercado pode criar "novas necessidades" de consumo. A criação das "novas necessidades" é acompanhada por técnicas de exploração de vulnerabilidades – emocionais ou informacionais – dos consumidores, a fim de estimular a aquisição de bens ou serviços, os quais, desde uma perspectiva

6. AKERLOF; SHILLER, 2009, p. 3 e 51.
7. Cf.: BRUNER, 1986, p. 12 e ss.
8. Ver: BRUNER, 2002, p. 38 e 115.
9. Cf.: AMSTERDAM; BRUNER, 2000, p. 110.
10. AKERLOF; SHILLER, 2015, p. 45-46.
11. Cf.: REEKIE, 1981, p. 33.
12. POLLAY, 1986, p. 18. MUSCO, 2003, p. 98.
13. McCRACKEN, 1997, p. 121.

puramente racional, são prescindíveis[14]. A exploração de vulnerabilidades emocionais, *grosso modo*, ocorre via superação da racionalidade, por meio de vieses cognitivos, favorecendo interpretações bastante peculiares da realidade. A repressão a tais práticas, no ordenamento brasileiro, dá-se, por exemplo, por meio da proscrição da publicidade abusiva, isto é, a publicidade inescrupulosa, contrária a valores éticos, mas que não causa efetivamente prejuízo econômico ao consumidor[15]. A exploração de vulnerabilidades informacionais caracteriza-se pela veiculação de informações enganosas, aptas, portanto, a provocar prejuízos patrimoniais concretos aos consumidores[16]. Logo, a exploração de vulnerabilidades informacionais remete à temática jurídica da fraude com repercussões patrimoniais.

A remissão ao conceito de fraude, por sua vez, levanta o questionamento – já tradicional – sobre se se trata de questão civil ou criminal[17], ou, em outros termos, se as condutas proibidas são suficientemente graves para receber tratamento penal, sob pena de, não o sendo, violar o princípio da subsidiariedade[18]. Deve-se ter em consideração que o princípio de intervenção mínima possui natureza político-criminal[19], e, assim, é algo intangível, variável em função da situação que cada momento apresenta. Dessa forma, a intervenção mínima é condicionada pela regulação jurídica do mercado, pelos agentes que intervêm nesse mercado, pelo adequado equilíbrio entre os interesses dos consumidores e dos empresários, e, notadamente, pelo componente político dominante na sociedade. Portanto, a exclusão da intervenção penal na proteção dos consumidores não pode se basear em que a intervenção do legislador, na prática, é ou deve ser mínima[20]. Não obstante, ao se admitir a possibilidade de tratamento jurídico-penal das fraudes contra os consumidores, surge a necessidade de razoável delimitação do bem jurídico tutelado, visto que a imprecisão do objeto de proteção eliminaria a função delimitadora-interpretativa do bem jurídico[21].

Nesse sentido, com incontáveis nuances, a doutrina divide-se, *grosso modo*, em interpretações que ressaltam o caráter coletivo ou individual da tutela. Assim, tem-se, de um lado, os que consideram os interesses dos consumidores como mera

14. AKERLOF; SHILLER, 2015, p. XI (prefácio) e 146.
15. BENJAMIN, 2011, p. 354-356.
16. Cf.: FILOMENO, 2011, p. 730 e ss.
17. A propósito, ver: GEIB, 1847, p. 332 e ss. PLANIOL, 1893, p. 545 e ss. HUNGRIA, 1932, p. 23 e ss. BERNAQUI JAUREGUY, 1943, passim. MACRI JÚNIOR, 2023, p. 37-78.
18. Cf.: DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2012, p. 26-28.
19. BATISTA, 2011, p. 42. HUNGRIA, 1945, p. 24 e ss.
20. HERNÁNDEZ PLASENCIA, 2020, p. 26. SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 56 e 67.
21. Ver: BECHARA, 2014, p. 147 e ss. PRADO, 2011, p. 60. SCHÜNEMANN, 2007, p. 199-200.

abstração conceitual que engloba uma coletividade difusa composta pelos patrimônios individuais dos sujeitos afetados; de outro, os que entendem como condição dos bens coletivos a necessidade de um bem jurídico individual que requer uma proteção antecipada diante de condutas potencialmente perigosas para uma coletividade[22].

Nessa primeira linha, de precedência do elemento coletivo da proteção penal, há interpretações segundo as quais a proscrição da fraude no âmbito do consumo – por exemplo, por meio da criminalização da publicidade enganosa – constitua uma tutela do direito à verdade, na medida em que possibilita o correto exercício da liberdade de disposição econômica pela coletividade dos consumidores[23]. Ignorando-se a persistente postura dos que simplesmente negam a existência jurídico-penal de um direito à verdade[24], ainda é possível objetar-se à concepção exposta que o dever de veracidade é tão somente um instrumento pelo qual são tutelados bens jurídicos individuais[25] – como o patrimônio. Contra-argumenta-se que não é cabível uma postura solipsista diante do genuíno significado do interesse difuso à verdade no contexto de uma sociedade de consumo de massa: no delito de publicidade enganosa, por exemplo, a veracidade, interesse setorial do coletivo dos consumidores, seria o objeto imediato de proteção, de forma a possibilitar ao coletivo dos consumidores a tomada de suas decisões de conteúdo econômico em condições de liberdade[26]. Mesmo que se concorde com a precedência da tutela da verdade, não se pode negar que a veracidade se delimita, para efeitos de sua proteção penal, ao vincular-se à dimensão econômica[27]. Em outras palavras, conceber os delitos de fraude no âmbito do consumo como violações a deveres de veracidade não implica, necessariamente, prescindir da dimensão patrimonial do (potencial) prejuízo. Abstraindo a referência ao direito à verdade, mas sem negar o aspecto supraindividual da tutela penal, pode-se entender que o caráter difuso do bem supõe uma ampliação da capacidade lesiva de certas condutas que transcendem o indivíduo e seu próprio patrimônio, constituindo, assim, uma afetação global, em média ou grande escala, dos interesses econômicos de uma coletividade e do funcionamento eficaz do mercado[28].

22. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2011, p. 591.
23. ALONSO ÁLAMO, 2020, p. 60-61.
24. Ver: PUPPE, 2018, p. 649 e ss.
25. Acerca da relação entre prejuízo patrimonial e violação de deveres de veracidade, ver: PASTOR MUÑOZ, 2004, *passim*.
26. ALONSO ÁLAMO, 2020, p. 61-62.
27. Ibidem, p. 62.
28. PORTERO HENARES, 2013, p. 37-38.

Por outro lado, entre as interpretações que salientam o elemento patrimonial individual da tutela, afirma-se, e.g., que se deve ter em consideração que não se protege coletivamente aos consumidores em cada um de seus elementos patrimoniais, pois os atos lesivos dirigidos contra tais elementos ensejariam a reação penal mediante a aplicação das figuras delitivas patrimoniais (estelionato, notadamente). A proteção alcança um estágio anterior à causação de um menoscabo material do patrimônio, mas não exclusivamente para proteger o patrimônio, e sim para mediatamente tutelar um interesse paralelo à não ocorrência de prejuízo patrimonial[29]. A prevalência do fator patrimonial individual permitiria, ainda, compreender, por exemplo, a proibição de publicidade enganosa como uma forma específica de antecipação de tutela contra o estelionato[30].

No direito positivo brasileiro, a doutrina indica uma espécie de gradação de tipos que envolvem fraudes em circunstâncias de consumo: há o delito material do estelionato, o qual exige um efetivo (risco de) resultado danoso à vítima; há a figura intermediária do art. 7º, inc. VII, da Lei 8.137/1990, a qual já não requer o prejuízo para sua configuração; e, ainda, há a infração penal formal prevista no Código de Defesa do Consumidor. Reforçando tal relação entre as mencionadas modalidades fraudulentas, há notícias de que durante a tramitação do CDC, além do tradicional argumento de que os delitos de perigo deveriam desaparecer do direito penal, devendo ser, portanto, a publicidade enganosa tratada no âmbito do direito administrativo sancionador, foi afirmada a desnecessidade do novo tipo penal, visto que já havia a figura do estelionato para os casos de prejuízos patrimoniais decorrentes de fraudes[31]. Com efeito, ainda que o legislador recorra à ideia de um bem jurídico supraindividual, como seriam os direitos dos consumidores, a concreta configuração dos delitos que tutelam os interesses econômicos dos consumidores é construída a partir da estrutura dos delitos patrimoniais tradicionais, como o estelionato[32]. Por essa razão, há propostas doutrinárias para que diversas modalidades de fraudes penalmente puníveis sejam estudadas à luz da estrutura e da dogmática do estelionato[33]. Assim, seria possível aproveitar a construção teórica acerca do engano típico – desenvolvida com o intuito de compreender a espécie padrão do gênero fraude[34] –

29. HERNÁNDEZ PLASENCIA, 2020, 33-34.
30. Cf.: CHOCLÁN MONTALVO, 2009, p. 81-82. DEMETRIO CRESPO, 2004, p. 203-204.
31. FILOMENO, 2011, p. 730-732.
32. GALLEGO SOLER, 2003, p. 99.
33. Cf.: GALLEGO SOLER, 2015, p. 53-54. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, 2003, p. 92-94. VALLE MUÑIZ, 1987, p. 102.
34. LYRA, s.d., p. 53.

para interpretar corretamente outras manifestações de fraudes[35]. É essa a discussão proposta nos próximos tópicos.

3. A interpretação da tutela penal dos interesses econômicos dos consumidores à luz do estelionato

Há ao menos quatro pontos que podem ser discutidos quando se trata de verificar a possibilidade de interpretação da tutela penal dos interesses econômicos dos consumidores à luz do estelionato: (I) a transcendência dogmática (e criminológica) do delito de estelionato; (II) o fato de decorrer da evolução dogmática do estelionato a concepção de (risco de) prejuízo patrimonial; (III) o desenvolvimento de restrições normativas ao conceito de engano típico; (IV) a (des)necessidade de diferenciar as formas de engano (expresso, concludente ou omissivo) ao se restringir o engano típico por meio do recurso aos deveres de veracidade.

Quanto ao primeiro ponto, quase uma questão preliminar aos seguintes, costuma-se dizer que o estelionato se caracteriza por sua "transcendência"[36], tanto criminológica, quanto dogmática. Com efeito, há mais de um século afirma-se que a criminalidade de fraude substituirá gradativamente a criminalidade violenta[37]. Por questionável que seja[38], tal afirmação baseia-se na ideia de que, com a sofisticação dos métodos repressivos estatais, haveria uma "sofisticação da criminalidade"[39]: as fraudes teriam seu apogeu em razão de ser a manipulação da vontade do outro menos arriscada e mais lucrativa do que os métodos violentos de apropriação do alheio[40]. As fraudes, claro, não se restringiriam ao tipo do estelionato: manifestar-se-iam por diversas formas em que haja algum tipo de interação comunicativa entre as partes[41]. Já do ponto de vista dogmático, a transcendência do estelionato manifesta-se com a possibilidade de que este delito implique secundariamente um atentado ou lesão contra interesses supraindividuais, os quais excedem o patrimônio individual. Nesse sentido, o estelionato

35. Ver: VALLE MUÑIZ, 1995, p. 759.
36. Transcendência, nesse contexto, quer dizer que o comportamento enganoso e a estrutura do estelionato repetem-se em diversas figuras penais.
37. Cf.: GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, 1897, p. 5 e ss. TOLOMEI, 1915, p. 3 e ss. Acerca das circunstâncias históricas favorecedoras da criminalidade fraudulenta, ver: RADBRUCH; GWINNER, 2019, especialmente: p. 181, 190 e ss.
38. KOTZÉ, 2019, especialmente: p. 91 e ss.
39. Cf.: ROCCO, 2008, p. 144. Ver também: FOUCAULT, 2014, p. 76-78.
40. VON HENTIG, 1960, p. 18.
41. Cf.: SUTHERLAND, 1937, p. 3.

constituiria uma figura híbrida, sendo simultaneamente um delito patrimonial e um delito econômico[42].

Uma segunda linha argumentativa favorável à interpretação da tutela dos interesses econômicos dos consumidores à luz do delito de estelionato diz respeito ao próprio conceito de prejuízo. Muito sinteticamente, o argumento seria o seguinte: tendo em vista que o conceito de prejuízo acompanha a evolução da dogmática do estelionato[43], não se poderia ignorar a concepção desse delito ao se discutir qual tipo de lesão se pretende evitar no âmbito da fraude no consumo. A doutrina costuma dividir a evolução do conceito de patrimônio (e, analogamente, o de prejuízo) em quatro momentos: (I) conceito jurídico, (II) conceito econômico, (III) conceito misto, (IV) conceito pessoal.

De acordo com a concepção jurídica, integrariam o conceito de patrimônio individual todas as pretensões de natureza jurídico-patrimonial, bem como as obrigações de mesma natureza. Dessa forma, o patrimônio englobaria inclusive os direitos sobre bens sem valor do ponto de vista econômico[44]. O prejuízo, consequentemente, seria juridicamente definido, na medida em que se tutela o direito sobre o bem, não o bem em si[45]. A concepção jurídica limitava demasiadamente a noção de prejuízo. De fato, a redução da liquidez patrimonial não constituiria prejuízo, pois esta seria compensada pelo nascimento de um direito de crédito[46]. No mesmo sentido, a fraude em um negócio jurídico sinalagmático – por exemplo, vender uma peça de metal comum como se joia fosse – poderia causar certa perplexidade: tendo em vista que, a despeito da fraude, a parte enganada adquire um direito sobre um bem, seria difícil, desde a perspectiva puramente jurídica, reconhecer o prejuízo[47].

A concepção econômica de patrimônio, por sua vez, revela-se como o reverso da concepção jurídica, na medida em que, agora, o que importa para caracterização do prejuízo é a efetiva lesão econômica, a despeito de haver ou não uma lesão a direito subjetivo[48]. Ao se eliminar a relação jurídica em prol do domínio

42. TIEDEMANN, 1983, p. 61-67. TIEDEMANN, 2010, p. 55-56. MUÑOZ CONDE, 1998, p. 69. MAYER FUX; GODINHO, 2013, p. 197 e ss. Ver também: BOSCH, 1995, p. 34. TORÍO LÓPEZ, 1980, p. 92-94. MUÑOZ CONDE, 2013, p. 123.
43. Cf.: SALVADOR NETTO, 2014, p. 48.
44. Karl Binding é considerado o criador da concepção jurídica de patrimônio: cf.: BINDING, 1896, p. 119. Ver também: SALIGER, 2012, p. 364.
45. Cf.: DONNA; FUENTE, 2004, p. 43.
46. Ver: BAJO FERNÁNDEZ, 1977, p. 541.
47. KINDHÄUSER, 2011, p. 53.
48. Vide: HEINITZ, 1953, p. 357.

da finalidade econômica[49], são criados ao menos dois problemas. Primeiramente, restringindo-se a análise do prejuízo a fatores puramente econômicos, admitir-se-ia a tutela penal em casos de negócios ilícitos[50]. Em segundo lugar, não se poderia reconhecer prejuízo nos casos em que se verifique "compensação contábil"[51], isto é, a despeito das finalidades negociais, o mero equilíbrio monetário entre prestação e contraprestação seria suficiente para o não reconhecimento de prejuízo.

A concepção mista surge, destarte, como uma forma de superar as limitações inerentes às concepções puristas. *Grosso modo*, o patrimônio passa a ser concebido como um conceito econômico, mas não desvinculado da ordem jurídica vigente[52]. Todavia, ao se reconhecer a perspectiva econômica como uma premissa conceitual, à concepção mista mostram-se necessários dois critérios corretivos: o critério objetivo-individual de prejuízo e o critério de frustração de finalidades. Com efeito, para as hipóteses em que ocorra, apesar de fraude, equilíbrio contábil entre prestação e contraprestação, dever-se-ia adotar um critério objetivo-individual de prejuízo para o reconhecimento de que, posto que economicamente equilibrada, a negociação resultou prejudicial para uma das partes[53]. Já nos casos de negócios gratuitos (e.g., doações), o disponente conhece a circunstância de que, dada a ausência de contraprestação, seu ato de disposição reduz economicamente o patrimônio. Não obstante, é possível que o ato de disposição tenha uma finalidade que, por fraude, não se realiza, como seria o caso de um desvio de valores doados para uma específica causa social. A frustração da finalidade de disposição patrimonial constituiria o prejuízo típico[54].

Por fim, mais recentemente, consolida-se uma concepção pessoal de patrimônio e de prejuízo. De acordo com a concepção pessoal de patrimônio, este não consiste na soma de bens ou na soma de direitos sobre bens: as fronteiras do patrimônio são definidas pelas possibilidades que o sistema jurídico oferece para atividades econômicas[55]. Dessa forma, a concepção pessoal parte de uma instância própria

49. RADBRUCH, 1997, p. 275.

50. A propósito, ver: VIDALES RODRIGUEZ, 1993, passim. PASTOR MUÑOZ, 2000, p. 336 e ss. FROMMEL, 1997, p. 226 e ss.

51. LEITE; TEIXEIRA, 2017, p. 223. PASTOR MUÑOZ, 2016, p. 9.

52. Welzel, considerado o principal representante da concepção mista de patrimônio, afirmava: "[Vermögen] ist ein wirtschaftlicher, wenn auch auf die Rechtsordnung bezogener Begriff" WELZEL, 1969, p. 372.

53. TEIXEIRA, 2016, p. 307 e ss.

54. Ver, amplamente: ASÚA BATARRITA, 1993, p. 82 e ss. JORDAN, 2000, p. 133.

55. As origens da concepção pessoal de patrimônio podem ser encontradas em: BOCKELMANN, 1952, p. 464.

Macri Júnior, José Roberto; Barbosa, Paula Andrea Ramirez; Rodríguez, Victor Gabriel de Oliveira.
O alcance do estelionato como paradigma de tutela dos interesses patrimoniais dos consumidores.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 205. ano 32. p. 73-96. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13693130].

para valorar a ocorrência ou não de prejuízo[56]. Com efeito, a teoria pessoal já não adota uma perspectiva abstrata de reconhecimento de prejuízo, pois isso equivaleria a adotar critérios econômicos de aferição de dano, ignorando-se, portanto, o fato de que o indivíduo pode não querer comportar-se no mercado como um *Homo oeconomicus*. Não se adota, porém, uma perspectiva puramente subjetiva de valoração do dano, pois não haveria parâmetros de orientação do comportamento caso dependesse unicamente da opinião de uma das partes a existência de um prejuízo[57]. Adota-se a perspectiva concreta de valoração do prejuízo. De fato, sendo o patrimônio constituído por relações juridicamente reconhecidas de domínio da pessoa em relação a bens que podem ser objeto de negócios jurídicos, possibilitando, assim, um espaço de livre desenvolvimento (no âmbito econômico) à pessoa, o prejuízo configura-se com o menoscabo da potência econômica do titular do patrimônio, isto é, o prejuízo consiste na frustração da finalidade perseguida com a disposição patrimonial[58]. A finalidade a ser frustrada para que haja dano patrimonial deve ser estabelecida intersubjetivamente entre as partes, de modo que as expectativas que vinculam o comportamento de cada parte estarão estabelecidas pela própria forma do negócio, no caso de interações econômicas padronizadas, ou pelas condições negociais firmadas pelos agentes, no caso de negócios personalizados[59].

Logo, no tocante à tutela de interesses econômicos de consumidores, a concepção pessoal de prejuízo, ao decorrer das condições negociais estipuladas em um contexto comunicativo, poderia contribuir com a compreensão de quais expectativas do consumidor podem receber proteção jurídico-penal. Essa restrição das expectativas dignas de tutela fica mais evidente diante da constatação de que, em muitos casos, como ocorreria com a publicidade, a mensagem é emitida por apenas uma das partes, o que eliminaria, em tese, a possibilidade de personalizações do negócio, já que não haveria um processo comunicativo por meio do qual novas expectativas seriam intersubjetivamente firmadas.

Complementarmente, uma terceira linha argumentativa favorável à interpretação da tutela dos interesses econômicos dos consumidores à luz do delito de estelionato diz respeito ao conceito de engano típico. Mais precisamente: os diversos

56. A propósito, antes da consolidação da teoria pessoal, Pedrazzi já tratava do conceito de valor para fins de crimes patrimoniais. Cf.: PEDRAZZI, 1955, p. 17 e ss.
57. PASTOR MUÑOZ, 2004, p. 74 e ss.
58. OTTO, 1998, p. 223. HAGENBUCHER, 2002, p. 176. LUDWIG, 2002, p. 92.
59. Cf.: RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1995, p. 534-535. Em sentido crítico: GODINHO; MAYER FUX, 2011, p. 245 e ss. Acerca do prejuízo na teoria pessoal de patrimônio, ver: PASTOR MUÑOZ, 2004, p. 85 e ss. GALLEGO SOLER, 2015, p. 404 e ss. MACRI JÚNIOR, 2023, p. 243 e ss.

critérios estudados como formas de restrição normativa à causalidade do engano podem ser úteis para que se identifiquem em que circunstâncias configura-se o engano proibido no âmbito das relações de consumo. O fundamento das propostas de restrição normativa do conceito de engano é a concepção da vítima como uma pessoa responsável por seus próprios atos, de modo que o engano não é concebido em termos exclusivamente causais e, consequentemente, nem todo engano que, de fato, conduza a vítima a um ato de disposição patrimonial prejudicial constituiria um engano típico de estelionato[60].

Uma primeira tentativa de restrição normativa do engano, particularmente útil para os casos de publicidade enganosa, é a distinção entre fato e valor. Parte da doutrina entende que os juízos de valor não podem constituir um engano típico, pois tais juízos não se sustentam sobre uma verdade objetiva com a qual se possam confrontar, isto é, no âmbito da valoração, não se pode dizer que um juízo é verdadeiro ou falso. Só se pode verificar a verdade de uma afirmação que diga respeito a um fato[61]. O recurso ao conceito de fato como critério delimitador do engano típico salienta o comportamento autorresponsável da "vítima"[62]. Contudo, posto que seja um critério limitador bastante útil, não se pode ignorar que um juízo valorativo – notadamente, quando exagerado – pode ser enganoso[63]. Ademais, a depender do contexto comunicativo, um juízo de valor pode ser legitimamente considerado como um juízo de fato, por exemplo, sobre características específicas de um produto ofertado ou anunciado[64].

Uma outra possibilidade de restrição normativa da causalidade do engano apontada pela doutrina diz respeito a uma (in)adequação do engano. Deve-se esclarecer que a questão da adequação do engano no estelionato é discutida sobre duas perspectivas: adequação do engano no sentido de aptidão efetiva para enganar e adequação no sentido de ser a conduta enganosa, em dadas circunstâncias, socialmente aceitável[65]. No primeiro sentido, adequação como aptidão para enganar, é necessário ter em vista que o juízo de adequação deve ser realizado desde uma perspectiva *ex ante*, visto que, desde uma perspectiva *ex post*, a

60. Cf.: PASTOR MUÑOZ, 2004, p. 92 e ss. MACRI JÚNIOR, 2023, p. 180-182. KINDHÄUSER, 2002, p. 10 e ss. CEREZO MIR, 1966, p. 187 e ss. Criticamente: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 1997, p. 70. PERÉZ MANZANO, 1996, p. 243. ROJAS AGUIRRE, 2011, p. 425.
61. BAJO FERNÁNDEZ, 2004, p. 43-44. MAYER FUX, 2014, p. 1027.
62. PASTOR MUÑOZ, 2003, p. 78-79.
63. BENJAMIN, 2011, p. 349.
64. ANTÓN ONECA, 2003, p. 88. ROMERO, 1985, p. 116.
65. MACRI JÚNIOR, 2023, p. 184-185.

causalidade efetiva do engano seria a comprovação de sua idoneidade para enganar[66]. Entretanto, não há consenso algum sobre quais os parâmetros a serem adotados para essa avaliação *ex ante*. De fato, a doutrina se divide entre a adoção de um padrão objetivo para realização do juízo de adequação – aos moldes do antigo *bonus pater familiae* – e a necessidade de se considerar as características pessoais de quem é enganado – algo como uma avaliação *intuitu personae*[67]. As críticas feitas aos parâmetros objetivo e subjetivo para configuração do estelionato podem ser transpostas, *mutatis mutandis*, ao âmbito do consumo. Com efeito, a adoção de um parâmetro objetivo de avaliação de aptidão do engano equivaleria ao reconhecimento de uma figura do consumidor médio, a qual, por um lado, estabelece em que circunstâncias o engano seria idôneo para motivar alguém a um ato de disposição[68], e, por outro, negaria tutela penal precisamente para os casos de vítimas especialmente débeis[69]. Um parâmetro subjetivo, por sua vez, coloca em xeque o próprio juízo de adequação ou idoneidade do engano, visto que é possível o reconhecimento de um engano apto em concreto, ainda que, abstratamente, inidôneo[70].

Ao se tratar da adequação social do engano, a discussão que se coloca é outra. A premissa da existência de um engano socialmente adequado é a de que nem todo ato que não seja rigorosamente honesto constitui um estelionato (consumado ou tentado)[71]. Haveria como uma licença para mentir, isto é, algumas inveracidades seriam toleráveis, visto que decorrentes dos riscos do negócio[72]. A existência de tal "licença" é bastante questionável. De fato, os "riscos do negócio" não correspondem necessariamente com inveracidades no âmbito econômico: a aceitação de falsidades que provocam disposições patrimoniais prejudiciais contraria a ideia segundo a qual os negócios devem se realizar em conformidade às regulações que procuram, precisamente, delimitar os riscos inerentes às atividades sociais[73].

66. Cf.: MAGGINI, 1988, p. 20-22. Criticamente: ZANNOTTI, 1993, p. 43-44.
67. Cf.: BAJO FERNÁNDEZ, 2004, p. 33-37. VALLE MUÑIZ, 1987, p. 152 e ss. CHOCLÁN MONTALVO, 2009, p. 149.
68. HOYER, 2020, p. 372.
69. Nesse sentido, ao tratar do estelionato: SIQUEIRA, 2003, p. 759-760.
70. Vide: TORÍO LOPEZ, 1986, p. 39.
71. Cf.: LESSONA, 1887, p. 239. A compreensão de que nem todo engano realizado com intuito de lucro é criminoso foi o pilar da teoria da *mise-en-scène*. A propósito, ver: FAURE et al., 1810, p. 115-116. DUTRUC, 1863, p. 168 e ss. DAVID, 1883, p. 6. Com ulteriores referências: MACRI JÚNIOR, 2023, p. 42-46.
72. MACRI JÚNIOR, 2023, p. 189.
73. HERNÁNDEZ BASUALTO, 2010, p. 15-16.

A doutrina distingue três formas de engano: (I) expresso; (II) concludente; (III) omissivo. O engano expresso consiste na realização de uma declaração – oral, escrita ou gestual – que transmita uma mensagem sabidamente falsa[74]. O engano concludente manifesta-se quando o silêncio ocupa uma posição central em um comportamento complexo positivo, isto é, quando, a despeito de não haver uma declaração falsa expressa, o comportamento revela uma significação enganosa evidente em razão da violação das expectativas vigentes no âmbito comercial. Seria o caso, bastante citado, daquele que recebe o atendimento em um restaurante e, ao final da refeição, não paga pelo serviço: não há propriamente uma declaração expressa falsa, no sentido de mentir sobre a intenção de pagar pela comida, porém, o comportamento é enganoso, pois desvia-se do que seria social e normativamente esperado[75]. O engano omissivo, por sua vez, consiste na não realização de uma declaração devida. Nas hipóteses de engano omissivo, o erro seria preexistente. Daí parte da doutrina apontar a existência de um "óbice cronológico" à configuração do estelionato por omissão: o patrimônio estaria submetido a um risco (em razão do erro) e não existiria interferência causal que implicaria piora da situação do patrimônio. Todavia, não se nega a tipicidade da conduta de quem ativamente provoque uma falsa representação da realidade coincidente com a representação errônea preexistente. Assim, reconhecer um óbice cronológico à configuração do engano omissivo implicaria dispensar tratamento distinto para o comportamento ativo equivalente ao comportamento omissivo[76].

O recurso aos deveres de veracidade como forma de normativização do engano típico do estelionato poderia servir também como uma base conceitual comum para toda fenomenologia do engano, notadamente por ter como foco não a causação do erro, mas sim o dever de evitá-lo[77]. As concepções acerca de infrações de deveres de veracidade – ou do correlato direito à verdade – são variadas[78]. E, embora as construções não prescindam da distinção entre as formas de engano, reconhece-se que a infração de deveres de veracidade possibilita um tratamento unitário dos enganos ativos (expressos ou concludentes) e omissivos[79]. No âmbito da tutela dos interesses econômicos dos consumidores, todavia, fica bastante evidente a necessidade de se analisar a fenomenologia da conduta enganosa. Com efeito, os enganos

74. MAYER FUX, 2016, p. 309.
75. VALLE MUÑIZ, 1986, p. 867.
76. A propósito: PÉREZ DEL VALLE, 1996, p. 381.
77. MACRI JÚNIOR, 2023, p. 208.
78. Cf.: KINDHÄUSER, 1991. FRISCH, 2011. PASTOR MUÑOZ, 2003. PAWLIK, 2011. PAWLIK, 2008.
79. IZQUIERDO SÁNCHEZ, 2018, p. 62.

expressos indicam maior necessidade de proteção, ao passo que os enganos concludentes contariam com certa negligência da vítima. De fato, dadas as peculiaridades da interação comunicativa das relações de consumo, as exigências para se evitar enganos concludentes são muito mais rigorosas: para uma empresa, não há custo adicional algum para, em uma campanha de *marketing*, não inserir informações incertas; por outro lado, pode ser muito custoso esclarecer todos os pontos que possam confundir um consumidor ingênuo[80].

4. Conclusões

Os interesses econômicos dos consumidores podem ser ameaçados por diversas modalidades de fraudes. Sendo o estelionato a espécie básica do gênero da fraude, aventa-se a possibilidade de estudar como se dá, no âmbito normativo, a tutela penal dos interesses econômicos dos consumidores à luz da dogmática do estelionato. Um primeiro ponto favorável a essa possibilidade é a chamada "transcendência" do estelionato. De fato, a estrutura engano-erro-disposição patrimonial prejudicial é compartilhada por uma série de delitos fraudulentos. Ademais, a depender das circunstâncias, o prejuízo causado pelo estelionato pode ultrapassar as fronteiras do patrimônio individual.

Um segundo argumento favorável ao estudo da tutela penal dos interesses econômicos dos consumidores à luz da dogmática do estelionato diz respeito à evolução do conceito de prejuízo. Com efeito, a compreensão de o que é um estelionato evolui de acordo com a concepção de o que é um prejuízo patrimonial. Sendo o prejuízo algo a ser evitado no âmbito da tutela de interesses econômicos dos consumidores, a dogmática do estelionato mostra-se imprescindível para a adequada compreensão de o que se pretende evitar. Nesse sentido, o conceito pessoal de prejuízo revela-se particularmente interessante: ao vincular a ocorrência de dano patrimonial à frustração de finalidades intersubjetivamente vinculantes, a concepção pessoal fornece contornos razoavelmente seguros acerca de quais expectativas seriam dignas de tutela penal, notadamente em razão de, no âmbito da publicidade, por exemplo, ser impraticável uma interação entre as partes que personalize as finalidades da disposição patrimonial.

O elemento do engano também sugere uma aproximação entre o estelionato e a tutela de interesses econômicos dos consumidores. Mais precisamente: as tentativas de restrição normativa à causalidade do engano, desenvolvidas no âmbito do estelionato, poderiam contribuir para a determinação de como se configura um engano jurídico-penalmente relevante para efeitos de tutela penal do consumo.

80. HOYER, 2022, p. 370-371.

Nesse sentido, destacam-se as propostas de restrição do engano típico por meio do recurso ao conceito de fato e as ideias desenvolvidas sob a nomenclatura de "adequação do engano". A proposta que entende ser fundamental distinguir juízo de fato de juízo de valor argumenta que somente um juízo de fato poderia ser considerado verdadeiro ou falso. Embora seja um critério delimitador bastante útil, não se pode ignorar que, em certas circunstâncias, um juízo de valor pode ser razoavelmente interpretado como um juízo de fato, o que representa uma limitação ao conceito de fato como critério determinante da tipicidade do engano. Já a ideia de "adequação do engano" aparece de duas formas. Primeiramente, discute-se a questão da adequação como idoneidade para enganar. Não há consenso doutrinário sobre se o juízo de idoneidade deve ser objetivo (quase como um resgate do *bonus pater familiae*, ou, no âmbito do consumo, da figura do consumidor médio), ou subjetivo (analisando-se as peculiaridades da pessoa enganada). Em um segundo sentido, discute-se uma suposta adequação social de certos enganos. Essa postura revela-se particularmente problemática, visto que, especialmente no âmbito do consumo, as atividades econômicas são bastante regulamentadas. Essa regulamentação configuraria os contornos do risco permitido da atividade, de modo que os "enganos socialmente aceitáveis", na verdade, seriam condutas que extrapolam os riscos normativamente permitidos.

Quanto à conduta enganosa propriamente dita, a dogmática do estelionato trata, em regra, separadamente as modalidades de engano. Dessa forma, não é raro que existam fundamentações heterogêneas, ou mesmo contraditórias, acerca de um estelionato por engano ativo e um estelionato por omissão. Nesse sentido, o recurso aos deveres de veracidade, ao mudar o foco da causação do erro para o dever de evitá-lo, poderia oferecer uma base comum para o tratamento de todas as formas de engano.

Entretanto, a possibilidade de superar a distinção entre as manifestações do engano parece mais complicada no âmbito da tutela penal dos interesses econômicos dos consumidores. De fato, enganos expressos indicam maior necessidade de proteção ao consumidor e, além disso, são mais facilmente evitáveis: por exemplo, basta que o anunciante não insira informações inverídicas em sua mensagem. Já o engano concludente pode decorrer de uma (excessiva) ingenuidade da "vítima", de modo que seria muito mais custoso esclarecer todos os pontos que possam eventualmente confundir um consumidor ingênuo.

5. Referências

AKERLOF, George A.; SHILLER, Robert J. *Animal spirits.* How Human Psychology Drives the Economy, and Why It Matters for Global Capitalism. Princeton: Princeton University Press, 2009.

AKERLOF, George A.; SHILLER, Robert J. *Phishing for Phools*. The economics of manipulation and deception. Princeton: Princeton University Press, 2015.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Los consumidores como portadores de bienes jurídicos colectivos. In: HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises (Coord.). *La intervención penal en la protección de los intereses económicos de los consumidores*. Madrid: Marcial Pons, 2020.

AMSTERDAM, Anthony G.; BRUNER, Jerome. *Minding the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

ANTÓN ONECA, José. Las estafas y otros engaños. In: *Obras*. Santa Fé: Rubinzal – Culzoni Editores, 2003. t. III.

ASÚA BATARRITA, Adela. El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin. *Anuario de Derecho penal y ciencias penales,* t. 46, 1993.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Estafa de abuso de crédito mediante el descuento bancario de "letras vacías" o no comerciales. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 30, 1977.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

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

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. v. I.

BERNAQUI JAUREGUY, Carlos Alberto. *El delito de estafa y sus principios doctrinarios*. Buenos Aires: Valerio Abeledo Editor, 1943.

BINDING, Karl. *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Erste Häfte*. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1896.

BOCKELMANN, Paul. Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug. *Juristen Zeitung,* n. 15-16, 1952.

BOSCH, Fernando. *El delito de estafa de seguro*. Buenos Aires: Hammurabi, 1995.

BRUNER, Jerome. *Actual minds, possible worlds*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

BRUNER, Jerome. *La fabbrica delle storie. Diritto, letteratura, vita*. Trad. Mario Carpitella. Bari: Editori Laterza, 2002.

CEREZO MIR, José. La estafa procesal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* t. 19, 1966.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito de estafa.* 2.ed. Barcelona: Bosch, 2009.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido. *Estafas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

DAVID, Louis. *Étude théorique & pratique sur le délit d'escroquerie*. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1883.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. A propósito del bien jurídico en el delito publicitario tipificado en el art. 282 del Código Penal Español (Una contribución a partir de una "hermenéutica valorativa"). *Revista de Derecho y Proceso Penal,* v. 12, 2004.

DONNA, Edgardo Alberto; FUENTE, Javier Esteban de la. Aspectos generales del tipo penal de estafa. *Revista Latinoamericana del Derecho*, n. 1, 2004.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación. *Dereito,* v. 21, n. 1, 2012.

DUTRUC, Gustav. *Le Code Pénal Modifié par la Loi du 18 abril (13 mai) 1863*. Paris: Cosse et Marchal, 1863.

FAURE et al. Motifs Du Livre III, Titre II, Chapitre II. In: *Code Pénal,* édition conforme a l'edition originale du Bulletin des Lois; précédé de l'Exposé des Motifs par les Orateurs du Conseil d'État, sur chacune des lois qui composent ce Code, avec une Table alphabétique des Matères. Paris: Garnéry, Libraire, 1810.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Das infrações penais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. v. I.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir. Nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

FRISCH, Wolfgang. Cuestiones fundamentales del engaño y el error en la estafa. Acerca del llamado derecho a la verdad. *Revista de derecho penal y procesal penal,* n. 5, 2011.

FROMMEL, Monika. ¿No hay estafa en perjuicio de prostitutas? *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal,* v. 3, 1997.

GALLEGO SOLER, José Ignacio. Funcionamiento del mercado. O acerca de la legitimidad y eficacia de la intervención penal en el ámbito de la protección de los consumidores. *Revista catalana de seguretat pública*, n. 13, 2003.

GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial.* 2. ed. Buenos Aires: BdeF, 2015.

GEIB, Karl Gustav. Dei limiti, che separano la frode civile dalla criminale. In: MORI. F.A. (Org.). *Scritti germanici di diritto criminale*. Livorno: Andrea Nanni Editore, 1847. t. III.

GODINHO, Inês Fernandes; MAYER FUX, Laura. A burla como crime contra o patrimônio: superação de uma tautologia. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 2, v. 21, 2011.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro. *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*. Salamanca: Esteban-Hermanos, Impresores, 1897. t. VII.

HAGENBUCHER, Florian. Der Herrschaftsbegriff als Basis des Vermögensbegriffs. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Org.). *Strafrechtssystem und Betrug.* Herbolzheim: Centaurus Verlag & Media UG, 2002.

HEINITZ, Ernst. Il danno patrimoniale nella truffa. *Archivio Penale*, v. 9, 1953.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa: lo que dice y no dice la dogmática. *Revista Chilena de Derecho,* v. 37, 2010.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. Sobre la censura a la intervención penal y los procedimientos eficaces en la protección de los intereses económicos de los consumidores. In: HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises (Coord.). *La intervención penal en la protección de los intereses económicos de los consumidores*. Madrid: Marcial Pons, 2020.

HOYER, Andreas. Alcance y límites de la protección del consumidor a través del tipo de estafa. In: HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises (Coord.). *La intervención penal en la protección de los intereses económicos de los consumidores*. Madrid: Marcial Pons, 2020.

HUNGRIA, Nelson. *Fraude penal*. Rio de Janeiro: Est. Graphico, 1932.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo,* v. 1, n. 1, 1945.

IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Estafa por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información.* Barcelona: Atelier, 2018, p.62.

JORDAN, Adolf-Dietrich. Untreue und Betrug durch Zweckverfehlung. *Juristische Rundschau*. Heft 4, 2000.

KINDHÄUSER, Urs. Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el derecho penal. *Anuario de derecho penal económico y de la empresa*, v. I, 2011.

KINDHÄUSER, Urs. Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 103, n. 2, 1991.

KINDHÄUSER, Urs. *La estafa como autoría mediata tipificada*. Trad. Jorge Fernando Perdomo Torres. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

KOTZÉ, Justin. *The myth of the "crime decline". Exploring change and continuity in crime and harm*. London: Routledge, 2019.

LEISS, William. The Limits to Satisfaction: Examination. In: GOODWIN, Neva R.; ACKERMAN, Frank; KIRON, David (Ed.). *The consumer society*. Washington, D.C: Island Press, 1997.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Caixa dois como crime contra o patrimônio? Breves notas sobre o crime de infidelidade patrimonial. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política.* Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

LESSONA, Silvio. *Elementi di Diritto Penale Positivo.* Torino: Fratelli Bocca Editori, 1887.

LYRA, Roberto. Estelionato. In: CARVALHO SANTOS, J.M. de (Org.). *Repertório enciclopédico do direito brasileiro.* Rio de Janeiro: Editor Borsoi, s.d. v. XXI.

LUDWIG, Martin. *Betrug und betrugsähnliche Delikte im spanischen und deutschen Strafrecht.* Herbolzheim, Centaurus Verlag, 2002.

MACRI JÚNIOR, José Roberto. *O engano típico no estelionato.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

MAGGINI, Attilio. *La trufa.* Padova: Cedam, 1988.

MAYER FUX, Laura. El engaño concluyente en el delito de estafa. *Revista Chilena de Derecho*, v. 41, n. 3, 2014.

MAYER FUX, Laura. Engaños activos y engaños por omisión en materia de estafa: una distinción necesaria. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 26, 2016.

MAYER FUX, Laura; GODINHO, Inês Fernandes. La estafa como delito económico. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,* v. XLI, 2013.

McCRACKEN, Grant. The History of Consumption: A Literature Review and Consumer Guide. In: GOODWIN, Neva R.; ACKERMAN, Frank; KIRON, David (Ed.). *The consumer society*. Washington, D.C: Island Press, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos. *Revista Penal,* n. I, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Sobre a assim chamada fraude de crédito. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Direito penal econômico*: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: LiberArs, 2013.

MUSCO, Enzo. Perfiles penales de la publicidad engañosa. *Revista Penal*, n. 12, 2003.

OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht. Besonderer Teil. Die einzelnen Delikte*. 5. ed. Berlin: De Gruyter, 1998.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. Estafa y negocio ilícito. Algunas consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997 (Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater). *Revista de Derecho penal e Criminología*, n. 5, 2000.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial. Madrid: Marcial Pons, 2003.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. Engaños punibles y mentiras impunes: un análisis de los límites del engaño típico en el delito de estafa a la luz del caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2003. Ponente: Andrés Ibáñez. *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* t. 56, 2003.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa.* Madrid: Marcial Pons, 2004.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal. *InDret*, n. 4, 2016.

PAWLIK, Michael. ¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? Acerca de la distribución de riesgos conforme al §263 STGB en casos de errónea acreditación en cuenta y constelaciones emparentadas. *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* t. 61, 2008.

PAWLIK, Michael. ¿Engaño fraudulento por medio del envío de cartas de oferta similares a una facturación? A la vez, un análisis del fallo BGHSt 47, 1: StV 2001, 680. *Revista de derecho penal y procesal penal,* n. 5, 2011.

PEDRAZZI, Cesare. *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio.* Milão: Dott. A. Giuffré – Editore, 1955.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. El engaño omisivo en la estafa. *Cuadernos de política criminal*, n. 59, 1996.

PERÉZ MANZANO, Mercedes. Acerca de la imputación objetiva de la estafa. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, v. 2, 1996.

PLANIOL, Marcel. Dol civil et dol criminel. *Revue Critique Législation et de Jurisprudence*, t. XXII, 1893.

POLLAY, Richard W. The Distorted Mirror: Reflections on the Unintended Consequences of Advertising. *Journal of Marketing,* v. 50, n. 2, 1986.

PORTERO HENARES, Manuel. *La protección penal de los intereses económicos de los consumidores.* Madrid: Iustel, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

PUPPE, Ingeborg. Das Recht auf Wahrheit im Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 130, 2018.

Macri Júnior, José Roberto; Barbosa, Paula Andrea Ramirez; Rodríguez, Víctor Gabriel de Oliveira. O alcance do estelionato como paradigma de tutela dos interesses patrimoniais dos consumidores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 205. ano 32. p. 73-96. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13693130].

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1997.

RADBRUCH, Gustav; GWINNER, Heinrich. *Historia de la criminalidad. Ensayo de una Criminología histórica*. Trad. Rodrigo Tech de Huidobro. Santiago: Ediciones Olejnik, 2019.

REEKIE, W. Duncan. *The economics of advertising*. London: The Macmillan Press, 1981.

ROCCO, Arturo. La pena y otras sanciones jurídicas. In: *Cinco estudios sobre derecho penal.* Trad. Bernardo Nespral. Buenos Aires: BdeF, 2008.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. Acerca del momento consumativo en la estafa y del concepto de perjuicio patrimonial. Comentario a la STS 17 marzo 1995, A 2.029. Pte: Excme. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. *Poder Judicial*, n. 39, 1995.

ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. Perjuicio patrimonial e imputación objetiva. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,* v. XXXVII, 2011.

ROMERO, Gladys. *Los elementos del tipo de estafa*. Buenos Aires: Lerner Editores Asociados, 1985.

SALIGER, Frank. Juristischer und wirtschaftlicher Schaden. *Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht,* n. 8, 2012.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada. A racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*. São Paulo: Atlas, 2014.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. El elemento 'fraude' en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

SCITOVSKY, Tibor. The Psychology and Economics of Motivation. In: GOODWIN, Neva R.; ACKERMAN, Frank; KIRON, David (Ed.). *The consumer society*. Washington, D.C: Island Press, 1997.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. Delitos contra los intereses económicos de los consumidores y estafa. *Estudios Penales y Criminológicos*, v. XXXI, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brazileiro*. Brasília: Senado Federal, 2003. v. II.

SUTHERLAND, Edwin H. *The professional thief. Annotated and Interpreted by Edwin H. Sutherland*. Chicago: The University of Chicago Press, 1937.

TEIXEIRA, Adriano. Der individuelle Schadenseinschlag beim Betrug. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik,* n. 5, 2016.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. *Revista Chilena de Derecho*, v. 10, n. 1, 1983.

TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico*. Parte general y especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

TOLOMEI, Alberto Domenico. *Della truffa e di altre frodi.* Roma: Athenaeum, 1915.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal. *Estudios penales y criminológicos,* n. 5, 1980.

TORÍO LOPEZ, Ángel. Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 39, 1986.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El delito de estafa*. *Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*. Barcelona: Bosch, 1987.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* t. 39, 1986.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. La criminalización del fraude a la Seguridad Social: Estudio de las conductas punibles previstas en el art. 307 del nuevo Código Penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 48, 1995.

VIDALES RODRIGUEZ, Catalina. Protección penal del patrimonio ilícito: el supuesto de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. *Revista del Poder Judicial,* n. 30, 1993.

VON HENTIG, Hans. *Estudios de psicología criminal*. III. La estafa. Trad. José María Rodríguez Devesa. Madrid: Espasa-Calpe, 1960.

WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1969.

ZANNOTTI, Roberto. *La truffa*. Milano: Giuffrè, 1993.



PESQUISAS DO EDITORIAL



Áreas do Direito: Penal; Consumidor

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- *Dark patterns* e padrões comerciais escusos, de Claudia Lima Marques, Laura Schertel Mendes e Laís Bergstein – *RDC* 145/295-316; e
- Manipulação mediante omissão de informações: limites e proteção efetiva ao consumidor, de Orlando Celso da Silva Neto – *RDC* 152/295-315.

Macri Júnior, José Roberto; Barbosa, Paula Andrea Ramirez; Rodríguez, Víctor Gabriel de Oliveira.
O alcance do estelionato como paradigma de tutela dos interesses patrimoniais dos consumidores.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 205. ano 32. p. 73-96. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13693130].

Advocacia e ações neutras

Lawyering and neutral actions

Paula Brener[1]
Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.
brener.paula@outlook.com

Recebido em: 28.03.2024
Aprovado em: 26.04.2024
Última versão da autora: 26.04.2024

DOI: [10.5281/zenodo.13687440].

Área do Direito: Penal

Resumo: O debate jurídico-penal nacional vem se debruçando sobre os problemas concernentes à responsabilidade penal de profissionais liberais no exercício de sua profissão e muito se questiona sobre a responsabilidade penal de advogados sob a alcunha das ações neutras. Não obstante o poder simbólico da expressão, as ações neutras nada mais são que um grupo de casos de participação que se encontram na margem mais extrema entre o auxílio punível e o comportamento atípico, desafiando a dogmática penal a estabelecer limites precisos para a sua identificação. O artigo busca esclarecer o que são as ações neutras, demonstrando que muitos dos trabalhos

Abstract: The Brazilian legal criminal debate has focused on problems concerning the liability of liberal professionals in the exercise of their profession and much has been questioned about the liability of lawyers under neutral actions. Despite the symbolic power of the expression, neutral actions are nothing more than a group of cases of complicity that lie on the most extreme margin between punishable complicity and atypical behavior, challenging criminal law to establish precise limits for their identification. The article seeks to clarify what neutral actions are, demonstrating that many of the papers that correlate them with the practice of law and

1. Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG com estância de pesquisa na Humboldt Universität (Berlim). Mestre (2021) e graduada (2018) pela Faculdade de Direito da UFMG.
Currículo Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7955936197870150].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-9588-0332].
E-mail: brener.paula@outlook.com

que as correlacionam com a advocacia e a lavagem de dinheiro o fazem com um objetivo retórico, tratando de questões como o recebimento de honorários maculados e a imposição de deveres de reporte de operações suspeitas, os quais não dizem respeito às ações neutras. Há um grupo de casos em que, sim, os critérios de imputação objetiva concernentes às ações neutras possuem rendimento: as tentativas de criminalização do exercício de atividade típica da advocacia, que possibilite ou favoreça o delito de terceiros, em especial a emissão de pareceres e consultas.

Palavras-chave: Participação – Ações neutras – Imputação objetiva – Advogados – Lavagem de dinheiro.

money laundering do so for rhetorical purposes, dealing with issues such as the receipt of tainted fees and the imposition of duties to report suspicious financial operations, which do not concern neutral actions. There is one group of cases in which the objective ascriptive criteria relating to neutral actions do have an income: the attempts to criminalize the exercise of typical professional lawyer activities which enable or help crimes committed by third parties, in particular the issuing of legal opinions and consultings.

Keywords: Participation – Neutral actions – Objective imputation – Lawyers – Money laundering.

Sumário: 1. Introdução. 2. Ações neutras: para além de um mote vazio, um problema da dogmática da participação. 3. Advocacia e lavagem de dinheiro: um problema de ações neutras?. 3.1. Recebimento de honorários maculados. 3.2. Deveres de comunicação de atividade suspeita de lavagem de dinheiro por advogados. 4. Participação do advogado na ação cometida por terceiro autorresponsável. 4.1. Imputação objetiva da participação: a solução no plano das ações neutras. 4.2. Crítica às soluções no tipo subjetivo. 5. Conclusões. 6. Referências. 7. Jurisprudência.

1. Introdução

As discussões em torno da responsabilização penal de profissionais liberais como partícipes em delitos de terceiros que se valem de sua atuação profissional para cometer crimes vêm ganhando crescente espaço na dogmática brasileira. A advocacia não escapa a essas discussões: o julgamento pelos tribunais brasileiros de advogados pela participação em crimes cometidos por terceiros[2] proporciona

2. Cf.: BRASIL. TRF1, 4ª T., HC 0056868-71.2016.4.01.0000, j. 12.12.2016, *DJe* 20.01.2017; BRASIL. TRF3, 5ª T., HC 5021236-68.2018.4.03.0000, j. 19.10.2018, *DJe* 24.10.2018. Para um panorama do problema, confira-se o relatório de pesquisa Advocacia e Lavagem de Capitais, elaborado pelo Grupo de Pesquisa em Direito Penal Econômico da FGV Direito – SP, sob supervisão da Professora Heloisa Estellita: [https://9d0661cd-0601-457c-ae-0b-aa9a345f2445.filesusr.com/ugd/f9bd0e_534cd62db276495e9d42f2bbf7c4404c.pdf]. Acesso em: 12/09/2024.

calorosos debates sobre a criminalização da advocacia e ações neutras, em particular sobre questões envolvendo a lavagem de dinheiro.[3]

Diante de tal panorama, o trabalho buscará esclarecer o que são as ações neutras (a seguir 2) e como elas se relacionam à lavagem de dinheiro e ao exercício da advocacia. De um modo geral, são dois os pontos sobre os quais incidem as principais controvérsias objeto de debates: o recebimento de honorários maculados (a seguir 3.1) e a imposição de deveres de *due diligence* e de reporte de operações suspeitas (a seguir 3.2).

As soluções oferecidas pela dogmática para o problema das ações neutras, contudo, possuem reduzido rendimento para o enfrentamento de tais questões. Isso não significa dizer que a adequada compreensão das ações neutras e o estabelecimento de critérios para o estabelecimento dos limites da participação punível não possuam relevância para o problema da criminalização da advocacia. Estabelecendo corretamente o âmbito dogmático de cada problema, pode-se colocar a discussão de volta nos trilhos e enfrentar o ponto no qual a advocacia e as ações neutras, enquanto problema de participação, realmente se relacionam: as tentativas de criminalização do exercício de atividade típica da advocacia, que possibilite ou favoreça o delito de terceiros, em especial a emissão de pareceres, consultas (a seguir 4).

Vale desde já esclarecer que esse breve estudo se limita aos problemas concernentes à cumplicidade através de ações neutras. Assim, não possui a pretensão de adentrar hipóteses de instigação ou autoria mediata, objeto de discussões em diversos trabalhos dedicados aos impactos de pareceres por advogados sobre o dolo ou a consciência da ilicitude de seus clientes. O objetivo desse breve estudo é, portanto, um tanto modesto: sistematizar as discussões que envolvem as ações neutras na advocacia, contribuindo paras as discussões esclarecendo alguns equívocos e buscando fomentar o avançar dos debates.

2. Ações neutras: para além de um mote vazio, um problema da dogmática da participação

O que a doutrina designou como problema das ações neutras – também denominadas condutas profissionais ou cotidianas – circunscreve um grupo de casos limítrofes de participação, mais especificamente da cumplicidade (ou auxílio)[4], nos

3. Cf.: SILVEIRA; SCHORSCHER, 2005; GRECO FILHO; RASSI, 2012; LOBATO, 2014; DIAS, 2014; RASSI, 2014; COUTINHO; CARVALHO, 2018; TANGERINO; MENDES, 2019.

4. Adota-se a posição segundo a qual há duas formas de participação: a cumplicidade (auxílio) e a instigação. A cumplicidade consiste na prestação de ajuda, que manifesta

quais se torna desafiadora a definição dos limites entre o comportamento punível e as contribuições atípicas. Questiona-se, por exemplo, se o vendedor de uma loja pode ser responsabilizado como partícipe em um crime cometido tendo por instrumento o bem por ele vendido. Ou, ainda, se o procurador que fornece um parecer técnico contendo opinião juridicamente válida que possibilite contratações pelo poder público pode ser responsabilizado por irregularidades em posterior contratação de serviços por chefe do Poder Executivo[5].

Assim, em princípio, sob a alcunha das ações neutras, a doutrina procurava respostas para o incômodo em tratar como criminosas atividades profissionais e rotineiras causais para um delito. Vale notar que, tradicionalmente, o conceito de participação lastreou-se na mera causalidade da intervenção[6], como ação que possibilita ou favorece o injusto de terceiro. Essa compreensão do auxílio acaba por levar à afirmação da responsabilidade de agentes que, no exercício de sua atuação profissional, fornecem bens ou prestam serviços utilizados por terceiros para o cometimento de crimes. Diante dessa situação, iniciou-se uma ampla busca por estabelecer critérios para evitar, ou, melhor dizendo, excepcionalizar, a responsabilização nos casos de ações neutras.

A busca da doutrina clássica por critérios limitadores para as chamadas ações neutras percorreu os mais diversos âmbitos do delito. Foram propostas soluções

inequívoca utilidade delitiva, vinculando o partícipe ao fato principal realizado pelo autor (BRENER, 2021). A instigação consiste em determinar um terceiro a cometer um delito (BRUNO, 2005, p. 179). No mesmo sentido: SANTOS, 2002, p. 254; BATISTA, 2008, p. 157.

5. Nos tribunais, a ausência de delimitação dogmática dos comportamentos típicos de intervenções por ações neutras e de uma firme orientação doutrinária sobre o tema tem por resultado a adoção de soluções colidentes: são utilizados ora critérios objetivos, verificando se o comportamento se esgota no favorecimento ao injusto, ora por critérios subjetivos centrados na adesão subjetiva ao plano do autor: BRASIL. STJ, 5ª T., RHC 81.323/SP, Brasília, j. 15.05.2018, *DJe* 23.05.2018; BRASIL. STJ, 5ª T., HC 369019 /AP, Brasília, j. 13.12.2016, *DJe* 19.12.2016; BRASIL. STJ, 6ª T., HC 461468/SP, j.09.10.2018, *DJe* 30.10.2018. As soluções conflituosas para os casos de ações neutras em casos de elaborações de pareceres e opiniões jurídicas foram já objeto de exposição crítica em: BRENER, 2021, p. 207 e ss.; CARUSO, 2020, p. 213 e ss.; CERVINI; ADRIASOLA, 2013, p. 120 e ss.; RASSI, 2014, p. 201 e ss.; ROBLES PLANAS, 2016, p. 261 e ss.
6. Expõem as limitações da compreensão tradicional da participação limitada à causalidade: CAMARGO, 2022, p. 129; GRECO; TEIXEIRA, 2014, p. 53. A vinculação da participação a um conceito causal, segundo Greco, teria sido adotada inclusive pela doutrina finalista: GRECO, 2004, p. 13.

principiológicas, com recurso à adequação social[7] e à proibição de regresso[8]; no plano do tipo objetivo[9]; a partir do tipo subjetivo[10]; teorias mistas[11] e mesmo sobre a ilicitude[12]. Tais propostas[13], contudo, ao concentrarem-se em limitar a punibilidade das ações neutras, deixam de enfrentar o verdadeiro problema: afinal, o que é a participação? E quais os pressupostos para a sua configuração?

A atenção da dogmática voltou-se novamente para os problemas da participação recentemente, uma vez que a intensificação das trocas e negócios entre pessoas, bem como o direcionamento do direito penal para a criminalidade econômica e de empresa, tornaram mais recorrente nos tribunais casos em que se discutem hipóteses de participação e, em particular, o grupo de casos das ações neutras.

O enfrentamento do problema, contudo, requer uma inversão da pergunta tradicionalmente apresentada pela doutrina – quais são os critérios para limitar a punição de ações neutras? –, para que se possa levar a sério a participação, enfrentando o verdadeiro problema que é a delimitação sobre os fundamentos e limites para a sua punibilidade. Trata-se, portanto, de buscar compreender quais são os pressupostos para a configuração do auxílio. Noutros termos, a partir de qual momento e

7. Cf.: WELZEL, 2015, p. 74. Mais recentemente, Winfried Hassemer apresentou uma atualização da proposta a partir da ideia de "adequação profissional". Cf.: HASSEMER, 1995, p. 81.
8. Cf.: NAUCKE, 1998, p. 40 e OTTO, 1998. p. 65-91. Para um maior aprofundamento sobre a teoria da proibição de regresso e seu desenvolvimento histórico: ROBLES PLANAS, 2003, p. 80-87. A proibição de regresso foi ressignificada e adaptada contemporaneamente por Günther Jakobs, cf. JAKOBS, 1998, p. 100; JAKOBS, 2002, p. 09.
9. Nesse sentido, Wolfgang Frisch desenvolve uma interessante proposta no plano da imputação objetiva, sob dois níveis de imputação: em um primeiro nível é verificada a racionalidade da limitação de liberdade pela proporcionalidade da proibição; em um segundo nível analisa-se o sentido delitivo do comportamento (FRISCH, 2004, p. 249-407). Essa proposta é um dos marcos teóricos fundamentais para o desenvolvimento da solução proposta nesse trabalho. É também objetiva a proposta de João Daniel Rassi, que propõe adotar a disposição legal acerca da omissão imprópria (art. 13, § 2º, do CP) como parâmetro para limitação de responsabilidade àqueles que possuiriam competência sobre o resultado (RASSI, 2014. p. 119 e ss.).
10. Heribert Schumann propõe o critério da *solidarização* para com o injusto do autor como critério para punição, aproximando-se de uma ideia de adesão subjetiva ao injusto principal: SCHUMANN, 1986, p. 06. Harro Otto propõe uma restrição nos casos de dolo eventual: OTTO, 2001.
11. ROXIN, 2014, p. 293.
12. LOBATO, 2014, p. 141.
13. Para um panorama mais aprofundado das diversas posições, cf.: BRENER, 2021, p. 49-131.

sob quais critérios a prestação de um serviço ou o fornecimento de uma mercadoria deixa de ser uma conduta atípica e passa a configurar um auxílio punível.

A resposta para tal questão decorre do estudo analítico sistemático das disposições penais, que permitem identificar a tipicidade da participação na diretiva de conduta extraída a partir da combinação das cláusulas gerais da Parte Geral, arts. 13, 29 e 31 do Código Penal[14], a qual proíbe o concurso para o crime, na forma do auxílio. Como se verá à frente, configura-se o auxílio diante de um comportamento causal para o resultado, o que, contudo, não é ainda suficiente para afirmar a tipicidade do comportamento. É preciso ainda, para satisfação da tipicidade objetiva, que a conduta possa ser compreendida como concurso para o delito na forma do auxílio, ou seja, que cria um risco proibido para o bem jurídico[15], integrando-se ao fato.

Da mesma forma que a criação de um tipo penal estabelece um limite à liberdade do indivíduo, também o tipo penal da participação[16] estabelece uma restrição à

14. Sobre a técnica legislativa de estabelecimento da punibilidade da participação com recurso às cláusulas gerais na Parte Geral do Código Penal: RISICATO, 1995, p. 1267; FIANDACA; MUSCO, 2008, p 434; GARGANI, 2022, p. 14.

15. No mesmo sentido, entendem que a participação consiste em um ataque acessório ao bem jurídico: SCHÜNEMANN; GRECO, 2021, p. 845; ROXIN, 2014, p. 206 e ss., 287 e ss.; SCHMIDHÄUSER, 1970, p. 398 e ss. No Brasil: GRECO, 2004.

16. Adota-se aqui posição no sentido de reconhecer a existência de um injusto autônomo da participação, ou seja, de um tipo penal da participação, ao lado de um tipo penal da autoria. Segundo uma tal concepção, autor e partícipe são destinatários de normas de comportamentos distintas. Por um lado, o comportamento do autor direto se subsome ao tipo penal que descreve o crime em espécie, reunindo todos os elementos do tipo. Diz-se, portanto, que o autor realiza o tipo penal que descreve o crime em espécie. O comportamento do partícipe, por outro lado, não se subsome diretamente ao tipo penal que descreve o crime em espécie, mas sim um tipo penal autônomo, resultante da combinação de cláusulas gerais de extensão da punibilidade presentes na Parte Geral do Código Penal com os tipos penais que descrevem os crimes em espécie. Assim, a título de exemplo, no caso de um delito de homicídio, o partícipe que fornece a arma para o autor viola o tipo penal resultante da combinação entre os arts. 29, 31 e 121 do CP: "instigar ou auxiliar um indivíduo a matar alguém". Defendem uma tal posição: SCHMIDHÄUSER, 1970, p. 396 e ss. De modo semelhante: NITZE, 1989, p. 157; STEIN, 1988, p. 98; RISICATO, 1995, p. 1267; FIANDACA; MUSCO, 2008, p. 434. Também defendem um injusto autônomo da participação, embora o considerem um delito de perigo e não de resultado: RENZIKOWSKI, p. 152; SANCINETTI, 1996; OLIVEIRA, 2023. Em favor da autonomia do tipo penal da participação, embora compreendido como um problema de Parte Especial e não de Parte Geral, a ser preenchido e analisado no caso a caso: LÜDERSSEN, 1995, p. 464. Vale-se da expressão "tipo penal da participação" no Brasil: GRECO, 2004. Embora compreenda a participação de forma adscritiva – ou seja, como regra de imputação e não como norma

liberdade de atuação das pessoas, seja essa uma atuação cotidiana, profissional ou não. E, enquanto limite à liberdade, deve ser objeto de uma análise que estabeleça precisamente seus fundamentos e pressupostos, conferindo segurança ao cidadão e justificativas para as balizas que se lhe impõem[17].

Transpondo essa análise para o âmbito da imputação objetiva, dois são os critérios de imputação fundamentais, operacionalizados respectivamente no plano do risco permitido e do risco proibido.

Inicialmente, conforme a proposta de Luís Greco, funcionaliza-se o risco permitido em função do bem jurídico, a partir do critério da idoneidade: somente são idôneas as proibições cuja observância no caso concreto ensejaria uma relevante melhora para a condição do bem jurídico[18].

A proibição de participar em um injusto estabelece, como visto, uma restrição à liberdade individual, afinal, para que possam observá-las, seus destinatários deverão omitir todo comportamento que possibilite ou favoreça um injusto principal, deixando, portanto, de prestar serviços e de fornecer bens. Para que uma tal imposição normativa seja idônea, em uma perspectiva funcional teleológica de direito penal, deve cumprir a função de proteção de bens jurídicos, de modo a funcionar como uma orientação racional de comportamentos no sentido da evitação de lesões a bens jurídicos[19]. Nos casos em que a omissão do comportamento pelo agente não propiciar uma significativa melhora para a condição do bem jurídico a proibição se revela inócua, ou seja, meramente simbólica e, portanto, inidônea.[20]

Com isso, é estabelecido um primeiro limite para a compreensão do auxílio como um comportamento que representa um ataque autônomo ao bem jurídico, ou seja, que possui também um desvalor próprio. Isso, contudo, não é suficiente[21].

---

de comportamento – Beatriz Camargo vale-se da expressão formas tipológicas ou tipos de participação, chegando a resultados semelhantes: CAMARGO, 2022, p. 125 e ss.

17. FRISCH, 2004, p. 305-306.
18. GRECO, 2004, p. 136 e ss. e GRECO, 2019, passim.
19. FRISCH, 2004, p. 42.
20. Assim, são inidôneas as proibições de comportamentos que apenas levariam o autor a recorrer a outra pessoa para a obtenção do bem ou serviço de que necessita e que se encontra amplamente disponível. Não é exigido da norma que seja suficiente para proporcionar o salvamento do bem, no entanto, não basta que a proibição apenas enseje a modificação do curso causal dos acontecimentos. GRECO, 2019, p. 103.
21. Os argumentos para tanto podem ser encontrados em BRENER, 2021, p. 112 e ss. De modo simplificado e em nota, observa-se que o critério da idoneidade não permite ainda acessar o desvalor do comportamento do próprio participe que fundamente sua relevância penal, mas é refém das circunstâncias do caso concreto. Isso porque a proibição será ou não idônea conforme a ampla disponibilidade daquilo de que necessita o autor, fato esse que não se

Para além de um nível de imputação consequencialista, deve-se observar ainda os limites deontológicos impostos ao comportamento do cúmplice. É preciso, então, avançar ainda mais um passo, buscando compreender analiticamente o que a norma penal brasileira estabelece como auxílio, transpondo então esse conceito para o plano da imputação na forma de um critério objetivo.

Como antecipado anteriormente, é possível extrair a diretiva de conduta que conforma a tipicidade da participação a partir do estudo analítico sistemático das disposições penais contidas nos arts. 13, 29 e 31 do Código Penal. Conforme se verifica da norma extraída da combinação dessas cláusulas, a Parte Geral do Código Penal estabelece a causalidade do comportamento como um primeiro pressuposto para a sua relevância penal (art. 13, CP), mas não o único. Responde, na medida de sua culpabilidade, aquele que "concorre para o crime" e que o faz mediante um dos comportamentos descritos no art. 31 do CP, que estabelece um rol tipológico das formas de participação: ajuste, determinação, instigação ou auxílio[22]. Em se tratando de um problema de ações neutras e, portanto, cumplicidade, o trabalho se concentra na última forma de participação, o auxílio.

Concorrer para um resultado na forma do auxílio é mais que causá-lo, é integrar-se a um coletivo e vincular-se ao fato a partir de um comportamento de ajuda[23]. É essa relação de vinculação delitiva para o fato que torna o risco criado um

encontra nas mãos do eventual cúmplice, mas integra a realidade de forma circunstancial. Assim, conforme exemplo de Luís Greco, normalmente o serviço de transporte prestado por um taxista é um serviço disponível e ubíquo, de forma que proibi-lo de transportar o autor de um crime não proporcionaria uma melhora para o bem jurídico, uma vez que o autor poderia obter outro táxi e dar seguimento ao plano sem maiores dificuldades ou atrasos. No entanto, em uma noite de *Réveillon*, onde há uma grande busca por táxis e, portanto, uma redução em sua disponibilidade, a proibição do comportamento que levasse um motorista a, ao tomar conhecimento do plano do autor, recusar-se a prestar o serviço proporcionaria melhora na condição do bem jurídico e seria, portanto, idônea. Em ambos os casos, o comportamento do taxista é, objetivamente, o mesmo. Não se pode admitir que o seu desvalor decorra apenas de uma circunstancialidade. Da mesma forma, no caso da prestação de bens e serviços escassos no mercado, como no caso do desenvolvimento de novas tecnologias e de setores monopolizados. É necessário fundamentar, a partir da norma, a sua responsabilidade.

22. CAMARGO, 2020, p. 160.

23. "[…] se advierte inmediatamente no bien se busca aclarar el significado literal de la expresión 'concurso', que implica la idea de un ligamen con algo que constituye el punto de referencia y el objeto mismo de la participación. En el lenguaje común no tendría sentido hablar pura y simplemente de un concurso, esto es, fuera de una relación (expresa o tácita) con el hecho a que se concurre; un concurso no se configura nunca 'en sí', sino siempre, y solamente, en relación con algo en lo que las conductas de los sujetos toman parte"

risco proibido, ou seja, que afasta a prestação de um serviço ou o fornecimento de um bem de um simples risco inerente à atuação profissional rotineira, adquirindo o comportamento um sentido inequivocamente delitivo: o de auxílio para o injusto principal.

Essa compreensão analítica do auxílio pode ser transposta para a imputação objetiva sob o critério da utilidade. É atípica a conduta que possui uma utilidade legal, a qual é desviada pelo autor de forma autônoma para a realização de um delito. Somente configura auxílio, ou seja, possui sentido delitivo (figura típica) o comportamento que se manifesta enquanto utilidade delitiva, ou seja, cujo significado encontra-se vinculado ou integrado ao injusto[24].

O raciocínio desenvolvido até aqui pode ser apresentado segundo o seguinte processo sequencial de questionamentos: i) A contribuição do agente é causal para o resultado?; ii) A contribuição cria um risco?; iii) Proibir essa contribuição melhoraria a condição do bem jurídico?; iv) A contribuição possui utilidade univocamente delitiva e, portanto, conforma risco proibido?

Apenas diante de respostas integralmente positivas às perguntas anteriores é que se poderia afirmar que o comportamento em análise é objetivamente típico, passando-se então à análise do dolo, da ilicitude e da culpabilidade. *Contrario sensu*, serão atípicos os comportamentos que não forem causais para o resultado; que não representarem a criação de um risco; cuja proibição não melhoraria a condição do bem jurídico; e que apresente utilidade legal, sendo desviados de forma autônoma pelo autor.

A partir de tal processo de análise é possível enfrentar adequadamente os problemas da cumplicidade, em um esforço inicial rumo à construção de uma teoria da participação adequada a um direito penal liberal e a uma dogmática comprometida com os princípios da legalidade e da culpabilidade. Trata-se de, sem recorrer a uma hipercomplexificação[25], enfrentar o tema conjugando a delimitação normológica e teleológica do auxílio, em lugar de buscar critérios intuitivos para a excepcionalização de uma responsabilidade penal carente de fundamentação e conceituação próprias.

Compreendida a problemática das ações neutras e estabelecidos os critérios para a punibilidade do auxílio, é possível avançarmos nos próximos tópicos para a

LATAGLIATA, 1967, p. 01-02. De modo semelhante, aprofundam a conceituação do termo "concorrer": BATISTA, 2020, p. 45, 54 e ss.; CAMARGO, 2022. p. 128; KINDHÄUSER, 2014, p. 135; SCHIRMER, 2022, p. 44; BRENER, 2021, p. 173.

24. BRENER, 2021, p. 186-187.

25. Crítico aos riscos de uma hipercomplexificação da dogmática no plano da imputação objetiva: COSTA, 2021, p. 257.

questão da advocacia e da lavagem de dinheiro, tema que vem sendo crescentemente associado às ações neutras, nem sempre da forma mais adequada.

3. Advocacia e lavagem de dinheiro: um problema de ações neutras?

Ao percorrer os trabalhos que discorrem sobre a advocacia e a lavagem de dinheiro, percebe-se o constante recurso às "ações neutras" indicando tratar-se de um tema na moda[26]. As ações neutras, contudo, como se demonstrará adiante, pouco contribuem para o enfrentamento de grande parte dos problemas que envolvem as específicas correlações entre a advocacia e a lavagem de dinheiro.

3.1. Recebimento de honorários maculados

Um dos pontos de maior enfoque nas discussões acerca da advocacia e das ações neutras concentra-se sobre o recebimento de honorários maculados pelo advogado, questão particularmente sensível no âmbito da advocacia criminal. Configura participação em lavagem de dinheiro o recebimento como honorários de valores provenientes de infração penal pelo advogado?

Trata-se de uma questão intrincada em diversos países, nos quais a mera posse ou aquisição do objeto ilícito pode configurar o delito de lavagem de dinheiro, motivando as calorosas discussões sobre o tema. No Brasil, contudo, a própria Lei de Lavagem de Dinheiro oferece solução para esse questionamento, na medida em que restringe a criminalização apenas às condutas de "ocultar" ou "dissimular" a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens e valores provenientes de infração criminal, ou condutas realizadas com essa finalidade[27].

---

26. A título de exemplo, mencionando aqui apenas os trabalhos que apresentam a correlação expressamente em seu título, em uma rápida busca na Sophia Biblioteca digital do IBCCRIM, a partir dos termos "advocacia" e "ações neutras", "advocacia" e "lavagem" ou "lavagem" e "ações neutras", foram localizados os seguintes trabalhos: DIAS, 2014; GRECO FILHO; RASSI, 2012; LOBATO, 2014; SILVEIRA; SCHORSCHER, 2005; TANGERINO; MENDES, 2019.

27. Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei 12.683, de 2012)

    Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

    § 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: (Redação dada pela Lei 12.683, de 2012)

    I – os converte em ativos lícitos;

Nesses termos, não preenche a tipicidade objetiva do delito de lavagem de dinheiro o mero recebimento de honorários por serviços efetivamente prestados, inclusive declarados às autoridades fiscais, independentemente da origem dos valores utilizados para o pagamento. Isso porque, para a configuração do delito de lavagem de dinheiro, não basta o agente receber, adquirir ou ter em sua posse o produto do crime, é preciso realizar operações para a sua ocultação para que se conforme o injusto[28].

Noutros termos, a mera posse ou aquisição do patrimônio maculado a título de honorários por serviços advocatícios efetivamente prestados é atípica. Afinal, conforme Jacinto Coutinho e Edward Carvalho, "a redação do tipo vincula o intérprete, que não pode ir além do que a linguagem permite."[29] Assim, não há que se falar no cometimento do delito de lavagem de dinheiro em função do recebimento de valores de origem espúria a título de honorários por serviços efetivamente prestados.[30]

É claro, não se pode olvidar, que, como poderia ocorrer com profissionais de quaisquer outras áreas, há casos em que advogados concorrem ativamente para crimes lavagem de dinheiro. A título de exemplo pode-se mencionar a elaboração de contratos de prestação de serviços profissionais apenas como fachada para conferir aspecto lícito a valores provenientes de infração penal para repasse de vantagens indevidas e valores provenientes de infração penal para terceiros. Trata-se do chamado *kick back*, em que o recebimento de honorários é aparente ou simulado,

II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

28. Note-se que o tipo penal da lavagem de dinheiro alcança também comportamentos acessórios, o que possibilita que comportamentos secundários sejam elevados à condição e autoria. Isso decorre de uma técnica de legiferação ampliativa e de emergência, que acaba por unificar e dissolver as formas de concurso. De modo semelhante, os delitos de organização (e.g., organização criminosa e associação criminosa) e o crime de tráfico de drogas. Chama atenção para esse problema: CAMARGO, 2018, p. 97 e ss.
29. COUTINHO; CARVALHO, 2018, p. 113.
30. Aspecto que eventualmente poderia ser objeto de alerta e discussões é, na verdade, a possibilidade de uma sentença penal levar à perda do valor recebido pelo advogado que conheça a origem espúria desse valor. Embora o presente trabalho não permita maior aprofundamento em tal debate, trata-se de tema sobre o qual devem ainda ser aprofundados os debates, buscando responder se a decretação da perda do produto do crime pode atingir os valores pagos como honorários e em quais hipóteses. Em outros termos, se uma sentença penal pode levar à perda do valor recebido pelo advogado que conheça a sua origem. Sobre o tema, alerta Guilherme Lucchesi. Cf.: LUCCHESI, 2014.

sem a efetiva prestação dos serviços[31]. Tais hipóteses, contudo, concernem propriamente à autoria do crime de lavagem, ou seja: não são, em princípio, uma questão de participação e, por isso, não demandam o recurso às soluções para problemas de ações neutras. Enquanto problema de autoria, a análise da imputação parte do tipo penal e da verificação sobre a subsunção ou não do comportamento do agente sob os tipos penais descritos na Lei de Lavagem de Dinheiro.

3.2. Deveres de comunicação de atividade suspeita de lavagem de dinheiro por advogados

Para além do recebimento de honorários, são inúmeros os debates e trabalhos que relacionam as ações neutras aos comportamentos de profissionais jurídicos e aos deveres dispostos na Lei de Lavagem de Dinheiro para *gatekeepers*[32], ou seja, profissionais que prestam serviços ínsitos à cadeia de lavagem de dinheiro e, portanto, possuem um especial acesso a certas informações imprescindíveis para a apuração de tais delitos, passando, por essa razão, a serem reconhecidos como espécie de guardiões. Questiona-se, nesses casos, se o advogado, ao tomar conhecimento da atuação ilícita de seu cliente, teria o dever de informar as autoridades responsáveis segundo o disposto na Lei de Lavagem de Dinheiro (art. 11 da Lei 9.613/1998). Mais precisamente, levanta-se a pergunta: o advogado também estaria submetido aos deveres de devida diligência[33] (*know your client* e manuten-

31. COUTINHO; CARVALHO, 2018, p. 121.

32. BOTTINI, 2014, p. 483-489; GRECO FILHO; RASSI, 2012; GRANDIS, 2012; WUNDERLICH; ESTELLITA, 2014, v. 1, p. 17-30.

33. Os deveres de devida diligência ou *due diligence,* de modo geral, dizem respeito a processos de gerenciamento contínuo em respeito a determinados aspectos legais, princípios e/ou valores. Especificamente no caso da Lei de Lavagem de Dinheiro, referem-se aos deveres de identificação dos clientes e manutenção de registros, descritos no artigo 10: "Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º:

I – identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes;

II – manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas;

III – deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes; (Redação dada pela Lei 12.683, de 2012)

ção de registros) e de reporte de operações suspeitas para as autoridades, previsto na Lei 9.613/1998[34]?

IV – deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas; (Incluído pela Lei 12.683, de 2012)

V – deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas."

34. A disposição da Lei reflete uma tendencia global para o enfrentamento da Lavagem de Dinheiro. Nesse sentido, o GAFI, em sua Recomendação 23 dispõe que advogados tenham deveres de comunicar operações suspeitas de lavagem de dinheiro: "22. APNFDs: devida diligência ao cliente*

(d) Advogados, tabeliães, outras profissões jurídicas independentes e contadores – quando prepararem ou realizarem transações para seus clientes relacionadas às seguintes atividades: • Compra e venda de imóveis; • Gestão de dinheiro, títulos mobiliários ou outros ativos do cliente; • Gestão de contas correntes, de poupança ou de valores mobiliários; • Organização de contribuições para a criação, operação ou administração de empresas; • Criação, operação ou administração de pessoas jurídicas ou outras estruturas jurídicas, e compra e venda de entidades comerciais.

23. APNFDs: Outras medidas* As obrigações definidas nas Recomendações 18 a 21 se aplicam a todas as atividades e profissões não-financeiras designadas, sujeitas às seguintes qualificações: (a) Advogados, tabeliães, outras profissões jurídicas independentes e contadores deveriam comunicar operações suspeitas quando, em nome de um cliente ou para um cliente, se envolverem em uma transação financeira relacionada às atividades descritas no parágrafo (d) da Recomendação 22. Os países são fortemente encorajados a estenderem a obrigação de comunicação às outras atividades profissionais de contadores, inclusive a de auditoria". Em nota interpretativa, contudo, afirma que, em situações sujeitas a segredo profissional, os advogados não estão obrigados a declarar operações suspeitas: "Nota Interpretativa da Recomendação 23 (APNFDs – Outras Medidas) 1. Não será exigido que advogados, tabeliães, outras profissões jurídicas independentes e contadores, quando atuarem como profissionais legais independentes, comuniquem transações suspeitas se as informações relevantes tiverem sido obtidas em circunstâncias em que estiverem sujeitos a segredo profissional ou privilégio profissional de natureza legal. 2. Cabe a cada país determinar as questões que se encaixariam em segredo profissional ou privilégio profissional de natureza legal. Normalmente, estão incluídas as informações que advogados, tabeliães ou outras profissões jurídicas independentes e contadores recebam ou obtenham por meio de clientes: (a) durante a averiguação da posição legal de seu cliente, ou (b) durante seu trabalho de defender ou representar tal cliente em processos judiciais, administrativos, de arbitragem ou mediação. 3. Os países poderão permitir que advogados, tabeliães, outras profissões jurídicas independentes e contadores enviem suas COS para suas organizações autoregulatórias apropriadas, desde que houver formas apropriadas de cooperação entre tais organizações e a UIF. 4. Quando os advogados, tabeliães, outras profissões jurídicas

Os problemas em torno desse grupo de casos se iniciam já no que concerne à própria aplicabilidade, de um ponto de vista formal, das medidas de prevenção impostas pela Lei de Lavagem aos advogados. Isso porque a própria lei determina que a aplicação das medidas se encontra sujeita à regulamentação específica por parte de órgão próprio fiscalizador ou regulador do setor profissional, a qual indique quais seriam as operações consideradas suspeitas no setor, como realizar os registros, como realizar sua submissão, entre outros. Assim, os deveres descritos nos arts. 10 e 11 da Lei de Lavagem, em princípio, não alcançariam aos advogados por tratar-se de norma de eficácia contida, uma vez que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) não regulamentou as medidas de cumprimento.

No entanto, devemos observar que há advogados que atuam nas operações descritas na lei de lavagem, como assessoria, consultoria, aconselhamento e assistência em operações imobiliárias, financeiras, bancárias, societárias, entre outras (art. 9º, inc. XIV, da Lei 9.613/1998), as quais podem ser realizadas por outros profissionais e não apenas advogados. Ou seja, as atividades de consultoria em operações que extrapolam aquelas previstas no Estatuto da Advocacia, distinguindo-se da assessoria propriamente jurídica, incluindo a consultoria para a prevenção de litígios, poderiam atrair a aplicação dos deveres administrativos previstos na Lei de Lavagem. O problema encontra-se justamente na dificuldade em delimitar quando o advogado está no exercício da advocacia, ou atuando em operações de um modo geral para além da condição de advogados. Isso porque o Estatuto da Advocacia não determina de forma clara o âmbito no qual o advogado encontra-se atuando como advogado ou não, ou seja, abarcado pelo dever de sigilo inerente à relação cliente advogado. Desse modo, a atuação de advogados em operações coloca-se em uma zona nebulosa, exposta a risco penal enquanto não há uma efetiva regulamentação pela Ordem.

Para além da aplicabilidade formal aos advogados dos deveres descritos na Lei de Lavagem de Dinheiro, o próprio aspecto material dessas imposições pode ser questionado, face aos limites das prerrogativas profissionais dos advogados e de seus deveres de sigilo.

Trata-se de uma discussão importante e que precisa ser enfrentada com seriedade, até para a mais ampla proteção do profissional. Atualmente, a falta de regulamentação pelos órgãos de classe dos deveres impostos pela Lei de Lavagem de Dinheiro e de delimitação de seus limites materiais expõe os profissionais à

independentes e contadores, enquanto atuarem como profissionais legais, procurarem dissuadir um cliente de se envolver em atividades ilegais, tal conduta não constitui alerta ao cliente (tipping off)."

situação de incerteza e insegurança, bem como a riscos penais decorrentes de interpretações divergentes.

Não bastasse toda essa problemática, é preciso ter em mente que a questão dos deveres da Lei de Lavagem de Dinheiro não são propriamente um problema de *ações* neutras, sendo que o recurso feito a esse grupo de casos da imputação objetiva revela-se antes uma estratégia retórica. Isso porque, na medida em que são colocados em questão supostos deveres especiais de agir, do ponto de vista da dogmática, não mais se trata de um problema de *ações* neutras, mas sim de *omissões*.

Diante dessa constatação, diversos fatores devem ser colocados em questão: os deveres de identificação de clientes, conservação de registros e comunicação de operações se aplicam aos advogados? Esses deveres são deveres especiais? A violação a tais deveres, em um contexto de concurso de pessoas, permite a diferenciação entre autores e partícipes[35]? Noutros termos, é possível falar de participação omissiva imprópria?

Não bastasse, ainda que se concluísse por uma resposta positiva para todas essas indagações, ainda seria preciso ter em mente que a estrutura dos crimes comissivos e omissivos é diferente, requerendo soluções que respeitem essas diferenças, levando em consideração os específicos pressupostos de imputação para cada uma dessas formas de delito. Nesse sentido, os critérios de imputação dos comportamentos de auxílio mediante *ações* não poderiam ser aplicados automaticamente para a resolução dos problemas de *omissões*.

O enfrentamento a tais complexas questões merece a dedicação de trabalhos monográficos específicos, com a profundidade e espaço que referidos problemas demandam. Aqui, para a finalidade do presente artigo, cabe acrescentar apenas que

35. A doutrina brasileira, ao dedicar-se ao estudo do concurso de pessoas na omissão imprópria, tem posicionando-se pela adoção de um critério unitário, afastando a possiblidade de reconhecer a participação por omissão imprópria. Cf.: BATISTA, 2008, p. 84 e ss.; TAVARES, 2018, p. 405 et seq.; e BITENCOURT, 2018, p. 839. Trata-se de um posicionamento que causa alguma estranheza, na medida em que se coloca na contramão dos argumentos em favor do modelo diferenciador nos crimes comissivos, defendidos pelos mesmos autores. A diferenciação na omissão parece ser também imprescindível para que se assegure a responsabilidade penal em conformidade com os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da culpabilidade. Não obstante, trata-se de um problema extremamente complexo, que deve ser objeto de estudos monográficos específicos e de amplos debates. Antes, portanto, de travar qualquer debate sobre as *omissões neutras,* é preciso enfrentar a pergunta sobre a possibilidade de diferenciação entre autores e partícipes, para, somente então, avançar para a discussão de casos limítrofes. Essa questão, contudo, infelizmente, sequer foi introduzida ainda de forma sistemática no debate jurídico-penal brasileiro.

a mera violação de deveres extrapenais, destinados a finalidades regulatórias, não transforma o particular em garantidor do bem jurídico. É preciso verificar o fundamento material da posição de garantidor, a partir da relação juridicamente fundada para com o bem jurídico penal ou a fonte de perigo, bem como a satisfação aos pressupostos de norma de natureza penal, para atribuição de responsabilidade penal ao agente[36].

No que concerne especificamente à Lei de Lavagem de Dinheiro, percebe-se que os deveres nela impostos não determinam a abstenção da prestação pelos agentes identificados como *gatekeepers*. Tampouco estabelece a tomada de ações para evitar o resultado, mas somente dever de comunicação, após identificação e registro. Dever este que, inclusive, deve ser realizado em momento posterior ao aporte. Nesse sentido, entende-se aqui que esses deveres devem ser interpretados não como deveres especiais, mas como simples deveres administrativos, que não configuram uma posição de garantidor e, portanto, não ensejam responsabilidade omissiva imprópria[37].

Não obstante a Lei de Lavagem não imponha um dever de abstenção do exercício profissional, tampouco o sistema penal permite o concurso para tais delitos na forma do auxílio. Nesse sentido, conclui Pierpaolo Bottini que o advogado "não tem o dever de comunicar atos suspeitos de lavagem, mas tem o dever de se abster de contribuir com eles"[38]. E o que exatamente é uma contribuição para o delito de lavagem e não uma simples prestação de serviços conforme aos riscos admitidos pelo ordenamento? É preciso então delimitar os limites entre as ações típicas de participação e aquelas neutras, ou atípicas, que se mantêm dentro do risco permitido envolvido na atuação profissional do advogado. É sobre esses casos, genuínos problemas de ações neutras, que o tópico seguinte se debruçará.

4. Participação do advogado na ação cometida por terceiro autorresponsável

Conforme os crimes econômicos e, em particular, a lavagem de dinheiro assumem métodos de crescente complexidade e sofisticação, não apenas entidades financeiras, mas também profissões liberais são expostas a crescente risco penal, inclusive de colaboração involuntária para o delito de terceiros[39]. Aqui sim,

36. ESTELLITA, 2017, p. 94.

37. TANGERINO; MENDES, 2019, p. 200; GRECO FILHO; RASSI, 2012, p. 14; CERVINI; ADRIASOLA, 2013, p. 252 e ss. Entendimento contrário é esboçado por: OLIVEIRA, 2019, p. 109 e ss.

38. BOTTINI, 2016, p. 192.

39. Nesse sentido: "A rápida evolução nos meios de pagamento elevou a lavagem de dinheiro a outro patamar e hoje, assim como se profissionaliza o crime organizado,

vemo-nos diante de genuínos problemas de ações neutras. Casos em que a conduta à primeira vista profissional e rotineira dos advogados, seja em atuação consultiva – elaboração de pareceres, orientações e estruturação de operações – ou litigiosa[40], possibilita ou favorece o delito de outrem, colocando em questão se há participação penalmente relevante do advogado no delito cometido por terceiro autorresponsável.

A título de exemplo, no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 81.323/SP, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve a condenação de um advogado como partícipe, com fundamento em seus pareceres favoráveis à dispensa de licitação que teriam contribuído para o cometimento de delitos por um prefeito e por empreiteiras (art. 89 da Lei 8.666/1993). No caso, foi afastada a inépcia da denúncia sob o argumento de que restou explicitada a participação do advogado ao confeccionar os pareceres "com o fim único de conferir aparência de legalidade ao ilícito penal".[41]

No julgamento do *Habeas Corpus* 0056868-71.2016.4.01.0000 pelo TRF1 no âmbito da Operação Zelotes discutiu-se a possibilidade de trancamento da ação penal em face de um advogado, o qual teria sido incluído na denúncia como suposto partícipe. O advogado havia sido constituído por seu cliente e desempenhado uma atuação técnica na elaboração de petições e demais serviços jurídicos, tendo subscrito contrato substabelecendo poderes para terceiros, antigos conselheiros do Conselho de Administração de Recursos Fiscais – CARF. Esses terceiros teriam sido contratados pelo cliente do advogado para exercerem indevida influência sobre

profissionalizam-se também os métodos de lavagem que esses grupos empregam, de tal modo que expõem entidades financeiras, atividades comerciais e profissionais liberais ao risco de colaborarem involuntariamente com a concretização do delito" OLIVEIRA, 2019, p. 18.

40. No julgamento do Habeas Corpus 0050412-71.2017.4.01.0000/DF, no âmbito da Operação Zelotes, pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF1), analisou-se a participação de um advogado contratado para atuar perante o Conselho de Administração de Recursos Fiscais – CARF, com a realização inclusive sustentações orais. No caso, foi afastada a responsabilidade por crime de corrupção (art. 333 do CP) com fundamento em critério situado no tipo subjetivo. A decisão pautou-se no critério da adesão subjetiva ao delito dos autores como critério determinante para a participação. Determinou-se o trancamento da ação pela ausência de descrição na denúncia da participação, enquanto sinônimo de adesão, conforme o excerto a seguir: "não deixando claro se ele aderiu ou participou da própria oferta indevida" BRASIL. TRF1, 4ª T., Habeas Corpus 0050412-71.2017.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Néviton Guedes, Brasília, 05.12.2017, *e-DJF1*, 19.12.2017.

41. BRASIL. STJ, 5ª T., Recurso Ordinário em Habeas Corpus 81.323/SP, rel. Min. Jorge Mussi, Brasília, 15.05.2018, *DJe*, 03.05.2018.

os julgadores da corte e sua atuação teria sido possibilitada pelo substabelecimento de poderes do primeiro advogado, bem como pelo trabalho técnico que aquele realizou.

Diante do caso, o TRF1 indeferiu o pedido de trancamento da ação, apresentando como fundamento a importância de apurar a eventual responsabilidade a título de participação do advogado, com base na demonstração de seu conhecimento acerca da finalidade delitiva da contratação dos ex-conselheiros do CARF para influenciarem no julgamento por meio de despacho frente ao órgão.

A decisão considerou sua atuação técnica como advogado como contribuição ao delito, conforme excerto:

> "7. De se ver, ademais, que o paciente também atuou de forma direta e efetiva no processo administrativo em testilha, fosse realizando a sustentação oral em favor do contribuinte, fosse requerendo o adiamento do julgamento, fato este que, segundo a denúncia, faria parte da urdidura perpetrada com o intuito de lesar o fisco". É negado provimento ao Habeas Corpus para trancamento de ação, afirmando-se a importância de se verificar se o advogado teria ou não aderido subjetivamente às condutas delitivas dos corréus: "Necessário aferir se ele – paciente – teria ou não aderido à urdidura encetada para a consecução da finalidade ilícita a que se refere a denúncia, se teve ou não participação no esquema e, ainda, a relevância causal – se de maior ou menor importância – de eventual participação no iter criminis delineado na inicial acusatória."[42]

No específico caso da lavagem de dinheiro, verifica-se que os serviços jurídicos acabam por compor tais processos delitivos, por um lado, em função do fato de que operações de lavagem sofisticadas acabam por demandar conhecimentos jurídicos para a sua operacionalização. Além disso, diversos métodos de lavagem de dinheiro requerem a prestação de serviços legais. Assim, por exemplo, o art. 1º, § 2º, do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil[43] determina que os contratos constitutivos de pessoas jurídicas somente podem ser admitidos para registro com a participação de advogados.

A necessidade da intervenção de advogados em operações societárias faz com que se tornem colaboradores necessários, voluntária ou involuntariamente, em

42. BRASIL. TRF1, 4ª T., HC 0056868-71.2016.4.01.0000, Brasília, j. 12.12.2016, *e-DJF1* 20.01.2017.

43. Lei 8.906/1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Art. 1º [...] "§ 2º Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados".

contratos sociais que possibilitam a realização de crimes de lavagem de dinheiro com maior complexidade, como a constituição de sociedades empresariais envolvendo laranjas, bem como pessoas jurídicas constituídas para dar aparência lícita a valores, *offshores*, entre outros[44].

Nesses casos, verifica-se uma contribuição material de advogados, as quais podem ser aproveitadas por clientes para o cometimento de crimes. Trata-se de genuínos problemas de ações neutras, na medida em que se discute a punibilidade da intervenção do advogado em casos de lavagem. Atraem, portanto, a solução apresentada anteriormente para o problema, com a aplicação dos critérios de imputação objetiva para verificação da tipicidade ou atipicidade objetiva dos comportamentos.

4.1. Imputação objetiva da participação: a solução no plano das ações neutras

Enquanto problema de ações neutras, os casos em que o comportamento, em princípio, de prestação de serviço de um advogado possibilitar ou favorecer o delito de terceiros autorresponsáveis podem ser resolvidos a partir dos critérios dispostos acima para a compreensão do auxílio punível.

Como visto, concorrer para um resultado na forma do auxílio é mais que causá-lo. Trata-se de integrar-se a um coletivo, vinculando-se ao fato a partir de um comportamento que possa ser compreendido como ajuda não para qualquer situação, mas especificamente para o delito.

Assim, não são puníveis os comportamentos que se mantêm adstritos aos riscos inerentes à profissão do advogado, inclusive de que terceiros possam se aproveitar da prestação de serviços jurídicos para a consecução de seus planos delitivos. O advogado que exerce sua profissão com a elaboração de peças, atuação em juízo e substabelecimento de poderes, não se vincula à eventual movimentação autônoma e autorresponsável de seu cliente para a realização de crimes contra a administração pública para obtenção de melhores resultados em seus processos. Tampouco responde o advogado parecerista, que elabora documento técnico-consultivo para orientar ou determinar a posição jurídica do cliente ou quanto ao início ou evitação de procedimentos e litígios quando terceiros, aproveitam-se de tais informações legitimamente prestadas, para operações ilícitas[45]. A prestação dos serviços pelo advogado nos casos apontados possui uma utilidade legal, a qual é desviada pelo terceiro de forma autônoma. O comportamento do advogado direciona-se à lide, à construção da informação jurídica, e não ao plano delitivo do autor. Nesses casos, é um terceiro ou o próprio cliente quem se aproveita de uma

44. CALLEGARI; WEBER, 2014.

45. Nesse sentido: CARUSO, 2020; RASSI, 2014.

prestação de serviços dentro dos limites do risco permitido, convertendo-a autonomamente para finalidades delitivas.

Adotando-se uma compreensão analítica do auxílio, deve-se observar quando a prestação de serviços, na verdade, manifesta-se como uma relação de vinculação delitiva para o fato, ou seja, como um risco proibido. Nesses casos, já não mais se trata de uma prestação de serviços de advocacia, mas de cooperação para o injusto, adquirindo o comportamento um sentido inequivocamente delitivo. Assim, por exemplo, assessorar ou aconselhar a realização de operação ilícita, a consultoria sobre o modo mais eficaz ou menos suspeito para a ocultação ou dissimulação de valores ilícitos[46], a elaboração e execução de estratégias ilícitas para a obtenção de êxito em litigio (e.g., compra de decisões) ou o parecer propondo a estruturação de operações ilícitas ou buscando conferir legitimidade a tais operações a pedido dos autores dos delitos, para possibilitar ou favorecer a realização do plano delitivo de tais agentes[47]. Em tais casos, verifica-se hipótese de cumplicidade, na medida em que a própria prestação possui sentido delitivo, ou seja, o comportamento se manifesta enquanto utilidade delitiva, ou seja, cujo significado encontra-se vinculado ou integrado ao injusto.

Tomando um interessante exemplo de Raúl Cervini e Gabriel Adriasola, "é lícito a um escritório profissional constituir e vender sociedades anônimas e não por isso será responsável pelo uso que o cliente dê a essas formas jurídicas"[48]. Não obstante, será cúmplice o agente que elaborar estratégia para a constituição de sociedade fraudulenta, ou operações societárias especificamente direcionadas à ocultação de valores ou de sócios laranja, comportamentos esses que manifestam o sentido delitivo de auxílio para a realização de lavagem de ativos.

Por fim, vale dedicarmos algumas palavras especificamente para as hipóteses de elaboração de pareceres jurídicos[49]. Tiago Caruso, em estudo monográfico

46. GRANDIS, 2012, p. 10.

47. Nesse ponto é importante apontar em nota que o presente artigo versa sobre a cumplicidade através de ações neutras, não se encontrando em seu escopo as discussões acerca da instigação ou da autoria mediata. Essa observação antecipa eventual curiosidade do leitor acerca de hipóteses em que as consultas ou pareceres façam nascer no autor a ideia de cometer o delito ou que o levem a cometer o delito em erro. Tais discussões possuem singularidades que demandam o aprofundamento em trabalhos específicos, enfrentando os desafios concernentes aos impactos de pareceres sobre o dolo ou a consciência da ilicitude do agente que recebe a informação. Esses aspectos transcendem o escopo estabelecido para o presente trabalho. Para maior aprofundamento, cf.: LEITE, 2013; CARUSO, 2020.

48. CERVINI; ADRIASOLA, 2013, p. 143.

49. Trata-se de grupo de casos em que se verifica uma particular tendência criminalizadora, razão pela qual a fixação de critérios objetivos de delimitação do sentido delitivo mostra-se particularmente relevante. Essa tendencia é apontada por RASSI, 2014, p. 201.

especificamente dedicado aos pareceres técnicos e jurídicos, apresenta alguns critérios para a verificação da legalidade de pareceres jurídicos, os quais podem ser compreendidos como densificações interessantes do que se entende por sentido delitivo ou prestação útil na análise de comportamentos de confecção de pareceres jurídicos.

Embora o teórico adote a posição de Luís Greco, afirmando a neutralidade das condutas do advogado parecerista diante de sua ubiquidade, Caruso reconhece que a grande parte dos casos de tomada de decisões fundamentadas em pareceres, casos complexos e controversos, o parecer de determinado profissional apresenta caráter personalíssimo, ou seja, trata-se de elaboração única e não amplamente disponível. Casos como esse não poderiam ser resolvidos pela proposta fundamentada na ubiquidade[50].

Assim, Caruso propõe os critérios de qualidade e confiabilidade da informação. Para a qualidade da informação técnica ou jurídica, segundo propõe o teórico, importante a verificação do critério da "plausibilidade técnica ou jurídica da informação prestada pelo especialista"[51], critério formal que se manifesta na fundamentação do parecer, com a indicação do arcabouço normativo, jurisprudencial e doutrinário empregado, bem como conclusões pertinentes com a fundamentação. Quanto à confiabilidade da informação técnica ou jurídica, Caruso indica como necessárias a "independência e falta de interesse negocial ou no deslinde da causa sobre a qual está sendo consultado"[52] o profissional. Por falta de interesse negocial, ou *propósito negocial,* como utilizam os tribunais no julgamento de crimes contra a ordem tributária, requer-se a não vinculação dos honorários a serem pagos ao consultor pelo contratante ao resultado da decisão a ser tomada pelo consulente. A desvinculação entre os honorários e a informação prestada seria, portanto, elemento central para assegurar a independência do especialista e, portanto, a confiabilidade da informação fornecida.

Esses critérios, em última análise, podem ser compreendidos como interessantes parâmetros para a verificação do sentido das condutas de elaboração de pareceres técnicos ou jurídicos. A partir dessa proposta, densifica-se de forma concreta, tomando por horizonte um grupo de casos específicos, critérios para a identificação do sentido delitivo da conduta.

50. Em nota, consigna-se uma leve divergência na posição adotada no presente trabalho em relação à posição defendida pelo teórico. Entende-se aqui que a prestação de serviços advocatícios não é jamais ubíqua, mas decorre de uma escolha fundamentada em uma relação de especialidade e de confiança únicas, que não pode ser substituída sem mais e facilmente.
51. CARUSO, 2020, p. 192 e ss.
52. Ibidem, p. 186.

4.2. Crítica às soluções no tipo subjetivo

É preciso ainda separar um tópico do presente ensaio para a crítica específica à tendência de buscar por soluções no plano subjetivo para problemas das ações neutras, em particular envolvendo circunstâncias circunscritas ao campo da advocacia.

Talvez pela sua simplicidade, ou ainda pela dificuldade em diversos casos de demonstração do dolo, a solução pelo tipo subjetivo é a principal adotada pelas cortes que, diante de casos de ações neutras, busca verificar se o agente "aderiu" ao plano delitivo do autor[53].

Também subjetiva é a solução esboçada pela proposta de súmula apresentada pela OAB em 07.03.2022 ao Supremo Tribunal Federal, a qual adota a seguinte formulação: "Viola a Constituição Federal a imputação de responsabilidade ao advogado pela emissão de parecer ou opinião jurídica, sem demonstração de circunstâncias concretas que o vinculem subjetivamente ao propósito ilícito."[54]

A opção por um critério subjetivo é problemática, pois implica a superação da análise objetiva dos fatos, ou seja, ainda que implicitamente, afirma-se que, objetivamente, o advogado praticou o crime, não sendo responsabilizado apenas em decorrência da ausência de dolo. Ao tomar por base um modelo analítico do crime, segundo o processo estrutural de análise e imputação que se inicia pelo tipo objetivo, avançando para o tipo subjetivo e então para ilicitude e para a culpabilidade, uma tal solução implicaria, em última análise, em reconhecer que a atuação do profissional transborda os limites do risco permitido, para adentrar o escopo de condutas proibidas.

Com isso, não se questiona se a contribuição conforma ou não auxílio, deixando de lado os elementos objetivos e descritivos, optando-se pela punição de intenções e desejos. Dessa forma, termina-se por punir de modo indiferenciado comportamentos que, eventualmente, de fato manifestem-se objetivamente como um risco proibido juntamente com comportamentos conformes, atípicos, absolutamente

53. A título de exemplo, considerou a atuação técnica de advogado como contribuição ao delito, negando-se provimento a *Habeas Corpus* para trancamento de ação, com fundamento na necessidade de aferir se o agente teria ou não aderido às condutas dos autores: BRASIL. TRF1, 4ª T., HC 0056868-71.2016.4.01.0000, Brasília, j. 12.12.2016, *DJe* 20.01.2017. De modo semelhante, tomando a adesão por parte do partícipe como critério para a configuração da participação: BRASIL. STF, 2ª T., AP 996, Brasília, j. 29.05.2018, *DJe* 07.02.2019. Com recurso à argumentação do dolo específico para aferição da participação: BRASIL. STJ, 5ª T., HC 369.019 /AP, Brasília, j. 13.12.2016, *DJe* 19.12.2016.

54. O pedido formulado pela Ordem dos Advogados do Brasil pode ser acessado através do seguinte link: [www.conjur.com.br/2022-mar-07/advogados-nao-podem-responsabilizados-parecer-defende-oab]. Acesso em: 03.03.2023.

normais ou cotidianos. E a punição de comportamentos como esses, independentemente dos desejos internos dos indivíduos, é restrição insuportável a liberdade[55], representando antes uma proibição simbólica do que o enfrentamento de fato a comportamentos proibidos que colocam em questão a proteção de bens jurídicos.

Entende-se aqui que as soluções objetivas são as mais acertadas para o enfrentamento de problemas de ações neutras, na medida em que dizem respeito a uma valoração do comportamento em si, permitindo delimitar espaços de risco que conferem segurança jurídica para o exercício profissional e melhor eficácia às proibições do ordenamento enquanto preceitos orientativos.

Uma solução que observa o sentido delitivo dos comportamentos permite diferenciar com maior precisão os comportamentos que realmente conformam o auxílio para os crimes de Lavagem de Dinheiro, atraindo a resposta penal, daqueles que se mantêm conforme os riscos admitidos pelo ordenamento. A justificativa para a resposta penal, nesses termos, encontra um fundamento deontológico objetivo, para além da simples intenção dos envolvidos. O que fundamenta eventual punição de um advogado é a intervenção na forma de cumplicidade para a Lavagem, o que não mais se encontra dentro dos limites do exercício profissional, mas assume sentido delitivo, ligando-se ao injusto na forma da ajuda ou auxílio.

O comportamento profissional é legítimo enquanto tal e inviolável[56], puníveis são somente as ações dotadas de sentido delitivo, ou seja, aquelas que possuem utilidade univocamente injusta, ligação de auxílio para com a Lavagem de Dinheiro, conformando hipótese de risco proibido.

---

55. FRISCH, 2004, p. 305-306.

56. Destaca-se o art. 133 da Constituição da República: "Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.". Nesse sentido, destaca-se interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça sobre a conduta de profissional jurídico, reconhecendo a inviolabilidade das condutas que se mantêm dentro do escopo profissional e a necessidade proba sobre elementos objetivos – ainda que permeados por alguns elementos de subjetividade como a demonstração objetiva de conluio – que indiquem a vinculação do comportamento ao injusto: "No presente caso, como se colhe da exordial, a única acusação formulada em desfavor do paciente foi a de ter assinado, ratificado e homologado parecer de inexigibilidade de licitação sem as cautelas legais. Ou seja: o MPF deixou de indicar, nos termos exigidos pela jurisprudência deste Tribunal Superior, elementos que demonstrassem a efetiva preordenação do ato praticado à consumação do crime, tampouco seu envolvimento em algum conluio com os demais acusados. Assim, o réu deve ser absolvido, porque a imputação feita em seu desfavor foi somente a prática de um ato profissional inviolável, sem que o Parquet tenha ao menos apontado algum elemento concreto na denúncia para atender o standard argumentativo exigido neste STJ" BRASIL. STJ, Habeas Corpus 734.203/ PE, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 14.09.2022, *DJe* n. 3479, 19.09.2022.

Observe-se que defender como solução para o problema das ações neutras a adoção de critérios objetivos de forma alguma significa refutar a necessidade de verificação do elemento subjetivo do tipo. A análise do aspecto subjetivo é, sim, relevante. Contudo, se desenvolve em um momento posterior, uma vez ultrapassada a verificação do desvalor objetivo do comportamento.[57]

5. Conclusões

Foi possível, incialmente, compreender que a discussão das ações neutras trata de um problema de delimitação de casos difíceis de cumplicidade, ou seja: de hipóteses de participação comissiva. Em se tratando das ações neutras e da advocacia, deve-se, antes do mais, identificar adequadamente quais os casos pertinentes ao problema. O trabalho demonstrou que não são problemas de participação por ações neutras o recebimento de honorários maculados e tampouco a imposição de deveres de *due diligence* e de reporte de operações suspeitas. O recurso às ações neutras, nesse caso, é meramente retórico e simbólico, ensejando incompreensões e trazendo mais problemas do que soluções.

Genuínos casos que concernem ao problema das ações neutras na advocacia são as tentativas de criminalização do exercício de atividade típica da advocacia, que possibilita ou favorece o delito de terceiros, em especial a emissão de pareceres e consultas. Esses casos devem ser resolvidos no plano da imputação objetiva, buscando identificar quais comportamentos são ou não objetivamente típicos, ou seja, se configuram ou não um risco proibido que se subsome a um tipo penal. Somente será típica a conduta causal para o resultado, que cria um risco proibido para o bem jurídico, cuja proibição melhoraria a condição do bem jurídico, tratando-se de contribuição que configura concurso, na forma do auxílio para o fato principal, ou seja, que possui utilidade univocamente delitiva.

A prestação de serviços por advogados é única, fundamentada em uma escolha pautada pela especialidade e confiança, não podendo ser substituída facilmente. Não se pode considerar proibida a atuação lícita do advogado que presta informações juridicamente plausíveis e fundamentadas no exercício de sua profissão.

6. Referências

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

57. Para um maior aprofundamento acerca das discussões sobre o elemento subjetivo na participação, cf.: SCHIRMER, 2022, p. 44.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 1.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Advocacia e lavagem de dinheiro. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Orgs.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014. p. 483-489.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da autoria e da participação. In: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/2018, com alterações da Lei 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

BRENER, Paula. *Ações neutras e limites da intervenção punível*: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

BRUNO, Anibal. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. t. II.

CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Do concurso de pessoas. In: SOUZA, Luciano Anderson de (Coord.). *Código Penal comentado*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Comentários ao artigo 29 do Código Penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de (Org.). *Código Penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

CARUSO, Tiago. *Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *Responsabilidade dos profissionais jurídicos:* os limites entre a prática jurídica-notarial lícita e a participação criminal. São Paulo: Ed. RT, 2013.

COSTA, Lucas Gabriel Santos. *Conduta típica e o comportamento da vítima*: a intervenção da vítima no fato perigoso. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Lavagem de dinheiro e o advogado: recebimentos de honorários. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico,* n. 2, p. 107-124, 2018.

DIAS, Fernando Gardinali Caetano. Recebimento de honorários maculados e os crimes de lavagem de dinheiro e de receptação: análise sob a perspectiva das ações neutras. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 110, v. 22, p. 147-174, 2014.

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale:* parte generale. 5. ed. Bologna: Zanichelli Editore, 2008.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado.* Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004.

FRISCH, Wolfgang. La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático. In: FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar*: sobre la imputación objetiva en Derecho penal. Barcelona: Atelier, 2004. p. 19-68.

GARGANI, Alberto. *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa:* profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse. Pisa: Pisa University Press, 2022.

GRANDIS, Rodrigo de. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de "lavagem" de dinheiro. *Boletim IBCCRIM*, n. 237, v. 20, p. 09-10, 2012.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras. *Boletim IBCCRIM*, n. 237, v. 20, p. 13-14, 2012.

GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO, Luís. Punição da cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? – Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12). In: GRECO, Luís. *As razões do direito penal*: quatro estudos. Trad. Eduardo Viana, Lucas Montenegro, Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís et al. (Orgs.). *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

HASSEMER, Winfried. Professionelle Adäquanz: Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung. Parte II. *Wistra* – Ano 14, Caderno 3, p. 81-87, mar. 1995.

JAKOBS, Günther. La prohibición de regreso en los delitos de resultado. In: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (Orgs.) *La prohibición de regreso en derecho penal.* Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998. p. 93-140.

JAKOBS, Günther. La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; ZAFFARONI,

Eugenio Raúl; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. (Orgs.) *Fundamentos de la dogmática penal y la política criminal (ontologismo y normativismo)*. México D. F.: Editorial Jus Poenale, 2002. p. 03-33.

KINDHÄUSER, Urs. Sobre o conceito de auxílio no direito penal. Trad. Beatriz Corrêa Camargo e Bruno de Oliveira Moura. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* – RBCCRIM, n. 108, v. 22, 2014.

LATAGLIATA, Angelo Raffaele. *El concurso de personas en el delito.* Buenos Aires: Depalma, 1967.

LEITE, Alaor. Dolo e o crime de dispensa ou inexigência ilegal de licitação (art. 89 da Lei 8.666/1993): interpretação restritiva do tipo penal, responsabilidade penal do gestor público e a relevância jurídica da opinião técnica da procuradoria do município (STF, Inq 2.482). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 104, p. 13-30, set.-out. 2013.

LOBATO, José Danilo Tavares. Ações neutras e teoria do abuso de direito – Um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 111, v. 22, p. 113-156, 2014.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. O confisco penal de honorários advocatícios nos Estados Unidos da América e seu impacto no sistema jurídico-penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 108, v. 22, p. 349-384, 2014.

LÜDERSSEN, Klaus. Der Typus des Teilnehmertatbestandes. In: KÜHNE, Hans-Heiner (Org). *Festschrift für Koichi Miyazawa: dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995.

NAUCKE, Wolfgang. Sobre la prohibición de regreso en derecho penal. *In*: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (Orgs.) *La prohibición de regreso en derecho penal.* Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998. p. 15-63.

NITZE, Paul. *Die Bedeutung der Entsprechenklausel beim Begehen durch Unterlassen (§13 StGB)*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Lavagem de dinheiro*: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

OLIVEIRA, Matheus. *Do fundamento do injusto da participação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023.

OTTO, Harro. Diagnosis causal e imputación del resultado en derecho penal. In: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. (Orgs.) *La prohibición de regreso en derecho penal.* Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998. p. 65-91.

OTTO, Harro. Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens. *JuristenZeitung* – JZ, n. 9, p. 436-444, maio 2001.

RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal.* São Paulo: Liber Ars, 2014.

RENZIKOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Tünbingen: Mohr Siebeck, 1997.

RISICATO, Lucia. La partecipazione mediante omissione a reato commissivo: genesi e soluzione di un equivoco. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 38, p. 1267-1302, 1995.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito:* fundamento y límites. Madrid: Marcial Pons, 2003.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudos de dogmática jurídico-penal:* fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014.

SANCINETTI, Marcelo A. *El ilícito próprio de participar em el hecho ajeno.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SCHIRMER, Gabriela. *Concurso de pessoas*: imputação e vínculo subjetivo na coautoria. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Allgemeiner Teil*: Lehrbuch. Tünbingen: Mohr, 1970.

SCHUMANN, Heribert. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1986.

SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís. "Vor §§ 26, 27". In: CIRENER, Gabriele; LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RADTKE, Henning; SAAN, Ruth Rissing-Van; RÖNNAU, Thomas; SCHLUCKEBIER, Wilhelm; TIEDEMANN, Klaus. (eds.). *Leipziger Kommentar StGB.* Berlin: De Gruyter, 2021.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, n. 2, v. 2, p. 143-167, 2005.

STEIN, Ulrich. *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre.* Berlin: Duncker & Humblot, 1988.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa; MENDES, Caio Cesar Tomoto. Advocacia e ações neutras no crime de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 159, v. 27, p. 177-203, 2019.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal:* uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.
WUNDERLICH, Alexandre; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, deveres de informação e advocacia na Lei de Lavagem de Dinheiro. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2014. v. 1. p. 17-30.

7. Jurisprudência

BRASIL. STF, 2ª T., AP 996, Brasília, j. 29.05.2018, *DJe*-025 07.02.2019 Public 08.02.2019.
BRASIL. STJ, 5ª T., HC 369.019/AP, Brasília, j. 13.12.2016, *DJe* 19.12.2016.
BRASIL. STJ, 5ª T., RHC 81.323/SP, Brasília, j. 15.05.2018, *DJe* 23.05.2018.
BRASIL. STJ, Sexta T., HC 461.468/SP, j. 09.10.2018, *DJe* 30.10.2018.
BRASIL. STJ, Habeas Corpus 734.203/PE, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 14.09.2022, *DJe* 3479 em 19.09.2022.
BRASIL. STJ. 5ª T., Recurso Ordinário em Habeas Corpus 81.323/SP, rel. Min. Jorge Mussi, Brasília, 15.05.2018, *DJe* 23.05.2018.
BRASIL. TRF1, 4ª T., Habeas Corpus 0050412-71.2017.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Néviton Guedes, Brasília, 05.12.2017, e-*DJF1*, 19.12.2017.
BRASIL. TRF1, 4ª T., HC 0056868-71.2016.4.01.0000, Brasília, j. 12.12.2016, *DJe* 20.01.2017.
BRASIL. TRF3, 5ª T., HC (307) 5021236-68.2018.4.03.0000, j. 19.10.2018, *DJe* 24.10.2018.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Área do Direito: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A omissão de informações dos sujeitos obrigados na lavagem de dinheiro: considerações de imputação objetiva e subjetiva, de Pedro Luís de Almeida Camargo – *RDPec* 2/81-120;
- A responsabilidade penal do assessor tributário na era do *compliance*, de Juan Carlos Ferré Olivé – *RDPec* 12/13-35;
- Justiça de transição corporativa: a nova geração de estudos transicionais, de Eduardo Saad-Diniz – *RBCCrim* 167/71-128; e
- Quem age contrariamente ao dever não pode confiar na conduta correta do terceiro? Uma contribuição para a aplicação do princípio da confiança no Direito Penal, de Rodrigo Amaral – *RBCCrim* 178/287-308.

Brener, Paula. Advocacia e ações neutras.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 205. ano 32. p. 97-126. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13687440].

A dignidade humana na execução penal: indicadores da Constituição, empirismo na execução penal e separação de poderes

Human dignity in penal execution: indicators of the Constitution, empiricism in penal execution and separation of powers

Peter-Alexis Albrecht[1]
Goethe Universität, Alemanha.
PAAlbrecht@jur.uni-frankfurt.de

Tradutor:
Jacson Zilio[2]
Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUCPR, Brasil.
jacson.zilio@pucpr.br

Autor convidado

DOI: [10.5281/zenodo.13652738].

1. Prof. Dr. Dr. iur. h.c. Peter-Alexis Albrecht é um Jurista e criminólogo alemão. Albrecht estudou Direito e Ciências Sociais em Göttingen. De 1977 a 1990, pesquisou e lecionou nas universidades de Munique e Bielefeld e, em 1990, foi professor visitante na Universidade Humboldt, em Berlim. De 1991 a 2012, foi professor de Criminologia e Direito Penal na Universidade Goethe (Frankfurt/Main). Desde 1979, é membro da diretoria da fundação sem fins lucrativos Dr. Walter und Margarete Cajewitz, de Hannover.
   ORCID: [https://orcid.org/0009-0005-3942-8092].
   E-mail: PAAlbrecht@jur.uni-frankfurt.de
2. Doutor em Direito Penal e Criminologia (Pablo de Olavide/Sevilha/Espanha). Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Promotor de Justiça do Ministério Público do Paraná.
   Currículo Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7221557351314312].
   ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-9304-5002].
   E-mail: jacson.zilio@pucpr.br

Áreas do Direito: Direitos Humanos; Processual; Penal

Resumo: O presente artigo aborda o respeito ou desrespeito ao princípio da dignidade humana, como modelo normativo orientador de todo poder estatal, na execução da penal. A pretensão é descobrir se e como a "segurança pública" e a dignidade humana na execução penal podem ou não ser reconciliadas. Para alcançar isso, são apresentados alguns critérios de respeito da dignidade humana na execução das penas privativas de liberdade e os meios possíveis de controle judicial.

Palavras-chave: Execução penal – Dignidade humana – Segurança instrumental – Segurança cooperativa – Segurança administrativa.

Abstract: This article deals with respect or disrespect for the principle of human dignity, as the guiding normative model for all state power, in criminal enforcement. The aim is to find out whether and how "public security" and human dignity in penal enforcement can or cannot be reconciled. To achieve this, some criteria for respecting human dignity in the execution of custodial sentences are presented, as well as possible means of judicial control.

Keywords: Penal enforcement – Human dignity – Instrumental security – Cooperative security – Administrative security.

Sumário: 1. Introdução. 2. O paradigma da Constituição: o respeito à dignidade humana, como espaço de garantia estatal, na arquitetura de segurança do Estado. 2.1. Os direitos humanos são válidos por si próprios. 2.2. Os direitos do homem são pré-jurídicos. 2.3. A concretização da dignidade humana. 2.4. O Tribunal Constitucional Federal como guardião. 2.5. Os direitos humanos como proteção da autonomia. 2.6. O Estado-garante na obrigação de respeitar os direitos humanos. 2.7. A salvaguarda dos direitos humanos na execução penal corresponde a uma visão antropologicamente exigente do ser humano. 3. Operacionalização da dignidade humana na implementação da "segurança na execução penal": duas análises empíricas da década de 1990. 3.1. Primeiro nível: segurança instrumental. 3.1.1. Quadro de funcionários. 3.1.2. Estruturas organizacionais pessoais e espaciais. 3.2. Segundo nível: segurança cooperativa. 3.2.1. Comunicação. 3.2.2. Cooperação. 3.3. Terceiro nível: segurança administrativa. 3.3.1. Ministério e Secretarias da Justiça. 3.3.2. Níveis das prisões. 3.4. Quarto nível: segurança social. 3.4.1. Confusão de objetivos e de papéis na formação da execução penal cooperativa. 3.4.2. Situação social real dos presos. 3.4.3. Situação especial dos presos estrangeiros. 3.5. Indicadores empíricos de validade de respeito à dignidade humana na execução penal (Tabela de classificação de acordo com a avaliação empírica em percentagem). 4. Critérios operacionalizáveis e juridicamente verificáveis de respeito pela dignidade humana na execução penal: modelo para o espaço de garantia estatal. 4.1. Matriz de critérios da execução penal para o respeito da dignidade humana. 4.2. Condição de reforma: independência institucional do Terceiro Poder. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A Lei Fundamental alemã postula o respeito pela dignidade humana como um modelo e um princípio orientadores de todo poder estatal. Esta intenção

Albrecht, Peter-Alexis. Tradutor: Zilio, Jacson. A dignidade humana na execução penal: indicadores da Constituição, empirismo na execução penal e separação de poderes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 127-140. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13652738].

constitucional deve ser realizada obrigatoriamente para descobrir se e como a "segurança pública" e a dignidade humana na execução penal podem ou não ser reconciliadas ou, pelo menos, poderiam ser reconciliadas. Num primeiro passo, o tópos da "dignidade humana" no sistema da execução penal é apresentado constitucionalmente: (i) seguido de um reconhecimento empírico da situação da execução penal em dois estados federais alemães a partir da década de 1990 ("Comissões de Segurança" – *Sicherheits-Kommissionen*); (ii) o resultado: uma matriz operacionalizável de critérios de respeito da dignidade humana na execução das penas privativas de liberdade foi e é efetivamente passível de controle pelo direito (iii).

2. O paradigma da Constituição: o respeito à dignidade humana, como espaço de garantia estatal, na arquitetura de segurança do Estado

De acordo com a Lei Fundamental alemã e com a jurisprudência constitucional independente, a dignidade humana e os direitos humanos são garantias constitucionalmente asseguradas no quadro das garantias do Estado, mesmo que sejam invocadas por pessoas que tenham atentado contra a dignidade de outros. Como perfil constitucional estão assegurados os seguintes postulados:

2.1. Os direitos humanos são válidos por si próprios

A garantia dos direitos humanos na execução penal não está à disposição do legislador nem do Executivo. A garantia não se refere a aspectos instrumentais de prevenção especial positiva. Os direitos humanos não são concedidos para proteger a sociedade da reincidência. Os direitos humanos básicos devem ser garantidos pelo Estado por si mesmos. Os direitos humanos derivam da dignidade humana pré-estatal. De acordo com o artigo 1º da Lei Fundamental, o respeito à dignidade humana é uma obrigação de todas as autoridades estatais – com garantia de eternidade (inciso III do artigo 79 da Lei Fundamental).

2.2. Os direitos do homem são pré-jurídicos

A garantia dos direitos humanos baseia-se na constatação antropológica de que todas as pessoas – livres ou presas – são dotadas de direitos iguais tão somente em virtude da sua existência humana. Os direitos e as liberdades fundamentais, que toda pessoa tem direito em virtude da sua humanidade, são inatos, invioláveis e inalienáveis. O princípio supremo dos direitos humanos é a dignidade humana. Esta é uma conquista pré-jurídica e, por conseguinte, predeterminada e indisponível para o legislador alemão.

2.3. A concretização da dignidade humana

A garantia dos direitos humanos exige a concretização substantiva do conceito de dignidade. Isso é assegurado em convenções, diretrizes e normas internacionalmente vinculativas. Na Alemanha, refere-se, entre outras coisas, à conhecida "fórmula do objeto" (*Objektformel*), pela qual entende-se que as pessoas não podem ser reduzidas a meros objetos de medidas estatais. Isso conduz a difíceis caminhos semânticos de indeterminação e muitas vezes não ajuda a jurisprudência dos tribunais especializados inferiores. Parece ser mais útil, contudo, designar grupos específicos de casos relacionados com os direitos humanos e fundamentais (cf. Seção II infra).

2.4. O Tribunal Constitucional Federal como guardião

Na Alemanha, a garantia dos direitos humanos está sujeita à proteção do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), que é o único tribunal *institucionalmente* independente. Uma das suas tarefas centrais é estabelecer barreiras legais intransponíveis (*regras absolutas*) às usurpações executivas e legislativas. Atualmente, não é possível estimar até que ponto pode ser continuada a linha de jurisprudência constitucional que protege os núcleos autônomos do indivíduo, porque quanto mais a jurisprudência recorre a princípios puramente positivistas, mais a dignidade humana é questionável e aberta à relativização. Em todo o caso, aplica-se o seguinte ao sistema de justiça penal: a dignidade humana e os direitos humanos fornecem direitos individuais centrais de defesa. Uma outra questão é de que forma eles podem ser aplicados (ver Seção III infra).

2.5. Os direitos humanos como proteção da autonomia

A garantia dos direitos humanos, em especial da dignidade humana, tem como consequência o reconhecimento das pessoas sujeitas a instituições estatais totais como indivíduos autorresponsáveis, o que não exclui os impulsos para transmitir a capacidade de respeitar a dignidade e a autonomia dos outros. A decisão de aceitar ou rejeitar ofertas de apoio estatal cabe ao indivíduo. No entanto, o Estado tem o dever lógico de criar e manter condições gerais que evitem os danos derivados da privação de liberdade.

2.6. O Estado-garante na obrigação de respeitar os direitos humanos

A garantia dos direitos humanos exige o abrandamento da execução da pena de prisão, respeito ao direito à comunicação, oportunidades de melhoramento social e indenização pelas consequências da prisão. A garantia destes não deve servir de

gratificação para os padrões de comportamento exigidos pelo Estado na prisão. Ao contrário, são obrigações do Estado-garante que exerce a coação legal ao assumir o direito à privação de liberdade por meio do direito penal. No entanto, a dignidade humana proíbe os ajustamentos coercitivos que ultrapassem a autonomia do indivíduo e lesionem, de consequência, a coação legal. Os direitos humanos têm, portanto, um lado de garantia dos presos e uma função de proteção contra a invasão estatal sobre a psique e autonomia deles.

2.7. A salvaguarda dos direitos humanos na execução penal corresponde a uma visão antropologicamente exigente do ser humano

A garantia dos direitos humanos tem um máximo carácter de modelo reflexivo, porque as suas experiências vividas produzem um espaço de validade justa (*fairness*) que permite a todas as pessoas desenvolverem a sua dignidade. Não se trata de um negócio estatal de *do ut des*. Com a obrigação de garantia estatal, resta ao Estado apenas o árduo trabalho de concretizar o postulado de uma imagem exigente do ser humano.

3. Operacionalização da dignidade humana na implementação da "segurança na execução penal": duas análises empíricas da década de 1990

O segundo passo obriga o leitor (especialista) a uma avaliação. Tendo como pano de fundo a sua própria experiência profissional, ele pode responder por si próprio à questão do respeito pela dignidade humana na atual execução penal. Essa autoavaliação pode basear-se nas conclusões de duas comissões de execução penal para verificação da segurança da execução penal nos Estados federais, nas quais este autor participou como investigador por incumbência de dois Ministérios da Justiça nos anos 90 (ver relatório final da "Comissão de Peritos Prisionais de Hesse" de 1994 e relatório final da "Comissão de Investigação da Segurança das Prisões na Baixa Saxônia" de 1992).

O seguinte perfil de problemas constituiu o ponto de partida para os estudos empíricos da época: sobrelotação grave das prisões, em especial, nos centros urbanos, elevada proporção de estrangeiros (frequentemente mais de 50% nas prisões regulares e mais de 70% nos centros de detenção preventiva nos centros urbanos), falta de pessoal e insuficientes oportunidades de formação contínua para todos os que trabalham no sistema prisional. Além disso, não foram dadas oportunidades para desenvolver e aplicar conceitos de execução penal adequados aos problemas e orientados para os grupos-alvo, por causa das exigências da política criminal e da

dificuldade de superar os problemas reconhecidos, em termos conceituais e organizacionais, numa situação orçamental extremamente apertada.

No contexto desse perfil de deficiência, as prisões estavam sujeitas a elevados requisitos de segurança. A segurança na execução penal foi definida de forma técnica, como o cumprimento das tarefas penitenciárias sem causar danos ao público em geral, aos funcionários ou aos presos. Com base nessa definição, as comissões avaliaram os aspectos instrumentais (3.1), cooperativos (3.2), administrativos (3.3) e sociais (3.4) de garantia de segurança, ou seja, uma interligação multifacetada, mas operacionalizáveis de diferentes níveis e requisitos.

3.1. Primeiro nível: segurança instrumental

As comissões de análise de execução (*Vollzugskommission*) entenderam por segurança instrumental a segurança externa necessária, principalmente a proteção estrutural e técnica contra fugas. No entanto, sem referência ao quadro de funcionários e à estrutura organizativa das prisões, o termo "segurança instrumental" permaneceria um invólucro formal diante do pano de fundo dos postulados normativos da Lei de Execução Penal. Além disso, deve-se considerar os seguintes pontos:

3.1.1. Quadro de funcionários

O *Serviço Geral das Pris*ões (AVD, *Allgemeine Vollzugsdienst*) era e é o verdadeiro grupo de referência e apoio aos problemas graves da execução prisional. Em contraste com a importância central desse grupo profissional, o AVD era o mais mal pago e o menos reconhecido. Por conseguinte, não é surpreendente que as estruturas organizacionais das prisões raramente correspondam aos conceitos de gestão humana contemporânea e às normas de segurança adequadas. A gestão humana contemporânea exige a organização da vida quotidiana nas prisões sob a forma de grupos de serviços geríveis, justamente porque aos agentes da AVD (*Serviço Geral das Pris*ões – *Allgemeine Vollzugsdienst*) deveria ser atribuído um grau muito mais elevado de responsabilidade e de gestão humana. A interação quotidiana do AVD (*Serviço Geral das Pris*ões – *Allgemeine Vollzugsdienst*) com presos tem um impacto direto e duradouro na percepção que estes têm da execução penal. Isso tem consequências para o comportamento posterior, mesmo depois da libertação, porque a comunicação e as atitudes essenciais são treinadas e praticadas na vida quotidiana da execução.

3.1.2. Estruturas organizacionais pessoais e espaciais

As comissões identificaram decretos e normativos pouco claros, por vezes, contraditórios e, em alguns casos, desatualizados ou já revogados, bem como outras

diretivas, que conduziam a um elevado nível de incerteza na AVD (*Serviço Geral das Pris*ões – *Allgemeine Vollzugsdienst*).

Uma das principais deficiências organizacionais foi o excesso de instruções contraditórias finalísticas. O tratamento, a administração e as tarefas relacionadas com segurança não estavam claramente separadas. Além disso, os funcionários da AVD (*Serviço Geral das Pris*ões – *Allgemeine Vollzugsdienst*) não tinham treinamento suficiente para desempenhar as suas tarefas sensíveis. A rotação contínua dos agentes de controle nos estabelecimentos prisionais anulava qualquer responsabilidade pela área imediata. Os funcionários e os presos recolhiam-se aos seus respectivos grupos de referência, os funcionários limitavam-se a somente desempenhar funções, de tal forma que nem sequer existiam informações precisas sobre alterações e sensibilidades dos presos. Nas prisões estudadas, verificou-se uma ausência constante de unidades prisionais pequenas, distintas e independentes, com uma equipe permanente de funcionários, o que poderia ter reduzido o anonimato dos presos e poderia ter criado segurança.

3.2. Segundo nível: segurança cooperativa

A segurança cooperativa diz respeito aos níveis funcionais das autoridades de controle (também em relação à política), bem como à cooperação entre a execução penal, o Poder Judiciário e as autoridades de imigração.

3.2.1. Comunicação

A tarefa de uma política de execução penal responsável, no interesse de um encarceramento humano, consiste em assinalar os riscos inevitáveis e em reconhecê-los. Esse entendimento deve ser objetivamente promovido publicamente pelos meios de comunicação social. Sem concessão de penas abrandadas, não existe qualquer alternativa penalmente sensata. Sem penas abrandadas, os danos causados pela prisão aumentariam e as hipóteses de reintegração diminuiriam. As fugas e os abusos no caso de penas abrandadas são quantitativamente irrelevantes e, em última análise, inevitáveis, de acordo com os profissionais do setor prisional a respeito das graves deficiências constatadas (por eles) nestes domínios de responsabilidade das autoridades de controle.

3.2.2. Cooperação

Existem problemas consideráveis no que diz respeito à cooperação entre varas de execução: inexperiência dos juízes, aumento da rotação dos juízes, falta de informação e falta de comunicação com a execução penal. Além disso, os pedidos e as

pretensões judiciais apresentadas pelos presos não são tratados com a rapidez necessária e, frequentemente, com o passar do tempo, perdem o objeto. Seria conveniente dotar as varas e câmaras de execução com juízes experientes e familiarizados com as necessidades da execução penal. Isso vale também para as Promotorias de Execução Penal do Ministério Público. A cooperação com as autoridades responsáveis pela imigração, que se torna cada vez mais necessária em virtude da maior proporção de estrangeiros entre os presos, principalmente na Europa, está ficando cada vez mais difícil. Em razão das diferenças de objetivos entre o direito de imigração e o direito de execução penal, as autoridades não reagiram muitas vezes no tempo e na forma corretas, o que bloqueou as decisões de liberdade e as progressões de regime aberto. O objetivo de proceder prioritariamente à expulsão, por meio da deportação, colide com as medidas de abrandamento socialmente integradoras da execução penal.

3.3. Terceiro nível: segurança administrativa

Em termos de segurança administrativa, as comissões examinaram vários níveis organizacionais da execução penal.

3.3.1. Ministério e Secretarias da Justiça

As responsabilidades pelas estruturas defeituosas (como a legislação a respeito das condições e das capacidades dos funcionários, a legislação etc.) na execução penal não podem ser melhoradas numa só legislatura, mas geralmente ao longo de um período muito extenso. Essa questão deve ser objeto de maior atenção pelo Parlamento (e pela Política). Os dirigentes políticos do Executivo, a própria burocracia ministerial e, sobretudo, os funcionários da execução penal seriam consideravelmente perturbados, por reações políticas afobadas a incidentes de segurança. As comissões vislumbraram soluções para os problemas estruturais da execução penal nos seguintes pontos: formas da gestão, da formação e de um aumento normativo da independência das instituições da execução penal mediante a atribuição de autoridade de contratação para o pessoal iniciante, de subsídios específicos por local de trabalho, de maior competência de promoções etc.

3.3.2. Níveis das prisões

As recomendações foram dirigidas à estrutura organizacional, aos serviços especializados e a uma concepção/configuração mais diferenciada das prisões. Os funcionários devem ser continuamente envolvidos a todos os níveis na elaboração, na implementação e no controle do êxito dos conceitos prisionais. Os serviços especializados deveriam ter uma presença mais forte nas enfermarias das prisões e seria necessária uma maior atenção aos problemas do serviço geral da execução

penal (AVD – *Serviço Geral das Prisões – Allgemeine Vollzugsdienst*), em especial, para permitir que o AVD lide com presos difíceis. O trabalho social prático e o trabalho dos serviços especializados na execução penal no fundo consistiriam em ajudar os presos a lidarem com os problemas da pena privativa de liberdade. Os "tratamentos terapêuticos" de maior alcance seriam praticamente impossíveis de realizar no quotidiano prisional. Uma configuração prisional mais diferenciada implicaria uma redução da orientação errada em matéria de segurança: a segurança necessária e adequada para alguns não seria suficientemente garantida, enquanto a segurança excessiva dos presos predominantemente de bom comportamento seria inadequada e contraproducente. Os poucos presos que representam uma ameaça grave à segurança só devem ser objeto de segurança especial durante um período limitado, com conceitos especiais de tratamento psicológico e social (oferecendo perspectivas, oportunidades de atenção e de atividades).

3.4. Quarto nível: segurança social

3.4.1. Confusão de objetivos e de papéis na formação da execução penal cooperativa

A segurança social nas prisões deve ser o foco de todas as considerações na execução penal. Essa deveria caracterizar-se pela transparência, delegação de responsabilidades, condições de trabalho satisfatórias, tratamento correto e educado aos presos, corresponsabilidade e normalização das condições de vida interna (= execução cooperativa). As deficiências verificadas pelas comissões constituem um obstáculo à aplicação de uma execução penal. Segundo constatado, não se trata de problemas individuais, mas de problemas estruturais de um princípio geral de "não tratamento organizado".

3.4.2. Situação social real dos presos

O hiperencarceramento identificado pelas comissões em quase todas as prisões teve impacto em todas as áreas de vida dos presos, conduzindo à eliminação dos espaços de lazer por meio da sua conversão em celas de detenção, à ocupação múltipla de celas individuais, à redução das oportunidades de trabalho já insuficientes e à redução das atividades recreativas. Do ponto de vista da segurança, tal situação frequentemente produz estruturas perigosas e impenetráveis entre os presos, tanto em relação aos funcionários quanto entre eles mesmos.

Se os presos forem categorizados conforme critérios de periculosidade na execução penal, abrir-se-iam também perspectivas para a maioria (geralmente, inclinada a ser cooperativa) dos presos condenados a penas longas: a participação e o envolvimento em programas de grupo e de tratamento abririam oportunidades de

regime aberto, penas mais leves e libertação antecipada. Os programas tradicionais de educação, formação profissional e formação pessoal a longo prazo, acompanhados de apoios psicológico e socioeducativo, deveriam ser significativamente ampliados para as penas de execução penal normal.

3.4.3. Situação especial dos presos estrangeiros

De acordo com a avaliação das comissões, todos os problemas existentes na execução penal são exacerbados pela elevada e crescente proporção de presos estrangeiros. Os funcionários não estão familiarizados e sentem-se desorientados ao lidar com o grande número de presos de diferentes nações, culturas e religiões. As dificuldades de comunicação impedem que os presos sejam integrados na execução penal e num planejamento sensato e finalisticamente orientado. A falta de integração e de perspectivas de integração conduz ao isolamento e à formação de grupos de estrangeiros. De um modo geral, as comissões viram as causas da crescente propensão para a violência nas condições de vida em muitas prisões, que eram muitas vezes simplesmente desumanas. Isso produz e fomenta a agressividade.

3.5. Indicadores empíricos de validade de respeito à dignidade humana na execução penal (Tabela de classificação de acordo com a avaliação empírica em percentagem)

	Cumprido / Respeitado						Descumprido / Desrespeitado				
	+50%	+40%	+30%	+20%	+10%	0	–10%	–20%	–30%	–40%	–50%
Segurança instrumental Orientado para os riscos de proteção estrutural e técnica, estrutura pessoal suficiente e uma estrutura organizativa autônoma de centros independentes de prisões.											
Segurança cooperativa Colaboração comunicativa e cooperativa da execução penal, corregedorias, sistema judicial, serviços de registro de estrangeiros e órgãos de comunicação pública e política para efetivação do regime aberto de forma social-integrativa.											
Segurança administrativa Reformas estruturais seguras a longo prazo para a gestão e a formação de todo o pessoal; promoção da independência da execução penal por meio de conhecimentos especializados em matéria de recrutamento de pessoal; subsídios financeiros e promoção de carreira; participação contínua de todos os funcionários na criação, implementação e avaliação do desempenho dos conceitos da prisão; maior concentração dos serviços especializados nos problemas de execução penal e formação específica para lidar com presos difíceis; organização de execução penal diferenciada: redução da falsa orientação para a segurança, tratamento socialmente integrador de presos difíceis.											
Segurança social Execução penal cooperativa: transparência, delegação de responsabilidade, corresponsabilidade dos presos, normalização das condições de vida. Classificação em vários níveis de acordo com critérios de periculosidade a favor do abrandamento das penas e progressivamente ao acesso à regime aberto com formação educativa, profissional e pessoal a longo prazo. Apoio específico aos presos estrangeiros para reduzir a pobreza, a segregação e a falta de perspectivas na sociedade de após o cumprimento da pena.											

Tomador de decisões

por juízes independentes nomeados para o Terceiro Poder dentro de autonomia institucional	?	por avaliadores executivos do sistema prisional com discricionaridade não controlável

Acesse o QR Code e veja a imagem em melhor resolução

Fonte: elaboração própria.

4. Critérios operacionalizáveis e juridicamente verificáveis de respeito pela dignidade humana na execução penal: modelo para o espaço de garantia estatal

4.1. Matriz de critérios da execução penal para o respeito da dignidade humana

A operacionalização da aplicação dos direitos humanos na execução penal revela um perfil diferenciado de requisitos e de realização que era corrente nos anos 90 e que os conhecedores do sistema prisional podem responder por si próprios, autoavaliando a sua relevância nos dias de hoje. Ambas as comissões de profissionais da década de 1990 apresentaram conclusões claramente mais negativas do que positivas nos quatro níveis de orientação para a segurança (= "não tratamento organizado").

As variáveis de proteção dos direitos humanos operacionalizadas nos quatro níveis podem ser combinadas numa matriz com uma escala contínua de indicadores negativos ou positivos para a dignidade humana.

No primeiro plano da segurança instrumental, havia défices de pessoal e das suas estruturas organizacionais (potencialmente escaláveis, por exemplo, de –50 até +50 pontos).

Nos níveis de cooperação em matéria de segurança, a aplicação da lei carecia de apoio dos ministérios e dos meios de comunicação social, bem como de uma verdadeira cooperação com as varas de execução penal, Promotorias de Execução Penal e autoridades de imigração (também escalonável de –50 até +50 pontos, dependendo da percepção).

As lacunas em matéria de segurança administrativa residiam no fato de subestimar a natureza a longo prazo das mudanças estruturais internas necessárias, incluindo a nível prisional. Outras lacunas foram detectadas, como a falta de cogestão da AVD (*Serviço Geral das Pris*ões – *Allgemeine Vollzugsdienst*) nas mudanças organizacionais e na utilização abusiva de serviços especializados. A reclamação de falta de uma organização prisional diferenciada foi particularmente acentuada: alguns presos com riscos à segurança determinam um regime restritivo para a maioria disposta a integrar-se. Uma execução penal aparentemente não "cooperativa" em matéria de segurança social foi atribuída à sobrelotação e à situação degradante dos presos em resultado de uma privação social permanente (quase nenhuma oportunidade efetiva de formação escolar, profissional e educativa) (tudo a ser dimensionado em função das suas características). Com o aumento muito maior de presos de origem imigrante que se espera hoje e no futuro, cujas causas de desvio residem maioritariamente na pobreza, na segregação e na falta de perspectivas que lhes são atribuídas por uma sociedade de acolhimento despreparada, a execução penal terá provavelmente de falhar ainda mais, como aconteceu na década de 1990.

Se os valores negativos ou positivos averiguados na matriz fossem adicionados a um total numérico, obter-se-ia uma pontuação matricial quantificada que permitiria uma avaliação realista da situação dos direitos humanos em cada estabelecimento prisional. Não é a privação de liberdade por si só que é desumana, "mas é-o quando a natureza das medidas adotadas põe fundamentalmente em xeque a qualidade de sujeito da pessoa em si. É o que acontece quando o tratamento por parte das autoridades públicas não respeita o valor que cada ser humano tem por si próprio" (BVerfGE 109, 279). Esse quadro abstrato pode ser preenchido em termos reais pela matriz empiricamente verificável e pode ser verificado juridicamente no controle judicial.

4.2. Condição de reforma: independência institucional do Terceiro Poder

Um controle jurídico que respeite a dignidade humana, no entanto, torna indispensável um novo passo de reforma para o Terceiro Poder. O respeito pelos direitos humanos deve traduzir-se unicamente no controle rigoroso de uma jurisdição institucionalmente independente do Poder Executivo. Para tanto, a atual independência dos juízes não é suficiente. Enquanto o Poder Executivo selecionar e nomear os seus próprios controladores judiciais, o Poder Judiciário não estará protegido de influências e dependências políticas. O principal freio ao desenvolvimento sustentável dos direitos humanos em todas as instituições da sociedade reside nas especificações políticas dos requisitos de segurança do Executivo. O grau necessário de independência profissional no e para a execução, bem como a natureza e a sustentabilidade a longo prazo das medidas de integração social para o período posteriormente à libertação, devem ser libertados da dependência política no interesse da segurança da sociedade. A dignidade humana e a proteção das minorias estão sendo corroídas, diuturnamente, pelas exigências dos interesses políticos, dos preconceitos e das emoções. De acordo com as conclusões de ambas as comissões de segurança, uma execução humana como um sistema normalizado só pode ser uma execução penal aberta. Do ponto de vista dos direitos humanos, não é possível qualquer outro desenvolvimento. O poder político, que numa democracia representativa está sempre vinculado aos interesses da reeleição, deveria, por isso, ser libertado dos amplos poderes discricionários e da margem de apreciação que até agora lhe foram concedidos na execução penal, a favor de um controle jurídico rigoroso por um Terceiro Poder institucionalmente autônomo.

Para tal, o princípio democrático da separação de poderes, coerente em termos de teoria do Estado e da sociedade, deve ser ativado para todo o Terceiro Poder, como acontece atualmente, na Alemanha, apenas com o Tribunal Constitucional Federal, pelo menos depois da eleição dos juízes. Os juízes de todas as instâncias

devem ser nomeados com autonomia institucional por comissões de peritos independentes e afastados da política (por exemplo, o modelo norueguês). Conselhos de juízes rotativos e uma magistratura transparente e autônoma, dotada de formação acadêmica, formação em serviço e formação contínua, bem como de pessoal para garantir a equidade nos recursos, seriam a única garantia da independência do Terceiro Poder afastado do poder, que teria então a função de controle jurídico autônomo na execução penal. Para esse efeito, a Europa está ensaiando numerosos modelos, rejeitados pelas administrações executivas da justiça alemã, apontando, entre outras coisas, para a moderna interligação de poderes. No entanto, esse conglomerado de interesses políticos, em princípio, orientado para o acordo e para além da lei, está, no que diz respeito à dignidade humana, muito longe da proteção dos direitos humanos por meio de um controle rigoroso dos poderes. Só um princípio de separação de poderes distanciado do poder, controlado por um terceiro poder autônomo vinculado exclusivamente à lei, permite a aplicação dos direitos humanos no sentido de *checks and balances* eficazes na execução penal estatal. Por último, mas não menos importante, a concretização desse princípio seria um contramodelo europeu, legal e judicialmente aplicável para o respeito da dignidade humana, preferível em relação aos sistemas de execução penal hostis aos direitos humanos em toda parte do mundo.

5. Referências bibliográficas

ALBRECHT, Peter-Alexis. Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft – Auf der Suche nach staatskritischen Absolutheitsregeln. 1. ed. Berlim: Berliner Wissenschaftsverlag (BWV), 2010.

ALBRECHT, Peter-Alexis (Ed.). Autonomie für eine dritte gewalt in Europa – Transferaufgabe für aufgeklärte Gesellschaften der Vernunft. Berlim: Berliner Wissenschaftsverlag (BWV), 2018. p. 769 e seguintes, p. 779-780, p. 788-789 (exemplo da Noruega).

Comissão de Peritos sobre o Sistema Prisional de Hessen. Relatório final do Prof. Dr. P.-A. Albrecht (Presidente), Universidade Goethe; Diretor Penal R. Albrecht, Serviço de Polícia Criminal do Estado de Wiesbaden; Funcionário Superior W. Baulig, Chefe dos Serviços Administrativos, Prisão de Darmstadt/Conselho do Pessoal Principal dos Serviços Prisionais; Prof. M. Busch, Professor de Educação, Universidade GSH de Wuppertal; Funcionário Superior H. D. Hessler, Prisão de Wiesbaden, Presidente do Conselho do Pessoal Principal dos Serviços Prisionais; G. Kawamura, Diretor-Geral da BAG-Straffälligenhilfe e. V./Bonn; O. Lissner, Juiz do Tribunal Regional de Frankfurt/M.; D. Meister, Deputado do Parlamento do Estado de Hesse, Presidente da Comissão de Investigação Prisional 1987-1991; H. Preusker,

Diretor da prisão de Bruchsal; M. Sagebiel, Procurador do Tribunal Regional de Darmstadt; G. Steffens, Diretor da Academia de Justiça de Recklinghausen; H.-J. Weider, advogado, Frankfurt/M.; R. Wohlgemuth, Diretor de Psicologia e Diretor da prisão de Celle; consultoria, gestão e atas: Ministerialrat R. Knappik e Amtsrat F. Lob/Hess. Ministério da Justiça). Resultados essenciais publicados em extratos em: Strafverteidiger, 1994, p. 215-222.

Comissão para Investigar a Segurança das Prisões na Baixa Saxônia (1992): Relatório final, Ministério da Justiça da Baixa Saxônia, não publicado; pelo Prof. A. Albrecht (presidente), Universidade Goethe; Dr. H. Kintzi (vice-presidente), Procurador-Geral em Braunschweig; J. Alisch, diretor-adjunto permanente da prisão de Neumünster; W. Gobel, diretor-adjunto permanente da esquadra de polícia de Celle; H. Jendrsczok, LKA Baixa Saxônia, Chefe do Grupo Consultivo para o Combate à Criminalidade Grave no Território Federal; Dr. K. Koepsel, Presidente do Serviço Prisional da Renânia; J. Willner, Chefe do CID no Governo Distrital de Lüneburg; K. Winchenbach, Chefe da Prisão de Butzbach; H. Wittfoth, Chefe da Prisão de Wolfenbüttel. Extractos em: ALBRECHT, Peter-Alexis. *Kriminologie*. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2010, p. 302-ff.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Direitos Humanos; Processual; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A persistência do discurso da ressocialização na execução penal de exceção, de Klelia Canabrava Aleixo e Flávia Ávila Penido – *RBCCrim* 151/115-131;
- As políticas legislativas da Lei de Execução Penal são efetivadas? Análise dos projetos de lei sobre o sistema carcerário nos anos de 2010 e 2014 e a sua (in)coerência com a Lei de Execução Penal, de Décio Franco David, Fernanda de Amo Moriggi e Tamiris Miranda Cristal – *RBCCrim* 147/141-218;
- Direitos humanos para (humanos direitos)? A superlotação do sistema carcerário brasileiro diante do princípio da dignidade humana, de Nicolas Sabino Parmezan, Nara Luiza Valente e Adriano Alberto Smolarek – *RT* 1060/75-97; e
- Execução penal e fragmentação no Brasil: a disparidade da tipificação de faltas disciplinares de naturezas leve e média nos ordenamentos estaduais, de Bruno Rotta Almeida – *RBCCrim* 145/65-97.

Albrecht, Peter-Alexis. Tradutor: Zilio, Jacson. A dignidade humana na execução penal: indicadores da Constituição, empirismo na execução penal e separação de poderes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 127-140. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13652738].

Processo Penal

Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista

Presumption of innocence and prohibition of anticipated closure of the contradictory: defining a standard of proof for conviction purpose in the Brazilian criminal process from a less optimistic epistemology

Adriano Antunes Damasceno[1]
Universidade Estadual do Maranhão, UEMA, Brasil.
adridamasceno@yahoo.com.br

Recebido em: 11.01.2023
Aprovado em: 09.08.2023
Última versão do autor: 09.08.2023

DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: Esta investigação tem como objetivo analisar a relação entre prova e presunção de inocência, propondo, ao final, um *standard* de prova para fins de condenação para o processo penal brasileiro. A proposta formulada parte de revisão bibliográfica baseada em uma concepção racionalista da prova e se insere em um

Abstract: This investigation seeks to analyze the relationship between proof and presumption of innocence, proposing, at the end, a standard of proof for the purpose of conviction for the Brazilian Criminal Procedure. The formulated proposal comes from a bibliographical review based on a rationalist conception of proof and

1. Doutor em Direito (FND-UFRJ) 2021. Professor da UEMA. Defensor Público (DPEMA).
Currículo Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2403841144029369].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-2103-8863].
E-mail: adridamasceno@yahoo.com.br

contexto de pesquisa de caráter dogmático, pois as repercussões da presunção de inocência no âmbito probatório penal são analisadas a partir do direito positivo, o que não implica tomar as prescrições do texto e as normas que dele se extraem como dogmas imutáveis e sim aceitar o direito vigente em um dado momento histórico, o qual não pode ser alterado ou suprimido pelo teórico do direito.

Palavras-chave: Presunção de inocência – Prova – Epistemologia – *Standard* de prova – Contraditório.

is inserted in a research context of a dogmatic character, since the repercussions of the presumption of innocence in the context of criminal probative scope are analyzed from the positive law, which does not imply on taking the text's requirements and the norms that are extracted from it as immutable dogmas and rather accept the current law at a given historical moment, which can not be altered or suppressed by the law's theorist.

Keywords: Presumption of innocence – Proof – Epistemology – Standard of proof – Contradictory.

Sumário: 1. Introdução. 2. A prova penal: da valoração à decisão. 3. *Standards* de prova. 3.1. *Standards* de prova no Supremo Tribunal Federal. 3.2. A tradução do *beyond reasonable doubt* no processo penal brasileiro: entre críticas e a introdução de possibilidades dogmáticas. 3.3. *Standards* de prova, carga probatória e presunção de inocência. 4. Introduzindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro. 4.1. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas. 7. Referências jurisprudenciais.

1. Introdução[2]

A presunção de inocência tem sido um tema recorrente no cenário jurídico nacional na última década. Basta observar a alternância da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto à possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado antes da condenação fora das hipóteses cautelares.

Esse cenário, entretanto, passa a falsa impressão de uma longa trajetória do instituto no país, quando, em verdade, sua constitucionalização só se deu com a Carta de 1988. Ademais, mesmo com a constitucionalização, o instituto precisou – e precisa – conviver com uma série de disposições normativas que colocavam em xeque sua eficácia.

No campo doutrinário, o trabalho de Antonio Magalhães Gomes Filho[3] pode ser tomado como a primeira obra monográfica a colocar a presunção de inocência

2. O artigo reproduz em parte tese de doutorado defendida junto ao programa de Pós-Graduação em Direito da FND-UFRJ.

3. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

no centro de uma investigação jurídica posteriormente à Constituição de 1988, focando em seus impactos na prisão cautelar, talvez a maior preocupação dos juristas brasileiros quando da nova ordem constitucional instituída em 1988.

Mais exaustiva é a obra de Maurício Zanoide de Moraes[4], em que o autor se propõe a analisar a estrutura normativa da presunção de inocência no processo penal brasileiro para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.

Nas duas obras, entretanto, resta em aberto a repercussão da presunção de inocência no campo probatório. Neste sentido, Moraes assevera a dificuldade de analisar o conteúdo que a presunção, enquanto norma de julgamento, imporia, tendo em vista a necessidade de direcionar uma investigação sobre essa dimensão para meios e fontes de prova e sua eficácia sobre o convencimento judicial[5].

Tomando, portanto, como tema central a relação entre prova e presunção de inocência, esta investigação parte da seguinte problemática: se a presunção de inocência, enquanto norma de julgamento, traz consigo a máxima *in dubio pro reo*, ou seja, inexistindo provas suficientes para a condenação, a absolvição se impõe, é necessário definir quando há ou não prova suficiente para a condenação. Do contrário, uma garantia que assegure às pessoas acusadas de um crime a absolvição em caso de dúvida resta esvaziada, o que se torna ainda mais problemático se os critérios levados em conta para a aferição do grau de corroboração assegurados pela prova às proposições formuladas pela acusação se restringem ao convencimento de cada julgador, sem que estes estejam obrigados a justificá-lo a partir de um critério extensível de maneira uniforme a todos os julgamentos.

Daí por que se torna o objetivo central da investigação refletir acerca de um critério objetivo de suficiência probatória para fins de condenação no processo penal brasileiro, ainda que se tenha em mente que a decisão em matéria penal sempre será permeada por algum grau de subjetividade.

De acordo com o objetivo e o problema apresentados, esta investigação se insere dentro do que se pode denominar de pesquisa jurídica de caráter dogmático, o que significa tão somente que possui como característica fundamental a inegabilidade dos pontos de partida[6], ou seja, as repercussões da presunção de inocência no âmbito probatório penal são analisadas a partir do direito positivo, o que não implica tomar as prescrições do texto e as normas que dele se extraem como dogmas

4. MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise da sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
5. Ibid., p. 471.
6. LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 27.

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

imutáveis e sim aceitar o direito vigente em um dado momento histórico, o qual não pode ser alterado ou suprimido pelo teórico do direito[7].

Essa metodologia estrutura a investigação em N pontos. No primeiro deles, busca-se fixar a diferença entre valorar e decidir, o que se mostra fundamental para ressaltar o papel exercido pelos *standards* de prova, objeto do segundo ponto, no qual também se faz uma abordagem crítico-analítica do *standard* de prova tomado como referência para o processo penal, ou seja, a prova além da dúvida razoável e de sua relação com a carga da prova e a presunção de inocência. Concluídas estas duas etapas, sugere-se, a partir da presunção de inocência, um *standard* de prova para fins de condenação no processo penal brasileiro.

2. A prova penal: da valoração à decisão

Imagine-se a situação em que alguém, querendo decidir acerca da necessidade ou não de levar um guarda-chuva ao sair de casa, decide buscar alguma informação sobre a possibilidade de chuva no mesmo dia. É certo que alguns se sentirão satisfeitos com as informações prestadas pelo companheiro ou pela companheira sobre o que vira no dia anterior sobre a previsão do tempo. Outros, porém, podem achar a informação, embora válida, insuficiente para confirmar a possibilidade de chuva e podem exigir dados mais robustos, como a previsão oficial de um instituto meteorológico credenciado.

Há nas situações apontadas dois momentos distintos. Um primeiro, no qual se valora a relação entre o dado obtido e a hipótese, para, depois, tomar-se uma decisão sobre a necessidade ou não de sair com um guarda-chuva, levando-se em conta não necessariamente a força da inferência, mas também valores diversos, como o que se pode efetivamente perder ou ganhar com a decisão. Assim, não seria estranho se o critério de decisão a ser adotado fosse escolhido com base nos motivos da saída. Alguém que fosse somente até a esquina colocar o lixo para fora pode muito bem considerar desnecessário levar o guarda-chuva, ao passo que alguém que vai ao trabalho pode considerá-lo indispensável. Também não seria desarrazoado adotar um critério para o caso de dúvida, a despeito das informações obtidas. Assim, alguém precavido, poderia optar por, na dúvida, levar o guarda-chuva[8].

7. ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentação jurídica*. Trad. Claudia Roesler. Curitiba: Alteridade, 2017. p. 184.

8. Segundo Ferrer Beltrán, "um modo de dar fundamento teórico à relatividade contextual do grau de exigência probatória para considerar justificada uma hipótese fática é o denominado contextualismo." Sobre o tema, com vasta indicação bibliográfica, Cf. FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegômenos para uma teoria sobre os *standards* probatórios:

Nesse exemplo, é possível observar um momento no qual se avalia a força da inferência probatória, ou seja, o que sustenta a relação fixada entre o dado probatório e a hipótese, e um momento no qual se toma uma decisão acerca da aceitação ou não da hipótese.

Embora o processo penal opere com fatos pretéritos, esses dois momentos, o de valoração e o de decisão, devem ser demarcados com precisão[9], sobretudo por causa dos efeitos que geram para a operacionalização das garantias processuais, especialmente a presunção de inocência em sua vertente de norma de julgamento[10]. Com efeito, partindo-se do pressuposto de que uma das dimensões da presunção de inocência corresponde à fixação de um critério de julgamento para que se evite o *non liquet* quando não se considera suficientemente provada a acusação, torna-se necessário definir, em primeiro lugar, quando o resultado da prova é ou não suficiente – levando-se em conta que a probabilidade com que opera o processo não permite chegar a resultados absolutos – e, consequentemente, à margem de dúvida aceitável.

Nesse sentido, é certo que o Código de Processo Penal brasileiro estabelece hipótese de absolvição quando não há prova – compreendida como resultado – suficiente para a condenação. Não obstante, quando a prova pode ser considerada suficiente? Qual critério deverá balizar a decisão judicial? Estas indagações remetem à discussão sobre a necessidade de adoção de algum *standard* de prova para fins de solução de casos penais, ou seja, do ponto a partir do qual se aceitará uma hipótese como provada[11], com especial ênfase à hipótese acusatória, uma vez que a inocência pode se manter mesmo que eventual hipótese favorável à defesa não reste comprovada, haja vista a carga da prova da hipótese acusatória e seus elementos constitutivos recair inteiramente sobre a acusação.

---

o *test case* da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). *Altos estudos sobre prova no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 785-786, nota 22.

9. Ressaltando essa distinção: MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ejea, 1961. p. 336; ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bologna: Zanichelli, 1979. p. 92; FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 139; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 235.
10. FERRER BELTRÁN, Jordi. Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. In: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima: Grijley, 2016. p. 268.
11. FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. cit., 2007, p. 139.

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

3. *STANDARDS* DE PROVA

Os problemas que envolvem a definição de *standards* probatórios confiáveis não são uma exclusividade do direito brasileiro, mas uma decorrência da própria complexidade inerente à reconstrução de fatos pretéritos com alguma segurança e à tomada de decisões sobre como se sucederam. As críticas a seu respeito, sobretudo no que toca a *standards* já adotados no processo penal, são inúmeras e merecem análise, o que não afasta seu papel na formulação de mecanismos adequados de controle da decisão judicial. No resumo de Ferrer Beltran[12], "um sistema sem standards probatórios é um sistema sem regras de justificação das decisões sobre os fatos".

Em razão da própria vinculação do direito brasileiro à tradição do direito continental e não à tradição da *common law*, na qual a discussão sobre *standards* em matéria de prova é mais remota, até um passado recente, o processo penal brasileiro passou ao largo da discussão. Nesse sentido, Badaró[13] observa que o tema, pouco explorado em âmbito doutrinário, era geralmente tratado sob o enfoque do *in dubio pro reo*, alheio à análise sobre o que deve ser levado em conta para que se possa tomar um fato como provado.

Não obstante, a discussão tem ganhado alguma amplitude na doutrina brasileira, o que já se reflete na jurisprudência, mas pouco tem repercutido em termos de proposições legislativas. Na análise de Vasconcellos[14], o cenário ainda é de lacuna legislativa e insuficiência doutrinária e jurisprudencial, ao que se acrescem raras convergências no direito comparado.

Sob a perspectiva do Código de Processo Penal, resta mesmo difícil imaginar um cenário diferente. Afinal, o Código pressupõe uma verdade absoluta ao alcance do julgador, que termina por se confundir com suas próprias convicções. Em suma, a prova é suficiente quando o julgador acha que é.

Só a partir do momento em que se parte da premissa de que a discussão sobre as chamadas questões de fato deve ser enfrentada em um esquema de raciocínio inferencial que conduz a um conhecimento apenas provável e não absoluto é que se pode pensar em *standards* de prova para fins de julgamento[15]. Nessa perspectiva, aliás,

12. FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. cit., 2020, p. 777.

13. BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2019, p. 241.

14. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Standard* probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, p. 1-26, 2020. Disponível em: [www.scielo.br/ pdf/rdgv/ v16n2/2317-6172-rdgv-16-02-e1961.pdf]. Acesso em: 22.08.2020.

15. BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2019, p. 239.

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

é preciso observar que as diferentes decisões tomadas no processo penal exigem diferentes *standards* probatórios[16]. O recebimento da denúncia, por exemplo, não pode ter o mesmo nível de exigência da sentença penal condenatória. Da mesma forma, os requisitos para a decretação de medidas cautelares precisam ser analisados a partir de diferentes *standards*, devendo-se exigir mais de decisões que restringem a liberdade, por exemplo. Não se trata, portanto, de presumir a culpabilidade[17], como muitas vezes se termina por apregoar na manutenção de fórmulas como o *in dubio pro societate*, mas de fixar os níveis de exigência probatória de acordo com aquilo que está em jogo em cada etapa do processo.

Fixar esses níveis de forma racional, levando-se em conta as possibilidades de falha e limitações inerentes tanto ao conhecimento quanto ao próprio processo enquanto instrumento de reconstrução dos fatos, é uma decisão essencialmente político-moral[18] acerca da distribuição do risco de erro entre as partes[19]. Trata-se de uma escolha valorativa que leva em conta determinadas preferências e objetivos a serem alcançados com essa distribuição[20]. Quanto mais alto o nível exigido para o reconhecimento da ocorrência de um fato, maiores as dificuldades de prová-lo e maior a assimetria na distribuição. Em suma, é preciso escolher entre os riscos de procedência falsa ou de improcedência falsa dos pedidos realizados[21].

Nos sistemas normativos comparados, as escolhas adotadas têm em geral partido da distinção entre os principais *standards* da tradição dos sistemas anglo-saxões, cuja diferenciação é formulada de acordo com a distribuição dos riscos de erros

16. Ibidem, p. 240. LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de *standards* probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 166, jun. 2019.
17. A culpabilidade deve ser aqui entendida como o reconhecimento dos elementos essenciais do crime, tanto subjetivos quanto objetivos. Em síntese, não pode haver condenação sem que se afira a culpabilidade. Nesse sentido, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. 10. ed. Madrid: Trotta, 2016. p. 706.
18. FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. cit., 2007, p. 51.
19. BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2019, p. 238. FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. cit., 2020, p. 783.
20. Nesse sentido, RIBEIRO, Gustavo. The case for varying standards of proof. *San Diego Law Review*, v. 56, p. 167, 2019.: "Because we cannot completely eliminate errors from an adjudicative system with limited resources, society must decide wich errors are more serious and Worth spending more resources to avoid."
21. Nesse sentido, FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. cit., 2020, p. 785: "a razão principal para determinar o grau de exigência probatória onde se situará o *standard* tem a ver com a distribuição do risco de erro (falsas condenações e falsas absolvições) que se estima aceitável, o que supõe claramente uma decisão político-moral."

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

antes mencionada, o que resulta em *standards* diferentes para os processos cíveis e para os criminais[22]. Basicamente, enquanto para o processo civil o *standard* de preponderância das provas (*preponderance of the evidence*) seria suficiente, a solução de casos penais exigiria um *standard* bem mais elevado, conhecido como prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*)[23].

A adoção do *standard* da prova preponderante ou balanço de probabilidades, como conhecido no direito inglês, implica uma distribuição equitativa dos riscos inerentes às consequências de decisões equivocadas. Quem alega um fato deve provar que os fatos em discussão são mais prováveis que não[24]. Se fosse representada em termos numéricos, a preponderância das provas corresponderia a qualquer ponto além de 50%[25].

Levando-se em conta que no processo penal o que está em jogo, entre outras coisas, é a liberdade individual, os sistemas de tradição da *common law* exigem o que chamam de prova além da dúvida razoável, que, enquanto *standard*, exigiria bem mais que a prova preponderante[26]. Trata-se de uma instrução dada aos jurados sobre o *quantum* de prova exigido para fins de condenação[27].

Essa distinção estaria de acordo com a finalidade dos *standards* antes mencionada, ou seja, a distribuição do risco de erros, pois no processo penal não se pode considerar que uma absolvição equivocada tenha os mesmos efeitos de uma condenação baseada em erro[28], sobretudo se levada em consideração a fragilidade do

22. FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. cit., 2020, p. 787.
23. Essa distinção se baseia nos critérios de decisão necessários para a decisão final do processo. Guilherme Lucchesi observa que nos EUA o *standard* da prova preponderante é o adotado para decisões tomadas em outras fases processuais: "A fim de analisar a suficiência de elementos de convicção trazidos pela acusação – seja para expedir algum mandado de prisão ou de busca, seja para instaurar um processo pelo *Grand Jury* – utiliza-se outro standard probatório, chamado *probable cause*." LUCCHESI, Guilherme, cit., 2019, p. 170.
24. MONAGHAN, Nicola. *Law of evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 61.
25. MCCAULIFF, Catherine. Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence, or constitutional guarantees? *Vanderbilt Law Review*, v. 35, p. 1303, nov. 1982.
26. MENDES, Paulo de Sousa. O *standard* de prova e as probabilidades: uma proposta de interpretação inspirada no direito comparado. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (Org.). *Fundamentos do direito probatório em matéria penal*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 99.
27. BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2019. p. 246.
28. Nesse sentido, MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova "para além de toda dúvida razoável" no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 232,

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

discurso penal, prevalecendo, assim, uma distribuição assimétrica cujo objetivo principal é evitar ao máximo a condenação de pessoas inocentes em função da adoção de um *standard* elevado[29].

Não faltam, porém, críticas ao modelo em questão. Ferrer Beltrán[30], por exemplo, considera não haver razão para a distinção a partir da gravidade das consequências do erro sobre os bens juridicamente afetados nos processos cíveis e penais, haja vista muitas vezes naqueles se tratar de questões sensíveis como a perda do poder familiar ou de impactos patrimoniais de consequências dificilmente estimáveis somente sob a perspectiva monetária, como a perda da casa onde se vive. Em outra linha, as críticas se concentram no conteúdo subjetivo tanto da preponderância da prova[31] quanto da prova além da dúvida razoável.

No processo penal, se processo e presunção de inocência têm uma relação fundamental, é certo afirmar a exigência de um *standard* probatório elevado[32]. O problema consiste em saber se a prova além da dúvida razoável, com toda indefinição que a acompanha, tem a capacidade de se mostrar adequada para fins de proteção da liberdade individual.

A despeito desses questionamentos, a prova além da dúvida razoável tem migrado dos sistemas da *common law* para os mais diversos sistemas jurídicos. Segundo Keane e Mckeown[33], além do Reino Unido e dos Estados Unidos e dos países integrantes da *Commonwealth*, como Canadá e Austrália, países como China e Irlanda têm se utilizado de critérios baseados na certeza, na prova além da dúvida razoável ou em uma combinação de ambas como forma de descrever o mais alto *standard* de prova a ser utilizado pelo júri para demonstrar sua

jun. 2019: "a pluralidade de *standards* pretende expressar a ideia de que há certos falsos positivos mais gravosos do que outros: a condenação de um inocente é mais gravosa, do ponto de vista social, do que a procedência injusta de um pedido."

29. MATIDA, Janaina. *Standards* de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. In: CALDAS, Diana Furtado; ANDRADE, Gabriela Lima; RIOS, Lucas P. Carapiá (Orgs.). *Arquivos da resistência*: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 100.
30. FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. cit., 2020, p. 788.
31. Danilo Knijnik observa que a preponderância corresponde à persuasão, "concebida como estado subjetivo no qual se reputa existir uma preponderância de provas em favor da proposição de uma das partes". (*A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 37.)
32. Essa relação será retomada adiante.
33. KEANE, Adrian; MCKEOWN, Paul. Time to abandon "beyond reasonable doubt" and "sure": the case for a new direction on the criminal standard and how it should be used. *Criminal Law Review*, n. 6, p. 505-506, 2019.

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

convicção. Na Itália e no Chile, reformas da legislação processual penal adotaram expressamente o *standard* em questão, exigindo, respectivamente, resultado acerca da culpabilidade além de qualquer dúvida razoável e convicção além da dúvida razoável.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem feito referências constantes ao *standard* em questão, embora, assim como nos outros sistemas, não tenha definido em que consiste uma "dúvida razoável" a ponto de resultar na improcedência de um pleito de condenação, o que deixa em aberto as consequências da transposição do modelo em questão para o ordenamento jurídico brasileiro. Não por outra razão, a defesa do *standard* além da dúvida razoável, pelo menos por parte da doutrina brasileira mais atenta aos problemas suscitados, tem sido acompanhada da sugestão de critérios objetivos ou pelo menos controláveis intersubjetivamente, capazes de responder à questão acerca da razoabilidade ou relevância de uma dúvida no processo penal[34].

De toda sorte, a difusão do *standard* da prova além da dúvida razoável no processo penal brasileiro já está em curso, à semelhança de outros institutos típicos dos sistemas da *common law*[35], o que exige uma análise mais detalhada desse processo e especialmente das críticas a ele direcionadas.

3.1. Standards *de prova no Supremo Tribunal Federal*

Os *standards* probatórios devem ter um caráter normativo. Levando-se em conta a função que visam desempenhar, não há como conceber um *standard* a partir de uma perspectiva subjetivista, como se cada julgador pudesse ter seu próprio parâmetro.

Nesse sentido, *standards* em matéria penal devem resultar de imposições legislativas ou de precedentes, como costuma ocorrer nos países de tradição da *common law*. Nenhuma das alternativas parece estar no horizonte do processo penal brasileiro, mas é certo que o Supremo Tribunal Federal vem intensificando a discussão sobre a necessidade de adoção de *standards* em matéria penal, o que impõe uma análise mais detalhada das posições da Corte sobre o tema, ainda que vinculada à perspectiva metodológica antes apresentada e sem pretensões de caráter quali/quantitativo.

De uma forma geral, é possível afirmar que a discussão sobre *standards* de prova para o processo penal no Supremo Tribunal Federal está atrelada à prova além

34. Cf. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Op. cit., 2020, p. 1-26.

35. Advertências no mesmo sentido são apontadas por LUCCHESI, Guilherme Brenner, Op. cit., 2019, p. 171-172; MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Op. cit., 2019, p. 223-224.

da dúvida razoável. Matida e Vieira[36] observam que, pelo menos desde a década de 1990, o *standard* para além da dúvida razoável vem sendo utilizado pela Corte com a função de determinar o critério de suficiência probatória a ser seguido. No julgamento do *Habeas Corpus* 73.338-7, relatado pelo Ministro Celso de Mello, consignou-se que caberia ao Ministério Público demonstrar, além de qualquer dúvida razoável, "a ocorrência do fato constitutivo do pedido".

Mesmo antes do julgado em questão, a Corte já se utilizava da existência de "dúvida razoável" como critério apto a levar à rejeição do pedido formulado, ainda que sem fazer menção a *standards* de prova ou à prova além da dúvida razoável. No julgamento do *Habeas Corpus* 40.122, relatado pelo Ministro Vitor Nunes Leal em 1963, rejeitou-se hipótese de prisão preventiva compulsória prevista na redação originária do Código de Processo Penal de 1941 em razão de "dúvida razoável sobre a classificação do fato como crime punível".

Nos últimos 20 anos, a invocação do *standard* de prova além da dúvida razoável tem se tornado uma constante na Corte, o que não significa alguma unidade, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista metodológico. Embora se trate de um *standard* cuja formulação que ganhou notoriedade ao redor do mundo esteja relacionada ao grau necessário para o reconhecimento da culpabilidade em matéria penal, ou seja, aplicável por ocasião da sentença[37], há decisões do Supremo Tribunal impondo à defesa a incumbência de apresentar provas "para além de toda dúvida razoável" para a rejeição da queixa-crime, por exemplo[38].

Há, ainda, situações nas quais a prova além da dúvida razoável foi associada à inexistência de provas, desfigurando a ideia de que um *standard* de prova está relacionado ao grau de corroboração exigido sobre as provas já valoradas. No julgamento da Ação Penal 883, relatada pelo Ministro Alexandre de Moraes, decidiu-se que a "inexistência de provas produzidas pelo Ministério Público na instrução processual" não traria os elementos necessários para afastar a "dúvida razoável no tocante à culpabilidade do réu", como se a dúvida fosse resultado da imputação e não da valoração da prova enquanto resultado.

Matida e Vieira observam[39] que no julgamento da Ação Penal 470[40] nada menos que seis dos 11 ministros que compunham a Corte fizeram referência ao *standard* de prova além da dúvida razoável. Chamam atenção, ainda, para o fato de o *standard*

36. MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Op. cit., 2019, p. 234.

37. LUCCHESI, Guilherme Brenner. Op. cit., 2019, p. 170.

38. BRASIL. STF, Inq. 2.036, TP, rel. Min. Carlos Britto, j. 10.11.2004. *DJ* 19.11.2004. BRASIL. STF, Inq 2.969, TP, rel. Min. Dias Toffoli, j. 19.05.2011, *DJ* 18.08.2011.

39. MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Op. cit., 2019. p. 234.

40. BRASIL. STF, APn 470, TP, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17.12.2012. *DJ* 22.04.2013.

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

em questão ter se popularizado nas instâncias inferiores desde então. A partir disso, é possível sintetizar a maior crítica ao uso desse *standard* por parte do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, embora a existência ou inexistência de dúvida razoável seja invocada tanto para validar a procedência quanto a improcedência de pleitos condenatórios, a expressão vem acompanhada de um vazio semântico que diz muito do ponto de vista discursivo. Isso porque, a partir do momento em que não se dá nenhum conteúdo ao que se entende por ser um conjunto probatório que não deixe margem para "dúvida razoável" o que prevalece é o subjetivismo autoritário que permeia o processo penal brasileiro.

É certo que a vagueza no que concerne ao *standard* de prova além da dúvida razoável não é uma exclusividade brasileira e as críticas mais contundentes a seu respeito se situam neste ponto, o que, contudo, só reforça a falta de cuidado com que o Supremo Tribunal Federal tem tratado o tema, impondo a conclusão de que a expressão "prova além da dúvida razoável" tem sido utilizada muito mais como gatilho retórico[41] do que como mecanismo de controle sobre a decisão judicial.

Apesar disso, há méritos na discussão sobre *standards* de prova no Supremo Tribunal Federal. O primeiro que se pode mencionar diz respeito ao reconhecimento da necessidade de diferentes *standards* de prova, de acordo com cada fase do processo penal, evitando-se, assim, a manutenção de fórmulas autoritárias e erguidas sobre a concepção de defesa social por parte do direito penal, como o *in dubio pro societate*. Julgando o Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 149.694[42], observou-se que o "*standard* de prova necessário para uma sentença condenatória é superior àquele imposto para a autorização de um meio de obtenção de prova, como a busca e apreensão ou a interceptação telefônica".

Posicionamento similar foi adotado no Inquérito 4.647[43], quando se decidiu que o recebimento da denúncia exige um *standard* menos rigoroso que aquele adotado para a condenação, e reiterado no Agravo em Recurso Extraordinário 1.067.392, quando se rejeitou expressamente o chamado *in dubio pro societate*[44] e exigiu-se para fins de pronúncia o *standard* de preponderância das provas. Neste julgado, vale

41. MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Op. cit., 2019. p. 244.

42. BRASIL. STF, AgRg em HC 149.694, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2019. *DJ* 06.11.2019.

43. BRASIL. STF, Inq 4.657, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15.10.2018, *DJ* 14.08.2018.

44. Sobre o *in dubio pro societate* consignou-se: "além de não possuir amparo normativo, tal preceito ocasiona equívocos e desfoca o critério sobre o *standard* probatório necessário para a pronúncia." (BRASIL. STF, ARE 1.067.392, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26.03.2019. *DJ* 02.07.2020.)

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

ressaltar, a dúvida gerada em função do não atingimento do *standard* mencionado foi o que ocasionou a decisão de impronúncia.

No que diz respeito à decisão que reconhece ou não a responsabilidade penal, no julgamento da Ação Penal 962, destacou-se a necessidade de tornar a narrativa formulada pela acusação em "conclusões probabilísticas acima de qualquer dúvida razoável". Embora a decisão ainda deixe em aberto o que seria uma dúvida razoável, nela há o reconhecimento de que as decisões no processo penal se situam no âmbito do conhecimento provável – e não de uma verdade absoluta ao alcance de quem julga – atrelado à existência ou não de base fático-probatória.

Também é relevante a compreensão de que no processo penal os *standards* probatórios representam uma assimetria na distribuição de cargas probatórias entre acusação e defesa. Com efeito, no julgamento da Ação Penal 676[45], entende-se que determinado elemento de prova, mesmo que não provasse "cabalmente" um fato, seria suficiente para sustentar hipótese levantada pela defesa.

Há, portanto, avanços na discussão sobre *standards* de prova junto ao Supremo Tribunal Federal. O difícil é dizer se tais avanços suplantam os problemas que vêm sendo criados pela adoção acrítica da exigência de prova além da dúvida razoável no processo penal brasileiro, olvidando-se das muitas críticas dirigidas ao *standard*, o que se agrava pela incompreensão das funções exercidas pela carga da prova, pelos *standards* de prova e pela presunção de inocência enquanto regra de julgamento, chegando-se a afirmar que esta tem uma dimensão de regra probatória cuja "formulação mais precisa é o standard anglo saxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável"[46].

Na ausência de definição legislativa sobre a matéria, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não se mostra como normativa capaz de fixar um regramento minimamente seguro acerca dos *standards* de prova a serem seguidos no processo penal. Ao revés, a posição da Corte, embora apresente alguns méritos, agrava a situação de incertezas sobre o instituto e termina por assimilá-lo e adaptá-lo ao autoritarismo característico do processo penal brasileiro.

3.2. A tradução do beyond reasonable doubt *no processo penal brasileiro: entre críticas e a introdução de possibilidades dogmáticas*

O *standard* de prova além da dúvida razoável, como visto, é adotado como critério de suficiência probatória em vários ordenamentos jurídicos. No Brasil, já vem sendo mencionado pelo Supremo Tribunal Federal há algum tempo.

45. BRASIL. STF, APn 676, 1ª T., rel. Min. Rosa Weber, j. 17.10.2017. *DJ* 06.02.2018.

46. BRASIL. STF, APn 676, 1ª T., rel. Min. Rosa Weber, j. 17.10.2017, *DJ* 06.02.2018.

Nada disso torna o *standard* imune a críticas, em geral, relacionadas à própria indefinição do que seria uma dúvida razoável ou ao caráter essencialmente subjetivista que lhe é atribuído. Qualquer análise acerca de críticas e possibilidades desse processo de circulação da expressão em inglês *beyond reasonable doubt*, adiante BARD, e sua tradução como prova além da dúvida razoável deve perpassar a compreensão de como ela é utilizada em seu sistema de origem, bem como os limites e as possíveis consequências de sua incorporação em ordenamentos que apresentam suas próprias complexidades.

Nesse sentido, Langer[47] propõe o uso da metáfora da tradução jurídica como "dispositivo heurístico"[48] de análise do processo de circulação de "ideias, regras, práticas e instituições jurídicas"[49] em substituição à metáfora largamente utilizada do transplante para a mesma finalidade. Entre outras, as vantagens da utilização da tradução como critério de análise para os fins mencionados estão relacionadas à necessária diferenciação entre a linguagem-fonte ou sistema jurídico de onde vem determinado conceito daquele que o recebe[50], bem como à ênfase dada às transformações operadas tanto no que é traduzido[51] quanto nas práticas linguísticas e sociais que ele opera[52].

Desse modo, antes de qualquer análise acerca das possibilidades de tradução do BARD perante o ordenamento jurídico brasileiro como um *standard* de prova além da dúvida razoável capaz de ser incorporado em um sistema tão peculiar como o brasileiro – capaz de conviver simultaneamente com um regramento processual que nada menciona acerca da presunção de inocência e uma Constituição que a alça à condição de direito fundamental –, é necessário avaliar com certa atenção o objeto da tradução e como ele opera no sistema de origem.

Nesse sentido, vários são os pontos de partida que podem ser eleitos. Aquele que se reputa mais adequado à análise que se desenvolve nesta investigação é reconhecer que, apesar de estar estreitamente ligado ao sistema da *common law*, seu papel perante este sistema não é uma unanimidade. Laudan[53], um dos maiores críticos do

47. LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, v. 2, n. 3, p. 64, 2017.
48. Ibid., p. 68-69.
49. Ibid.
50. Ibid., p. 69.
51. Ibid., p. 71.
52. Ibid., p. 72.
53. LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*: un ensayo sobre epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013. P. 61.

instituto, por exemplo, afirma que a ideia desenvolvida no sistema da *common law* de provar a culpabilidade do acusado além de toda dúvida razoável é "obscuro, incoerente e pantanoso"[54].

O dissenso existe mesmo em relação à definição do BARD como uma criação típica da *common law*. Nesse sentido, Whiteman[55] sustenta que parte da dificuldade de compreendê-lo está relacionada ao fato de ser tomado como uma instituição que resulta estreitamente da tradição legal anglo-americana. A partir da análise histórica de Whiteman, não soa estranho afirmar que o BARD foi traduzido de outro sistema normativo, mais precisamente da teologia cristã pré-moderna, o que explica algumas dificuldades em adaptá-lo para os fins almejados perante os sistemas baseados na *common law* que o adotam, já que naquela os fins eram bem diversos daqueles sustentados hoje em dia.

Com efeito, a regra foi acolhida pelo júri inglês no final do século XVIII a partir da tradição cristã com o fim de aliviar o peso que a função de julgar carregava consigo, pois, na teologia cristã, condenar um inocente era visto como um pecado mortal, algo que era levado a sério pelos jurados ingleses[56]. Não se tratava, portanto, de uma regra destinada à proteção do acusado, mas à proteção da alma dos jurados[57], pois o objetivo não era tornar a condenação mais difícil, mas, ao revés, torná-la mais fácil, assegurando aos jurados que suas almas estariam a salvo mesmo se votassem pela condenação[58].

Das observações de Whiteman, além da discrepância histórica entre as finalidades atribuídas ao BARD, merece atenção o fato de que na tradição anglo-americana se trata de uma regra destinada aos jurados no julgamento que define a culpabilidade acerca de determinada acusação de acordo com os fatos apresentados, o que aumenta a complexidade da tradução para sistemas que seguem regras que atribuem esse julgamento a juízes de carreira. Dessa característica, advém o maior problema relacionado ao BARD nos sistemas de *common law* e que, apesar das diferenças de julgamento acerca da culpabilidade pelo júri e por juízes de carreira, termina por alcançar os sistemas de tradição continental, ainda que sob perspectiva diversa.

Com efeito, como explicar a um jurado o que vem a ser uma prova além da dúvida razoável? Mais importante: quando uma dúvida pode ser considerada razoável? Esses são questionamentos constantemente direcionados ao BARD nos sistemas

54. Ibid.

55. WHITEMAN, James Q. *The origins of reasonable doubt*: theological roots of the criminal trial. New Haven: Yale University Press, 2008. p. 5.

56. WHITEMAN, James Q. Op. cit., 2008, p. 2-4.

57. Ibid., p. 2-3.

58. Ibid., p. 4.

que seguem a tradição da *common law*, restando mais dúvidas que consensos a respeito, o que, mais uma vez, recomenda muito cuidado na tradução legal do instituto, especialmente, em sistemas normativos tendentes à ampliação do espectro de subjetividade deixado a quem julga no campo penal, nos quais o processo penal brasileiro se encaixa.

Nos EUA, mesmo alçando o BARD a uma exigência decorrente da Constituição, a Suprema Corte não definiu o conteúdo do *standard*, deixando a tarefa a cada Tribunal, o que levou a uma situação na qual existem tanto cortes que exigem uma definição a ser apresentada aos jurados quanto cortes que proíbem expressamente qualquer manifestação nesse sentido[59].

Segundo Mckeown e Keane[60], na Inglaterra, chegou-se ao ponto de as Cortes refutarem o uso de qualquer fórmula para se referir ao padrão de exigência probatória, embora se oriente aos juízes que, mesmo que não usem palavras específicas, é necessária uma clara instrução aos jurados no sentido de que para condenar devem estar satisfeitos a ponto de ter certeza.

O cenário é, portanto, bastante confuso quanto ao uso do BARD enquanto *standard* de prova necessário para condenação em matéria penal, muito embora não se possa negar sua relevância nos países que seguem a tradição da *common law*[61]. O problema central consiste em que não se trata de propostas diferentes sobre a mesma concepção, mas de concepções distintas sobre o tipo e o *quantum* de prova necessário para se reconhecer a culpabilidade[62] e sobre como eventuais regras devem ser transmitidas aos jurados, o que termina por colocar em xeque a própria noção de *standard*.

O nível de complexidade dos problemas relacionados ao BARD no direito anglo-saxão aumenta ainda mais quando se considera que a subjetividade de seu conteúdo é corriqueiramente apontada como a característica comum nas formulações que tentam defini-lo, pois o que se exige enquanto *standard* de prova estaria relacionado mais ao estado subjetivo de convicção[63] que à relação entre as provas e sua força na corroboração das hipóteses formuladas pela acusação. Para Laudan[64],

59. DIAMOND, Henry A. Reasonable doubt: to define, or not to define. *Columbia Law Review*, v. 90, n. 06, p. 1117, oct. 1990.

60. KEANE, Adrian; MCKEOWN, Paul, cit., 2019, p. 517.

61. Em relação aos EUA, Whiteman (2008, p. 1) afirma haver um certo consenso no sentido de que é inimaginável conceber a lei criminal norte-americana sem o instituto, independentemente do que diga ou não a constituição a seu respeito.

62. LAUDAN, Larry. Op. cit., 2013, p. 83.

63. LAUDAN, Larry. Op. cit., 2013, p. 125.

64. LAUDAN, Larry. Una breve réplica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, p. 153, 15 nov. 2005.

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

o sistema terminou por equiparar a existência de prova além da dúvida razoável à crença firme dos jurados acerca da culpabilidade, o que termina por reduzir a dúvida razoável a qualquer dúvida que um jurado queira utilizar, visto que não haveria um indicativo concreto acerca da razoabilidade da dúvida a ser levada em consideração.

Críticas assim não são uma exclusividade de juristas anglo-saxões. Nos sistemas continentais, não faltam observações semelhantes. Nesse sentido, Ferrer Beltrán[65] sustenta que íntima convicção e prova além da dúvida razoável compartilham entre si grande vagueza e as crenças de quem decide como elemento justificante da decisão, o que põe em dúvida seu caráter como *standard* de prova.

A tradução do BARD como prova além da dúvida razoável perante o ordenamento jurídico brasileiro traz consigo essas críticas, às quais se pode acrescentar outras em função das peculiaridades do processo penal brasileiro, o que leva autores como Matida e Vieira[66] a afirmarem que há boas razões para se desconfiar dos efeitos e das consequências da ação do BARD no Brasil.

De fato, a tradução do BARD em curso no processo penal brasileiro por vezes ignora aspectos importantes desse processo, seja omitindo as críticas ao instituto na origem, seja lhe dando uma falsa impressão de universalidade. As críticas antes mencionadas sobre o *standard* na origem não raramente são ignoradas, fazendo com que o instituto seja introduzido no direito brasileiro sem que se verifique sua compatibilidade com as regras que regem o processo penal pátrio[67], ou, pior, passando a ideia de que qualquer tradução permite a compreensão do instituto como algo similar ao previsto no sistema de origem.

Algumas consequências desse processo de tradução já são observadas por parte da doutrina brasileira. Matida e Vieira[68] apontam que a utilização do BARD como critério de julgamento sobre a suficiência probatória implica o risco de ele funcionar como um "anti-*standard*", um instrumento meramente retórico de justificação que em nada contribui para a diminuição do elevado grau de subjetividade legado a quem julga no processo penal brasileiro.

Em termos semelhantes, Lucchesi[69] sustenta que, por vezes, a defesa em torno do BARD está associada à concepção de que basta para a condenação um conjunto

65. FERRER BELTRÁN, Jordi. Los estándares de prueba en el proceso penal español. In: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima: Grijley, 2016. p. 218.
66. MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Op. cit., 2019, p. 245.
67. LUCCHESI, Guilherme Brenner. Op. cit., 2019. p. 169.
68. MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Op. cit., 2019, p. 224.
69. LUCCHESI, Guilherme Brenner. Op. cit., 2019, p. 169.

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

de provas que afastem alguma dúvida razoável levantada pelo acusado, restando a ênfase sobre a orientação de que não é qualquer dúvida que deve resultar na absolvição. O BARD, nesses termos, funcionaria à semelhança do que ocorria na teologia cristã pré-moderna, como um mecanismo facilitador da condenação e não de imposição de critérios rígidos quanto à prova exigida para essa finalidade.

Desse modo, a um processo penal que ainda reluta em expurgar suas permanências autoritárias, termina por se agregar traduções que apontam para contornos e finalidades completamente distintos daqueles para os quais o instituto foi pensado a partir de sua tradução pelo sistema da *common law*. Observe-se, por exemplo, a forma como o BARD é defendido por Reis[70]. Amparado no pensamento de Deltan Dallagnol, Reis sustenta que a dúvida razoável depende das dificuldades probatórias e do tipo de crime praticado, algo completamente alheio à função do *standard* probatório.

Nesses termos, a prova além da dúvida razoável nada mais faz que reforçar a subjetividade autoritária do processo penal brasileiro, atribuindo um recurso meramente retórico de justificação à decisão. Não por outra razão, essa compreensão do BARD vem acompanhada da defesa de um "adequado funcionamento da Justiça Criminal, que pressupõe a ausência ou pelo menos a redução da impunidade"[71], segundo o qual "*deve o princípio* in dubio pro reo *ser lido com mais rigor*"[72]. Inverte-se, assim, a lógica probatória exigida pela presunção de inocência. A dúvida razoável passa a ser compreendida como aquela baseada na razão e nas provas[73], mas deixa-se de lado a carga probatória que pesa inteiramente sobre a acusação no sentido de produzir prova além do patamar de dúvida exigido.

Entendimentos nesse sentido já vêm sendo esboçados pelos tribunais. Em julgado de 2016, o TRF da 4ª Região decidiu que "é ônus da defesa provar o desconhecimento, pelo réu, da natureza das mercadorias transportadas (cigarros), não bastando, para suscitar dúvida razoável, a mera alegação (artigo 156 do Código de Processo Penal)"[74].

---

70. REIS, André Wagner Melgaço. Desmistificando alguns dogmas do processo penal (verdade real, certeza absoluta e "in dubio pro reo"). Em defesa de um novo paradigma: a probabilidade e o *standard* de prova para condenação no processo penal (*standard beyond a reasonable doubt* – além da dúvida razoável). *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 14, n. 84, p. 80-97, jun.-jul. 2018. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=145890]. Acesso em: 24.09.2020.
71. Ibid., p. 93.
72. Ibid.
73. REIS, André Wagner Melgaço. Op. cit., 2018, p. 94.
74. BRASIL. TRF-4, ACrim 5000299-32.2014.4.04.7119, rel. Des. Márcio Antônio Rocha, j. 23.02.2016. *DE* 25.02.2016.

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

Como se observa, a demonstração da dúvida razoável passa a ser um "ônus" atribuído à defesa, pois o que se presume é o dolo da conduta. Nada mais se faz, portanto, que reconfigurar a presunção de culpabilidade que orienta o Código de Processo Penal de 1941, em clara violação à presunção de inocência, pois o conteúdo dogmático desta exige que a acusação desconfigure o estado de incerteza a partir de um conjunto probatório que satisfaça determinado nível de exigência.

Em termos semelhantes à decisão anterior, na Apelação Criminal 0003870-12.2015.4.03.6110, julgada pelo TRF da 3ª Região, consignou-se com base no Código de Processo Penal de 1941 que caberia à defesa, "ao apresentar versão distinta dos fatos ou alegação de excludentes, fazer prova ou, pelo menos, trazer elementos que levantem dúvida razoável acerca do quanto sustentado pela acusação"[75]. A lógica da presunção de culpabilidade, portanto, passa a ser reforçada pela ideia de que cabe à defesa levantar dúvidas razoáveis em torno das hipóteses acusatórias, como se estas já fossem provadas além da dúvida razoável independentemente do conjunto probatório apresentado, o que equivale a estabelecer para o processo penal o *standard* de preponderância de provas.

Desse modo, é possível concluir que a tradução do BARD perante o ordenamento jurídico pátrio se situa na mesma encruzilhada na qual se encontra o próprio processo penal brasileiro. De um lado, o BARD tem se destacado, ainda que em julgados isolados, como exigência da própria presunção de inocência; de outro, tem sido invocado como recurso retórico que nada mais faz que reforçar a subjetividade autoritária e a presunção de culpabilidade que ainda permeiam o processo penal brasileiro, o que fica evidenciado pela associação entre a configuração da dúvida razoável e os dispositivos do Código de Processo Penal como o art. 156.

Essa constatação, além da vagueza característica da expressão desde o sistema da *common law*, recomenda a utilização de outra fórmula para caracterização de possíveis *standards* de prova para o processo penal brasileiro[76]. Não obstante, resta difícil não reconhecer que a tradução do BARD perante o ordenamento jurídico brasileiro já está em curso e resta pouco provável, sobretudo ante a ausência de regras de suficiência probatória e a larga utilização do BARD no direito comparado, que o instituto passe a ser rejeitado. Isso não significa que caiba à dogmática

75. BRASIL. TRF-3, ACrim 0003870-12.2015.4.03.6110, 11ª T., rel. Des. Nino Toldo, j. 06.08.2020. *E-DJF3* 08.09.2020.

76. Nesse sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2019, p. 247: "Diante da vagueza da expressão 'dúvida razoável', e visando reduzir os espaços de discricionariedade do juiz na valoração da prova e decisão sobre o juízo de fato no processo penal, seria perfeitamente possível – e até desejável – que o *standard* de prova fosse identificado com outra fórmula, com conteúdo mais objetivo."

jurídica simplesmente aceitar a tradução em curso, como se sua função fosse simplesmente descrever a regra como aplicada pelos tribunais.

Em suma, o que se quer afirmar é que, embora não se negue o papel dos significantes, eventuais propostas de *standards* para o processo penal brasileiro dependem muito mais do conteúdo e da compreensão de sua função do que da fórmula adotada, o que significa que o *standard* eleito não pode terminar por cumprir a regra de um anti-*standard*, tampouco figurar como um critério tão baixo a ponto de não fornecer cobertura suficiente à presunção de inocência.

Desse modo, a discussão sobre *standards* de prova no processo penal brasileiro não pode ficar restrita ao BARD, tampouco a uma tradução que termine por lhe dar uma multiplicidade de sentidos incompatíveis com a função que o instituto deve cumprir. O que se há de reconhecer é que o processo penal brasileiro precisa de critérios de suficiência probatória e esses critérios podem ou não ser designados pela expressão prova além da dúvida razoável.

3.3. Standards *de prova, carga probatória e presunção de inocência*

Embora não se confundam, *standards* de prova e presunção de inocência têm uma relação estreita[77] e repercutem diretamente na noção que se deve ter sobre cargas probatórias no processo penal. Nesse sentido, Ferrer Beltrán[78] sustenta que os três institutos têm em comum a função de determinar a distribuição de riscos probatórios. Um *standard* de prova elevado para a acusação pode se tornar ineficaz caso sejam impostas regras de distribuição de cargas probatórias equivalentes entre acusação e defesa, assim como um critério de decisão para o caso de dúvida que favoreça à defesa decorrente da presunção de inocência como o *in dubio pro reo* se torna inócuo se não há um *standard* bem definido acerca do *quantum* de prova necessário para a condenação.

Sendo assim, é a partir da presunção de inocência que se deve conduzir a discussão sobre *standards* probatórios e cargas probatórias no processo penal, pois estes podem ser inseridos dentro da concepção de mecanismos processuais que conferem operatividade àquela[79].

---

77. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Op. cit., 2020, p. 7.

78. FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. cit., 2020, p. 790.

79. Como define Nardelli, "a garantia da presunção de inocência depende de mecanismos processuais capazes de lhe garantir operatividade". (NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. Presunção de inocência, *standards* de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). *Crise no processo penal contemporâneo*: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 291.)

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

Assim, tomando-se a presunção de inocência como ponto de partida, é possível observar três dimensões de sua repercussão processual comumente enumeradas pela doutrina: norma de tratamento, norma probatória e norma de juízo. Como norma de tratamento, a presunção de inocência impõe que a culpabilidade é consequência de decisão amparada na estrita jurisdicionalidade e no processo. Veda-se a imposição de situação similar às decorrentes do reconhecimento da culpa em função de atos como o indiciamento ou a mera imputação, o que não necessariamente impede a imposição de medidas restritivas da liberdade individual antes do trânsito em julgado da condenação. O que se veda é a antecipação de medidas executórias[80], ou seja, de restrições que impliquem a equiparação do acusado ao longo do processo à condição de culpado[81].

Vale notar que a norma de tratamento decorrente da presunção de inocência decorre tanto de um aspecto qualitativo, que exige provas para a condenação, quanto de aspecto temporal, no caso brasileiro, associado ao trânsito em julgado da decisão[82].

Como norma probatória, a presunção de inocência está relacionada a três questões fundamentais: quem deve provar, que provas são admissíveis e o que deve ser provado[83]. Caberia, assim, segundo o preceito constitucional, à acusação o ônus ou a carga da prova, mediante provas lícitas e produzidas de acordo com o devido processo legal, capazes de demonstrar a autoria e a materialidade da infração penal[84].

Como norma de julgamento, a presunção de inocência imporia uma decisão favorável ao acusado caso não se atinja o nível necessário de suficiência probatória para a condenação. Na definição de Moraes, "ela é dirigida ao material probatório já produzido, seja identificando a sua suficiência para afastar a presunção de inocência e, portanto, condenar o imputado, seja para escolher a norma jurídica mais apropriada à situação concreta"[85]. Não por outra razão, nesta dimensão, associa-se a presunção de inocência ao brocardo *in dubio pro reo*.

Nesta investigação, prefere-se tratar a presunção de inocência a partir de um conteúdo fundamental que não tem fronteiras bem definidas entre sua dimensão

80. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 43.
81. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 286-287.
82. GHIARA, Aldo. Presunzione di innocenza, presunzione di 'non colpevolezza' e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della corte costituzionale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, anno 17, p. 83, gennaio-marzo 1974.
83. MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., 2010. p. 462.
84. MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., 2010, p. 463-464.
85. Ibid., p. 462.

processual e sua dimensão política, o que não deixa de contemplar a construção doutrinária antes citada, mas ressalta a influência recíproca entre a norma probatória e a norma de juízo, o que gera consequências no tratamento a ser dado àqueles que se veem diante da persecução penal. Isso porque sistemas processuais penais podem conviver com uma norma de julgamento como o *in dubio pro reo*, sem, contudo, assegurar a presunção de inocência. O próprio Código de Processo Penal brasileiro de 1941, assim como o italiano de 1930, são provas dessa constatação. Desse modo, só há de fato a preservação da presunção de inocência se norma probatória e norma de juízo são vistas como duas faces da mesma moeda, destinadas à proteção daqueles que se veem diante da persecução penal. Assim, o estado de incerteza fixado pela presunção de inocência só será superado depois do completo acertamento da responsabilidade penal dentro de um procedimento que assegure de fato a superação de eventuais dúvidas[86]. Antes disso, o que há é a inocência e veda-se qualquer forma de antecipação de sanção penal.

Não há, portanto, por que não compreender a presunção de inocência como norma de julgamento e como norma probatória dentro do mesmo conteúdo fundamental, o que, ao contrário de restringir, amplia a incidência normativa do direito fundamental, pois nessa perspectiva há influência sobre o próprio método probatório, exigindo-se um conjunto de provas introduzidas de acordo com os direitos fundamentais e as demais regras do processo, valoração racional da prova e um elevado *standard* de prova para fins de condenação.

Com efeito, é preciso observar que a fixação de um *standard* de prova para o processo penal tem a função de tornar operativa a presunção de inocência. Se não se sabe o *quantum* de prova exigido para fins de condenação penal, deixa-se em aberto não só quando há dúvida para fins de condenação como tornam-se desnecessárias maiores preocupações com a qualidade do conjunto probatório e de exigências de valoração racional.

Como ressalta Badaró[87], admitindo-se que a presunção de inocência traz em seu bojo o *in dubio pro reo*, adotar *standards* que representem inegáveis estados de dúvida como a preponderância das provas configura uma burla à presunção de inocência. De fato, se a presunção de inocência, ao reger a relação entre o Estado e o cidadão diante da persecução penal, impõe um desequilíbrio em favor deste, distribuir equitativamente os riscos probatórios equivaleria a negar vigência à presunção de inocência, tornando inocência e culpabilidade hipóteses que concorrem em igualdade, o que deve ser refutado.

86. ILLUMINATI, Giulio. Op. cit., 1979. p. 93.

87. BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2019, p. 247.

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

Essa assimetria, como visto, tem sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal ao assumir o BARD enquanto *standard* de prova adequado para o processo penal. É certo que o conteúdo que se vem dando ao *standard* é confuso e há um risco concreto de que ele não cumpra de fato qualquer função de controle sobre a decisão, podendo, ao revés, servir como um anti-*standard* apto a justificar retoricamente decisões condenatórias. Não obstante, não se pode negar que, ao afirmar que o BARD é o *standard* que deve ser adotado para fins de reconhecimento da responsabilidade penal, a Corte atesta que a presunção de inocência deve estar atrelada a um elevado *standard* de prova, pois, a despeito da tradução que se faça, não se pode negar que sua utilização, sobretudo perante a Suprema Corte americana, está ligada à ideia de que, na dúvida, é melhor absolver um culpado que condenar um inocente[88], fundamento da presunção de inocência. Mas concluir que a presunção de inocência exige um *standard* de prova elevado ainda diz muito pouco sobre possibilidades de controle sobre a decisão. Afinal, o cenário ainda é bastante confuso e, por mais que se tome o BARD como o *standard* mais elevado para fins de julgamento, seu conteúdo ainda queda incerto, restando mais indicativos do que não é uma prova além da dúvida razoável do que aquilo que poderia configurar uma dúvida razoável para fins de absolvição.

O que se deve ter em conta é que a presunção de inocência não é compatível com qualquer *standard* probatório. Não haveria sentido assumir politicamente a ideia de que o Estado deve ter o máximo de cuidado no sentido de evitar a condenação de pessoas inocentes, ainda que sob o risco de absolvição de culpados, e ao mesmo tempo incorporar mecanismos processuais que desvirtuem essa preferência.

Além de um elevado *standard* de prova, a presunção de inocência exige uma compreensão rigorosa da noção de cargas probatórias no processo penal, sob pena de aquele restar inoperante diante de exigências probatórias direcionadas à defesa, redundando no desvirtuamento da assimetria que deve prevalecer por força do dispositivo constitucional na relação entre o Estado e aquele que se vê diante da persecução penal.

Esse, aliás, é um ponto no qual a dicotomia entre a presunção de culpabilidade que orienta o Código de Processo Penal de 1941 e a presunção de inocência erigida pela Constituição de 1988 se coloca mais visível, destacando a incompatibilidade dogmática entre as duas perspectivas. Nas palavras de Gloeckner "a exclusão da presunção de inocência e inclusive, a sua inversão, gerando a presunção

88. STELLA, Federico; GALAVOTTI, Maria Carla. L'otre il ragionevole dubbio come standard probatorio: le infondate divagazioni dell'epistemologo Laudan. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 48, n. 3, p. 906, jul.-set. 2005.

de culpabilidade ficam evidenciadas quando se analisa o discurso em torno do ônus da prova"[89].

O artigo 156 do Código de Processo Penal, desde sua redação originária, adota uma ótica civilista de distribuição do ônus da prova, que, uma vez mantida, não só reduz drasticamente o *standard* imposto à acusação como impõe cargas probatórias à defesa. Segundo essa lógica, caberia ao acusado provar os elementos extintivos ou modificativos de seu direito. Consequentemente, por uma suposta equivalência entre processo civil e processo penal, as provas das causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade competiriam ao acusado[90].

Nesse sentido, Tornaghi[91] assevera o erro de se supor que ao acusador caberia provar tudo quanto alega em relação ao réu. Segundo defende, não lhe caberia provar a ilicitude do fato típico, mostrando que o direito penal e o direito processual penal brasileiro foram articulados em um projeto autoritário comum a partir da construção dos respectivos códigos. A interpretação dada ao art. 156 vai ainda além da imposição de ônus ou cargas no que toca às causas excludentes, pois para compreendê-lo seria necessário ter em conta que as "presunções invertem o ônus da prova"[92]. Assim, sendo o Código regido pela presunção de culpabilidade, além das hipóteses justificadoras, é comum, com base no dispositivo citado, que se imponha ao acusado a carga de provar a inexistência de elementos constitutivos do tipo penal, como se esses já existissem de antemão diante de determinadas "evidências". Não por outra razão, Tornaghi sustenta uma presunção de dolo ou de culpa de acordo com o tipo penal. Como afirma, "há crimes em que o comum é o dolo e o raro, o excepcional, é a culpa; enquanto outros geralmente são culposos e excepcionalmente dolosos"[93].

Esse entendimento acerca do art. 156 pode parecer algo alheio à realidade pós Constituição de 1988. Não obstante, as permanências autoritárias nem sempre permitem que as formulações dogmáticas cumpram seu papel a contento. Observe-se, por exemplo, decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do paciente, caberia à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa"[94].

89. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 437-438.
90. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit., 2018, p. 437.
91. TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. II, p. 707.
92. TORNAGHI, Hélio. Op. cit., 1967, p. 707.
93. Ibid.
94. BRASIL. STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 1.352.118, 6ª T., rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 08.09.2020, *DJ* 14.09.2020.

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

O cerne do problema consiste em optar pela presunção de culpabilidade em detrimento da presunção de inocência. Se outrora simplesmente silenciava-se sobre a presunção de inocência a fim de fazer prevalecer a presunção de culpabilidade, contemporaneamente, são utilizados recursos interpretativos que buscam uma pretensa harmonia entre dispositivos como o art. 156 do Código de Processo Penal e a Constituição de 1988.

É importante observar que, mesmo no processo civil, a ideia de distribuição de cargas ou ônus probatórios vem sofrendo constantes questionamentos. Nesta seara, se fala em distribuição de cargas probatórias a partir da distinção entre carga em sentido objetivo e carga em sentido subjetivo. A carga em sentido subjetivo diz respeito a qual das partes deve aportar determinada prova[95], enquanto a carga em sentido objetivo diz respeito a quem perde caso não haja prova suficiente[96].

Em sentido subjetivo, portanto, a carga da prova se dirige às partes. Diz respeito a quem deve introduzir os elementos de prova necessários à confirmação de determinadas hipóteses, ao passo que a carga objetiva se dirige a quem julga, impondo-lhe a obrigação de decidir em um certo sentido sempre que não se alcance um grau de suficiência probatória do que é alegado pelas partes[97]. Tem-se, assim, regras distintas destinadas a diferentes sujeitos e a distintos momentos do procedimento[98].

Em razão do princípio da aquisição da prova, pouco importa quem introduziu determinado dado levado em conta como elemento de prova, o que equivale a dizer, segundo Taruffo[99], que as regras sobre cargas probatórias não têm uma aplicação efetiva no curso do procedimento, restando unicamente sua função objetiva, quando funcionaria como regra de juízo.

Se, no processo civil, já resta questionável se falar em cargas probatórias em sentido subjetivo, no processo penal, a ideia se torna ainda mais problemática em um processo penal guiado pela presunção de inocência, pois, neste, resta difícil afirmar a existência de cargas probatórias subjetivas desacopladas da necessidade de se sustentar uma pretensa distribuição decorrente da presunção de culpabilidade.

95. FERRER BELTRÁN, Jordi. La carga dinámica de la prueba: entre la confusión y lo innecesario. In: NIEVA FENOLL, Jordi; FERRER BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro J. *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019. p. 57.

96. Ibid., p. 59.

97. FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. cit., 2019, p. 63.

98. Ibid.

99. TARUFFO, Michele. Casi una introducción. In: NIEVA FENOLL, Jordi; FERRER BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro J. *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019. p. 17.

Com efeito, a ideia de carga processual não se aplica à defesa no processo penal regido pela presunção de inocência. Desde Goldschmidt, o conteúdo da carga processual é um fazer[100]. Micheli[101] a define como uma atividade necessária a ser realizada pelas partes a fim de evitar um dano. Ora, se se compreende que em um processo de natureza acusatória, no qual a carga da imputação traz consigo a carga da prova[102], a passividade total do acusado não traz necessariamente prejuízo algum[103]. Logo, não há sentido em se falar em carga probatória para a defesa e menos ainda em distribuição de cargas probatórias, sobretudo quando se compreende o *in dubio pro reo* como regra de juízo decorrente da presunção de inocência.

Se há, portanto, alguma carga subjetiva no processo penal, ela pesa inteiramente sobre a acusação, a menos que se assuma um processo penal regido por presunções que giram em torno da culpabilidade. Não há, portanto, distribuição de cargas probatórias no processo penal. Nesse sentido, no processo penal italiano, já Bettiol afirmava, com base em regras de direito consuetudinário, que cabe a quem acusa provar a presença de todos os elementos constitutivos do fato sobre o qual se funda a pretensão punitiva e a inexistência de elementos que obstem o surgimento da pretensão punitiva[104].

Assim, alçada a presunção de inocência à condição de direito fundamental, só resta se falar no processo penal em carga objetiva, regida pela regra *in dubio pro reo* como manifestação daquela[105] enquanto regra de juízo que impõe a absolvição não só quando não provados os elementos constitutivos do crime, mas também quando não se prova a inexistência de fatos impeditivos de sua configuração. No resumo de Lopes Júnior[106], "incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e, logicamente, a inexistência de causas de justificação".

Carga em sentido objetivo e *standard*, portanto, a despeito de não se confundirem, possuem uma relação estreita e devem estar estruturadas dogmaticamente a partir da opção constitucional em favor da presunção de inocência. Havendo prova suficiente e de acordo com um *standard* compatível com a presunção de inocência,

100. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso III*: el proceso como situación jurídica. una crítica al pensamiento procesal. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 360.

101. MICHELI, Gian Antonio. Op. cit., 1961, p. 270.

102. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., 2016. p. 567.

103. GOLDSCHMIDT, James. Op. cit., 2015. p. 358.

104. BETTIOL, Giuseppe. La regola "in dubio pro reo" nel diritto e nel processo penale. *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Padova, n. 15, p. 252-253, 1937.

105. BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2019, p. 239.

106. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. I, p. 532.

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

ou seja, um *standard* elevado, a decisão deve ser tomada sem que a carga da prova como regra de juízo entre em cena[107]. No entanto, não alcançado o critério de suficiência probatória, a decisão deve ser tomada em favor do acusado com a regra de julgamento decorrente da presunção de inocência, ou seja, o *in dubio pro reo*.

O que resta à defesa no processo penal são os riscos que podem decorrer de eventual inércia, como a não a indicação de provas ou hipóteses explicativas que possam lhe favorecer. Isso não significa, entretanto, que dessa inércia advenha necessariamente uma decisão desfavorável, pois, como ressaltado, a carga da prova acerca dos elementos constitutivos do crime e da inexistência de prova de elementos que o excluam ou obstem a persecução penal cabe a quem acusa. A isso, deve se somar uma necessária assimetria entre os níveis de suficiência probatória exigidos para as partes no processo penal. Não haveria sentido algum impor uma preferência em favor do acusado no processo penal com a distribuição assimétrica de riscos probatórios e ao mesmo tempo impor exigências equivalentes acerca do *quantum* de prova[108]. Assim, o fato de a defesa não conseguir provar determinada alegação não implica a desconstrução da inocência imposta pela norma constitucional, haja vista a atribuição[109] probatória que cabe à acusação no sentido de desconstituí-la. Em suma, uma hipótese favorável à defesa pode subsistir e levar à absolvição quando não haja elementos de prova capazes de desconstituí-la e não somente quando haja elementos de prova que a corroborem.

4. Introduzindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro

Pensar em *standards* probatórios para o processo penal brasileiro não é uma tarefa simples, porém, é uma tarefa necessária. Um dos reflexos ainda latentes do autoritarismo do processo penal nacional, tanto do ponto de vista doutrinário quanto do jurisprudencial e legislativo, está na ausência de parâmetros minimamente objetivos quanto aos graus exigidos para fins de reconhecimento da culpabilidade, deixando-se esta tarefa praticamente ao arbítrio de cada julgador, o que termina por afetar diretamente a operatividade da presunção de inocência.

O primeiro passo no sentido da construção de um *standard* probatório aplicável ao processo penal está em reconhecer que o espaço para a opção político-moral precisa estar dentro daquilo que já foi fixado pelo legislador constituinte ao optar

107. BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2019, p. 263.

108. Em termos semelhantes Cf. FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. cit., 2016, p. 272.

109. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. I, p. 45.

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

pela presunção de inocência enquanto direito fundamental, sobretudo pela redação adotada pela Constituição de 1988, cujo sentido fundamental é a proteção do processo e das garantias a ele inerentes como único instrumento de cognição capaz de afastar a inocência imposta normativamente.

Assim, há de se rejeitar a ideia de que a presunção de inocência seria compatível com qualquer *standard* de prova, sobretudo quando devidamente compreendida a relação entre *standards* e a carga da prova no processo penal analisada no tópico precedente. Cabe a quem acusa demonstrar a integralidade dos elementos necessários para o reconhecimento da culpabilidade de acordo com o *standard* de prova em vigor[110]. Uma vez não atingido o padrão exigido, incide a regra de julgamento decorrente da presunção de inocência, ou seja, *in dubio pro reo*[111].

Desse modo, é preciso ter em conta que o *standard* probatório não pode ser baixo a ponto de inverter a regra de distribuição dos riscos de erro imposta pela presunção de inocência em seu sentido fundamental e de atribuir cargas probatórias indevidas à defesa. Assim, há de se observar com cuidado propostas que levam em consideração elementos do tipo penal e da opção infraconstitucional pela criminalização de determinadas condutas como critério reitor para fins de fixação dos níveis de suficiência probatória para condenação.

Segundo Ferrer Beltrán[112], as dificuldades probatórias relacionadas a determinados tipos penais, como lavagem de dinheiro, delitos sexuais, entre outros, podem figurar como critérios eleitos pelo legislador infraconstitucional a fim de determinar os níveis de exigência probatória. O porém é que este argumento parte de uma premissa dada como certa, mas que não pode deixar de ser levada em consideração, sobretudo se compreendida a atuação do sistema penal de forma integrada.

Com efeito, a possibilidade de rebaixamento dos níveis de exigência probatória de acordo com os tipos penais parte de uma pretensa racionalidade do discurso jurídico-penal que se mostra frágil a um olhar mais atento e que não pode ser desconsiderada quando se pensa em *standards* probatórios como garantia processual de proteção contra o arbítrio estatal.

Com efeito, a racionalidade do discurso jurídico-penal depende do valor de verdade quanto a sua operatividade social[113]. O discurso proposto no sentido de

110. Neste mesmo sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2019, p. 262. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Op. cit., 2020. p. 20.

111. Nesse sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2019, p. 263.

112. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción*: estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 164.

113. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 16.

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

proteção de bens jurídicos deve ser socialmente verdadeiro, ou seja, a criminalização de determinada conduta deve se mostrar adequada aos fins que se deseja alcançar. Em suma, o discurso jurídico-penal deve ser capaz de provocar as modificações que se propõe a fazer no seio social.

Assim, ao se propor a redução de *standards* probatórios em função de uma suposta proteção penal alcançada com a tipificação de determinadas condutas não se pode simplesmente ignorar a capacidade do discurso penal de cumprir ou não suas propostas, especialmente quando o que está em jogo é a distribuição de riscos de erro entre o cidadão e o Estado.

Um outro ponto a ser levado em consideração quando se pensa na redução dos níveis de exigência probatória para fins de condenação em função do tipo penal diz respeito a sua relação com os esforços estatais no sentido de perquirir como determinado crime ocorreu. Neste sentido, Ramirez Ortiz[114] sustenta a hipótese de que quanto menores os níveis de exigência probatória aceitos, menores serão os esforços desenvolvidos pelos órgãos de investigação e acusação, o que não parece ser de todo desarrazoado, especialmente quando se leva em consideração a frágil regulamentação jurídica da investigação no processo penal brasileiro, seguida de uma prática que se mostra avessa a questões relevantes como a cadeia de custódia da prova.

Uma última observação a ser levada em conta quando se pensa na formulação de *standards* probatórios em função do tipo penal diz respeito, como adiantado, à capacidade de manter a carga da prova de todos os elementos referentes à culpabilidade em mãos da acusação. Um *standard* probatório muito baixo pode terminar por atribuir à defesa a tarefa quase que impossível de indicar elementos de prova sobre aspectos da culpabilidade que já se toma como certos de antemão, afastando, assim, a presunção de inocência constitucionalmente assegurada e reafirmando a presunção de culpabilidade que orienta o Código de Processo Penal em vigor.

Também merecem atenção propostas no sentido de que a formulação de *standards* probatórios para o processo penal pode se dar de acordo com a sanção aplicável. Neste sentido, Ravi Peixoto[115] propõe para o processo penal brasileiro que crimes cuja pena seja superior a quatro anos exijam "altíssima probabilidade", ao passo que aqueles cuja pena seja inferior ou igual a quatro anos e cometidos sem violência ou grave ameaça contra a pessoa exigiriam "alta probabilidade".

---

114. RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. *Quaestio Facti: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, Madrid, n. 1, p. 221, 2020.

115. PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 261.

Além da vagueza, a ser tratada mais adiante, os *standards* propostos apresentam uma série de complexidades adicionais. Basta mencionar a reincidência, citada pelo próprio autor[116], que, uma vez aliada ao direcionamento da persecução penal a determinados grupos sociais, terminaria por tornar o *standard* de prova uma "antigarantia" voltada contra estes mesmos grupos.

Assim, o que se propõe para o processo penal brasileiro é a formulação de um único *standard* de prova em matéria penal, compatível com a opção político-moral esboçada já na Constituição ao adotar fórmula que exige o trânsito em julgado da condenação – ou seja, um amplo grau de cognição do tema penal – para fins de condenação[117].

Assim, fixado esse primeiro passo, no sentido de que um *standard* de prova para o processo penal brasileiro precisa estar de acordo com a presunção de inocência assegurada constitucionalmente[118], é necessário construir uma fórmula capaz de assegurar operatividade a este direito fundamental.

Há de se excluir, de início, opções que remetam simplesmente ao estado mental ou psicológico de quem julga[119]. O alcance do *standard* de prova exigido deve ser uma questão de prova e não de convencimento de quem julga. Como bem define Ferrer Beltrán[120], o que importa não é a crença de quem julga, mas se o resultado, o conteúdo proposicional da decisão, reflete a conclusão racional que se pode alcançar a partir da prova enquanto resultado aportada ao processo.

Assim, o que é determinante não é a fórmula adotada a fim de representar o *standard* de prova, mas o conteúdo refletido nessa fórmula. É no conteúdo que se deve focar a atenção necessária a fim de evitar a vagueza característica das fórmulas que remetem ao estado subjetivo de quem julga. Logo, pouco importa se o *standard* restará representado pela fórmula prova além da dúvida razoável, alta probabilidade, altíssima probabilidade, e sim o que se pode entender de maneira minimamente objetiva como uma dúvida razoável, ou como alta ou altíssima probabilidade.

Em termos próximos ao que se propõe nesta investigação, Vasconcellos[121] sustenta que o problema do *standard* de "prova além da dúvida razoável" não

116. Ibid., p. 264.

117. Mesmo autores que propõem mais de um *standard* para o processo penal, alertam sobre os cuidados a se tomar com as confusões que podem surgir com uma proliferação excessiva de standards. Neste sentido, FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. cit., 2021, p. 205.

118. Nesse sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2019, p. 247; PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2020, p. 253.

119. FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. cit., 2021, p. 29.

120. Ibid., p. 29.

121. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Op. cit., 2020, p. 51-52.

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

está necessariamente na fórmula, mas na falta de definição de seu conteúdo, o que permitiria a sua adoção no processo penal brasileiro sem maiores percalços. A fim de superar essa indefinição, sugere basicamente que: 1) sua definição se dê a partir de critérios objetivos e racionais; 2) se parta da imposição de que todos os elementos da hipótese incriminatória, penal ou processualmente relevantes para o processo, estão a cargo da acusação; 3) a hipótese incriminatória seja capaz de explicar os fatos comprovados no processo; 4) comprovada a hipótese incriminatória a partir do acervo probatório, ela deve resistir a eventuais explicações alternativas amparadas em provas efetivamente produzidas, que configurariam o que se deve tomar por "dúvida razoável".

Ainda, em termos próximos ao que se propõe aqui, Badaró[122] sugere a adoção de um *standard* de prova alternativo à "prova além da dúvida razoável". Segundo defende, um *standard* de prova deve seguir, em resumo, os seguintes parâmetros: 1) deve haver existência de elementos de prova que confirmem com elevadíssima probabilidade a imputação formulada pela acusação; 2) não deve haver elemento de prova que aponte para possibilidade diversa de qualquer das proposições fáticas que integrem a acusação.

Os *standards* em questão atendem, em alguma escala, às exigências de objetividade impostas pela presunção de inocência[123], haja vista que retiram, em diferentes medidas, da esfera exclusiva do arbítrio do julgador, os elementos necessários para fins de reconhecimento da culpabilidade em matéria penal.

Não obstante, a fixação de um *standard* probatório para fins de condenação para o processo penal, uma vez levado em consideração o conteúdo fundamental da presunção de inocência, ou seja, a proteção do processo enquanto instrumento de cognição apto a formar a culpabilidade necessária para desconstrução da inocência fixada pela norma, não pode fechar antecipadamente o contraditório, limitando as hipóteses defensivas aptas a gerar dúvidas no julgador – sejam elas no plano penal, sejam no plano processual – àquelas amparadas em elementos de prova efetivamente introduzidos no processo, sob pena de se incorrer no risco de atribuir indevidamente cargas probatórias à defesa, invertendo-se, assim, a lógica da presunção de inocência e fazendo prevalecer a presunção de culpabilidade.

122. BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2019, p. 259.

123. É preciso levar em consideração que a objetividade alcançada nunca afastará por completo algum grau de subjetividade por parte de quem julga.

4.1. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um standard *probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista*

A tese central com a qual se trabalha nesta investigação é no sentido de que a relação entre prova e presunção de inocência, para além de exigir um critério minimamente objetivo de suficiência probatória, afastando o arbítrio judicial tomado em seu sentido autoritário, não é compatível com qualquer *standard* de prova. A formulação de um *standard* de prova, ainda que minimamente objetivo, não é capaz, por si só, de assegurar o conteúdo fundamental da presunção de inocência no sentido de que culpabilidade e inocência não concorrem em igualdade no processo enquanto atividade cognitiva. A inocência é fixada pela norma e sua desconfiguração só se dá com a construção lícita de um resultado baseado nas provas, capaz de excluir outras hipóteses plausíveis acerca da imputação.

Assim, *standards* probatórios como os mencionados no tópico anterior, os quais exigem que as hipóteses alternativas tenham amparo em provas efetivamente produzidas, incorrem no risco de atribuir à defesa cargas probatórias e inverter a lógica imposta pela presunção de inocência em favor da presunção de culpabilidade.

O problema de *standards* nesse sentido é que partem de um certo otimismo quanto à epistemologia judiciária, deixando de lado aspectos relevantes da estruturação do sistema penal brasileiro e que não podem ser ignorados quando se pensa no controle do arbítrio judicial.

Com efeito, a definição de *standards* de prova não pode deixar de levar em conta o caráter contextual da decisão judicial. Neste sentido, Ferrer Beltrán[124] destaca que, embora duas decisões compartilhem o mesmo *standard* de prova, elas podem não compartilhar a mesma justificativa do ponto de vista epistêmico, uma vez que isso depende do conjunto probatório disponível e da informação que ele agrega. Só o avanço do procedimento e a incorporação de todos os dados a fim de serem submetidos ao contraditório podem satisfazer os *standards* de prova mais exigentes. Essa conclusão se mostra compatível com o que se desenvolve nesta investigação. Não obstante, é ela que permite concluir que as estruturas normativas do Código de Processo Penal e da Constituição da República, contrapondo presunção de culpabilidade e presunção de inocência, impõem um *standard* de prova rígido para fins de condenação no processo penal brasileiro e não qualquer *standard* de prova, como propõe Ferrer Beltrán.

Com efeito, o otimismo da epistemologia judicial quanto ao contexto de investigação não se mostra compatível com os moldes da investigação preliminar

124. FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. cit., 2021, p. 102-103.

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

definidos no Código de Processo Penal e o peso que exercem em um arquétipo de processo essencialmente autoritário e incompatível em diversos aspectos com a Constituição da República tanto do ponto de vista político quanto normativo.

Na epistemologia judicial, há um certo consenso quando se pensa nas características de um bom investigador. Haack[125], procurando contrapor a relação entre o investigador e o advogado, assevera que a tarefa daquele se diferencia da deste em função de sua obrigação de ser isento e desinteressado, ao passo que a atividade do advogado daria ênfase à seleção de provas favoráveis a seus argumentos e ignoraria aquelas que os contrariassem. Em suma, quem procura dados probatórios que apenas confirmem uma conclusão já formada não está realmente investigando[126]. Assim, um investigador sério seria aquele mais exaustivo, menos parcial e mais honesto[127].

Epistemólogos também convergem no sentido de que essas características se situam bem mais no plano do ideal que do real, o que se torna ainda mais complexo quando se transpõem esses pressupostos da epistemologia geral a uma epistemologia aplicada, como a que se pretende no processo judicial. Neste sentido, Haack[128] termina por admitir que a distinção entre investigação e advocacia se torna um tanto turva.

Se observada com atenção, a própria ideia de um investigador imparcial, especialmente no contexto da investigação que dá amparo ao início da persecução penal, se mostra contraditória. Como bem observa Badaró[129], quem investiga, justamente por engendrar esforços no sentido de uma hipótese explicativa de fatos, compromete-se com esta. A honestidade estaria na atitude de abandonar aquelas hipóteses que não se mostram compatíveis com a hipótese inicial[130].

Desse modo, a formulação de um *standard* probatório para o processo penal brasileiro precisa ser um pouco menos otimista quanto às possibilidades de *standards* probatórios pensados a partir de uma epistemologia judicial cuja pretensão seja de fato o controle do arbítrio sobre as decisões em matéria penal e o respeito à operatividade da presunção de inocência enquanto direito fundamental.

125. HAACK, Susan. Epistemologia legalizada: ou verdade, justiça e o jeito americano. In: HAACK, Susan. *Perspectivas pragmáticas da filosofia do direito*. Trad. André de Godoy Vieira e Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2015. p. 154.

126. Ibid.

127. HAACK, Susan ¿Qué hay de malo en la ciencia orientada al litigio? In: HAACK, Susan. *Filosofía del derecho e de la prueba*: perspectivas pragmatistas. Trad. Carmen Vásquez. Madrid: Marcial Pons, 2020. p. 280.

128. Ibid., p. 154

129. BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2019, p. 148.

130. Ibid., p. 149.

Assim, é preciso ter em conta que toda a estrutura normativa existente é no sentido de que a investigação preliminar à propositura da ação penal se dá em função da parte acusadora e não de forma desinteressada. A isso, se deve somar a ausência de regulamentação da investigação defensiva no ordenamento jurídico brasileiro. Logo, fixar um *standard* probatório cuja exigência quanto às hipóteses favoráveis à defesa encontrem amparo em provas efetivamente introduzidas no processo pode implicar o fechamento antecipado do contraditório acerca de pontos capazes de influenciar o resultado da decisão, além de alterar a lógica de distribuição de risco de erro entre as partes, cujo referencial deve ser a presunção de inocência.

Desse modo, a definição de um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro precisa levar em conta estes dois requisitos normativos que interagem entre si. O conteúdo de um *standard* para fins de condenação, portanto, não pode ser tal a ponto de fechar antecipadamente o contraditório acerca de questões relevantes para o desfecho do caso penal, pois, do contrário, atribuiria ao acusado no processo penal o ônus de provar alegações plausíveis em seu favor, ainda que estas não possam ser refutadas pelo conjunto probatório existente, o que, em última instância, nada mais é que operar a partir da lógica da presunção de culpabilidade do Código de Processo Penal de 1941 e anular a operatividade da presunção de inocência constitucionalmente assegurada.

Convém observar que a concepção de contraditório enquanto elemento estruturante da categoria processo é incompatível com a noção vaga e superficial do Código de Processo Penal de 1941, amparada na mera bilateralidade dos atos processuais. O contraditório deve ser compreendido, sob o prisma constitucional, como a possibilidade de influenciar concretamente o resultado da decisão. Assim, não é facultado ao decisor e tampouco ao legislador se amparar em *standards* de prova que permitam desconsiderar hipóteses plausíveis e capazes de configurar uma dúvida razoável justamente por não ser refutada pelo conjunto probatório produzido.

Na epistemologia, a plausibilidade de uma hipótese deve ser avaliada a partir das generalizações e leis científicas sobre o mundo, consideradas fatos notórios[131]. A transposição desse conceito para uma epistemologia aplicada, como a que se pretende no processo penal, entretanto, pode não representar de maneira fidedigna o que se pode entender como uma hipótese plausível. Assim, a plausibilidade de uma hipótese há de ser avaliada a partir da atuação do sistema penal e de suas características. No caso brasileiro, portanto, o autoritarismo que permeia sua atuação não pode ser desconsiderado.

131. FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. cit., 2021, p. 223.

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

Um exemplo corriqueiro da atuação do sistema penal a partir de suas estruturas autoritárias ilustra bem os efeitos que um *standard* mais fraco, que desconsidere uma hipótese em função da inexistência de prova de alguma alegação, pode gerar na decisão e como deve ser analisada a plausibilidade. Imagine-se um inquérito policial instaurado mediante suposto flagrante por tráfico de drogas em que os principais dados probatórios são o auto de apreensão da droga e o respectivo laudo de constatação, bem como os testemunhos dos policiais condutores do flagrante. Suponha-se, ainda, que desde o início o investigado alegue em seu favor que a droga não fora encontrada em sua residência e que o flagrante fora forjado pelos policiais, o que afastaria a ocorrência do ilícito em si, ou que os policiais teriam invadido sua residência sem qualquer ordem judicial, o que, dependendo das circunstâncias, poderia tornar as provas obtidas ilícitas.

Em ambas as situações seria demasiado otimismo supor que a estrutura normativa e prática da investigação criminal no Brasil permitiria ao investigado colher dados probatórios que pudessem dar sustentação a suas alegações. Considerando que a produção probatória em contraditório se resume à reprodução das provas colhidas na fase investigativa e que a própria legislação processual penal permite a condenação com base em provas colhidas na investigação[132], o que há de se indagar é se o *standard* probatório para fins de condenação no processo penal poderia excluir a hipótese defensiva de antemão, já que esta só influenciaria de fato o resultado se houvesse algum elemento, ainda que frágil, de prova, assim como o que levaria uma hipótese como tal a ser tomada como plausível.

Há de se começar pela plausibilidade das hipóteses defensivas mencionadas. Assim como é certo que nem todos os policiais se prestariam a forjar um flagrante ou a mentir sobre a autorização para entrar na residência de alguém suspeito de tráfico, supor que alguns o fariam diante da realidade autoritária do sistema penal não parece uma hipótese absurda. Não obstante, tomar este critério como determinante a fim de se avaliar a plausibilidade de uma hipótese defensiva pode redundar no subjetivismo e no arbítrio judicial que desde o início se quer afastar. Assim, a plausibilidade de uma hipótese deve ser considerada a partir da capacidade do Estado, enquanto condutor principal da investigação, de angariar elementos de prova capazes de infirmá-la. Não seria, portanto, desarrazoado, esperar do Estado que modificasse o panorama da investigação nos crimes de tráfico, exigindo-se para fins de exclusão da hipótese alternativa apresentada pela defesa a apresentação de

132. Art. 155 do CPP: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

dados como registros em imagem ou mesmo de testemunhas – além dos próprios policiais – capazes de infirmá-la.

Os exemplos poderiam se avolumar. É certo que em determinadas situações, como aquelas em que a hipótese alternativa se refere à ausência de dolo em determinados tipos penais como estelionato ou descaminho, por exemplo, a produção probatória por parte do Estado a fim de contrapô-la se torna um tanto complexa. Isso, entretanto, não coloca em xeque o que se defende nesta investigação quanto a *standards* de prova, pois a construção dos tipos penais pelo legislador infraconstitucional em seu anseio punitivo não pode subverter a lógica imposta pela presunção de inocência fixada constitucionalmente. Se a capacidade investigativa e probatória do Estado é reduzida em função da complexidade do tipo penal, o que deve ser repensado é o próprio tipo penal ou a forma de proteção do bem jurídico escolhida pelo Estado[133] e não o instrumento constitucional de proteção contra o arbítrio estatal.

Assim, uma vez reconhecida a plausibilidade de uma hipótese, a exigência de que esta esteja amparada – ainda que a partir de níveis de exigência mais baixos – em dados probatórios efetivamente introduzidos pode implicar o fechamento antecipado do contraditório, compreendido como a capacidade dos interessados no provimento final de influenciar a conclusão de quem julga[134], tornando inoperante a própria presunção de inocência em sua vertente de julgamento, pois exclui-se da defesa a capacidade de gerar dúvidas plausíveis ou razoáveis, caso se queira manter a tradicional fórmula da "dúvida razoável". Para além disso, *standards* probatórios formulados a partir deste referencial, terminam por atribuir cargas probatórias à defesa incompatíveis com a presunção de inocência constitucionalmente assegurada, posto que retiram do Estado a obrigação de comprovar a culpabilidade em um patamar de exigência probatória elevado, ou seja, que esteja de acordo com a distribuição de riscos de erro imposta pela presunção de inocência.

Definidas essas premissas, um ponto importante a ser levado em conta é se as hipóteses alternativas devem ser excluídas independentemente de alegação defensiva

133. Esse parece ser o ponto ignorado quando se pensa em boa parte da tipificação relacionada à violência de gênero. Mesmo que se tomasse como verdadeiro o discurso penal de proteção de bens jurídicos, amparado na tipificação primária e secundária de condutas, os tipos e a quantidade de penas impostas em condutas como ameaça, injúria, vias de fato, lesão corporal etc. tornam questionável a necessidade de se reduzir *standards* de prova quando são comparados com o sistema de medidas cautelares, protetivas e de segurança existentes.

134. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006. p. 118-121.

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

ou se precisam ser efetivamente apresentadas pela defesa. Neste sentido, Ferrer Beltrán[135] formula o que entende ser um *standard* de prova rígido, cujo enunciado aponta para um alto grau de exigência probatória. De acordo com este *standard*, além da necessidade de as provas existentes darem conta da hipótese formulada por quem acusa e de confirmarem as predições sobre novos dados que essa mesma hipótese permita formular, as demais hipóteses explicativas dos fatos e compatíveis com a inocência do acusado devem ser refutadas, desde que não se trate de meras hipóteses *ad hoc*, independentemente de terem sido sustentadas ou não pela defesa. Um *standard* menos rígido que este dependeria justamente da formulação de hipótese alternativa pela defesa do acusado.

É neste ponto que a dimensão político-moral da definição de um *standard* para fins de condenação no processo penal brasileiro ainda poderia ficar a cargo do legislador infraconstitucional. Não obstante, esta escolha não pode se dar alheia à realidade do direcionamento da atuação do sistema penal e da discrepância entre as estruturas públicas de persecução e defesa penal. Assim, enquanto não estruturada adequadamente uma instituição pública de defesa similar àquela destinada à persecução penal, o *standard* probatório para fins de condenação não pode exigir que as hipóteses alternativas tenham sido efetivamente apresentadas pela defesa.

Fixadas essas premissas, um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro ancorado na presunção de inocência e no contraditório deve levar em consideração que: a) toda a carga da prova relativa à culpabilidade e à legitimidade da atuação estatal na formação do conjunto probatório incumbe à acusação; b) a carga da prova resta preenchida quando as hipóteses acusatórias, sejam elas relativas à culpabilidade ou à legitimidade do conjunto probatório, forem capazes de explicar todos os dados probatórios existentes e de resistir, amparadas nestes dados, a hipóteses explicativas compatíveis com a inocência do acusado ou com a ilegitimidade da atuação estatal, sob pena de a dúvida implicar a absolvição ou a ilegitimidade da atuação estatal; c) o *standard* de prova para fins de condenação penal restará preenchido, portanto, quando a hipótese acusatória for capaz de explicar de maneira coerente o conjunto probatório legitimamente construído e de afastar hipóteses compatíveis com a inocência do acusado, ainda que não tenham sido efetivamente apresentadas pela defesa.

Formulado nestes termos e a partir dos pressupostos indicados, o *standard* de prova para fins de condenação não incorre no risco de atribuir de forma indevida cargas probatórias à defesa, tampouco impõe uma distribuição dos riscos de erro incompatível com a presunção de inocência constitucionalmente assegurada, já

135. FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. cit., 2021, p. 209.

que mantém um elevado padrão de exigência probatória – inclusive quanto à legitimidade do conjunto probatório – para fins de condenação na esfera penal.

É certo, contudo, que tais exigências por si sós não afastam por completo alguma margem de subjetividade no julgamento do caso penal. Seria exagerada pretensão um sistema no qual a objetividade fosse levada ao extremo, sem contar os riscos que propostas neste sentido apresentam, como aquelas relacionadas a padrões matemáticos de suficiência probatória ou ao uso de robôs em julgamentos penais. Como dito antes, o autoritarismo, enquanto experimento político e jurídico tem a seu favor a facilidade de não ser fiel a uma perspectiva teórica, mas de adaptar-se conforme suas necessidades.

5. Conclusão

A investigação desenvolvida teve como escopo principal oferecer elementos para a construção de um *standard* de prova para fins de condenação no processo penal brasileiro alinhado à presunção de inocência constitucionalmente assegurada.

É possível afirmar que a presunção de inocência torna obrigatória a definição de um *standard* probatório para o processo penal brasileiro, pois, se não se sabe quando a prova é suficiente ou não para a condenação, resta de pouca importância definir previamente que, na dúvida, as pessoas devem ser absolvidas.

Definir um *standard* aplicável ao processo penal brasileiro, embora seja uma opção político-moral, como se costuma sustentar, também é uma opção normativa e que precisa estar de acordo com a escolha adotada de antemão pelo legislador constituinte no sentido de que deve haver uma assimetria entre as responsabilidades probatórias atribuídas à defesa e à acusação ao fixar a presunção de inocência enquanto eixo normativo da atuação do sistema penal.

Ademais, enquanto elemento normativo, um *standard* de prova não pode fechar antecipadamente o contraditório, exigindo que hipóteses favoráveis à defesa só tenham relevância para o deslinde do caso penal quando existentes elementos que as corroborem.

Assim, um *standard* probatório para o processo penal brasileiro compatível com a presunção de inocência e o contraditório deve levar em consideração que: a) toda a carga da prova relativa à culpabilidade e à legitimidade da atuação estatal na formação do conjunto probatório incumbe à acusação; b) a carga da prova resta preenchida quando as hipóteses acusatórias, sejam elas relativas à culpabilidade ou à legitimidade do conjunto probatório, forem capazes de explicar todos os dados probatórios existentes e de resistir, amparadas nestes dados, a hipóteses explicativas compatíveis com a inocência do acusado ou com a ilegitimidade da atuação estatal, sob pena de a dúvida implicar a absolvição ou a ilegitimidade da atuação estatal;

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

c) o *standard* de prova para fins de condenação penal restará preenchido, portanto, quando a hipótese acusatória for capaz de explicar de maneira coerente o conjunto probatório legitimamente construído e de afastar hipóteses compatíveis com a inocência do acusado, ainda que não tenham sido efetivamente apresentadas pela defesa.

6. Referências bibliográficas

ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentação jurídica*. Trad. Claudia Roesler. Curitiba: Alteridade, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Ed. RT, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

BETTIOL, Giuseppe. La regola "in dubio pro reo" nel diritto e nel processo penale. *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Padova, n. 15, p. 241-254, 1937.

DIAMOND, Henry A. Reasonable doubt: to define, or not to define. *Columbia Law Review*, v. 90, n. 06, p. 1716-1736, oct. 1990.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. 10. ed. Madrid: Trotta, 2016.

FERRER BELTRÁN, Jordi. La carga dinámica de la prueba: entre la confusión y lo innecesario. In: NIEVA FENOLL, Jordi; FERRER BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro J. Contra la carga de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2019.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Los estándares de prueba en el proceso penal español. In: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima: Grijley, 2016.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegômenos para uma teoria sobre os *standards* probatórios: o *test case* da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). *Altos estudos sobre prova no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2020.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción*: estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. In: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima: Grijley, 2016.

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

GHIARA, Aldo. Presunzione di innocenza, presunzione di 'non colpevolezza' e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della corte costituzionale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, anno 17, p. 72-81, gennaio-marzo 1974.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso III*: el proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal. Madrid: Marcial Pons, 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

HAACK, Susan. Epistemologia legalizada: ou verdade, justiça e o jeito americano. In: HAACK, Susan. *Perspectivas pragmáticas da filosofia do direito*. Trad. André de Godoy Vieira e Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2015.

HAACK, Susan. ¿Qué hay de malo en la ciencia orientada al litigio? In: HAACK, Susan. *Filosofía del derecho e de la prueba*: perspectivas pragmatistas. Trad. Carmen Vásquez. Madrid: Marcial Pons, 2020.

ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bologna: Zanichelli, 1979.

KEANE, Adrian; MCKEOWN, Paul. Time to abandon "beyond reasonable doubt" and "sure": the case for a new direction on the criminal standard and how it should be used. *Criminal Law Review*, n. 6, p. 505-527, 2019.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, v. 2, n. 3, p. 19-115, 2017.

LAUDAN, Larry. Una breve réplica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, p. 151-156, 15 nov. 2005. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.14198/doxa2005.28.12].

LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*: un ensayo sobre epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. I.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de *standards* probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 165-188, jun. 2019.

LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

MATIDA, Janaina. *Standards* de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. In: CALDAS, Diana Furtado; ANDRADE, Gabriela Lima; RIOS, Lucas P. Carapiá (Orgs.). *Arquivos da resistência*: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova "para além de toda dúvida razoável" no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 221-248, jun. 2019.

MCCAULIFF, Catherine. Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence, or constitutional guarantees? *Vanderbilt Law Review*, v. 35, p. 1293-1335, nov. 1982.

MENDES, Paulo de Sousa. *Causalidade complexa e prova penal*. Coimbra: Almedina, 2018.

MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ejea, 1961.

MONAGHAN, Nicola. *Law of evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise da sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. Presunção de inocência, *standards* de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). *Crise no processo penal contemporâneo*: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2020.

RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. *Quaestio Facti: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, Madrid, n. 1, p. 201-246, 2020. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i2.22535].

REIS, André Wagner Melgaço. Desmistificando alguns dogmas do processo penal (verdade real, certeza absoluta e "in dubio pro reo"). Em defesa de um novo paradigma: a probabilidade e o *standard* de prova para condenação no processo penal (*standard beyond* a *reasonable doubt* – além da dúvida razoável). *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 14, n. 84, p. 80-97, jun.-jul. 2018. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/ index.asp?codigo_sophia=145890]. Acesso em: 24.09.2020.

RIBEIRO, Gustavo. The case for varying standards of proof. *San Diego Law Review*, v. 56, p. 161-220, 2019.

STELLA, Federico; GALAVOTTI, Maria Carla. L'otre il ragionevole dubbio come standard probatorio: le infondate divagazioni dell'epistemologo Laudan. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 48, n. 3, p. 883-937, jul.-set. 2005.

TARUFFO, Michele. Casi una introducción. In: NIEVA FENOLL, Jordi; FERRER BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro J. *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. II.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Standard* probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, p. 1-26, 2020. Disponível em; [www.scielo.br/ pdf/rdgv/v16n2/2317-6172-rdgv-16-02-e1961.pdf]. Acesso em: 22.08.2020. http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201961.

WHITEMAN, James Q. *The origins of reasonable doubt*: theological roots of the criminal trial. New Haven: Yale University Press, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

7. Referências jurisprudenciais

BRASIL. STF, AgRg em HC 149.694, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2019. *DJ* 06.11.2019.

BRASIL. STF, APn 470, TP, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17.12.2012, *DJ* 22.04.2013.

BRASIL. STF, APn 676, 1ª T., rel. Min. Rosa Weber, j. 17.10.2017, *DJ* 06.02.2018.

BRASIL. STF, ARE 1.067.392, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26.03.2019, *DJ* 02.07.2020.

BRASIL. STF, Inq. 2.036, TP, rel. Min. Carlos Britto, j. 10.11.2004, *DJ* 19.11.2004.

BRASIL. STF, Inq. 2.969, TP, rel. Min. Dias Toffoli, j. 19.05.2011, *DJ* 18.08.2011.

BRASIL. STF, Inq. 4.657, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15.10.2018, *DJ* 14.08.2018.

BRASIL. STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 1352118, 6ª T., rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 08.09.2020, *DJ* 14.09.2020.

BRASIL. TRF-3, ACrim 0003870-12.2015.4.03.6110, 11ª T., rel. Des. Nino Toldo, j. 06.08.2020, *E-DJF3* 08.09.2020.

BRASIL. TRF-4, ACrim 5000299-32.2014.4.04.7119, rel. Des. Márcio Antônio Rocha, *DE* 25.02.2016.

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13655658].



PESQUISAS DO EDITORIAL



Áreas do Direito: Penal; Processual

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência, de Tarsis Barreto Oliveira, Vinicius Pinheiro Marques e Alessandro Hofmann Teixeira Mendes – *RBCCrim* 198/241-261;
- Criminalidade econômico-financeira complexa, presunção de inocência e *standard* de prova, de Diogo Malan e Flávio Mirza – *RBCCrim* 185/201-236;
- Dados pessoais no processo penal: tutela da personalidade e da inocência diante da tecnologia, de Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Morais, Leonardo Augusto Marinho Marques e Jamilla Monteiro Sarkis – *RBCCrim* 190/117-156;
- Execução antecipada da pena: inflexões argumentativas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de Ney de Barros Bello Filho, Claudia Rosane Roesler e Guilherme Gomes Vieira – *RBCCrim* 199/239-276; e
- O presente e o possível futuro dos *standards* probatórios no Processo Penal Brasileiro: necessidade de se pensar criticamente a sua utilização pelos Tribunais Superiores, de Luísa Walter da Rosa – *RBCCrim* 201/197-226.

D., A. A. Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um *standard* probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 143-185. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13655658].

Acordo penal e Estado Democrático de Direito: limites e possibilidades de modelos de resolução alternativa para o caso penal

Penal agreement and Democratic Rule of Law: limits and possibilities of alternative resolution models for criminal cases

Elmir Duclerc[1]
Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil.
elmir.duclerc@gmail.com

Gabriel Vianna Fernandez[2]
Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil.
gabrielfernandezadv@gmail.com

Ana Luisa Leão de Aquino Barreto[3]
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
analuisalabarreto@gmail.com

1. Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá-RJ. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Promotor de Justiça do MPBA.
   Currículo Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3306637869298105].
   ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-4902-0048].
   E-mail: elmir.duclerc@gmail.com
2. Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal do Estado da Bahia (UFBA). Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2018). Licenciado em História pela Universidade Federal da Bahia (2011). Integrante do Núcleo de Estudos sobre Sanção Penal (Nesp). Professor e advogado.
   Currículo Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3919247702213585].
   ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-2251-9754].
   E-mail: gabrielfernandezadv@gmail.com
3. Doutora em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Mestra em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2017). Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2014). Integrante do Grupo Clandestino de Estudos em

Duclerc, Elmir; Fernandez, Gabriel Vianna; Barreto, Ana Luisa Leão de Aquino. Acordo penal e Estado Democrático de Direito: limites e possibilidades de modelos de resolução alternativa para o caso penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 187-215. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13653847].

Recebido em: 12.09.2023
Aprovado em: 07.03.2024
Última versão dos autores: 25.03.2024

DOI: [10.5281/zenodo.13653847].

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O artigo propõe um diagnóstico crítico dos avanços e retrocessos decorrentes do advento do acordo de não persecução penal, instituto introduzido pela Lei Anticrime, bem como procura compará-lo com outros mecanismos processuais de barganha penal, considerando aspectos relacionados ao momento processual a ser proposto, as infrações em que seria cabível, os requisitos legais estabelecidos, efeitos e rescindibilidade. Dessa comparação procura-se densificar a análise sobre o instituto e sobre modelos de resolução alternativa do caso penal, bem como extrair-se certas diretrizes gerais para um modelo geral ou mecanismo único de negociabilidade, em âmbito penal, que seja adequado ao Brasil, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, e que bem podem servir para embasar a interpretação das normas que tratam do instituto, bem como para orientar futuros esforços de reforma do processo penal brasileiro.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal – Justiça Penal Negocial – Processo Penal – Lei Anticrime.

Abstract: The paper carries out a critical diagnosis of the advances and setbacks arising from the advent of the institute of "criminal non-prosecution agreement", introduced by the Anti-Crime Law, as well as seeks to compare it with other procedural mechanisms of criminal bargaining, considering aspects related to the procedural moment to be proposed, the infractions in which it would be applicable, the established legal requirements, effects and termination. This comparison seeks to densify the analysis of the institute and models of alternative resolution of criminal cases, as well as to extract certain general guidelines for a general model or single mechanism of negotiability, in the criminal sphere, that is suitable for Brazil, in perspective of the Democratic Rule of Law, and which may well serve to support the interpretation of the norms that deal with the institute, as well as to guide future efforts to reform the Brazilian criminal process.

Keywords: Non-Persecution Agreement – Negocial Criminal Justice – Criminal Procedural Anticrime Law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os requisitos legais dos institutos de solução alternativa do caso penal. 2.1. Requisitos relativos à viabilidade da acusação (e da futura punição). 2.2. Requisitos relativos aos tipos de crimes. 2.3. Requisitos subjetivos e de política criminal. 3. As condições legais para a solução alternativa do caso penal e sua crítica. 4. Efeitos e rescindibilidade. 5. Natureza das medidas. 6. Momento processual. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

Controle, Cidade e Prisão. Professora e advogada. Currículo Lattes: [http://lattes.cnpq.br/5007704375133339].

ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-3358-8843].

E-mail: analuisalabarreto@gmail.com

1. Introdução

A Lei 13.964/2019 (pacote anticrime), como se sabe, introduziu profundas modificações na legislação penal, processual penal e de execução penal pátrias, com o fim declarado de "aperfeiçoar" essa mesma legislação[4].

Passando ao largo das críticas de fundo que foram merecidamente dirigidas ao pacote (inclusive a essa inusitada e declarada pretensão), o fato é que a nova legislação introduziu profundas mudanças na disciplina jurídica da ação penal pública, marcadamente com a nova redação do art. 28 e com a introdução do art. 28-A, que instituiu e regulou o chamado acordo de não persecução penal (ANPP). Desde então, autoras/es do campo processual penal de orientação crítica e garantista têm empreendido esforços para, a partir do ponto de vista crítico em relação ao sentido político-criminal e jurídico-penal da nova legislação, construir perguntas e propor pistas para uma interpretação da nova disciplina jurídica.

Analisando-se a literatura produzida sobre o tema e as alterações promovidas pelo pacote anticrime, já se pode observar uma preocupação com questões relacionadas ao impacto da reforma em termos de degradação/fortalecimento do sistema acusatório e da independência funcional dos membros do Ministério Público, bem como da própria principiologia da ação penal.

Mas, ainda que as ditas questões se façam presentes neste trabalho (pelo menos como pano de fundo), o que nos interessa examinar é a necessária delimitação do espaço que o ANPP terá doravante que dividir com outros tantos institutos que, desde pelo menos a entrada em vigência da Lei 9.099/1995, vêm mudando paulatinamente a feição do sistema de justiça penal, aprofundando os espaços de negociação, que significam, quase sempre, renúncia a determinadas garantias fundamentais em troca de sanções mais brandas aos acusados ou mesmo investigados. Procura-se problematizar qual será o espaço ocupado pelo ANPP, bem como seus

4. Chamamos à atenção para a noção de "função declarada", pois o Pacote Anticrime, originalmente apresentado pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro, veio em um contexto de acirramento de expropriações trabalhistas operadas pelo governo de Jair Bolsonaro. Nesse sentido, Roorda, Matos e Barreto (2019, p. 30-31) apontam que: "Os repetidos processos de expropriação e precarização da força de trabalho, assim, são acompanhados por legislações punitivas que, ao fim, buscam ocultar ideologicamente o conflito social radicalizado e disciplinar as massas para a sua nova condição (...). O Pacote 'Anticrime', entre outras nuances, parece cumprir exatamente este papel na atual conjuntura política brasileira. Se a nova regulação do mercado de trabalho não apenas brasileiro, mas mundial, é marcada pelo desmantelamento de redes de solidariedade e proteção social e pela precarização do trabalho (...), a nova legislação traz disposições 'grotescas e terroristas' que tendem a intensificação do processo de grande encarceramento".

Duclerc, Elmir; Fernandez, Gabriel Vianna; Barreto, Ana Luisa Leão de Aquino. Acordo penal e Estado Democrático de Direito: limites e possibilidades de modelos de resolução alternativa para o caso penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 187-215. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13653847].

limites e possibilidades, especialmente quanto contraposto aos demais institutos de barganha processual que já se encontram presentes no arcabouço jurídico-processual brasileiro[5].

Com isso, busca-se contribuir – a partir de uma análise crítica dos institutos negociais penais previstos na legislação brasileira – a já consolidada literatura sobre o tema que visa à problematização do manejo da justiça negocial na seara criminal e os impactos disso. Assim, muito mais do que encontrar os limites entre cada um desses institutos, importa confrontá-los com os princípios fundantes do direito processual penal, enfrentar possíveis superposições e contradições, e teorizar sobre ditas semelhanças, como elementos comuns à construção (ou até mesmo ao reconhecimento) de uma espécie de modelo único de solução alternativa aos processos de criminalização que seja compatível com a constituição de 1988 e com os documentos internacionais de Direitos Humanos.

A dogmática jurídica tem como horizonte funcional oferecer paradigmas decisórios para as agências jurídicas, especialmente ao poder judiciário, que torne racional e previsível o exercício dos poderes que lhes são outorgados. Uma reflexão crítica no campo da dogmática deve ser explícita quanto ao seu direcionamento político, de modo a ocupar a posição de barreira de contenção frente ao exercício do poder punitivo (ZAFFARONI et al., 2003, p. 170). Por outro lado, não pode guardar inocência quanto ao comprometimento do judiciário na manutenção do *status quo*, através da expansão seletiva (e racialmente orientada) do poder punitivo[6]

5. A principal semelhança entre os institutos anteriormente referidos, sem dúvida, é que em todos eles se supõem a possibilidade de uma resolução do caso penal sempre mais branda do que seria ordinariamente esperado, à luz do que está previsto para as condutas criminalizadas na Parte Especial do Código Penal e em todas as demais leis que criam figuras delitivas. Falar em "resolução do caso penal" não se confunde com a promoção de uma solução efetiva para o conflito eventualmente relacionado ao caso penal. Chamamos a atenção para tanto por entender que no processo penal não há uma preocupação com a resolução/restauração da situação conflitiva, mas uma preocupação em verificar se estão presentes ou não as condições para se aplicar uma punição contra o réu. Destacamos, ainda, que a transação penal embora não necessariamente ofereça esta solução mais branda para o caso concreto, tem como seu maior atrativo a isenção dos efeitos acessórios da condenação penal (ex.: perda do *status* de primariedade), além de poupar o acusado do desgaste com o próprio processo.

6. Sobre a temática da cumplicidade do poder judiciário com o genocídio negro em curso: FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 02, p. 1211-1237, 2020; FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula. Roteiros previsíveis: racismo e justiçamento no Brasil. *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, Ano 3, n. 08, p. 8-10, 2020.

Duclerc, Elmir; Fernandez, Gabriel Vianna; Barreto, Ana Luisa Leão de Aquino. Acordo penal e Estado Democrático de Direito: limites e possibilidades de modelos de resolução alternativa para o caso penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 187-215. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13653847].

e da legitimação de práticas violentas e arbitrárias operadas pelas agências policiais (MATOS; BARRETO, 2020).

Diante disso, além da função pautadora decisória (ZAFFARONI, 1991), assume-se aqui que a dogmática jurídica pode (e deve!) cumprir uma tarefa de "constrangimento racional", servindo de esteio à denúncia dos (des)caminhos jurisprudenciais, que dissociam a atuação judiciária da proteção dos direitos fundamentais e garantias constitucionais.

Tem-se como pressuposto de construção do raciocínio empreendido, não somente a observância da completude lógica e compatibilidade legal (e constitucional) dos enunciados jurídicos propostos, mas também uma atenção especial aos dados da realidade como condição de possibilidade da aplicação do direito, evitando, contudo, incorrer no recorrente vício metodológico de confusão entre os planos normativo e ôntico[7].

Esse norteamento teórico é precondição de um discurso jurídico que se proponha efetivo, pois tem como ponto de partida uma forte preocupação com o déficit histórico existente entre as funções declaradas e latentes dos institutos penais e processuais penais objeto de estudo[8].

Mais especificamente em relação às "novidades" negociais de processo penal – que possuem longa história no direito anglo-saxão, cumprindo um papel bastante questionável no sistema penal dos países que lhe adotam como regra[9] –, tem-se um especial cuidado para denunciar (e não ceder a) à latente pressão para transformar, cada vez mais, esses institutos em meros instrumentos de abreviação eficientista do procedimento penal.

7. Essa confusão é a causa de proposições como "a pena serve para a ressocialização" ou "o judiciário exerce um poder contramajoritário", como se de fato o fossem, no campo ontológico, quando, no máximo, seria possível afirmar que essas são funções deontológicas atribuídas, seja à pena, seja ao judiciário.
8. Toma-se aqui como inspiração o trabalho de Vera de Andrade, centrado mais especificamente nas promessas não cumpridas pela própria dogmática penal. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal*: em busca da segurança jurídica prometida. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, 1994.
9. Essa questão tem sido objeto de estudo de diversas/os autoras/es que apontam como o sistema de barganha estrutura o expansionismo racista no contexto do sistema penal norte americano. Nesse sentido ver, por exemplo: ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação*: racismo e encarceramento em massa. São Paulo: Boitempo, 2018; NATAPOFF, Alexandra. *Punishment without crime*. New York: Basic Books, 2018; DAVIS, Angela J. *Arbitrary justice*: the power of the American prosecutor. New York: Oxford University Press, 2007; DAVIS, Angela J. (editor). *Policing the Black Man*: arrest, prosecution and imprisonment. New York: Pantheon Books, 2017.

Por outro lado, partindo de uma interpretação sistêmica do nosso ordenamento, que inadmite apenamento sem o devido processo, acompanhado das garantias penais e processuais penais arroladas no célebre rol de postulados axiomáticos do garantismo penal[10], interessa-nos explorar os potenciais de resolução realmente alternativa do caso penal – quando isso não signifique mera fraude de cifra, a escamotear uma nova forma de *pain delivery*[11].

Para a consecução da proposta deste artigo, o estudo dos institutos negociais vigentes no nosso ordenamento jurídico-penal será empreendido de forma analítica, considerados seus requisitos, condições, efeitos e rescindibilidade, momento processual de ocorrência e natureza jurídica, com as devidas considerações de ordem crítica e propositiva feitas a partir destes atravessamentos, que culminarão na colheita de alguns elementos de intuição para a construção de um modelo de resolução alternativa dos casos penais.

2. Os requisitos legais dos institutos de solução alternativa do caso penal

A legislação processual penal brasileira atual é composta de alguns institutos que propõe resoluções alternativas do caso penal, sendo eles a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal (ANPP). Para facilitar a visão das principais características e eventuais diferenças e aproximações entre os institutos formulamos um quadro analítico que faz uma apresentação suscinta deles.

Os requisitos que caracterizam cada um dos institutos foram organizados em três categorias distintas: requisitos relativos à viabilidade da acusação (e da futura da punição), ao tipo de infração penal que admite a solução alternativa ao caso penal e, por fim, aos requisitos subjetivos e aspectos que chamamos (com alguma impropriedade) de "político-criminais".

10. Sobre o modelo garantista e seus axiomas: FERRAJOLI. Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 73-76. Sobre as relações tático-estratégicas entre as diversas acepções de direito penal mínimo e um projeto político emancipatório: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Seqüência*, no 52, p. 163-182, jul. 2006.

11. Essa expressão é utilizada por Nils Christie (1981) para aproximar ao máximo o fenômeno de distribuição de penas à "entrega de uma mercadoria" (*delivery of a commodity*), chamando atenção para a banalização asséptica do fenômeno penal na sociedade do capitalismo industrial.

		Transação Penal	Acordo de Não Persecução Penal	Suspensão Condicional do Processo
Fonte normativa		**Art. 76 da Lei 9.099/1995**	**Art. 28-A, CPP**	**Art. 89 da Lei 9.099/1995**
Requisitos	Relativos à viabilidade da acusação (e futura punição):	Não ser o caso de arquivamento.	Não ser o caso de arquivamento.	Não ser o caso de arquivamento (porque junto com a denúncia).
	Relativos ao tipo de crime.	Infração de menor potencial ofensivo, exceto crimes militares e de violência doméstica.	Sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, exceto violência doméstica ou familiar, ou contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor e casos de transação penal.	Pena mínima menor ou igual a um ano, exceto crimes militares e violência doméstica.
	Requisitos subjetivos e político-criminais (propriamente requisitos).	Primariedade; Não ter sido o agente beneficiado com transação nos últimos 05 anos; Conduta social, antecedentes e personalidade, motivos e circunstâncias do crime indicarem ser necessária e suficiente a medida.	Não ser o investigado e não haver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; Confissão formal e circunstanciada; Ser a medida considerada necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime; Não ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo.	Primariedade; Inexistência de processo em curso; Requisitos do *sursis* (art. 77, CP): acrescenta-se: culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício.

Fonte: elaboração própria.

Cada um desses requisitos foi devidamente abordado e destrinchado nos subtópicos a seguir, delineando-se o que compreendemos por cada uma dessas categorias e como elas se aplicam a cada um dos institutos analisados.

2.1. Requisitos relativos à viabilidade da acusação (e da futura punição)

A "viabilidade da acusação" é um requisito que se encontra expresso em relação à transação penal (art. 76, *caput*, da Lei 9.099/1995) e ao ANPP (art. 28-A, *caput*, do CPP). Quanto à suspensão condicional do processo, o requisito deve ser presumido da regra do art. 89, *caput*, da Lei 9.099/1995, quando estabelece que deve ser proposta no momento do oferecimento da inicial acusatória.

É preciso destacar, quanto a esse requisito, um esforço garantista das normas que o instituem, em cada caso, na medida em que se prestam a evitar que os eventuais investigados ou acusados se vejam impelidos a aceitar a proposta (o que sempre implicará algum prejuízo jurídico), em casos os quais, evidentemente, uma acusação regular não prosperaria, isto é, nas hipóteses previstas nos arts. 395 e 397, do CPP. Embora esse requisito pareça "óbvio" à primeira vista, é importante destacar que na prática advocatícia em juizados criminais, a análise da viabilidade da acusação é pouco observada antes do oferecimento da transação[12].

Por outro lado, as normas exigem uma atuação proativa do juiz da causa, que ao se deparar com uma proposta dessa espécie, deve contar com instrumentos legais para interromper a atividade persecutória e deferir à liberdade do investigado ou acusado a mais abrangente e eficiente proteção. Pontuamos tal questão sem deixar de reconhecer que a atuação concreta do judiciário é marcada pela (re)produção de práticas violentas e racialmente orientadas que contribuem com a produção e reprodução do racismo em nossa sociedade (FLAUZINA; PIRES, 2020).

No que se refere à suspensão condicional do processo, a solução aparentemente já estaria dada, uma vez que, como regra, ela acompanha a denúncia, que deverá, portanto, ser simplesmente rejeitada, nos termos do art. 395, do CPP, antes mesmo de dar ao acusado ciência da acusação e da proposta. Ocorre, entretanto, que

12. Essa prática parece refletir, de forma ainda mais agudizada, a pouca atenção destinada pelo poder judiciário ao momento de admissibilidade da ação penal, especialmente em relação ao dever de fundamentação das suas decisões. Ilustra bem este comentário a prática, recorrente na era dos processos físicos, de recebimento das acusações por meio de meros "carimbos", objeto de estudo de: LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A inconstitucionalidade do carimbo (ou da necessidade de fundamentação do juízo de admissibilidade positivo da acusação)*. Monografia (bacharelado) – Universidade Federal do Paraná, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2008.

os motivos do arquivamento envolvem também aquelas situações que resultariam não exatamente em rejeição liminar da inicial, mas em absolvição sumária, previstas no art. 397, do mesmo texto normativo, e o momento da absolvição sumária é posterior à citação e à apresentação da resposta à acusação e, portanto, à oportunidade que tem a defesa para dizer se aceita ou não a suspensão. Nada impede, contudo, que o juiz absolva sumariamente o acusado já no primeiro ato[13], ou, pelo menos, postergue o aceite ou a recusa da suspensão para momento posterior à decisão que recusa a absolvição sumária[14].

Em relação à transação penal, dispõe o art. 76, §§ 3º e 4º, da Lei 9.099/1995 que, aceita a proposta pela defesa, o juiz deve decidir sobre sua homologação. Não há, contudo, qualquer determinação expressa sobre o que deve fazer o juiz caso não a homologue, quando, por exemplo, o Ministério Público propuser a transação num caso de atipicidade material da conduta, por insignificância. A solução mais adequada seria que, a partir de um olhar garantista sobre a questão, antes mesmo de colher o aceite/recusa do investigado, o juiz simplesmente concedesse a ordem de *habeas corpus* de ofício para determinar o trancamento do procedimento persecutório[15], em decisão que fará coisa julgada, inclusive, se fundada em algum dos incisos do art. 397, do CPP.

No que se refere aos ANPPs, o art. 28-A, § 8º, estatui que "recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia". Sobre isso, é necessário sublinhar, uma vez mais, que embora tenha a lei condicionado expressamente o ANPP aos casos em que a acusação é viável, não oferece solução para a hipótese de o Ministério Público fazer uma proposta mesmo sem base

13. Como já se escreveu, "Ademais, também não parece fazer muito sentido que o acusado (como quer o art. 397) só possa ser absolvido sumariamente depois de ter sido citado. Ora, se o juiz já puder exarar um decreto absolutório à vista do que consta no inquérito policial, por que misteriosa razão não poderá fazê-lo na oportunidade do art. 395? Só porque o acusado ainda não foi citado? E se o juiz absolver, que espécie de nulidade pode resultar daí, se não haverá prejuízo a quem quer que seja? Pode-se dizer, portanto, que fixar este momento para a absolvição sumária é tão sem sentido quanto limitar a decisão de rejeição da inicial a um momento anterior à citação" (DUCLERC, Elmir et al., 2020, p. 272).
14. Disponível em: [www.conjur.com.br/2009-mar-26/suspensao-condicional-ocorrer-depois-defesa-preliminar]. Acesso em: 10.03.2021.
15. Chamamos de procedimento persecutório, aqui, a própria propositura do acordo de não persecução penal, porque entendemos que, malgrado o próprio nome do instituto, não há como ignorar a sua mal disfarçada natureza persecutória, uma vez que pode sujeitar o acusado a uma pena criminal.

alguma para a denúncia. Sinaliza-se apenas com a devolução para complementação das investigações, sem atentar para o fato de que, em muitos casos, o retorno dos autos à Delegacia de Polícia, ou a própria complementação das investigações pelo MP pode ser totalmente inútil. Também aqui, a solução deve ser a mesma referida no parágrafo anterior: *habeas corpus* de ofício para trancar o procedimento persecutório.

2.2. Requisitos relativos aos tipos de crimes

O segundo grupo de requisitos estabelece regras que permitem identificar a que infrações penais cada um dos institutos são aplicáveis. Para todos eles, estão excluídas as infrações compreendidas no conceito de violência doméstica contra a mulher e as infrações da competência da Justiça Militar[16].

Em trabalhos anteriores, Elmir Duclerc (2020) já expôs à crítica essas limitações no âmbito da transação penal e da suspensão condicional do processo, que em tudo se aplicam aos acordos de não persecução penal, mas o que nos interessa observar, para os fins desse artigo, é que ditas restrições revelam uma (des)orientação político-criminal que, paradoxalmente, acredita na pena como forma de proteção bens jurídicos e, ao mesmo tempo, ignoram a ideia de proporcionalidade e apostam no efeito meramente simbólico do Direito Penal, uma vez que as agressões ao mesmo bem jurídico, com a mesma intensidade, receberão respostas distintas, como parte das políticas públicas de combate à desigualdade de gênero[17].

Partindo do pressuposto de que as consequências jurídicas da aplicação de quaisquer dos institutos em debate configuram potencial imposição de pena, em sentido material, a exclusão dos autores de crimes militares e de gênero do escopo

16. No caso da transação penal e da suspensão condicional, a exclusão dos crimes militares decorre do texto do art. 90-A da Lei 9.099 e as situações de violência doméstica contra a mulher por força do art. 41 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

17. Cabe destacar, entretanto, que embora formalmente a lei preveja respostas distintas, estudos empíricos apontam que em casos envolvendo violência doméstica, é baixíssimo o número de condenações. De acordo com o Anuário Soteropolitano de Prática Penal da DPE-Ba (2014), que acompanhou todos os todos os autos de prisão em flagrante enviados à Defensoria Pública do Estado da Bahia, na comarca de Salvador, a partir do ano de 2011, após 3 anos de acompanhamento apenas 11,97% dos processos nas Varas de Violência Doméstica haviam sido concluídos (p. 23), sendo que não houve entre esses nenhum registro de condenação (p. 28). De acordo com o Levantamento de Informações Penitenciárias (2017), ainda, os casos de lesão corporal em situação de violência doméstica (art.129, § 9º, do Código Penal), por exemplo, representavam apenas 0,6% dos delitos pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento (p. 44).

Duclerc, Elmir; Fernandez, Gabriel Vianna; Barreto, Ana Luisa Leão de Aquino. Acordo penal e Estado Democrático de Direito: limites e possibilidades de modelos de resolução alternativa para o caso penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 187-215. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13653847].

negocial parece revelar um fetiche pelo provimento condenatório e pelos efeitos acessórios da condenação penal, que "justificaria" a busca da sua punição nos moldes tradicionais. Seguindo a mesma lógica, é possível afirmar que o próprio processo criminal figura implicitamente como pena adicional[18], que não pode ser subtraída dos autores desses crimes específicos.

Além dessas restrições, quase totalmente compartilhadas entre os três institutos, podemos observar também que todos eles sofrem limitações decorrentes da quantidade de pena abstratamente prevista para as infrações penais, de tal sorte que: a) para as infrações com pena igual ou superior a 04 anos, não cabe qualquer dos institutos; e b) para as demais, temos um quadro que merece ser exposto no esquema a seguir:

Sem grave ameaça ou violência contra a pessoa	Pena *mínima* < 4 e > que 1 ano	Pena *máxima* ≤ 2 anos	Caberia penas a transação penal.
		Pena *máxima* > 2 anos	Caberia apenas o ANPP.
	Pena *mínima* < 4 e < que 1 ano	Pena *máxima* ≤ 2 anos	Caberia a transação e a suspensão condicional.
		Pena *máxima* ≤ 2 anos	Cabe o ANPP e a suspensão condicional.

18. Nesse sentido, encontramos a seguinte reflexão em Ferrajoli (2002, p. 587-588): "Aqui estamos obviamente nos casos de patologia judiciária. Mas de uma patologia que assinala a possibilidade de fazer uso do processo como escopo de punição antecipada, ou de intimidação policialesca, ou de estigmatização social ou de persecuções políticas, ou por todos estes motivos conjuntamente. Em todos os casos, além de cada intenção persecutória em relação ao suspeito, é indubitável que a sanção mais temida na maior parte dos processos penais não é a pena – quase sempre leve ou não aplicada –, mas a difamação pública do imputado, que tem não só a sua honra irreparavelmente ofendida mas, também, as condições e perspectivas de vida e de trabalho; e se hoje pode-se falar de um valor simbólico e exemplar do direito penal, ele deve ser associado não tanto à pena mas, verdadeiramente ao processo e mais exatamente à acusação e à amplificação operada sem possibilidade de defesa pela imprensa e pela televisão. Desta forma retomou-se nos nossos dias a antiga função infamante da intervenção penal que caracterizou o processo penal pré-moderno, onde a pena era pública e o processo corria em segredo. Apenas que a berlinda e o colar de ferro hoje foram substituídos pela exibição pública do acusado nas primeiras páginas dos jornais ou na televisão, e isto não após a sua condenação, mas após a sua incriminação, ainda quando o imputado é presumido inocente".

Com violência ou grave ameaça contra a pessoa	Pena *mínima* < 4 e > que 1 ano	Pena *máxima* ≤ 2 anos	Caberia apenas a transação penal.
		Pena *máxima* > 2 anos	Não caberia nenhum dos institutos.
	Pena *mínima* < 4 e > que 1 ano	Pena *máxima* ≤ 2 anos	Cabe a transação penal e a suspensão condicional do processo.
		Pena *máxima* ≤ 2 anos	Caberia apenas a suspensão condicional do processo.

Fonte: elaboração própria.

Como se vê, teremos que conviver com um alto e desnecessário nível de complexidade para definir de que instituto lançar mão, sem falar nas superposições e violações à proporcionalidade que podem surgir, sobretudo quando nos depararmos com a diversidade de requisitos político criminais e condições previstos para cada um deles.

2.3. Requisitos subjetivos e de política criminal

O terceiro grupo de requisitos refere-se a elementos subjetivos e de política criminal. Chamamos de "requisitos subjetivos" aqueles relacionados à pessoa do acusado, e dão conta de caracteres exigidos do possível beneficiário da solução negocial. Juntamente a esse critério, tem-se aqueles designados, com alguma impropriedade, de requisitos de *política criminal.* Isso porque, num sentido mais abrangente, todos os demais grupos de requisitos acabam também refletindo decisões políticas legislativas sobre como deve o Estado reagir em face de determinadas condutas delituosas mais ou menos graves. O que distingue este específico conjunto de critérios, contudo, é que, dentro dos espaços (bem ou mal) delimitados de atuação dos três institutos, confere-se aos operadores jurídicos o *status* de verdadeiros formuladores de política-criminal, na medida em que, dentro de certos limites, serão chamados a decidir se a saída alternativa, naquele caso concreto, é uma boa solução para o caso penal, considerando fatores mais ou menos objetivos que estão sempre relacionados às circunstâncias do crime ou ao mérito pessoal do investigado ou acusado.

Observamos, inicialmente, que, para todos os institutos, a lei escolheu alguns marcadores objetivos, de fácil aferição, cuja ausência inviabiliza a resolução alternativa do caso penal, todos estes ligados à pessoa destinatária da proposta negocial: primariedade (para a transação e suspensão condicional); inexistência de transação penal nos últimos cinco anos (para uma nova transação ou para o ANPP); inexistência de suspensão condicional nos últimos cinco anos

(para o ANPP); inexistência de processo em curso (para a suspensão condicional); confissão formal e circunstanciada (para o ANPP)[19].

Além desses elementos, que simplesmente impedem o gozo dos benefícios pelos acusados, em todos os institutos, com pequenas variações, a sua concessão está ainda condicionada a um juízo subjetivo de conveniência e oportunidade político-criminal, tais como "motivos e circunstâncias do crime, conduta social, antecedentes, personalidade do acusado/investigado".

Muito já se discutiu sobre alguns dos requisitos anteriores, sobretudo questionando sua compatibilidade com princípios como o da cláusula *ne bis in idem* (quanto à primariedade), do estado de inocência (quanto aos antecedentes e à existência de processo criminal em curso) e da necessária separação entre direito e moral (quanto à conduta social e à personalidade do agente)[20]. Além disso, é também questão central os elementos sociorraciais indissociavelmente ligados a esses elementos. O juízo subjetivo aqui será pautado por estereótipos criminais orientados por elementos de raça, classe, gênero etc., o que certamente impactará naqueles sujeitos que farão jus (ou não) ao acordo de não persecução[21].

19. Sobre a confissão, importante destacar, que o campo processual crítico já vem construindo uma densa crítica a esse requisito. Elmir Duclerc e Lucas Matos (2022) destacam a necessidade de que tal exigência seja afastada "para que o instituto se revista minimamente de constitucionalidade", pois importaria em violação ao devido processo legal. Em sentido similar, Saulos Mattos (2020) aponta como na estrutura inquisitorial do processo penal brasileiro a confissão se confunde com a "máxima obtenção da verdade", em um sistema de justiça que "esquece-se de questionar como foi obtida essa confissão" (p. 13). No caso do ANPP, isso seria ainda mais grave de acordo com o autor "por não haver chances para o uso de outras provas, seja para refutar ou confirmar a informação trazida na confissão" (p. 13), lembrando ainda que em um eventual descumprimento do ANPP e início do processo criminal, o juiz de instrução estaria contaminado por saber que, anteriormente (por se tratar de uma exigência para a sua realização), o réu já teria confessado o crime.
20. Em artigo analisando os discursos mobilizados pelo judiciário baiano quando da análise das circunstâncias do art. 59, CP, em sentenças de tráfico de drogas aplicadas em mulheres, Daniel Fernandes, Débora Moreno e Gabriel Fernandez (2020, p. 151-182) puderam constatar como os marcadores de primariedade/antecedentes, conduta social e personalidade do agente são mobilizados de forma genérica, superficial, atécnica e preconceituosa, em clara adesão à uma ideologia de guerra as drogas, violadora de direitos e garantias fundamentais.
21. Sobre como essas questões orientam a atuação judicial, ver, por exemplo: ALVES, Dina. Rés negras, juízes brancos: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. *Revista CS*, 21, p. 97-120, Cali, Colombia: Facultat de Derecho e Ciencias Sociales, Universidade Icesi, 2017; ADORNO, Sérgio. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 43, p. 45-63, 1995; LIMA, Renato. Atributos raciais no funcionamento do sistema de justiça criminal paulista. *Revista São Paulo em Perspectiva*, n.18, p. 60-65, 2004; FLAUZINA, Ana; PIRES,

O esforço de crítica, como se sabe, tem esbarrado na interpretação conservadora dos tribunais, mas isso não significa que devamos abdicar dele, na expectativa de que novos e bons ares hermenêuticos renovem a jurisprudência pátria. Em relação ao acordo de não persecução penal, contudo, é necessário dizer que, além de incorrer na mesma violação ao princípio do estado de inocência, possui fórmula excessivamente aberta e arbitrária, ao permitir que seja negado o direito a uma solução alternativa com base em "elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional"[22].

Para além das críticas mais ou menos conhecidas, é necessário chamar atenção, aqui para o alto grau de discricionariedade que ainda resta nas mãos dos operadores jurídicos que, mesmo em face da presença dos requisitos objetivos, ainda "podem" *negar* a saída alternativa sob o argumento de que esta não é "suficiente e necessária à reprovação e prevenção do delito"[23].

Thula. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. *Revista Direito e Práxis,* Rio de Janeiro, v. 11, n. 02, p. 1211-1237, 2020.

22. Chamemos a atenção para o fato que no "Pacote Anticrime" original apresentado pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro havia um tópico intitulado "Medidas para dificultar a soltura de criminosos habituais" em que se previa que "Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que está envolvido na prática habitual, reiterada ou profissional de infrações penais" deveria denegar *a priori* a possibilidade de liberdade provisória. Além do absurdo de formalizar a noção de uma "prisão preventiva obrigatória" – embora na prática as estatísticas oficiais nos mostram que a prisão antes da condenação é mais a regra que a liberdade –, o pacote ainda promovia o resgate da noção de "criminoso habitual" indissociável historicamente do indivíduo "perigoso", noções tão caras ao positivismo criminológico. O indivíduo perigoso, sabemos, é aquele que deve ser "neutralizado" e o estereótipo da periculosidade tem a raça como elemento central. Refletindo sobre tal questão Barreto e Romão (2019, p. 108) apontam que: "As condições de desumanização dos corpos negros conformam um eixo central para trabalhar a reprodução de desigualdades estruturais pelos atores jurídicos (JAMES; AMPARO-ALVES, 2017; ROMÃO, 2019). Neste cenário, estigmas corporais, como tatuagens, posturas, linguajar, penteados, podem ser utilizados como critérios que atestem a prática habitual de delitos ou a associação a uma organização criminosa. Ou seja, podem ser encarados como formas de comprovação da 'periculosidade' desses sujeitos".
23. Além do problemático recurso às funções atribuídas à pena, importante frisar que a prática judiciária, ancorada em argumentos teóricos de matiz autoritário, tende a encarar a atuação ministerial de competência discricionária tal como se lhe fosse um direito subjetivo, exercido em forma de faculdade, desacompanhada da necessária motivação do ato, bem como de referência a elementos empíricos que lhe justificariam. Sobre a deslegitimidade das funções atribuídas à pena e a necessidade de uma dogmática jurídica ancorada em elementos da realidade: ZAFFARONI, E. Raúl. Em busca das penas perdidas (...). Sobre critérios de atuação de agentes públicos em situações jurídicas de competência discricionária: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

Duclerc, Elmir; Fernandez, Gabriel Vianna; Barreto, Ana Luisa Leão de Aquino. Acordo penal e Estado Democrático de Direito: limites e possibilidades de modelos de resolução alternativa para o caso penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 187-215. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13653847].

3. As condições legais para a solução alternativa do caso penal e sua crítica

A escolha de condições legais impostas ao investigado/a para que os institutos dos quais estamos tratando produzam o efeito pretendido de viabilizar uma solução mais benéfica para o caso penal, também é caracterizada pela discricionariedade. A questão não fica, portanto, restrita aos requisitos tratados no tópico anterior.

Aqui ficam bastante evidentes os riscos de superposições e distorções (à luz do princípio da proporcionalidade) já observados relativamente aos requisitos, como podemos perceber comparando os institutos nesse aspecto, o que pode ser visualizado no quadro a seguir:

	Transação Penal	**Acordo de Não Persecução Penal**	**Suspensão Condicional do Processo**
Fonte normativa	**Art. 76 da Lei 9.099/1995**	**Art. 28-A, CPP.**	**Art. 89 da Lei 9.099/1995**
Condições	Submeter-se diretamente a multa/restrição de direitos.	"Cumulativa e alternativamente": Reparação/restituição, exceto na impossibilidade; Renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; Prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do CP; Prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45, do CP, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou outra indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.	Reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; Proibição de frequentar determinados lugares; Proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; Comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar atividades; Outras especificadas pelo juiz desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

Fonte: elaboração própria.

Não há como enfrentar o tema das condições para as formas de solução alternativa do caso penal sem pôr em questão, logo de partida, a sua compatibilidade com o princípio do devido processo legal, uma vez que permite, em alguns casos, que o investigado aceite antecipadamente uma pena restritiva de direitos/multa, abrindo mão de realizar sua defesa em processo regular. A discussão, como se sabe, não é nova: foi inaugurada com a entrada em vigência da Lei 9.099/1995, em torno da transação penal, mas está ainda em pauta, graças essa tendência recente de importação deformada e acrítica de categorias negociais do processo penal estadunidense.

É bem verdade que a própria Constituição, no art. 98, II, prevê a possibilidade de transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo, razão pela qual parte da doutrina já defendeu que estaríamos, na realidade, diante de uma ressalva constitucional ao devido processo legal.

Entretanto, é importante lembrar que, em que pese a Carta Magna faça referência à transação, em nenhum momento autoriza o tratamento que lhe foi dado pela Lei 9.099/1995, ao permitir que alguém se submeta a uma pena criminal renunciando a suas garantias processuais fundamentais[24]. Aliás, a própria Lei 9.099/1995 instituiu também, com a suspensão condicional do processo, um mecanismo negocial que possibilita uma resolução possivelmente mais branda do caso penal sem violação ao princípio do devido processo legal, já que as condições a que o acusado deve se submeter, como se pode observar anteriormente, não têm natureza declarada de sanção penal[25].

---

24. Como já se escreveu: "a) o sistema acusatório continental não se confunde com o processo penal do *common law*, ainda que tenha sido *alargado* por ele; b) o processo penal do *common law* e o sistema acusatório continental partem de distintas concepções de verdade, o que repercute diretamente no valor que se deve atribuir às garantias processuais, no segundo caso; c) o nosso regime constitucional de direitos fundamentais não admitiria a renúncia a garantias, nem mesmo para o fim de conceder *benefícios;* d) a irrenunciabilidade desta base mínima de direitos guarda relação direta com seu papel estratégico de resistência, em face de um sistema de punição historicamente disposto à preservação de uma ordem social injusta, tomando como exemplo, aliás, a explosão seletiva da população carcerária, havida nos EUA, com o incremento deste modelo de solução de demandas penais" (grifos do original) (DUCLERC, Elmir et al., 2020, p. 297-298).
25. Muito embora, diferentemente da transação penal, não se fale em aplicação de pena decorrente de suspensão condicional do processo, as condições impostas ao "beneficiário" deste instituto podem, sim, configurar-se como pena, em sentido material. Veja-se, por exemplo, as proibições de não frequentar determinados lugares e não ausentar da comarca sem previa autorização do juiz, que além de implicar na restrição do direito de ir e vir, constituem-se em clara modalidade de interdição de direitos (ou seja, uma das hipóteses de pena restritiva de direitos, conforme art. 43, V, CP), com sentido neutralizante/preventivo.

O ANPP, como também se vê no quadro acima, parece ter reunido e incorporado, com um ligeiro *face lift,* as mesmas condições dos institutos anteriores, como uma espécie de síntese, e por isso e merece, as mesmas críticas anteriormente dirigidas à transação penal, com uma diferença crucial: ao contrário do que ocorre com o instituto da Lei 9.099/1995, não se pode de forma alguma dizer que a o instituto se sustenta em alguma ressalva constitucional ao devido processo legal.

Além disso, observe-se que, enquanto a transação penal exige como única condição a sujeição imediata a uma pena, as condições previstas para o ANPP incluem outras tantas que podem ser aplicadas de forma alternativa, donde se depreende que a solução do caso penal num caso mais grave pode acabar ficando mais branda do que aquela prevista para uma infração de menor potencial ofensivo, até mesmo uma contravenção penal.

É bem verdade que, nos termos do que dispõe o art. 28-A, do CPP, as condições do ANPP também podem ser aplicadas cumulativamente, o que permite, em situação diametralmente oposta à do parágrafo anterior, que o acusado acabe se submetendo a duas sanções de natureza penal, tenha que abdicar de patrimônio e ainda se sujeitar a outra condição "indicada pelo Ministério Público", que fará as vezes de legislador, usando sua criatividade para encontrar alguma que seja "proporcional" e "compatível" (?) com a infração atribuída ao investigado. Não é sem razão imaginar, inclusive, que essa condição, criativamente indicada pelo Ministério Público, venha a incluir algum tipo de ajuda do investigado na persecução penal de outros investigados, numa espécie de generalização da colaboração premiada para além dos limites dos crimes atribuídos a organizações criminosas.

Por fim, destacamos que a comparação dos três institutos põe em evidência a possibilidade de ampliar as alternativas de solucionar o caso penal sem necessariamente lançar mão da resposta punitiva (como já ocorria, por exemplo, com a suspensão condicional), como a reparação dos danos civis. No particular, aliás, a suspensão condicional e o acordo de não persecução penal são, inclusive mais benéficos do que a transação penal, que independe de qualquer reparação de danos, salvo nos casos de ação privada ou pública condicionada à representação. A própria regra do art. 28, V, do CPP, a par de abrir um grande espaço de discricionariedade ao Ministério Público, dando ensejo a distorções como a que cogitamos no parágrafo anterior, bem pode servir de porta de entrada a mecanismos de justiça restaurativa[26].

Potencialmente podem se configurar como pena outras condições especificadas a serem especificadas pelo juiz, no espaço discricionário aberto pelo § 2º do art. 89, Lei 9.099/1995.

26. Dito isso, destacamos que para a efetiva prática da justiça restaurativa seria necessário que a lei previsse a participação da vítima em algum momento do acordo de não persecução penal. Essa ausência, destaque-se, estrutura a própria lógica do direito penal moderno

4. Efeitos e rescindibilidade

No presente tópico seguimos comparando os institutos, a começar pelos efeitos previstos na Lei, para cada um deles, nos termos do quadro a seguir:

	Transação Penal	**Acordo de Não Persecução Penal**	**Suspensão Condicional do Processo**
Efeitos	Cumprimento de uma pena mais branda, sem efeitos civis ou reincidência, ao final.	Extinção da punibilidade, uma vez cumpridas as condições do ANPP (inclusive as que têm natureza penal).	Suspensão da atividade persecutória e extinção da punibilidade, escoado o prazo da suspensão sem revogação.
Rescindibilidade	Sem previsão legal. Jurisprudência determina: descumprida a condição, anulação do acordo, e oferecimento de denúncia.	Descumprida alguma condição, rescisão do ANPP e oferecimento de denúncia.	Descumprida alguma condição, retomada do curso normal do processo.

Fonte: elaboração própria.

Pode-se dizer que todos eles têm como horizonte uma tentativa de apresentar uma resolução alternativa ao caso penal, embora por caminhos significativamente diferentes. Há também importantes diferenças no tocante às consequências para o *status* do acusado ou investigado. No caso da transação penal, tem-se a extinção de uma pena, imposta por verdadeira sentença penal condenatória, que só não produz efeitos civis e reincidência por força de norma expressa nesse sentido. Na suspensão condicional do processo e no ANPP, ao contrário, o que se tem é apenas a extinção da punibilidade do processado ou investigado, sendo certo que, nesta última figura, o investigado pode se ver (nas hipóteses do art. 28-A, III) na curiosa situação de ter declarada "extinta a punibilidade" de um fato delituoso a ele imputado quando, na verdade, o que ocorre é a extinção da própria pena acordada, pelo seu cumprimento integral.

É bem verdade que, de um ponto de vista pragmático, as consequências são as mesmas: cumprida a pena (na transação) ou extinta a punibilidade (no ANPP),

que ao confiscar o conflito da vítima, substituída pelo poder punitivo centralizado e verticalizado, apenas mobiliza esta vítima como instrumento legitimatório desse sistema.

Duclerc, Elmir; Fernandez, Gabriel Vianna; Barreto, Ana Luisa Leão de Aquino. Acordo penal e Estado Democrático de Direito: limites e possibilidades de modelos de resolução alternativa para o caso penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 187-215. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13653847].

não haverá registro de antecedentes, salvo para impedir o gozo futuro de benefícios, e não se produzem efeitos civis. Mas há uma importante diferença na intensidade das reprimendas, uma vez que, para o ANPP (aplicável a crimes mais graves), a pena restritiva de direitos poderá ir, no máximo, a 2/3 da pena mínima cominada ao delito, enquanto para a transação ("aplicável a crimes de menor potencial ofensivo") não há qualquer limitação nesse sentido.

Além disso, há um efeito simbólico importante em favor dos investigados por crimes mais graves, uma vez que, no caso do ANPP, o cumprimento da pena fica (simbolicamente) disfarçado de cumprimento de condição, tanto que resulta não na extinção da pena, mas na extinção da punibilidade. Essas diferenças e distorções, relativamente aos efeitos, acabam repercutindo também no tratamento da rescindibilidade dos institutos sob análise.

Muito já se discutiu em doutrina e jurisprudência sobre as consequências para o descumprimento de uma pena restritiva de direitos imposta em face de transação penal, uma vez que a Lei 9.099/1995 não estabeleceu qualquer regra nesse sentido, mas hoje a questão está pacificada, jurisprudencialmente, no sentido de que a solução deve ser a rescisão da transação, nos termos da Súmula Vinculante 35 do STF, que determina o consequente oferecimento da denúncia, uma vez que seria impossível converter a pena em restritiva de liberdade, por absoluta falta de parâmetro para fazer essa conversão (como acontece, por exemplo, quando a pena restritiva de direitos é aplicada em caráter substitutivo, nos moldes do art. 44, do CP). A solução, contudo, está em clara rota de colisão com a ideia de coisa julgada, como consequência de qualquer sentença penal condenatória (ainda que decorrente de transação) e como obstáculo à atividade persecutória.

Aparentemente, no ANPP o que se pretendeu foi evitar essa discussão mediante um jogo de palavras, não se falando em "pena antecipada", mas em "condições". Ocorre que duas coisas não são iguais somente porque se lhes deu nomes diferentes, e permanece em pé, portanto, o problema relativo ao que fazer com um apenado (antecipadamente condenado) que descumpre sua pena restritiva de direitos. Mais uma vez, e no tocante aos efeitos, somente a suspensão condicional parece de fato oferecer uma solução alternativa ao caso penal que caiba dentro da Constituição de 1988.

5. Natureza das medidas

Todos os institutos aqui estudados propõem uma resolução alternativa para o caso penal, que importa em alguma redução antecipada e significativa das expectativas quanto à violência da resposta penal em condições "normais". A normalidade, por outro lado, decorre de um lugar comum que está na base de sustentação

ideológica dos sistemas de punição modernos, segundo o qual, para cada crime deve haver uma pena, fixada dentro dos limites máximo e mínimo estabelecidos em cada uma das figuras de delito[27].

Isso significa, portanto, que em todos esses casos o Estado, como titular do poder de punir, abdica desse poder em troca de algo, e esse é, no limite, o conteúdo comum a todos esses mecanismos de acordo penal. Aqui a nossa investigação se defronta com nada menos que uma teoria político-criminal dos fins (declarados) da pena e com as interessantes questões dogmáticas e críticas que inevitavelmente a acompanham.

Nessa perspectiva, é perceptível que todos os institutos operam segundo a lógica de que o Estado tem a tarefa de reprovar e prevenir o crime, mas que, em dadas certas circunstâncias (que incluem um certo comportamento do investigado/acusado), a melhor forma de atingir esse objetivo é responder com menos violência do que o previamente estabelecido.

De um ponto de vista crítico, essa lógica parece ir ao encontro das tendências político-criminais que de alguma maneira colocam entre parêntesis a própria eficácia da pena criminal como modelo de solução de conflitos, ou pelo menos a ideia de normalidade como sendo equivalente à necessária correspondência entre crime e pena[28]. Em contrapartida, aprofundam o poder discricionário concedido à burocracia penal para decidir quando e com que nível de violência punitiva responder ao crime, uma discricionariedade que já é muito alta, de partida, levando-se em

27. A naturalização da relação direta, imediata e inexorável entre crime e pena, ou melhor dizendo, entre a norma de comportamento (que impõe conduta omissiva em relação ao tipo criminalizado) e a norma-sanção (que habilita uma penalidade face a comissão delitiva), de forma a inviabilizar outras formas de pensar a justiça criminal é objeto de interessante reflexão pela teoria da racionalidade penal moderna. Nesse sentido, PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos estudos CEBRAP*, n. 68, p. 39-60, mar. 2004.

28. O diagnóstico da real função operativa ocupada por esses institutos negociais no nosso direito criminal foi objeto de grande debate entre nós, sem pretensão de conclusões definitivas. Registra-se aqui, portanto, possível conclusão diversa, na qual os institutos de resolução alternativa do caso penal estudados seriam instrumento de realização eficientista do poder punitivo estatal, voltados a operacionalizar as funções penais do Estado de forma rápida, desembaraçada, ainda que para isso seja necessário abdicar de parcela do poder punitivo potencialmente atrelado ao caso penal concreto. Por conseguinte, um sistema de resolução alternativa dos casos penais somente poderia conviver com o nosso plexo de direitos e garantias fundamentais, caso habilitasse consequências jurídicas não atreladas à realização dos fins tradicionalmente atribuídos à pena (intimidação, neutralização, ressocialização, reforço de valores abstratos e/ou retribuição), viabilizando a realização de tipo diverso de justiça para o caso penal (reparatória, restaurativa etc.).

Duclerc, Elmir; Fernandez, Gabriel Vianna; Barreto, Ana Luisa Leão de Aquino. Acordo penal e Estado Democrático de Direito: limites e possibilidades de modelos de resolução alternativa para o caso penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 187-215. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13653847].

conta a distância entre os limites máximo e mínimo de pena previstos para cada uma das figuras de delito, e a consequente amplitude de que dispõem os burocratas para decidir, considerando as circunstâncias do art. 59 do CP.

Por outro lado, se confrontarmos o referido art. 59 com os conjuntos de requisitos estabelecidos para cada um desses institutos, veremos uma lógica constante que privilegia aqueles indivíduos que estejam mais conformados a uma determinada moralidade, vale dizer, que estejam mais adequados a um determinado modelo de organização social, pouco importando a quantidade de dano que tenham efetivamente produzido[29]. Tal "moralidade" é orientada pela reprodução, legitimação e aprofundamento da seletividade racista e classista do sistema penal[30].

Esse objetivo de sujeição a um determinado modelo de sociedade se mostra ainda mais evidente quando se consideram as condições, vale dizer, aquilo que se exige em troca do acusado, em troca da redução das expectativas de punição, e que constitui o objeto do acordo celebrado entre as partes: a aceitação de uma pena menos violenta, implica a abdicação do próprio processo e a submissão a uma série de atos que, de uma forma ou de outra, significam sujeição a uma determinada moral, sob a atenta vigilância da burocracia estatal. Afora as cláusulas que exigem a reparação

29. É verdade que em alguns dispositivos encontramos referência expressa às circunstâncias e consequências do crime, mas a falta de critérios seguros para mensurar isso, em cada caso, acaba denunciando a função meramente retórica de tais expressões.

30. Sobre a seletividade do sistema penal, ver (além das referências na nota 27): BARRETO, Ana Luisa Leão de Aquino. Prisões cautelares e tráfico de drogas: um estudo a partir de processos judiciais nas varas de tóxicos em Salvador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 148/2018, p. 209-242, out. 2018; DUARTE, Evandro et al. Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos Policiais Militares nas Cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. In: FIGUEIREDO, I. S. de; BAPTISTA, G. C.; LIMA, C. do S. L. (Orgs.). *Pensando a segurança pública e direitos humanos*: Temas transversais. Brasília: Ministério da Justiça (SENASP), 2014. v. 5. p. 81-120; FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Corpo negro caído no chão. *O sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008; FREITAS, Felipe da Silva. A naturalização da violência racial: escravismo e hiperencarceramento no Brasil. *PERSEU*: *História, Memória e Política*, v. 1, p. 37-59, 2019; MATOS, Lucas V; BARRETO, Ana Luisa L. de A. Guerra às drogas e produção do espaço urbano: uma leitura socioespacial da criminalização do tráfico de drogas em Salvador-BA. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* v. 165, p. 245-271, 2020; REIS, Vilma. *Atucaiados pelo Estado*: as políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de Salvador e suas representações, 1991-2001. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2005; ROMÃO, Vinícius de Assis. *Entre a vida na rua e os encontros com a prisão*: controle urbano e audiências de custódia. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

do dano, que quase sempre esbarram na impossibilidade de fazê-lo, não se vê nenhuma preocupação a efetiva participação da vítima nos rumos do caso penal, seguindo esta apenas como um símbolo e fonte de legitimação ideológica para as decisões estatais.

Ao fim e ao cabo, revelam-se, também aqui, as funções reais do aparato punitivo, como mecanismo de sujeição e controle social de indivíduos que não se adéquem ou ofereçam perigo a um determinado modelo de sociedade, e manejado por um corpo de funcionários recrutados, treinados e regiamente remunerados para impor esse modelo à força.

Essa relação entre violência legítima e crime assenta, antes de tudo, em uma concepção hobbesiana de Estado, que penetra nos domínios da dogmática processual penal através de conceitos técnicos herdados da teoria do processo civil, grosseiramente adaptados. Assim, afirma-se comumente que o Estado detém o poder de violência legítima e, portanto, é titular de um suposto direito de punir em abstrato, que surge com a elaboração da lei penal e se concretiza quando da prática de um delito. Por força do princípio do devido processo legal e da separação dos poderes, esse direito só pode ser reconhecido e satisfeito mediante decisão jurisdicional. Daí se extrai a noção de pretensão punitiva e, de igual modo, a ideia de ação, como direito subjetivo público, autônomo e abstrato que legitima a atuação do órgão acusador a levar a juízo essa pretensão e lutar pelo seu acolhimento em juízo.

Sob essa perspectiva, portanto, qual seria a natureza jurídica de cada um desses conceitos? Com relação à transação e ao ANPP, abstraída a questão da constitucionalidade de uma pena antecipada sem processo, não resta dúvida de que estamos mesmo diante do exercício do poder de persecução penal do Estado, ainda que num patamar reduzido, com renúncia, portanto de carga acusatória (de pena privativa de liberdade para multa/restritiva de direitos). Mesmo no caso da suspensão, por outro lado, ou de um ANPP que não preveja penas como condições, ainda assim será necessário falar de ação penal, uma vez que as condições impostas, ainda que não tenham natureza penal, representam sempre algum prejuízo jurídico aos acusados/investigados, como verdadeiros substitutos funcionais da pena, mesmo porque, serviriam para prevenir e reprovar o crime.

A discussão sobre a "natureza jurídica" de institutos como os que estamos lidando também não é nova, mas remonta aos primeiros anos após a promulgação da Lei 9.099/1995, que não trazia nenhuma previsão sobre o que fazer quando, a despeito de estarem satisfeitos os requisitos legais, o MP não oferecesse ao acusado a transação penal ou a suspensão condicional. Essa omissão poderia ser suprida pelo juiz? Ou dependeria sempre de iniciativa do MP? Na tentativa de dar resposta a questões como essas, a doutrina tem recorrido à teoria do processo para dizer que, em tais casos, como se sabe, entre a ideia de direito subjetivo do acusado e faculdade

do MP (compreendida no direito de ação), vingou, majoritariamente, o segundo entendimento, aplicando-se, pois, analogicamente, o art. 28, do CPP, que mantém a palavra final nas mãos de órgão superior do MP, sob o argumento, inclusive, de que, no sistema acusatório, não caberia ao órgão judicante propor ou aplicar uma pena sem a iniciativa do órgão de acusação.

É preciso ter em mente, contudo, que o princípio do devido processo legal, que incorpora o sistema acusatório de processo é uma garantia da pessoa acusada de delito, e não pode militar contra o seu direito a uma solução mais branda do conflito criminalizado, quando presentes os requisitos que autorizariam a medida. Por essa razão, entendemos que o Poder Judiciário deverá sempre atuar para controlar os excessos acusatórios do MP, seja quando o ANPP proposto parecer leonino em relação ao acusado, seja quando simplesmente se recusar a admitir a solução mais benéfica ao acusado, sem qualquer necessidade de remeter os autos do procedimento ao órgão ministerial de 2º grau[31]. Por outro lado, haverá, aí sim, violação ao sistema acusatório, sempre que o juiz se recusar a homologar ou alterar diretamente alguma condição por considerar o ANPP muito brando. Aí sim estaríamos diante de uma situação que reclamaria a atuação de órgão revisor, no âmbito do MP, em vista do disposto no § 5º do art. 28-A, CPP.

6. Momento processual

Sob o momento processual em que cada instituto deverá ocorrer, é importante observar que todos os institutos supõem uma análise prévia quanto à viabilidade da persecução penal em juízo, já que só podem ser manuseados pelo MP se não for o caso de arquivamento, como visto anteriormente. A suspensão condicional, entretanto, se distingue positivamente das demais, uma vez que supõe uma segunda análise dessa viabilidade e por órgão imparcial, uma vez que a proposta do órgão persecutório só será submetida à consideração da defesa depois que a denúncia for formalmente recebida.

Ainda quando tratamos dos requisitos, ventilamos a possibilidade de trancamento do procedimento investigatório (para a transação e para o ANPP) ou de absolvição sumária (para os casos de suspensão condicional), como forma de impedir um ANPP temerário, por inviabilidade da atividade persecutória.

31. Ainda que apontemos isso, não deixamos de reconhecer, como já sustentado anteriormente, que o judiciário tradicionalmente ocupa uma importante função na reprodução do *status quo* e na (re)legitimação da atuação seletiva (sócio e racialmente orientada) do sistema penal.

Duclerc, Elmir; Fernandez, Gabriel Vianna; Barreto, Ana Luisa Leão de Aquino. Acordo penal e Estado Democrático de Direito: limites e possibilidades de modelos de resolução alternativa para o caso penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 187-215. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13653847].

Para além disso, contudo, é preciso ter em mente que, quanto mais esteja afirmada a viabilidade da acusação, tanto mais segurança terá o acusado para medir o risco de decidir, sob a coação (estrutural) da máquina persecutória, se deve renunciar ao processo para evitar um resultado futuro que pode ser pior ou melhor que as condições a que vai se submeter, caso aceite a barganha. Note-se que, do outro lado do balcão, o órgão de persecução não suporta risco algum, uma vez que, se o acusado não aceita a proposta, restará a ele a possibilidade de obter a condenação em processo regular. Em caso de absolvição, restará apenas a conclusão de que a persecução era mesmo inviável.

Assim, esse desequilíbrio estrutural entre os riscos suportados por decisões, a par de reforçar a desconfiança para com os institutos negociais penais, exigiria um modelo de barganha que permitisse ao acusado postergar a decisão até o limite, vale dizer, até mesmo após uma condenação definitiva, no curso do processo de execução. Conforme o tratamento legislativo que foi dado ao ANPP, inclusive, essa grave decisão deve ser tomada antes mesmo de uma acusação formalizada (sujeita aos requisitos do art. 41 do CPP). Dessa forma, a realização do ANPP somente após o oferecimento e o recebimento integral da inicial acusatória (art. 399, do CPP) talvez seja não apenas algo desejável, *de lege ferenda,* mas irrecusável, *de lege lata.*

Some-se a isso que a exigência legal de celebração do ANPP em momento anterior e como "alternativa" ao oferecimento da denúncia suscita, inevitavelmente, a questão dos limites temporais de que dispõe o MP para tanto. Isso porque, sendo certo que o órgão da acusação não pode postergar indefinidamente a decisão sobre denunciar ou celebrar o ANPP (por força do princípio da duração razoável do processo), e sendo certo, também, que o novo texto legal nada dispôs nesse sentido, a única regra a ser aplicada, no caso, é aquela prevista no art. 29, do CPP, que estabelece prazo de 05 ou 15 dias para o oferecimento da denúncia, estando o denunciado preso ou solto, respectivamente, sob pena de relaxamento da prisão e/ou oferecimento de queixa subsidiária por parte da vítima. Vale lembrar, ainda, que no momento processual previsto no art. 28-A o indiciado em inquérito policial, como regra, ainda não está devidamente assistido por defensor técnico. Sobretudo porque, como regra, são também indiciados pobres, dependentes, basicamente, dos serviços da Defensoria Pública, que, na maioria dos estados federados, simplesmente não dispõem de recursos para atender senão depois de uma acusação formal protocolada em juízo.

Em relação aos processos em curso, alcançados pela inovação legislativa, isso é ainda mais evidente. Logo após a entrada em vigência da Lei 13.964/2019, instaurou-se o debate sobre se seria possível aplicar o acordo de não persecução penal aos crimes cujos inquéritos e processos já estivessem em curso, ou mesmo àqueles casos que já estivessem em fase de execução. Afinal, uma norma que, mesmo

Duclerc, Elmir; Fernandez, Gabriel Vianna; Barreto, Ana Luisa Leão de Aquino. Acordo penal e Estado Democrático de Direito: limites e possibilidades de modelos de resolução alternativa para o caso penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 205. ano 32. p. 187-215. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13653847].

sediada no Código de Processo Penal, dispõe sobre modos mais brandos de resolução do caso penal, será sempre uma norma de natureza híbrida, que deve, portanto, retroagir em benefício daquele que suporta a atividade persecutória. Assim, a proposta deve ser oferecida mesmo em fase de execução, como uma espécie de substitutivo do livramento condicional, se for mais vantajoso. E se será assim para os crimes anteriores à mudança legislativa, não faz sentido, à luz do princípio da proporcionalidade, que fique restrita a eles.

A análise acerca dos institutos de solução alternativa do caso penal merece ser estendida, em trabalhos futuros, aos institutos da execução penal, e aos instrumentos de coação aplicados no curso do processo de conhecimento (prisões e medidas alternativas).

Segundo intuímos, uma tal observação talvez permita compreender as relações de simetria, continuidade e descontinuidade entre o processo penal de conhecimento (aí incluída a tutela cautelar) e o processo penal de execução e a funcionalidade dessas relações na imensa e violentíssima engrenagem de controle social que pode começar com uma abordagem policial e se estender para além do cumprimento integral de uma pena, se a morte não chegar antes.

7. Conclusão

Neste trabalho, tratamos de pontuar os avanços e retrocessos trazidos pelo acordo de não persecução penal, introduzido pela Lei 13.694/2019, aproximações e diferenças com outros instrumentos de justiça penal negocial, tentando extrair desse quadro normativo fragmentado e contraditório, algumas pistas na busca de um modelo geral de justiça penal compatível com as garantias constitucionais e com os documentos internacionais de Direitos Humanos.

Dessa análise foi possível extrair algumas diretrizes que, além de apontar caminhos sobre como lidar com esse verdadeiro emaranhado de normas, no plano hermenêutico, bem podem servir para orientar futuros projetos de reforma do processo penal brasileiro.

No que se refere aos requisitos, por exemplo, é possível afirmar que:

a) Qualquer iniciativa no sentido de propor uma saída alternativa deve ser precedida de uma decisão judicial que afirme a viabilidade da persecução penal, recebendo a denúncia.
b) Um modelo único de solução alternativa, à luz do princípio da proporcionalidade, deve ser aplicável ao maior número de infrações possível, considerando, por exemplo, o "teto" do acordo de não persecução e a possibilidade, sem as restrições apriorísticas relativas à ameaça ou violência à pessoa, que não existe para a transação penal.

c) No que se refere aos requisitos de política criminal, devem ser evitados todos aqueles que incidam sobre aspectos da personalidade ou da conduta social do acusado/investigado, bem como aqueles que representem violação à presunção de inocência ou à cláusula do *ne bis in idem*.

Quanto às condições, deve ser evitada, por violação ao devido processo legal, qualquer condição que tenha natureza de pena antecipada, salvo na hipótese de aplicação em momento posterior à condenação. Além disso, a confissão não deve ser exigida, em hipótese alguma.

Relativamente aos efeitos e rescindibilidade:

a) A saída alternativa deve determinar sempre a extinção da punibilidade.
b) O gozo do benefício da saída alternativa não deve necessariamente impedir o gozo futuro do benefício.
c) O descumprimento das condições acordadas deve resultar, no máximo, na retomada da atividade persecutória.

No plano da natureza da medida:

a) A proposta deve ser considerada expressão do poder de ação penal, mas isso não significa que o acusado não tenha direito subjetivo a uma solução mais benéfica do caso penal, a ser reconhecida e imposta pelo órgão jurisdicional, à revelia da acusação.
b) Isso significa que ao juiz não é dado recusar a homologação sob o argumento de que as condições por demais brandas, ou que o acusado não preenche os requisitos pessoais e meritórios para gozar dele.
c) Por outro lado, ao juiz será sempre possível e necessário atuar para filtrar os excessos, seja para afastar condições leoninas, seja para aplicar o instituto mesmo contra a vontade do órgão da persecução penal.

Por fim, no que concerne ao momento processual, entendemos que a proposta de ANPP só deve ser realizada depois que estiverem preclusas as decisões de recebimento da denúncia (aí incluída a que denega pedido de absolvição sumária) e a possibilidade de aceitação da proposta deve estar disponível ao acusado durante todo o processo de conhecimento e mesmo durante a execução, até a extinção da pena.

8. Referências bibliográficas

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

ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação*: racismo e encarceramento em massa. São Paulo: Boitempo, 2018.

ALVES, Dina. Rés negras, juízes brancos: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana.

Duclerc, Elmir; Fernandez, Gabriel Vianna; Barreto, Ana Luisa Leão de Aquino. Acordo penal e Estado Democrático de Direito: limites e possibilidades de modelos de resolução alternativa para o caso penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 187-215. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13653847].

Revista CS, 21, p. 97-120, Cali, Colombia: Facultat de Derecho e Ciencias Sociales, Universidade Icesi, 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal*: em busca da segurança jurídica prometida. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, 1994.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Seqüência*, n. 52, p. 163-182, jul. 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARRETO, Ana Luisa Leão de Aquino. Prisões cautelares e tráfico de drogas: um estudo a partir de processos judiciais nas varas de tóxicos em Salvador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 148/2018, p. 209-242, out. 2018.

BARRETO, Ana Luisa L. de A. A proposta da prisão cautelar obrigatória como uma antecipação punitiva para depósito de indesejáveis. In: RIOS, Lucas P. Carapiá; NEVES, Luiz Gabriel Batista; ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. *Estudos temáticos sobre o "Pacote Anticrime"*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

CHRISTIE, Nils. *Limits to pain.* Oslo: Universtetsforlaget, 1981.

DAVIS, Angela J. *Arbitrary justice*: the power of the American prosecutor. New York: Oxford University Press, 2007.

DAVIS, Angela J. (editor). *Policing the Black Man*: arrest, prosecution and imprisonment. New York: Pantheon Books, 2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. *Anuário Soteropolitano de Prática Penal,* 2014.

DUARTE, Evandro et al. Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos Policiais Militares nas Cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. In: FIGUEIREDO, I. S. de; BAPTISTA, G. C.; LIMA, C. do S. L. (Orgs.). *Pensando a segurança pública e direitos humanos*: Temas transversais. Brasília: Ministério da Justiça (SENASP), 2014. v. 5. p. 81-120.

DUCLERC, Elmir et al. *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

FERNANDES, Daniel Fonseca; OLIVEIRA, Débora Moreno de Moura; e FERNANDEZ, Gabriel Vianna. Discursos sobre o tráfico de drogas: uma análise das sentenças de mulheres em regime fechado no conjunto penal feminino de Salvador/BA. In: PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; FILHO, Ney Menezes de Oliveira; e FERNANDES, Daniel Fonseca (Orgs.). *Retratos do sistema penal*: política de drogas e discurso jurídico. Salvador: EDUNEB, 2020. p. 151-182.

FERRAJOLI. Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 73-76.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão. O sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula. Roteiros previsíveis: racismo e justiçamento no Brasil. *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal,* Ano 3, n. 08, p. 8-10, 2020.

FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. *Rev. Direito e Práxis,* Rio de Janeiro, v. 11, n. 02, p. 1211-1237, 2020.

FREITAS, Felipe da Silva. A naturalização da violência racial: escravismo e hiperencarceramento no Brasil. *PERSEU: História, Memória e Política*, v. 1, p. 37--59, 2019.

INFOPEN, Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)* – 2017.

LIMA, Renato. Atributos raciais no funcionamento do sistema de justiça criminal paulista. *Revista São Paulo em Perspectiva,* n. 18, p. 60-65, 2004.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A inconstitucionalidade do carimbo (ou da necessidade de fundamentação do juízo de admissibilidade positivo da acusação).* Monografia (bacharelado) – Universidade Federal do Paraná, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2008.

MATOS, Lucas V; BARRETO, Ana Luisa L. de A. Guerra às drogas e produção do espaço urbano: uma leitura socioespacial da criminalização do tráfico de drogas em Salvador-BA. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 165, p. 245-271, 2020.

MATOS, Lucas Vianna; DUCLERC, Elmir. Ausência de confissão no inquérito policial não impede acordo de não persecução penal. *Revista dos Tribunais,* Ano 111, v. 1045, nov. 2022.

MATTOS, Saulo Murilo de Oliveira. Acordo de não persecução penal: uma novidade cansada. *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, Ano 3, n. 7 fev. 2020.

NATAPOFF, Alexandra. *Punishment without crime*. New York: Basic Books, 2018.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos estudos CEBRAP*, n. 68, p. 39-60, mar. 2004.

REIS, Vilma. *Atucaiados pelo Estado*: as políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de Salvador e suas representações, 1991--2001. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2005.

ROMÃO, Vinícius de Assis. *Entre a vida na rua e os encontros com a prisão: controle urbano e audiências de custódia*. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

Duclerc, Elmir; Fernandez, Gabriel Vianna; Barreto, Ana Luisa Leão de Aquino. Acordo penal e Estado Democrático de Direito: limites e possibilidades de modelos de resolução alternativa para o caso penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 205. ano 32. p. 187-215. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13653847].

ROORDA, João Guilherme Leal; MATOS, Lucas Vianna; BARRETO, Ana Luisa L. de A. A economia política do pacote "anticrime". *Boletim do IBCCRIM*, Ano 27, n. 318, edição especial, maio 2019.

ZAFFARONI, E. Raul. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Processual; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Acordo de não persecução penal e a expansão da justiça criminal negocial: natureza, retroatividade e consequências ao descumprimento, de Vinicius Gomes de Vasconcellos – *Boletim Revista dos Tribunais* 27;
- Acordo de não persecução penal e controle judicial da recusa pelo Ministério Público: análise da posição dos tribunais brasileiros e da normativa dos ministérios públicos sobre os fundamentos da recusa e o seu controle, de Decildo Lopes e Vinicius Gomes de Vasconcellos – *RT* 1064/185-200;
- Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências, de Leo Maciel Junqueira Ribeiro e Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa – *RBCCrim* 161/249-276;
- Justiça sem processo? O acordo de não persecução penal como possível instrumento político-criminal, de Marco Aurélio Nunes da Silveira – *RBCCrim* 191/305-327;
- Os limites temporais para a celebração do acordo de não persecução cível – ANPC na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – Comentários a acórdão – PET 14.712/RS, de Luiz Manoel Gomes Junior e Diogo de Araujo Lima – *RePro* 348/513-525;
- Penas e pactos: as contribuições do processo penal italiano à disciplina do acordo de não persecução penal brasileiro, de Ney de Barros Bello Filho e Bruno Hermes Leal – *RBCCrim* 201/227-253; e
- STF tem maioria pela retroatividade de acordo de não persecução penal, de Editorial RT – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 55.

Duclerc, Elmir; Fernandez, Gabriel Vianna; Barreto, Ana Luisa Leão de Aquino. Acordo penal e Estado Democrático de Direito: limites e possibilidades de modelos de resolução alternativa para o caso penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 187-215. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13653847].

Reconhecimento(s) fotográfico e pessoal como práticas inquisitoriais do processo penal brasileiro: reflexões a partir de uma pesquisa empírica no estado do Rio de Janeiro

Photographic and personal recognition(s) as inquisitorial practices of the Brazilian Criminal Process: reflections from empirical research in the state of Rio de Janeiro

Marilha Gabriela Garau[1-2]
Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
marilhagarau@gmail.com

Isabella Mesquita Martins[3]
Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
isabellamartins@id.uff.br

1. Este artigo é fruto da pesquisa financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro – FAPERJ. Processo nº: E_25/2021.
2. Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais. Pesquisadora de Pós-Doutorado (FAPERJ NOTA-10). Mestre em Direito Penal e Política Criminal. Mestre em Direito Constitucional. Pesquisadora associada ao Grupo de Estudos e Pesquisas em Antropologia do Direito e das Moralidades (GEPADIM) e ao Laboratório de Estudos sobre Conflitos, Cidadania e Segurança Pública (LAESP), ambos do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia – Instituto de Estudos Comparados em Administração de Conflitos (INCT-InEAC).
Currículo Lattes: [https://lattes.cnpq.br/5726080821624933].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-7421-4226].
E-mail: marilhagarau@gmail.com
3. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Justiça e Segurança da UFF. Bacharel em Segurança Pública e Social pela UFF. Pesquisadora associada ao Núcleo de Estudos em Conflito e Sociedade (NECSO/UFF), ao Núcleo de Pesquisa em Sociologia e Direito (NSD/UFF) e ao Grupo de Pesquisa Sociabilidades Urbanas, Espaço Público e Mediação de Conflitos (GPSEM/UFRJ).
Currículo Lattes: [http://lattes.cnpq.br/0550333314413267].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-8735-6349].
E-mail: isabellamartins@id.uff.br

Garau, Marilha Gabriela; Martins, Isabella Mesquita. Reconhecimento(s) fotográfico e pessoal como práticas inquisitoriais do processo penal brasileiro: reflexões a partir de uma pesquisa empírica no estado do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 217-238. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13684070].

Recebido em: 23.09.2022
Aprovado em: 05.12.2023
Último versão das autoras: 26.03.2024

DOI: [10.5281/zenodo.13684070].

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente artigo é produto da pesquisa "Reconhecimento(s) fotográfico e pessoal como práticas inquisitoriais do processo penal brasileiro". A fim de refletir sobre protocolos utilizados pela Polícia Civil e reproduzidos pela Justiça Criminal do Estado do Rio de Janeiro são apresentados casos concretos, considerando o processamento e julgamento de crimes tipificados como roubo cuja prova central é o reconhecimento. Empiricamente, evidencia-se que a prevalência de práticas inquisitoriais é uma máxima que se reproduz e reforça estigmas raciais como estruturantes na forma como as instituições judiciárias mobilizam o reconhecimento pessoal e fotográfico. A metodologia inspirada pela Antropologia Jurídica busca problematizar discursos e práticas de atores no que tange à condução do processo de construção de verdade judiciária. Conclui-se que há prevalência de práticas inquisitoriais alavancadas por um processo de exclusão discursiva de determinados sujeitos morais estigmatizados, o que em termos objetivos exclui o pressuposto da presunção de inocência. A questão parece ser intrínseca à dinâmica processual, posto que a noção de que determinadas versões não são acreditáveis está diretamente relacionada à atribuição de presunção de veracidade das versões construídas em sede policial.

Palavras-chave: Justiça criminal – Práticas institucionais – Reconhecimento de pessoas.

Abstract: This article is the product of de research "Photographic and personal recognition(s) as inquisitorial practices in the Brazilian Criminal Process". In order to reflect on protocols used by the Civil Police and reproduced by the Criminal Justice of the State of Rio de Janeiro, concrete cases are presented considering the processing and trial of crimes classified as robbery whose central proof is recognition. The methodology inspired by Legal Anthropology seeks to problematize discourses and practices of actors regarding the conduct of the process of construction of judicial truth. It is concluded that there is a prevalence of inquisitorial practices leveraged by a process of discursive exclusion of certain subjects, which in objective terms excludes the presumption of innocence. The issue seems to be intrinsic to the procedural dynamics, since the notion that certain versions are not credible is directly related to the attribution of presumption of veracity of versions built in inquisitive phase.

Keywords: Criminal justice – Institutional practices – Recognition of people.

Sumário: 1. Introdução. 2. Práticas institucionais reprodutoras da lógica inquisitorial. 3. Verdade judiciária, exclusão discursiva e representações sobre sujeitos morais. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

Garau, Marilha Gabriela; Martins, Isabella Mesquita. Reconhecimento(s) fotográfico e pessoal como práticas inquisitoriais do processo penal brasileiro: reflexões a partir de uma pesquisa empírica no estado do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 217-238. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13684070].

1. Introdução

O presente artigo é oriundo da pesquisa "Reconhecimento(s) fotográfico e pessoal como práticas inquisitoriais do processo penal brasileiro"[4] e tem por objetivo descrever e analisar discursos, práticas e moralidades presentes nas representações de juízes criminais ao valorar depoimentos de vítimas no âmbito de crimes patrimoniais, oriundos de reconhecimento (fotográfico e pessoal) em casos de roubo. Partindo da descrição densa (Geertz, 2012) de casos concretos conduzidos na capital e região metropolitana do Rio de Janeiro, é possível identificar que a dinâmica de condução do rito processual aponta para um processo de exclusão discursiva de sujeitos, a partir das classificações morais mobilizadas pelos atores que atuam no processo de "fazer judicial". A dinâmica se consolida ante a adoção e reprodução sistêmica de práticas inquisitoriais travestidas e blindadas por um discurso dogmático oficial de processo penal acusatorial/garantista.

Nesse sentido, a pesquisa parte do acompanhamento de 26 casos concretos que ingressaram no judiciário a partir da dinâmica de reconhecimento fotográfico e pessoal como provas exclusivas. Os casos em questão foram selecionados levando em consideração participação de membros do grupo de pesquisa em mutirões promovidos pela Secretaria de Direitos Humanos de Niterói/RJ em parceria com a OAB, a fim de identificar e mapear situações nas quais o reconhecimento foi mobilizado de forma abusiva. Portanto, os casos apresentados estavam, ao tempo da pesquisa, em diferentes fases procedimentais, mas quando da conclusão deste artigo todos já tinham sentença de julgamento de mérito.

Assim, a análise do material parte de casos sentenciados e visa elucidar de que forma as instituições judiciárias do Estado do Rio de Janeiro manejam o procedimento processual penal no sentido de construir verdades.

A compreensão do direito como resultado de práticas institucionais parte do referencial teórico-metodológico proposto pela Antropologia Jurídica (Geertz, 2006; Lima, 2011). Assim, o estudo lança mão da etnografia para descrever e interpretar fenômenos sociais a partir da observação e diálogo com aqueles denominados "nativos do campo". A tradição do saber jurídico brasileiro é dogmática, formal e codificada, por isso, a compreensão do direito para além dessas ferramentas demanda a observação e assimilação das práticas institucionais, passando pelas representações morais dos atores que movimentam a engrenagem processual penal. Deste modo, a pesquisa conclui que a noção de que determinadas versões não são acreditáveis está diretamente relacionada à forma como o sistema de justiça

4. Projeto de Pesquisa desenvolvido pelo Laboratório de Estudos sobre Conflitos, Cidadania e Segurança Pública da Universidade Federal Fluminense (Laesp/UFF).

criminal atribui presunção de veracidade às versões construídas em sede policial, consequentemente, concedendo presunção de inverdade com relação às narrativas produzidas pela defesa, sejam testemunhas, sejam informantes seja o próprio réu. Por outro lado, é reflexo da própria estrutura da sociedade brasileira que hierarquiza sujeitos e reproduz desigualdades, não apenas sociais, mas sobretudo jurídicas (Lima, 2010).

Recentemente, o Estado do Rio de Janeiro editou uma lei que torna ilegal a utilização do reconhecimento fotográfico como única prova[5]. Tendo como referência a Resolução n. 484/22 do CNJ, que estabelece parâmetros para o reconhecimento de pessoas no âmbito criminal[6], a nova lei prevê que o pedido de prisão preventiva dos acusados deve ser feito mediante indícios de autoria e materialidade e não apenas tendo o reconhecimento como suporte para tal.

A discussão sobre o reconhecimento de pessoas no âmbito do procedimento processual penal como meio de prova ganhou notoriedade nos últimos anos, sobretudo a partir de diversos casos de repercussão nos quais a fragilidade na utilização deste método restou evidenciada. Apesar da atualidade da discussão, diversos estudos (Kensinger, Corkin, 2004; Milnitsky, Kuckartz, 2001; Roediger, 1996; Loftus, Hoffman, 1989) já apontavam a vulnerabilidade da mobilização do depoimento da vítima como única prova de autoria e materialidade delitiva, haja vista a limitação da capacidade de percepção, memória e reconhecimento em situações extremas, como aquelas envolvendo crimes com violência e/ou grave ameaça.

Nesse sentido, chama atenção que até meados de 2020 o STJ entendia que a inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP não gera nulidade do ato de reconhecimento, ensejando mera irregularidade. O entendimento dava respaldo às antigas práticas de reconhecimento fotográfico em delegacias através da apresentação de fotos de pessoas retiradas de redes sociais, documentos localizados em locais de crimes e/ou apresentação de um livro de suspeitos construído a partir da prisão em flagrante em outros casos. Por esse entendimento, a condenação baseada exclusivamente no reconhecimento pessoal/fotográfico, ainda que desalinhado com outras provas produzidas no processo, não desautoriza o recebimento da

5. Lei Ordinária Estadual 10.141/2023. Disponível em: [https://leisestaduais.com.br/rj/lei-ordinaria-n-10141-2023-rio-de-janeiro-dispoe-sobre-os-procedimentos-adotados-para-o-reconhecimento-de-investigados-no-ambito-do-estado-do-rio-de-janeiro]. Acesso em: 10.12.2023.

6. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 484, de 19 de dezembro de 2022. Estabelece diretrizes para a realização do reconhecimento de pessoas em procedimentos e processos criminais e sua avaliação no âmbito do Poder Judiciário.. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4883]. Acesso em: 10.12.2023.

denúncia, a decretação de prisão preventiva e a condenação do réu ao final do feito. De igual modo, o entendimento possibilita a apresentação de um único acusado à vítima, em fase de instrução e julgamento, contrariando o previsto na legislação.

A recorrência de casos de repercussão que ganharam recente visibilidade midiática levou as cortes superiores ao estabelecimento de parâmetros visando unificar a jurisprudência pátria a partir do alinhamento do reconhecimento pessoal e fotográfico aos procedimentos previstos no art. 226 do CPP. Em decisão de 2020, o STJ[7] declarou a nulidade de ato de reconhecimento pessoal ou fotográfico por inobservância dos procedimentos descritos na lei, asseverando que mesmo quando a identificação for ratificada em juízo está eivada de ilegalidade. No mesmo sentido, o STF[8] decidiu reiteradamente que o reconhecimento fotográfico deve ser corroborado por elementos probatórios para além do depoimento da vítima.

Nessa esteira, pesquisas produzidas pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro[9] evidenciam a existência de falhas no procedimento de reconhecimento fotográfico, amplamente adotado em delegacias policiais e reproduzidas em juízo em todo o estado. O relatório mais recente, publicado em maio de 2022, considerou o levantamento de 242 processos, julgando a conduta de 342 réus, entre os meses de janeiro e junho de 2021, todos nos quais a prova central era oriunda de reconhecimento fotográfico. Dentro do universo de análise, 65 réus foram absolvidos em segunda instância, a partir da declaração de nulidade da prova produzida. O perfil dos acusados com base em reconhecimento fotográfico remonta as estatísticas de indivíduos que majoritariamente ocupam o sistema penitenciário brasileiro: homens, pretos ou pardos, acusados pela prática de crimes de natureza patrimonial.

Chama atenção o fato de que em 80% dos casos analisados, resultantes em absolvição, os inocentados permaneceram privados de liberdade, em sede de prisão cautelar provisória, por período superior a um ano. Em um dos casos levantados pela pesquisa da Defensoria Pública, o acusado permaneceu preso por mais de 3 anos. Evidente, portanto, que o reconhecimento fotográfico produziu (e segue produzindo) erros judiciários que poderiam ser evitados, desde a origem, pela aplicação do dispositivo processual penal vigente. Justamente deste ponto emerge a questão central a ser trabalhada ao longo do texto que visa problematizar quais lógicas, norteadoras do processo de construção de verdade judiciária, autorizam que determinados discursos tenham mais valor probatório quando postos em contrastes com

7. STJ,. HC 598.886, . 6ª T., rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, *DJe* 22.03.2022.

8. HC 157.007; RHC 176.025; HC 172.606; RHC 206.846.

9. Disponível em: [https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/11088-Relatorios-apontam-falhas-em-prisoes-apos-reconhecimento-fotografico]. Acesso 07.03.2022.

outros de igual tarifação. Deste modo, chama atenção a prevalência de práticas inquisitoriais que iniciam na fase preliminar e acompanham o processo ao longo da fase de instrução e julgamento, inevitavelmente, contaminando-a.

2. Práticas institucionais reprodutoras da lógica inquisitorial

Pesquisas desenvolvidas desde a década de 1990 colocam em evidência que a principal porta de entrada de delitos no sistema de justiça criminal se dá a partir do registro de flagrante delito, tendo estes maior incidência nos registros da Polícia Civil no que se refere à conversão de boletins de ocorrência em inquéritos policiais. A pesquisa conduzida por Adorno e Pasitano (2010) demonstrou que 90% dos crimes analisados entre 1991 e 1997 eram de autoria desconhecida e sem investigação, por conta disso, a maior parte deles foi arquivada. No mesmo sentido, a pesquisa produzida pelo Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana/UFRJ sobre o Inquérito Policial no Brasil (Misse, 2010), concluiu, entre outros aspectos da atividade policial, que é baixa a capacidade elucidativa de crimes como homicídio e roubo. Tais figuras típicas demandam mais empreendimento investigatório e provas periciais mais robustas. No entanto, grande parte do trabalho das delegacias envolve uma carga burocrática de trabalho que visa à atividade-fim de entregar ao Ministério Público documentos que concedam justa causa para inauguração da ação penal. Por isso, o elemento investigatório como função da polícia judiciária é colocado em segundo plano.

A criação e manutenção de uma base de dados composta por imagens de potenciais suspeitos de práticas delitivas passa a ser utilizada como um artifício na tentativa de suprir tal lacuna investigativa e ampliar a elucidação de delitos envolvendo crimes patrimoniais. A seleção de tais imagens se dá de forma discricionária – talvez arbitrária seria a categoria mais adequada para definir tal prática –, a depender da orientação local em cada delegacia. Em muitos casos, há um livro de suspeitos produzido a partir da junção de fotos de indivíduos presos em flagrante. As fotos podem ser retiradas da FAC, de documentos apreendidos na posse do flagrado, no local do crime ou ainda fotos retiradas de redes sociais.

É certo que o componente racial mantém centralidade na produção das práticas de reconhecimento e na construção da referida base de dados. No Brasil, as instituições que operam nas fases anteriores ao oferecimento da denúncia atuam norteadas por referenciais que replicam práticas racistas (Medeiros, 2018; Monteiro, 2003). Aparentemente as ideias difundidas pelo positivismo criminológico no século passado seguem produzindo efeito no imaginário dos operadores do direito. O estereótipo do negro morador de favela associado à criminalidade, influencia na tomada de decisões das organizações de segurança pública, refletindo diretamente

Garau, Marilha Gabriela; Martins, Isabella Mesquita. Reconhecimento(s) fotográfico e pessoal como práticas inquisitoriais do processo penal brasileiro: reflexões a partir de uma pesquisa empírica no estado do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 217-238. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13684070].

no encarceramento em massa (Borges, Vinuto, 2020). Não por acaso, 83% dos presos em decorrência de reconhecimento fotográfico no Rio de Janeiro eram pretos[10].

Nesse sentido, chamam atenção casos como o de D. e J., ambos negros. Embora não possuíssem antecedentes criminais, ainda assim, constavam do álbum de suspeitos para reconhecimento pessoal. No caso de D., o ingresso de uma foto tirada na época em que ainda era adolescente e usava cabelo estilo *black power* rendeu para ele cinco reconhecimentos fotográficos em linha de tempo descontinuada. O jovem, que já adotava outro tipo de corte desde o fim da adolescência, aguarda julgamento preso preventivamente, mesmo após demonstrar que na data de dois dos crimes do qual é acusado estava trabalhando. Por outro lado, os agentes policiais nunca foram intimados para esclarecer quais critérios foram utilizados para que a imagem de D. integrasse o álbum de suspeitos. De igual modo, embora J. tenha sido absolvido ao final do processo, tampouco em seu caso restou esclarecido de que forma se chegou até ele como um potencial suspeito.

É certo que a fase inaugural do procedimento processual penal é dogmaticamente classificada como inquisitorial, o que lhe atribui características peculiares, a exemplo do sigilo. No entanto, não se deve confundir a *inquisitorialidade* da fase com a utilização de técnicas inquisitoriais, posto que a última não integra os parâmetros de legalidade, amparados pelo ordenamento jurídico pátrio. No entanto, a construção de uma base de dados de suspeitos aparece mais bem alinhada à uma técnica inquisitorial na medida em que, no lugar de buscar a elucidação de fatos, visa à perseguição de indivíduos, amoldando-os à prática de fatos.

Fossem tais práticas restritas à fase classificada como inquisitorial, seria possível falar em fase acusatória posterior. Todavia, o fato de os autos construídos com base nessas lógicas integrarem o processo, levam ao questionamento do aspecto formal pretensamente garantista. Haja vista que, diante da presunção de veracidade dos documentos ali constantes, o Estado passa, de certo modo, a desafiar que o particular desconstrua tal versão, provando sua inocência. Ocorre que esse processo não pode se consolidar a partir de um referencial de presunção de inocência. Ao contrário, por uma premissa lógica, a máxima do direito processual penal brasileiro é a presunção de culpabilidade (Ferreira, 2013), ao passo que, em outras sensibilidades jurídicas a fase de julgamento não é prerrogativa estatal, mas um direito do acusado (Bishart, 2015).

Por outro lado, chama atenção o fato de que a técnica inquisitorial atravessa também a fase de julgamento do ponto de vista material, algo que pode ser percebido

10. Levantamento feito pelo Condege (Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais) e pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro.

a partir de práticas judiciárias que reproduzem as lógicas adotadas pelas instituições policiais. Tal dinâmica pode ser observada no caso de C., que foi condenado pelo crime de roubo qualificado mesmo sem que a vítima o reconhecesse em juízo. Na sentença proferida pelo magistrado foi evocado que ao momento da identificação do réu no livro de suspeitos em sede policial a vítima teria melhor capacidade cognitiva de reconhecer a pessoa que contra ela praticou o delito, (...) "posto que o estado de flagrância da situação fática torna mais confiável o reconhecimento realizado no dia dos fatos do que sua não confirmação em sede judicial". (...)

O caso de W. trata de um reconhecimento pessoal por requisição de precatória num processo em que ele era acusado da prática do crime de receptação de uma moto apreendida pela Polícia Militar durante uma incursão policial numa cidade da região metropolitana. O proprietário da moto, vítima do delito, foi ouvido em outra Comarca. Na ocasião, a juíza determinou o reconhecimento pessoal do acusado, a advogada protestou: "Excelência, ele está sendo acusado de receptação; esse ato é só uma formalidade pra demonstrar no processo originário que o bem de fato havia sido roubado, não há acusação de roubo contra esse réu". A juíza respondeu, de forma impaciente e autoritária: "Aqui as coisas funcionam assim. Vai que ele ainda leva pra casa um roubo de brinde?! Maravilhoso, doutora, você ainda vai poder cobrar mais caro pelo trabalho".

O caso de W. demonstra, na dinâmica de reconhecimento pessoal do réu, a presunção de culpabilidade dos sujeitos criminais naquele espaço, ainda que, tal qual no caso exposto, não seja o crime objeto do processo. Isso acontece porque há uma construção progressiva da culpabilidade do acusado no sistema de justiça criminal (Figueira, 2008). Tal presunção é expressa, de igual modo, na corriqueira prática de reconhecimento pessoal, na qual apenas o acusado é apresentado ao reconhecimento da vítima.

A exemplo, o caso de P., que em maio de 2021, foi preso em flagrante após tomar o celular de um jovem que aguardava para atravessar em movimentada avenida da Zona Norte do Rio de Janeiro. Apresentado em audiência de custódia, a prisão em flagrante foi convertida em provisória. Em setembro de 2021, quando a primeira audiência do caso aconteceu, P. havia sido denunciado por outros 3 crimes patrimoniais ocorridos entre os meses de abril e maio daquele mesmo ano, todos na região da cidade onde o flagrante aconteceu.

Todos os crimes eram anteriores aquele pelo qual P. foi preso em flagrante. Na audiência de instrução e julgamento de um dos processos, cujos fatos foram tipificados como roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo, a vítima declarou que reconheceu o réu após receber uma foto via *WhatsApp* da Delegacia, 8 dias após o registro da ocorrência. Na ocasião, a juíza pediu que sua secretária acompanhasse a vítima até a sala de reconhecimento pessoal onde P. aguardava sozinho atrás do

vidro a instrução de olhar para frente. Sem titubear, o homem de meia idade reconheceu o réu com segurança e afirmou: "com certeza foi ele".

Em dezembro de 2021, a sentença condenatória foi proferida. Seis anos e meio de prisão em regime fechado. P., que agora não é mais primário, aguarda ao julgamento dos demais casos. Apesar das dificuldades de produzir provas que demonstrem que não participou dos demais crimes pelo qual é acusado após reconhecimento fotográfico é sempre enfático em declarar sua inocência.

Assim, observa-se que muitos magistrados reproduzem lógicas inquisitoriais, posto que tais práticas aparecem mais voltadas para reafirmação da presunção de culpabilidade dos réus do que para a concessão material da oportunidade de produzir provas em sentido contrário, mesmo porque são bases sistêmicas do processo penal brasileiro, cuja os documentos produzidos na fase preliminar são anexados ao processo e marcados pela característica da burocracia estatal. De certo modo, a fase processual passa a ter caráter meramente formal (Garau, 2020). Ora, se aqueles que julgam partem da presunção de veracidade dos fatos apresentados pela acusação, com base no arcabouço documental da fase inquisitorial, desconsiderando quaisquer outras situações fáticas que desconstruam tais premissas, restam frustrados os fundamentos básicos de um processo penal garantista. Na medida em que operam sobre as identidades dos réus uma série de representações morais que impedem o rompimento dessas lógicas, a máxima da *inquisitorialidade* passa a ser inerente às práticas dos juízes, sem que haja qualquer questionamento de tais dinâmicas no processo de construção da verdade judiciária.

O Ministério Público, a seu turno, de igual proporção, reforça lógicas inquisitoriais ao desempenhar com muito esmero o papel de acusador, mas negligenciar o fato de que é fiscal da lei e, como tal, deve prezar pela condução de um processo penal que é uma garantia do acusado. Ao contrário, a lógica adversarial aparece como um condutor central das práticas dos promotores que atuam nos casos construídos com base em reconhecimento fotográfico. Seja porque, num primeiro momento, não recomendam diligências à polícia investigativa no sentido de elucidar fatos, conformando-se em reproduzir de forma absoluta o conteúdo dos documentos encaminhados pela Polícia Civil; bem como por não exercerem a prerrogativa investigava pela qual tanto lutaram ao longo das últimas décadas. Ou seja, ainda que os elementos probatórios construídos em fase investigativa sejam construídos ao arrepio da legislação, a acusação é objetivo-fim, numa sutil expressão da perseguição dos acusados em detrimento da elucidação dos fatos.

A lógica se torna ainda mais evidente (e perversa) nos casos em que houve absolvição dos réus em primeira instância. Dos 26 casos analisados ao longo da pesquisa, apenas 5 resultaram absolvição em primeira instância, em 4 deles o Ministério Público recorreu da decisão dos magistrados que absolveu os réus por compreenderem

que as provas não eram suficientes para concluir pela autoria. Foi o caso de A., que ficou preso por 4 anos por um reconhecimento fotográfico equivocado até ser absolvido em primeira instância. Na fase de instrução, restou demonstrado que o reconhecimento se deu a partir da foto de sua carteira de motorista que, supostamente, fora encontrada no local dos fatos. Ocorre que o acusado, na realidade, havia perdido sua carteira de identidade após ter seu veículo roubado em uma das principais vias de acesso ao Rio de Janeiro.

Embora A. tenha apresentado boletim de ocorrência, carteira de trabalho e outras documentações que apontavam para a dúvida no caso concreto, sua prisão foi mantida ao longo de toda instrução penal. Ao final, absolvido, não foi solto porque há outros processos deflagrados contra ele, baseados no reconhecimento da sua foto no documento de identificação. O órgão acusador recorreu da sentença que o absolveu.

O mesmo aconteceu no caso de G. Na hipótese, ele foi vítima de reconhecimento pessoal equivocado. O jovem estudante negro de 19 anos, esperava num ponto de ônibus, próximo à maior favela do Brasil, quando foi abordado por dois policiais militares que o levaram até a Delegacia de Polícia. Sem compreender o que acontecia, G. foi apresentado a 6 passageiros e o motorista de um coletivo que fora assaltado há poucos instantes por dois homens armados. Ele foi reconhecido por uma das passageiras. A senhora de meia idade afirmou, com convicção, que ele seria o homem que lhe havia subtraído o telefone celular. O fato de o reconhecimento não ter sido confirmado pelas demais vítimas do crime não foi levado em consideração, tampouco o fato de G. não portar arma de fogo e/ou qualquer dos bens que foram subtraídos quando do assalto. O jovem foi preso em flagrante e permaneceu na prisão por quase dois anos, quando finalmente foi absolvido por ausência de provas. Novamente, o Ministério Público recorreu da sentença.

Para além da prevalência de práticas inquisitoriais naturalizadas pelos atores que mobilizam a construção da verdade judiciária no âmbito do processo penal, há ainda uma dimensão estrutural que parece guiar não apenas a abordagem, mas a forma como é mobilizada toda engrenagem da justiça criminal que, inevitavelmente, penaliza de forma mais considerável sujeitos cujo perfil racial é similar. Dos 26 casos acompanhados pela pesquisa, 24 tratavam de réus não brancos (pretos ou pardos). É certo que a dinâmica de produção da verdade operacionalizada pela lógica de construção de verdade judiciária na sensibilidade jurídica brasileira possibilita que uma abordagem conduzida pela Polícia Militar seja presumidamente válida, como aconteceu no caso de G. A forma como promotores e juízes conduzem o ritual processual reproduz e reforça, fase após fase, a verdade construída por esses agentes, atribuindo-lhes presunção de veracidade. Algo que se estende à versão da vítima quando colocada como mais forte do que outros elementos de prova igualmente mobilizados no processo.

Garau, Marilha Gabriela; Martins, Isabella Mesquita. Reconhecimento(s) fotográfico e pessoal como práticas inquisitoriais do processo penal brasileiro: reflexões a partir de uma pesquisa empírica no estado do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 217-238. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13684070].

Ocorre que tais abordagens e práticas não são aleatórias, mas refletem marcas historicamente delimitadas da seletividade baseada em um perfil racial que se confirma na abordagem de determinados sujeitos. Pedro Paulo da Silva (2022) sustenta que embora exista o imaginário, reforçado pela construção discursiva de Estado Democrático de Direito, de que as forças policiais agem de maneira técnica, a prática evidencia que há um viés racial na abordagem policial. Resta evidente que a polícia não opera de maneira neutra, mas que seleciona e projeta características específicas para identificar determinados sujeitos como potenciais criminosos. "Considerando que essa é a estética e a cultura de jovens pretos e favelados o discurso dos policiais costura o inimigo (criminalidade) ao inumado (negro). Cria-se, então, uma racialização da população e territórios negros" (idem, p. 31). Tais generalizações são criadas, mobilizadas e reproduzidas por grupos dominantes com relação a grupos que se pretende dominar (Moreira, 2008). Assim, o tratamento de grupos de indivíduos é incessantemente baseado na circulação de estereótipos que funcionam como modelos mentais que direcionam as percepções sociais sobre o outro, numa expressão de valores e códigos construídos dentro de uma estrutura de poder (idem, p. 7).

Os dados apresentados ao longo do texto e corroborados pelas digressões seguintes, evidenciam que as práticas judiciárias de reconhecimento fotográfico e pessoal que direcionam esse tipo de abordagem e as recepcionam com *status* de prova (válida), não questionam a forma ou os critérios para tal, reproduzindo-os deliberadamente. Deste modo, a atuação do judiciário e do Ministério Público em detrimento de controlarem as atividades de polícia (ostensiva e investigativa), reproduzem estereótipos e desigualdades que não são apenas sociais, mas jurídicas, que, por sua vez, se operacionalizam dentro da lógica do processo penal que recepciona discursos de sujeitos diversos de igual modo e de forma distinta, considerando não necessariamente a dinâmica dos fatos que se propõe elucidar, mas o foco em quem são esses sujeitos. Assim, as práticas judiciárias reforçam estereótipos e desigualdade historicamente consolidas, nunca rompendo com um ciclo de discriminações.

3. Verdade judiciária, exclusão discursiva e representações sobre sujeitos morais

Em 2018, H. foi condenado à pena restritiva de liberdade de 6 anos e 5 meses de reclusão pela prática de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo, na modalidade popularmente conhecida como "saidinha de banco". Na ocasião, a vítima se dirigiu à uma Delegacia na Zona Norte da cidade a fim de registrar a ocorrência. Passava das nove da noite quando o homem que era aposentado foi à uma agência

que ficava no caminho entre o supermercado e sua casa no intuito de "sacar um pouco de dinheiro para o final de semana". A agência estava vazia. Quando inseriu o cartão no caixa eletrônico foi abordado pelas costas por um rapaz que ele descreveu como negro e franzino. Sentiu o cano da arma de fogo cutucando sua lombar e compreendeu, naquele momento, que se tratava de um assalto. Sem titubear, sacou o limite de saldo disponível para aquele horário, entregando mil e quinhentos reais para o "bandido".

Na Delegacia narrou o ocorrido e afirmou que não havia visto muito bem o homem, porque ficou de costas praticamente durante toda a abordagem. Então o policial de plantão apresentou a foto de H., pardo, 19 anos. Ele explicou que o rapaz fora preso em flagrante há algumas horas, por uma tentativa de roubo na mesma localidade do banco. A vítima titubeou... não se sentiu confortável em reconhecer o homem, insistiu que se tratava de um homem negro, mas o agente policial insistiu "olha bem... só pode ser ele, foi muito próximo". Depois da insistência, inseguro e receoso com a possibilidade de recusa do registro, ele cedeu e assinou o termo de depoimento, reconhecendo H. como autor do crime.

Oito meses depois, o homem foi intimado para apresentar sua versão dos fatos. Ele não compareceu. O Ministério Público insistiu na prova, enquanto a defesa insistiu com o juízo sobre a necessidade de solicitação das imagens da câmera de segurança do banco. A audiência foi remarcada. Dentro do período, o banco respondeu ao ofício explicando que já não dispunha das imagens da data do fato. Em juízo, a vítima reconheceu o réu como a pessoa da foto que fora apresentada a ele em sede policial e possível autor do crime. H., em seu depoimento, afirmou que havia sim participado da tentativa de roubo de um celular nas proximidades daquela agência bancária, mas que não havia praticado a "saidinha de banco". H. explicou que não foi apreendida em sua posse nenhuma quantia, apenas uma arma de fogo. A defesa do Réu explicou ainda que os fatos se deram praticamente no mesmo horário, inviabilizando a execução simultânea de ambos os delitos.

Ao longo do campo de pesquisa, o caso foi relatado por uma advogada criminalista. Durante uma entrevista sobre as dificuldades de produção de prova defensiva, nos termos apresentados no tópico anterior, ela contou sobre o caso de H. e o desfecho surpreendeu, levando a refletir mais profundamente sobre as representações de sujeitos acreditáveis no sistema de justiça criminal por parte de policiais, promotores, magistrados e até advogados.

O crime pelo qual H. foi condenado, nunca aconteceu. A advogada foi procurada pela esposa da "vítima" porque o homem estava muito arrependido, diante da condenação de um "inocente". "Ele voltou pra igreja, Deus falou no coração dele", repetia aflita. Ela queria saber quais as consequências jurídicas dele confessar que decidiu reportar o roubo à Delegacia porque estava com problemas financeiros

após ter contraído dívidas com um agiota, devido a problemas com jogo e bebida. Explicou ainda que a ideia surgiu quando um amigo da família, que foi vítima de um assalto no interior da agência bancária, recebeu uma indenização por danos morais e materiais do banco. A mulher explicou ainda que ele não tinha a intenção de apontar nenhum suspeito ao realizar o registro da ocorrência, mas que foi pressionado pelo policial que repetia o tempo todo que o homem da foto era bandido. Em juízo, ele decidiu manter a versão. Além do medo de ser punido, o processo que havia ajuizado contra o banco também poderia ser prejudicado e ele realmente precisava do dinheiro.

A advogada recomendou que não fizessem nada, já que ele havia praticado um crime. Afinal de contas, o homem já estava condenado por outro caso, "não ia fazer diferença; falei pra pedir perdão a Deus e seguir com a vida deles", contou. Apesar de mostrar-se indignada com a postura da falsa vítima, a advogada assumiu o papel de consultora jurídica, mas também demonstrou uma representação moral com relação a H.

Para além da evidência de práticas inquisitoriais no ingresso e condução do julgamento do fato transparecido pela negligência do sistema de justiça criminal em construir elementos probatórios diversos do apontamento do suposto autor do fato pela vítima, devidamente explorada no tópico anterior, o caso leva a refletir sobre o lugar destinado aos discursos de cada ator na cena judiciária.

É certo que o depoimento da vítima está cravado pela característica da presunção de veracidade, como uma decorrência lógica da própria estrutura do sistema, baseado na confiança. George Simmel (1950) assevera que toda relação social se consolida numa relação de confiança, que, a seu turno, descende de maior ou menor grau de conhecimento. De modo que o conhecimento disponível para cada ator social é que lhe confere garantias racionais para justificar a adesão a determinada situação como uma "verdade". Ao associar racionalidade e observação pessoal, a partir da mobilização de um elemento associado à fé, resta estabelecida uma tarifação crédito/descrédito (Simmel, 1977). Assim, para agir, o ator suspende certas considerações acerca da situação e dos demais atores envolvidos e simplesmente crê, acredita, confia e tem fé, viabilizando a continuidade da interação.

O fato da versão da vítima, que inaugura a instrução criminal, ter a característica concedida pela própria estrutura do sistema, a presunção de veracidade concedida pela abertura do expediente criminal em sede policial, consequentemente coloca o réu em posição de crédito diametralmente oposta. De modo que toda e qualquer versão construída pelo réu é presumidamente falsa. Aliás, a própria estrutura do Direito Processual concede ao acusado tal disposição, uma vez garantido a ele o direito ao silêncio, ao passo que as demais partes extrapolam o elemento

moral ao faltar com a verdade, incidindo na prática de conduta tipificada no ordenamento jurídico brasileiro.

Interessante observar que a presunção de descrédito, previamente atribuída à figura do réu, se consolida inclusive com relação às provas defensivas por ele produzidas. É o caso de L. que está preso desde dezembro de 2021 porque as vítimas de uma tentativa de roubo o reconheceram como um dos autores. No entanto, a defesa, auxiliada pela família, reuniu imagens de câmeras de segurança no intuito de demonstrar que L. saiu de casa às sete da manhã, foi ao mercado, onde fez compras, cortou o cabelo em um salão próximo à sua residência às nove horas e vinte seis e minutos, depois aparece sozinho dirigindo na BR, a caminho de um encontro profissional. Nesse momento a tentativa de crime teria acontecido e as imagens das câmeras de segurança demonstram que L. estava sozinho e desarmado.

O caso segue pendente de julgamento até a conclusão deste artigo, no entanto o pedido de liberdade provisória foi indeferido. Apesar de o acusado possuir residência fixa, ocupação regular lícita e folha de antecedentes criminais limpa, a decisão ignora as imagens de segurança e uma noção mínima de tempo e espaço para conceder presunção de veracidade ao reconhecimento realizado pelas vítimas, nos termos da decisão proferida (...) "as imagens da câmera de segurança não isentam da participação no crime posto que as vítimas o reconheceram logo após a prática delitiva".

O caso de A., registrado na Zona Sul do Rio de Janeiro, direciona a reflexão no mesmo sentido. A vítima o reconheceu após uma busca informal nas redes sociais. Não foram esclarecidos em juízo os critérios da dita investigação, mas o jovem declarou que teve seu carro subtraído por dois suspeitos que o abordaram em uma moto. Em juízo, a defesa de A. mobilizou provas documentais e testemunhais que demonstravam que na data dos fatos ele se recuperava de uma recente cirurgia pneumotórax no pulmão esquerdo, fato que inviabilizaria que estivesse na direção de uma motocicleta. A sentença condenatória, confirmada em segunda instância, entendeu que o reconhecimento da vítima era suficiente para embasar a condenação:

> "(...) as provas dos autos não deixam dúvida quanto à autoria, diante das declarações prestadas pela vítima, a qual demonstrou firme segurança em reconhecer o acusado como um dos elementos que o roubaram, não restando dúvidas que nos crimes patrimoniais, a palavra da vítima tem especial relevância".

Louis Dumont (2000, p. 92-94) identifica no individualismo o fundamento da modernidade, que pode ter concepções distintas a considerar o referencial igualitário com que se concebe a inclusão dos indivíduos na sociedade. A primeira igualdade é a liberal, que recomenda igualdade de direitos e oportunidades, compatível com

a liberdade máxima de cada indivíduo na convivência com os demais. A segunda, propõe a consolidação da igualdade de fato, a partir da abolição da propriedade privada, característica principal do modelo socialista. O autor compara essas concepções com a do sistema de castas, no qual a igualdade recorre às leis da troca mercantil e à identidade natural de interesses com o objetivo de assegurar a ordem. Para ele a igualdade perde seu atributo individual, dando lugar à substância da chamada "justiça social", já que a sociedade socialista se aproxima das sociedades divididas em castas porque ambas se orientam em função das necessidades de todos.

No Brasil, fruto de um passado colonial, há segmentação da sociedade brasileira em partes desiguais, seja pela adoção desigual de critérios econômicos de mercado seja sobretudo pelo não reconhecimento de direitos individuais de determinados grupos sociais, cujas representações concedem *status* negativos sobre suas moralidades (Cardoso de Oliveira, 2018). Para muito além de uma noção de racismo estrutural, que indubitavelmente está na base da construção de projeções morais, há sobretudo um processo de sujeição criminal (Misse, 2014) que se *territorializa*, ganhando contornos espaciais, porque a identificação e a exposição de indivíduos com determinadas condutas classificadas como indesejáveis não se ocupam dos fatos, senão dos aspectos e identidades subjetivas, construídos como negativos a partir de paradigmas históricos. Ora, a sujeição criminal não é tão somente um rótulo, senão uma disputa por significados morais decorrentes de práticas de atores sociais sob uma classificação social estável, recorrente e, como tal, legítima. Não por acaso, representações sociais sobre a identidade de "bandido" foram centrais na condução do caso de H., por exemplo.

Nessa dinâmica, o antropólogo Lenin Pires (2011) percebeu na legislação brasileira espaços para a desconstrução do sujeito de direito, uma vez que as iniciativas que deveriam promover a dignidade em prol da mobilidade do mercado não se consolidam. Resta em seu lugar a promoção de formas institucionais de controle mais atentatórias aos direitos civis. Assim, ele constrói uma interpretação sobre a categoria "precariedade", a partir do intercâmbio de significados dispostos no âmbito das chamadas ciências jurídicas. Para o autor, a condição de precariedade, que é própria dos objetos, migra gradativamente para os sujeitos sociais, atingindo a necessária confiança prévia em seus propósitos de participarem dos esforços por viver em sociedade. Consequentemente, a adoção de regras legais para o tratamento de pessoas em realidades desiguais, representadas genericamente como "precárias", acaba atingindo-as em suas integridades e dignidades. Por isso, a distribuição desigual de direitos pela própria lei é marcada e reproduzida pelas instituições judiciais, atingindo o *status* social e jurídico dos sujeitos.

Na cena das Audiências de Instrução e Julgamento, observa-se que de acordo com as estruturas de poder inerentes ao ritual testemunhar, depor e construir

versões, significam discursar (Foucault, 2007). Por isso, o controle, seleção, organização e redistribuição da produção de discursos operam nesse processo, valendo-se daquilo denominado pelo autor como sistemas de exclusão externos e internos ao discurso: a interdição, a oposição e a vontade de verdade. O primeiro deles revela-se na lógica de que o réu não deve produzir provas contra si mesmo, a interdição revela por si a relação entre poder e discurso, uma vez centrada na submissão do indivíduo ao silêncio. Ora, silenciar indivíduos é parte desse complexo jogo de dissimulação no qual há uma expectativa que se converte em uma regra: a de silêncio do réu. Quando o silêncio é superado, o lugar de fala do réu se alinha com a oposição, expressa por Foucault como uma relação entre razão/loucura.

A figura da loucura representa uma extensão do silêncio, já que o louco é aquele cujo discurso não pode circular como o dos outros. Ora, na sociedade brasileira o réu está numa condição de insulto às substâncias morais das pessoas que ocupam um lugar hierarquicamente superior, sobretudo no que se refere ao Estado (Da Matta, 1997; Cardoso de Oliveira, 2008). Por isso, tal qual o louco, o réu é um indesejável, que precisa ser controlado e eliminado.

Se a razão dentro do processo penal brasileiro é construída a partir do discurso da fé pública dos documentos que inauguram a ação penal, uma vez que os fatos sobre o qual o Estado discursa estão submetidos às regras burocráticas – no sentido weberiano da dominação legal (Weber, 1999) que concede a todos os atos da administração pública presunção de legitimidade, já que correspondem à forma –, qualquer outro discurso que vá de encontro a essa razão é recepcionado como um irracional. A partir daí, o terceiro sistema de exclusão passa a operar. É que o depoimento da vítima, envolto pelas teias da legalidade e, portanto, da racionalidade, ganha conotação de "verdade". Essa verdade racional alcança centralidade nas referências para avaliação do que é "falso". Um falso discurso.

No contexto brasileiro, tal dinâmica remete a uma noção que acompanha os discursos e as práticas dos operadores jurídicos, que reproduzem a doutrina de João Mendes de Almeida Júnior (1920) quando indicava a necessária correlação entre a desigualdade social e jurídica e a *inquisitorialidade* dos procedimentos penais, fossem eles policiais ou judiciais. Para este autor, o Estado desempenharia o papel de mediador dos conflitos da sociedade, definindo previamente, a critério dos seus agentes, qual deveria ser seu tratamento jurídico ou judiciário, conforme fossem conflitos entre iguais ou entre desiguais, considerando-se seu respectivo *status* social e jurídico.

Na sensibilidade jurídica brasileira, os direitos da cidadania estão associados a bens raros, na medida em que são aqueles sujeitos morais dignos (Cardoso de Oliveira, 2008; Mota, 2005) que são detentores legítimos do reconhecimento de seus direitos. É por isso que a cidadania no Brasil é associada à uma dimensão

regulada (Santos, 1987). A cidadania é associada como um recurso disponível para determinados níveis sociais. O discurso defensivo evoca a figura "trabalhador" em contraste ao "bandido". Sendo assim, os *direitos da cidadania* (Mota, 2005) estão relacionados a uma concepção hierárquica na qual diferentes direitos são disponibilizados a diferentes indivíduos, a depender do lugar ocupado por cada um deles dentro da sociedade desigual.

Nessa dinâmica, espera-se que a aparência e o comportamento dos réus sejam compatíveis, de modo que as características visíveis relacionadas a determinado estereótipo sejam reforçadas pelas características não visíveis – trabalho, local onde moram, escolaridade, antecedentes e afins. Por essa razão, os argumentos mais mobilizados pela defesa são focados em desconstruir o estigma da figura criminosa (Goffman, 1985) e dar lugar a uma noção de cidadania regulada.

Tal cidadania está expressa na carteira de trabalho, já que profissões classificadas como "bicos" e trabalhos no setor informal da economia não são consideradas potenciais para embasar a desconstrução de tal imagética. A condição de descrédito está posta e previamente determinada no papel social representado e reconhecido por todos. Para além disso, as regras do jogo processual autorizam que o réu – e as demais pessoas vinculadas a ele – minta, já que não está obrigado ao dever de prestar a verdade, enquanto, em contrapartida, com relação aos fatos construídos pelo Estado, as versões, provas e testemunhos estão corroborados pela noção de veracidade absoluta, inerente aos atos dos agentes que representam o próprio Estado.

Por outro lado, quando analisamos o papel (Goffman, 1985) do réu naquela situação social, há total subserviência diante dos símbolos que indicam necessidade de controle e que conotam a noção de perigo, expressos nas algemas, na escolta, na constante vigilância e, principalmente, na imposição de hierarquia de todos os outros atores em relação ao indivíduo preso. Nessa situação social, a interação acontece de forma hierárquica, uma vez notório que os atores demarcam um distanciamento social em relação ao preso, sempre expresso na tentativa de qualificá-lo com as perguntas padrão: se trabalha, se estuda, se tem passagem anterior pelo sistema etc. Resta evidente que esses atores têm a necessidade de manter a impressão criada durante a própria representação condizente com o papel social que desempenham, de modo a não correrem o risco de serem desacreditadas pelo grupo.

Dentro da estrutura, o preso ocupa um lugar bastante frágil. E, apesar dos dizeres constitucionais de que o réu tem direito de produzir sua autodefesa, ou seja, falar sobre o fato que aconteceu em juízo, sua voz é silenciada de forma expressa ou simbolicamente. Isto porque a condição de descrédito está posta e previamente determinada no papel social representado e reconhecido por todos. Conquanto, sua palavra será recebida em descrédito, uma vez que já está condicionado pelo estigma do criminoso, restando pouca ou nenhuma dúvida sobre isso, uma vez que

sua identidade virtual transparece conceitos e padrões considerados socialmente negativos pelo grupo social ao qual é apresentado. Há uma representação daquilo que é considerado como desvio, posto que caracterizam aqueles que rompem com as regras sociais e colocam em risco a sociedade como um todo. A partir desta máxima, um discurso binário é construído, colocando em oposição "o outro" e "o nós".

Espera-se, portanto, que a aparência e o comportamento dos presos sejam compatíveis, de modo que as características visíveis relacionadas a determinado estereótipo sejam reforçadas pelas características não visíveis – trabalho, local onde moram, escolaridade, antecedentes e afins. Inclusive uma das teses defensivas mais utilizadas é a afirmação produzida pela defesa de que o acusado é trabalhador e não "bandido". Categorias diretamente conflitantes entre si. Todavia, se isso não acontece, cria-se uma tensão a mais na cena, haja vista que são apresentados dois níveis de informações conflitantes; quando há tal discrepância, aí sim há um movimento no sentido de compreender tal ruptura.

Logo, a interação entre os atores possibilita identificar as situações provocadoras de rupturas, no sentido de reconhecer onde são identificadas as principais assimetrias e em que condições os atores impõem suas condições de normalidade, expondo os indivíduos estigmatizados a partir da dinâmica de sujeição moral, impondo-lhes a condição praticamente irreversível de descrédito.

4. Considerações finais

Em janeiro de 2022, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) recomendou que os magistrados reavaliassem as decisões de prisões preventivas baseadas em reconhecimento fotográfico. Inegável a importância de tal medida, considerando a jurisprudência dos tribunais superiores. A recomendação, no entanto, negligencia os reconhecimentos pessoais, realizados reiteradamente, em sede policial e de juízo, à revelia do ritual prescrito pelo art. 226 do CPP. Evidente que a prática recorrente de apresentação de apenas um suspeito para reconhecimento pessoal, aceita como meio probatório apto, inaugura e amplia a possibilidade de fazê-lo também via fotografia.

É certo que a Polícia Civil, na condição de polícia judiciária, possui como principal linha de frente o registro de ocorrências oriundas de flagrante delito, sendo a investigação secundária nessa dinâmica de ingresso de fatos criminosos no sistema de justiça. Nesse cenário, a prática de manutenção de um acervo fotográfico de potenciais suspeitos e/ou a simples apresentação de todos os presos em flagrante no dia às vítimas que se dirigem à delegacia no intuito de registrar uma ocorrência, apontam para uma evidente característica do sistema de justiça criminal brasileiro, viabilizada pela existência do cartório. Ocorre que, do ponto de vista jurídico, todo

e qualquer documento produzido sobre a égide do cartório possui presunção de fé pública, o que significa dizer que produz uma verdade que se opõe contra tudo e todos. Ou seja, o registro de determinado fato num enquadramento jurídico específico no inquérito policial produz, por si só, presunção de veracidade.

Nesse sentido, tal característica inevitavelmente se comunica à fase processual penal que se pretende garantista, contaminando-a. No âmbito jurídico, as práticas inquisitoriais se reproduzem reiteradamente. O poder estatal revela-se a partir de variados processos de classificação, julgamento e condenação que são operacionalizados a partir dos efeitos de verdade que produzem. Certo é que os documentos emitidos na fase inquisitorial formam culpa, uma vez que, a partir de seu caráter administrativo ganham forma uma fase de pré-instrução criminal que é dominante na etapa judiciária. Assim, a dinâmica não permite contraditório ou ampla defesa, posto que a presunção de veracidade dos documentos produzidos em sede policial, entranhadas ao processo, fazem presumir a culpa. A noção de presunção de inocência não se sustenta, sobretudo porque toda e qualquer tentativa de produção de versões e/ou narrativas por parte dos réus será, por uma premissa lógico-discursiva, presumidamente inverídica.

Para além, há uma espécie de instrumentalização da forma que parece direcionar as práticas judiciárias a partir de uma concepção moral dos atores com relação ao crime e ao criminoso. Os julgadores estão atrelados a uma lógica de "fazer justiça" que busca o possível reparo do sofrimento da vítima. Por outro lado, sobre essa vítima também operam moralidades articuladas por uma lógica de reparação, orientada pelo populismo penal e por um sistema de crenças no funcionamento do sistema. Tal condição repousa justamente no imaginário de que as instituições policiais servem à sociedade a partir do trabalho de repressão ao crime. Tal lógica serve ao reforço de processos de sujeição criminal do acusado que a partir do ingresso no sistema passa a ser, inevitavelmente, identificado como criminoso. Desse modo, a redução da identidade do réu à figura do criminoso, projetada pela exclusão discursiva evidenciando um ato de desconsideração que o impede expressa e simbolicamente de produzir narrativas sobre os fatos, repercute no reforço à presunção de culpa, consequentemente.

Essa dinâmica processual que, geralmente, comina na condenação, é resultado de um sistema processual penal que se apresenta dogmaticamente como *garantista*, mas que, diante de um olhar mais apurado, revela-se adepto às práticas inquisitoriais. Seja pela entrada dos fatos no sistema, a partir da apresentação da imagem de possíveis infratores que não necessariamente tenham qualquer relação com a prática dos fatos relatados, seja pela concessão indiscriminada de presunção de veracidade ao depoimento da vítima. Indiscutível, portanto, que o sistema de justiça criminal fluminense está mais alinhado à perseguição de pessoas do que à

elucidação do fato criminoso. Certo que a mudança de entendimento jurisprudencial nada é capaz de produzir por si só, se as práticas institucionais permanecerem intactas. Imprescindível, portanto, provocar os operadores à reflexão sobre suas práticas, incitando ao rompimento de ciclos que muitas vezes são reproduzidos mecanicamente, por mera formalidade, orientados por referenciais prévios nem sempre racionalizados.

5. Referências bibliográficas

ADORNO, Sérgio, PASINATO, W. Violência e impunidade penal: da criminalidade detectada à criminalidade investigada. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social,* v. 3, n. 7, jan.-fev.-mar. 2010, p. 51-84 .

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920. v. 1.

BISHART, G. (2015). A máquina do Plea Bargain. *Confluências: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, 17(2), 20 ago. 2015, p. 100-127.

BORGES, Ana Clara Davila; VINUTO, Juliana. Presunção da culpa: racismo institucional no cotidiano da justiça criminal em Niterói (RJ). *Revista Per-Cursos*, v. 21, n. 45, p. 140-172, jan.-abr. 2020.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luis Roberto. (2008), Existe violência sem agressão moral? *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 23, n. 67, jun. 2008, p. 135-193.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís. A dimensão simbólica dos direitos e a análise de conflitos. *Revista de Antropologia da USP*, v. 53, n. 2, p. 451-473, 2010.

DA MATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis:* para uma sociologia do dilema brasileiro. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DUMONT, Louis. *O individualismo.* Uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

FERREIRA, Marco Aurélio. *A presunção da inocência e a construção da verdade:* contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GARAU, Marilha Gabriela Reverendo. Os modelões e a mera formalidade: Produção de decisões e sentenças em uma vara criminal da Baixada Fluminense do Rio de Janeiro. *Antropolítica: Revista Contemporânea de Antropologia*, n. 51, p. 85-110, 2021.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

GEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. In: GEERTZ, Clifford. *O saber local*: novos ensaios em antropologia interpretativa. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 261-262.

Garau, Marilha Gabriela; Martins, Isabella Mesquita. Reconhecimento(s) fotográfico e pessoal como práticas inquisitoriais do processo penal brasileiro: reflexões a partir de uma pesquisa empírica no estado do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 205. ano 32. p. 217-238. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13684070].

GOFFMAN, E. *Estigma:* notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 1985.

KENSINGER, E. A., & CORKIN, S. The effects of emotional content and aging on false memories. *Cognitive, Affective, & Behavioral Neuroscience*, 4 (1), 1-9, 2004.

LIMA, Roberto Kant de. *Ensaios de antropologia e de direito*: acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico*, 2010.

LOFTUS, E. F. & HOFFMAN, H. G. Misinformation in memory: the creation of new memories. *Journal of Experimental Psychology:* General, 118, 100-104, 1989.

MEDEIROS, Flavia. *Linhas de investigação:* uma etnografia das técnicas e moralidades numa divisão de homicídios da Polícia Civil do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Autografia, 2018.

MILNITSKY L. S. e KUCKARTZ G. P. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 14(2), p. 353-366, 2001.

MISSE, Michel (org.). *O inquérito policial no Brasil.* Uma pesquisa empírica. Rio de Janeiro: Booklink/Fenapef/Necvu, 2010.

MISSE, Michel. Sujeição criminal. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014+ p. 204-212.

MONTEIRO, Fabiano Dias. *Retratos em preto e branco, retratos sem nenhuma cor:* a experiência do disque-racismo da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Sociologia e Antropologia. UFRJ, 2003.

MOREIRA, Adilson José. *O que é descriminação?* Belo Horizonte: Letramento, 2008.

MOTA, Fábio Reis. O estado contra o estado: direito, poder e conflitos no processo de produção de identidade "quilombola" da Marambaia. In: KANT DE LIMA, Roberto (org.) *Antropologia e direitos humanos*. Niterói: Eduff, 2005. v. 3.

PIRES, Lenin. *Esculhamba, mas não esculacha!* – uma etnografia dos usos urbanos dos trens da Central do Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Universidade Federal Fluminense-EdUFF, 2011.

ROEDIGER, H. L. III. Memory illusions. *Journal of Memory and Language*, 35, 76-100, 1996.

SANTOS, Wanderley G. dos. *Cidadania e justiça:* a política social na ordem brasileira. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1987.

SIMMEL, Georg. *Filosofía del dinero*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1977.

SIMMEL, Georg. The metropolis and mental life. In.: WOLFF, Kurt (ed.). *The sociology of Georg Simmel*. Glencoe, Illinois: The Free Press, 1950.

SILVA, Pedro Paulo da. Sem desvio: notas sobre a polícia como instituição racista. In: SILVA, Pedro Paulo da; RAMOS, Silvia; SILVA, Itamar; FRANCISCO, Diego. *Negro trauma:* racismo e abordagem policial no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Cesec, 2022.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: UnB, 1999. p. 209-227. v. 1.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Processual; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Conhecimento dos magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas, de Sabrina Schmidt, Júlia Schneider Krimberg e Lilian M. Stein – *RBCCrim* 173/201-243;
- Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no Brasil e na legislação comparada, de Rafael Francisco França – *RBCCrim* 112/331-366 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 6;
- Novos rumos para o reconhecimento de pessoas no Brasil? Perspectivas da psicologia do testemunho frente à decisão HC 598.886-SC, de William Weber Cecconello, Lilian Milnistky Stein e Gustavo Noronha de Ávila – *RBCCrim* 177/359-368;
- O reconhecimento de pessoas a partir do HC 598.886/SC: análise das consequências jurídicas do descumprimento do procedimento legal, de Luiz Antonio Borri e Gustavo Noronha de Ávila – *RBCCrim* 179/331-352;
- Reconhecimento facial e prova ilícita: a possibilidade de se considerar o reconhecimento facial como meio de prova ilícito, de Matheus Della Monica e Rodrigo Marchetti Ribeiro – *RDTec* 13; e
- Vigiar e punir 4.0: efeitos das tecnologias de policiamento preditivo e reconhecimento facial no Brasil e a perpetuação do racismo estrutural, de Fernanda Mateus Rosa da Silva – *RDTec* 16.

Garau, Marilha Gabriela; Martins, Isabella Mesquita. Reconhecimento(s) fotográfico e pessoal como práticas inquisitoriais do processo penal brasileiro: reflexões a partir de uma pesquisa empírica no estado do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 217-238. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13684070].

Criminologia

"Quando dizer é fazer"[1]: uma linguagem feminicida compartilhada em casos de assassinatos de mulheres no estado do Paraná

"How to do things with words": a feminicide language shared in cases of murders of women in the state of Paraná

Priscilla Placha Sá[2]
Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.
priscillaplacha@terra.com.br

Bruno Amaral Machado[3]
Centro Universitário de Brasília, Uniceub, Brasil.
brunoamachado@hotmail.com

1. A expressão é a alusão à tradução de uma das obras de John L. Austin que será usada como parte da referência teórica no presente artigo, cujo título original é *How to do things with words.* Assim, na versão em inglês do título do artigo foi mantido o nome da obra em inglês e não uma tradução literal da expressão.
2. Doutora em Direito do Estado pela UFPR (2013). Mestra em Direito Econômico e Social pela PUCPR (2005). Especialista em Direito Processual Penal pela PUCPR (2002). Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1999). Professora Adjunta de Direito Penal da PUCPR (licenciada). Professora Adjunta de Direito Penal da UFPR. Professora Colaboradora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UFPR. Vice-Chefia do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da UFPR.
   Currículo Lattes: [http://lattes.cnpq.br/5772348783494506].
   ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-3697-4590].
   E-mail: priscillaplacha@terra.com.br
3. Professor da graduação e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito do Uniceub. Master Europeu Sistema Penal e Problemas Sociais e Doutor em Direito (especialidade Sociologia Jurídico-penal) pela Universidade de Barcelona. Estágio de pós-doutorado no Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília. Promotor de Justiça do MPDFT.
   Currículo Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6719883195099829].
   ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-7425-7066].
   E-mail: brunoamachado@hotmail.com

Sá, Priscilla Placha; Machado, Bruno Amaral; Mendes, Soraia da Rosa. "Quando dizer é fazer": uma linguagem feminicida compartilhada em casos de assassinatos de mulheres no estado do Paraná. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 205. ano 32. p. 241-272. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13685124].

Soraia da Rosa Mendes[4]
Centro Universitário de Brasília, Uniceub, Brasil.
soraia@soraiamendes.com.br

Recebido em: 15.09.2022
Aprovado em: 01.04.2024
Última versão dos autores: 11.04.2024

DOI: [10.5281/zenodo.13685124].

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo parte da hipótese de que há uma linguagem feminicida – como regime de comunicação, tal como proposto por Rita Laura Segato, em fratrias mafiosas – nos casos de feminicídio doméstico ou íntimo, que é compartilhada tanto pelo que se fala quanto pelo que se faz, inscrita na pedagogia da crueldade. A fim de explicar a questão, apresentam-se, para além da base teórica que sustenta a reflexão, resultados de pesquisa com método quantitativo-qualitativo, indicando a presença de qualificadoras relativas ao meio e ao modo de realização de feminicídios tentados e consumados identificados em uma amostra inicial de 300 casos com denúncia oferecida perante o sistema de justiça criminal do Estado do Paraná. Desses casos, em que prevalecem as ocorrências no ambiente doméstico e tendo no autor alguém com relacionamento pretérito ou atual, ou pessoas do sexo masculino do grupo familiar, percebe-se que o uso da violência extrema é partilhado

Abstract: The present article stems from the hypothesis that there exists a feminicide language – as a communication regime as proposed by Rita Laura Segato in mafia fratries – in cases of domestic or intimate femicide, shared both by what is spoken and what is done, inscribed in the pedagogy of cruelty. In addition to the theoretical foundation that underpins our discussion, we present our research findings from a quantitative-qualitative method, indicating the presence of qualifiers related to the means and mode behind attempted feminicides and feminicides identified in an initial sample of 300 cases, compiled from legal complaints filed in the criminal justice system of the State of Paraná. In these cases, in which we find a high prevalence of occurrences in the domestic environment where the male perpetrator either has a past or current relationship with the victim or belongs to the family circle, we detect a shared use of extreme violence by men; this prompted us to analyze

4. Pós-Doutora em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Doutora em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB. Mestra em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Professora Associada do PPG Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Unificado de Brasília – UniCeub. Advogada criminalista especialista em direitos das mulheres.
Currículo Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6101794465780378].
ORCID: [http://orcid.org/0000-0002-6188-9216].
E-mail: soraia@soraiamendes.com.br

pelos homens; nesse ponto, perquirirem-se as motivações que envolvem os fatos, sobretudo estudando casos com indicação de insanidade mental ou suicídio – tentado ou consumado. Desse conjunto, a partir da expressão "quando dizer é fazer", permite-se afirmar a existência de uma linguagem feminicida a partir de elementos comuns entre si, especialmente através de expressões e motivações que ratificam a existência de um regime de comunicação fratriárquica entre sujeitos desconhecidos.

Palavras-chave: Feminicídio – Linguagem – Comunicação fratriárquica – Crueldade.

cases with indicators of mental illness or suicide by the perpetrator, attempted or completed, in order to investigate the motivations involving the facts. Thus, from the expression. "How to do things with words", it is possible to affirm the existence of a feminicide language based on elemnts comon to each other, especially thorugh expressions and motivations that reveal a fratriarchic communication regime between unknown individuals.

Keywords: Feminicide – Language – Fratriarchic communication – Cruelty.

Sumário: 1. Introdução. 2. Percurso metodológico no território do Paraná. 3. Resultados: a linguagem feminicida como comunicação fratriárquica. 3.1. O fazer: meios e modos de assassinar mulheres. 3.2. O dizer: por que foram feitos?. 4. Análise de dados: quando dizer é fazer. 4.1. O dizer: "se você não é minha, não é de mais ninguém". 4.2. O fazer: "morre, morre, morre". 4.3. Quem diz e quem faz?. 5. Linguagem feminicida como regime de comunicação fratriárquica em feminicídios domésticos. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas. 8. Legislação.

1. Introdução

A busca pela nomeação do assassinato de mulheres encontra no feminicídio íntimo ou doméstico (PASINATO, 2011; LAGARDE, 2006) as primeiras demandas dos grupos de pressão, a partir da utilização da expressão *femicide* usada por Jane Russell, em 1976, ao testemunhar perante o Tribunal Penal Internacional de Crimes contra Mulheres. Após uma série de inserções acadêmicas e políticas, juntamente com Jill Radford, foi publicada uma coletânea de artigos com o nome: *Femicide:* the politics of woman killing (RADFORD; RUSSEL, 1992).

Entre as diversas motivações que postulavam tal nomeação, como a exigência de uma posição estatal preventiva e responsabilizadora diante dos assassinatos e o reconhecimento do fenômeno, estava o fato de que a figura jurídica "homicídio" não expressava – pela linguagem – o assassinato de mulheres. Demandava-se que as mulheres é que deviam nomear suas experimentações e vivências (ROMIO, 2019).

A ausência de uma posição política oficial em face dos assassinatos de mulheres é o mote da demanda, tanto por se entender tal fenômeno como compartilhado com o Estado, especialmente no contexto da América Latina (LAGARDE y DE LOS

RÍOS, 2005; SEGATO, 2013), quanto também no caso brasileiro, falando-se inclusive da necessidade de uma categoria própria como o amefricanicídio (GONZALEZ, 2020) ou ainda, e mais recentemente, a figura do feminicídio de estado pelo qual se aponta a responsabilização de um agente político (MENDES, 2021). Tais intervenções requerem, inclusive, distintas nomeações do fenômeno. Demandas que se inserem a partir da perspectiva de que a linguagem e o seu uso são mais do que meras locuções verbais, são elementos da cultura (LÓTMAN, 1981).

Diversas autoras e ativistas consideram que a dimensão do assassinato de mulheres tem íntima correlação com a violação e violência sexual (ROMIO, 2019, p. 81). Isso é essencial para o que se pretende aqui desenvolver dado que essas violências e violações são tomadas como expressão da linguagem. Tanto que Rita Laura Segato (2013), ao propor compreensões sobre um dos casos de feminicídio mais conhecidos e referenciados (o de *Ciudad Juárez*), considerou os ditos de autores de crime sexual condenados por estupro numa prisão no Brasil como chave de compreensão dos assassinatos das "*trabajadoras de maquilla*" (LAGARDE y DE LOS RÍOS, 2005).

Desde um ponto de partida da "linguagem", como elemento da categoria que compõe a reflexão deste trabalho, pontua-se que num primeiro momento, pela inscrição da linguagem – como elemento da cultura (LÓTMAN, 1981) – deveria ela mesma significar o fim da violência (HASSEMER, 2008, p. 47-48). No entanto, a linguagem pelo dizer (os ditos) e pelo fazer (os feitos) pode ser a própria violência (AUSTIN, 1990), porque componente operacional de uma sociedade inscrita num modelo patriarcal colonial moderno (SEGATO, 2018).

Assim, a compreensão de "linguagem" aqui é tomada a partir de três aportes teóricos. Partindo-se da filosofia da linguagem, entra em cena a posição de John Langshaw Austin (1990), que propõe que a linguagem é dotada de um sentido ordinário que se compõe de três atos de fala: locucionário, ilocucionário e perlocucionário, sendo que é esse último que ocupará a atenção deste trabalho, sob a dimensão de que dizer é fazer (AUSTIN, 1990). Também, no campo filosofia da linguagem, as contribuições de Paulo César Busato (2008) ao tratar da tese dos indicadores externos do dolo de Winfried Hassemer para uma perspectiva procedimental, pelo qual o que se faz é uma expressão de sentido do que se diz. O terceiro aporte advém da posição de que a linguagem é poder, em que o dizer e o fazer não comportam necessariamente uma diferença quando se trata de violações sexuais e assassinatos de mulheres, pois são expressões do patriarcado de alta intensidade, que não é também somente um problema de gênero, senão rescaldo da conquistalidade (SEGATO, 2016).

É também a partir de Rita Laura Segato (2013) que se inscreve a divisão entre os feminicídios íntimos ou domésticos e os feminicídios públicos, em seu conhecido

estudo sobre *Ciudad Juárez*, a *Gran Frontera* entre México e Estados Unidos, no intuito de avaliar um regime comum de linguagem para além das fratrias mafiosas. Entre outros pontos, a afirmação de que o poder é exercido não somente como mandato de masculinidade (derivado do patriarcado de alta intensidade, a partir de uma dominação pós-colonial), mas sim como mandato de propriedade (SEGATO, 2018). Apesar das distinções entre os feminicídios domésticos e públicos, o presente trabalho prospecta traços de similitude para inferir a existência de uma linguagem feminicida, mirando a categoria da fratria, em flerte com a psicanálise, em texto da própria Segato (2006; AGUIRRE, 2020).

A fim de avaliar a hipótese reitora dessa escrita acerca da existência de um regime de comunicação fratriárquica expressado por uma linguagem feminicida, serão apresentados resultados de coleta empírica realizada em processos judiciais sobre feminicídios tentados e consumados no Estado do Paraná.

Importa esclarecer que feminicídios serão aqui tomados como assassinatos dolosos de mulheres (GOMES, 2018), na linha do que a legislação nacional que inseriu a qualificadora respectiva no Código Penal, pela Lei n.º 13.104/2015, decorrente não apenas das demandas dos grupos de pressão, mas também dos resultados da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de 2012 (BRASIL, 2013). O relatório final levando em conta tanto os dados colhidos em cada um dos estados do país, quanto o contido no Mapa da Violência sobre Homicídios de Mulheres (WAISELFISZ, 2012), destacou uma percentagem de 41% de casos de mortes dolosas com autoria no companheiro ou ex-companheiro da vítima (BRASIL, 2013, p. 1002). Relação que caracteriza os feminicídios íntimos ou domésticos, pois compreendidos como decorrentes de uma relação pretérita entre autor e mulher atingida, seja ela de afetividade, seja coabitação seja parentesco.

A partir de uma amostra inicialmente considerada, objeto de pesquisa realizada entre os meses de março e dezembro de 2020, que resultou em análise panorâmica e geral sobre casos de feminicídio no Paraná, percebeu-se a possibilidade de aprofundar alguns pontos. Diante disso, os dados inicialmente coletados foram retomados entre os meses de março a dezembro de 2021, sendo tabulados aqueles casos que envolviam a presença de circunstâncias qualificadoras e, a partir da prevalência das que são descritas legalmente como "modo" e "meio" (respectivamente, nos incisos III e IV, ambos do § 2º, do art. 121, do CP), cujos resultados são apresentados neste artigo. Também serão apresentadas, agora em perspectiva qualitativa, falas e expressões de protagonistas e de testemunhas de feminicídio, tendo em conta ditos que sejam seguidos de feitos feminicidas, como também os dados a respeito de processos nos quais houve a instauração de incidente de sanidade mental ou o registro de ocorrência de suicídio consumado ou tentado do autor do fato.

A fonte documental consistente nas peças do inquérito policial e processo judicial, incluindo os incidentes de sanidade mental, foram a base concreta dentro da amostra relativa aos autos em trâmite e dispersos em todas as Comarcas do Estado do Paraná, que tratam de matéria criminal envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.

A questão proposta é: o dizer e o fazer encontrados na amostra autorizam a afirmação de uma linguagem feminicida como regime de comunicação fratriárquica no grupo de casos analisados?

2. Percurso metodológico no território do Paraná

O Paraná, segundo o Mapa da Violência de 2012, foi o Estado que figurou como o 3º, no *ranking* nacional, na escala de mortes dolosas de mulheres, ficando atrás apenas de Alagoas e Espírito Santo (WAISELFISZ, 2012, p. 11); a capital Curitiba figurou como a 4ª mais perigosa para mulheres (WAISELFISZ, 2012, p. 12) e a cidade de Piraquara, no entorno da capital, a 2ª cidade mais letal em um grupo de 100 cidades de todo o país, com população local de mais de 26 mil mulheres (WAISELFISZ, 2012, p. 14). Ao lado dessas, mais 8 cidades paranaenses foram listadas entre as mais perigosas para a vida das mulheres (WAISELFISZ, 2012, p. 14). No Mapa da Violência de 2015, o Paraná aparece no 12º lugar (WAISELFISZ, 2015, p. 14). Todavia, no ano de 2023, o Paraná volta a ocupar o 3º lugar, em número de mortes de mulheres, de acordo com o Monitor de Feminicídios do Brasil, elaborado pelo Laboratório de Estudos de Feminicídios, cujos dados integram o Mapa Latino-americano de Feminicídios (MARIANO, 2023), com base em elementos distintos dos utilizados pelo Mapa da Violência, o que pode comprometer comparações.

A amostra inicial foi coletada via sistema Projudi – que é o sistema eletrônico de consulta, andamento e trâmite de processos judiciais – do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por meio de formulário específico. Foram selecionados autos de processo criminal com assunto processual "feminicídio"[5] e classe processual "ação de competência do tribunal do júri" e "ação penal de crimes dolosos

5. Impõe-se esclarecer que o registro como assunto processual "feminicídio" não implica, necessariamente, que a qualificadora descrita no inc. VI, do art. 121, § 2º, tivesse incidido, porque pela proibição de retroatividade da lei penal mais severa, havia feitos com delitos ocorridos em anos anteriores e que a denúncia apontou a ocorrência de motivo fútil ou torpe que era o modo pelo qual antes da superveniência da Lei 13.104/2015 qualificavam-se os homicídios quando caracterizadores de uma situação de feminicídio. Os feitos foram consultados individualmente e descartados os que não caracterizavam situação de feminicídio.

contra a vida". Foram selecionados todos os juízos criminais (entre esses: juizados de violência doméstica e familiar, varas criminais e varas do tribunal do júri) do Estado, num total de 176 juízos, e o marco processual usado como o limitador temporal foi o oferecimento de denúncias-crime entre 09 de março de 2015 e 09 de março de 2020.

A partir dessa etapa inicial, obteve-se 541 feitos, entre os quais foram selecionados aleatoriamente 55% dos processos, mas com representação em todos os juízos do Estado, remanescendo 302 feitos, excluindo-se 2 deles em que a autoria era atribuída a mulheres[6]. Estudos mais abrangentes sobre feminicídio mostram, nos tópicos da presente pesquisa, padrões quanto ao modo e ao meio do cometimento, como também o local do episódio e a relação com o agressor (WAISELFISZ, 2012; WAISELFISZ, 2015, CERQUEIRA; BUENO, 2023); ou em estudos mais restritos, inclusive envolvendo a capital do Estado do Paraná (PEREIRA; JÚNIOR; SUXBERGER, 2021). Registre-se, entretanto, que o Infográfico do Atlas da Violência apontou um aumento do uso de armas de fogo numa série compreendida entre 2012 e 2020 (INFOGRÁFICO, 2023).

A pesquisa foi realizada pela equipe por intermédio de um questionário contendo três grupos de quesitos: 1) questões penais e processuais penais; 2) questões técnico-periciais; e 3) questões socioindividuais. A equipe que realizou a coleta foi composta por servidoras/es e estagiárias de graduação e pós-graduação em Direito e Psicologia da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Tribunal de Justiça do Paraná e a análise de dados foi feita por pesquisadoras da graduação e da pós-graduação dos Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e de Políticas Públicas da Universidade Federal do Paraná. Os questionários foram preenchidos por meio de formulário eletrônico no *Google Forms*®, cuja exportação automática gerou uma planilha em *Microsoft Office Excel*®.

A montagem do *survey* da pesquisa orientou-se por repertório teórico e estudos empíricos, como também o contido nos documentos "Diretrizes Nacionais Feminicídio – Investigar, Processar e Julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres" (BRASIL, 2016) e "Formulário Nacional de Avaliação de Risco Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher" (BRASIL, 2019).

6. A delimitação da amostra por aleatoriedade buscou preservar a representatividade de casos, tendo-se em conta que tanto os dois Mapas da Violência referidos, quanto o Atlas da Violência, apresentam um perfil socioindividual similar entre autor e vítima, como também outros estudos, como os aqui utilizados (MENEGHEL, HIRAKATA, 2011; PEREIRA, JÚNIOR, SUXBERGER, 2021; VILLA, 2021) apresentam similitudes envolvendo sede das lesões, tipos de instrumento e local de ocorrência, em casos de feminicídios entre autores e vítimas como relacionamento afetivo ou de parentesco.

No recorte produzido especificamente para este trabalho, retomou-se a amostra inicial e foram isolados os quesitos em relação às qualificadoras, para verificar a incidência da capitulação contida na denúncia, a partir da releitura de cada peça processual, para que pudessem ser verificados itens específicos como, por exemplo, a forma de realização ou o tipo de instrumento utilizado. Igualmente, foram analisados os casos em que havia o registro de suicídio consumado ou tentado do autor, bem como a anotação de incidente de sanidade mental do acusado. Ainda foram consideradas as falas de protagonistas (autores e vítimas), colhidas tanto na fase de inquérito policial, quanto judicial, além de dados e entrevistas realizadas nos incidentes de sanidade mental.

Os dados foram todos planilhados em formato *Excel*® em linhas contendo: autor, relação com a vítima, modo e/ou meio utilizado na prática do feminicídio, as falas de autores, vítimas e testemunhas, e nos casos em que foi requerido ou realizado exame de incidente de sanidade mental uma coluna adicional, bem como nos casos em que houve suicídio tentado ou consumado do autor. A partir da premissa de uma comunicação fratriárquica entre homens, no patriarcado de alta intensidade (SEGATO, 2013) foram excluídas as duas identificações envolvendo a atribuição de autoria a mulheres, pois isso demandaria uma análise fora do objeto do presente artigo.

Nenhum dado ou indicador aqui utilizado permite identificar casos específicos ou isolados capazes de expor a identidade da mulher atingida ou do autor do fato, igualmente o juízo em que o feito tramita ou tramitou.

3. Resultados: a linguagem feminicida como comunicação fratriárquica

A indicação inicial de que o recorte do presente trabalho se situa entre os denominados feminicídios íntimos ou domésticos se dá tanto pelo cenário quanto pela autoria. Esse grupo amostral parece resultante de uma opção legislativa em utilizar a expressão "razões da condição do sexo feminino", sacando a proposição inicial de "gênero". Esse marcador da linguagem parece ser um contributo ao apagamento de grupos (como mulheres trans, por exemplo) (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2021) e cenários (como o da violência urbana) (ROMIO, 2011).

Em relação ao cenário, no grande grupo amostral do qual decorre a presente análise, evidenciou-se que 66% dos feminicídios ocorreram em ambiente doméstico ou íntimo; 1% em estabelecimento íntimo, privado e público (todavia, a violência se iniciou em casa e a vítima tentou se evadir ou se evadiu para o espaço público) e só o restante em espaço não privado (SÁ, 2021, p. 52-53). A casa foi compreendida como o cenário doméstico, podendo ser a casa da própria mulher, do agressor, de terceiros – parentes ou amigos –, do mesmo modo que espaço com prevalência de

intimidade (quarto de hotel) (SÁ, 2021, p. 52). Ainda que constasse via pública em alguns casos, a análise dos autos indicou que referido local (em 10 casos) era próximo da residência da vítima ou por ela frequentado, ou quando indicado que era local de trabalho era o trabalho da própria vítima (6 casos).

O cenário de ocorrência e o uso de "alfabeto violento" pode ser representado por muitos símbolos: sangue espalhado por mais de um cômodo (22 casos), além de diversos casos em que se via sangue no jardim, no quintal, na calçada ou no entorno da residência (SÁ, 2021, p. 52). Objetos, móveis e até partes da casa (como janelas e portas) quebrados compõem esse *modus operandi*[7] de exercício do poder soberano por uma lógica de violência expressa que se evidencia na ecologia do assassinato (VILLA, 2021; PEREIRA; JÚNIOR; SUXBERGER, 2021).

Outro fator interessante é o dia das ocorrências, concentrando no fim de semana: 40% dos fatos, o que entrecruzado com os horários mostra que o período da noite (entre 19h00 e 23h59), com 33% dos casos, e a madrugada (entre 00h00 e 6h00), com 28% dos casos, têm prevalência, culminando em um ponto de alto risco no domingo à noite (SÁ, 2021, p. 54-57). Importa assinalar que outros dois dias da semana apresentam resultados peculiares: segunda e quarta à noite (respondendo juntos por quase 10% do total, também no período da noite) (SÁ, 2021, p. 57-58), achados que demandariam aprofundamento que escapa da proposta do presente artigo.

Na verticalização da análise situacional e associação de outros fatores, tais como a motivação pelo ciúme (diante do término ou de novo relacionamento), como se verá adiante, e disputas judiciais decorrentes de problemas de família, que envolvem guarda e separação, verifica-se fatores de risco relevantes para ações preventivas. Da mesma forma, o abuso de álcool e drogas aparece em percentual importante em quase metade dos casos analisados (em 139 casos foi relatado o consumo, e nesses, em 126 tal consumo era frequente) (SÁ, 2021, p. 73). Embora, como advertem Ávila *et al*. (2021, p. 10-11), esse fator de risco de forma isolada tem fraca correlação, mas ascende na medida em que se indica violência pretérita.

A seguir, serão apresentados os dados divididos em dois grupos amostrais a fim de avaliar a hipótese central do presente artigo sobre a existência de uma linguagem feminicida em casos envolvendo feminicídio íntimo ou doméstico.

7. *Modus operandi* é expressão bastante comum no cenário jurídico e no imaginário popular, quando se fala em assassinato, numa vinculação imagética e similar à figura do *serial killer*, mesmo que na prática forense sejam poucos os casos passíveis desse enquadramento (MONTEIRO, 2014). Aqui a expressão tem por objetivo conduzir o debate proposto, como operatividade linguística que é tanto do dizer e do fazer, algo como um *modus operandi* feminicida.

O primeiro refere-se às qualificadoras categorizadas como "modo" e "meio", quando incidentes de forma isolada ou entrecruzada entre si e com as demais qualificadoras. Os dados foram organizados a partir da pesquisa quantitativa, mapeando-se dados de acordo com a descrição jurídica dessas duas qualificadoras no Código Penal brasileiro constantes do art. 121, § 2º, III e IV, os quais foram tabulados em linha, mas em colunas separadas na planilha de análise, uma só com os meios e outra só com os modos.

Já o segundo, a partir de uma perspectiva qualitativa, considerou atos de fala dos autores e das vítimas dos feminicídios tentados ou consumados proferidos em depoimentos policiais ou judiciais, como também as descrições constantes nas denúncias-crime. E, mais adiante, dados de processos em que houve a discussão da situação psíquica do autor, via incidente de sanidade mental e/ou suicídio do agressor de forma tentada ou consumada, igualmente tabulados em linha com as informações em colunas distintas para cada quesito analisado.

3.1. O fazer: meios e modos de assassinar mulheres

A análise da amostra realizada para o presente trabalho considerou os casos em que a denúncia imputou ao autor do fato a utilização de meio ou modo apto a qualificar o crime, de acordo com o constante nos incs. III e IV, do § 2º do art. 121, do CP, isso porque – mesmo no repertório geral dos homicídios – esses incisos demonstram a imposição de desnecessário e adicional sofrimento à vítima (item 38 da Exposição de Motivos do Código Penal de 1940), além de definirem situações nas quais há risco extremo ou dificuldade ou impossibilidade de a vítima se defender, por intermédio de um elenco de equiparação ou equivalência (BUSATO, 2014, p. 38-39). Já a qualificadora do modo, descrita no mesmo § 2º, em seu inc. IV *(IV – à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido)*, também considerada como de natureza objetiva, qualifica o fato pela insídia e pelo estratagema que o autor usa para alcançar o seu fim (BUSATO, 2014, p. 40).

Da amostra inicial geral, verificou-se que em 159 dos casos havia a incidência do "modo" e "meio", de forma isolada, combinadas entre si, ou com as demais qualificadoras.

A qualificadora "modo", em que o Código Penal atribui maior pena quando o delito tenha sido praticado mediante traição, emboscada ou outro recurso que impossibilitou ou dificultou a defesa da ofendida, apareceu em 130 casos, de forma isolada ou combinada, assim distribuída:

Sá, Priscilla Placha; Machado, Bruno Amaral; Mendes, Soraia da Rosa. "Quando dizer é fazer": uma linguagem feminicida compartilhada em casos de assassinatos de mulheres no estado do Paraná. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 241-272. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13685124].

Tabela 1 – Incidência da qualificadora modo

Qualificadora Modo	130
Modo (incidência isolada)	40
Modo + Motivos Fútil ou Torpe	56
Modo + Motivos + Meio Insidioso ou Cruel	24
Modo + Outro Crime	1
Modo + Meio Insidioso ou Cruel	8
Modo + Motivos + Meio Insidioso ou Cruel + Outro crime	1

Fonte: elaborado pelo/a autor/a.

Nos casos em que houve a incidência apenas do modo, verificou-se a distribuição dos casos de acordo com o descrito no inc. IV, do art. 121, § 2º, do CP, da seguinte forma: a) dissimulação: 2 casos; b) traição ou emboscada: 10 casos; c) cláusula genérica "recurso que impossibilitou ou dificultou a defesa da ofendida": 28 casos.

O Quadro 1 contém a identificação das situações que justificaram a imputação da qualificadora "modo". Nessa análise, foram colhidos elementos nas denúncias-crime nos 40 casos em que incidiram isoladamente tal qualificadora, verificando-se o local do corpo atingido, instrumento utilizado, bem como a forma de realização do crime.

Quadro 1 – Situação descrita na denúncia que fez incidir a qualificadora modo

Situação descrita como modo	40
Atacou a vítima de inopino ou surpresa dentro de casa, invadiu a casa ou ficou de tocaia esperando-a dentro de casa	13
Atacou a vítima de surpresa ou de inopino na rua*	12
Atacou a vítima de inopino ou surpresa sem a descrição de local**	11
Atacou a vítima dentro do carro	1
Arrastou a vítima pela rua e levou-a a um lugar ermo e afastado	1
Dissimulação (encontro amoroso/festa em local afastado)	2

* Em 8 casos foi possível identificar, pela leitura da denúncia, que a vítima estava chegando ou saindo de casa.
** Em 3 casos, pela descrição dos objetos e circunstâncias, como a presença da prole quando da ocorrência dos fatos, foi possível identificar que a vítima e o autor estavam em casa.
Fonte: elaborado pelo/a autor/a.

O segundo quadro contém a descrição de parte ou partes do corpo da vítima atingidas pelo autor quando do cometimento do crime.

Quadro 2 – Local do corpo da vítima contra o qual o autor investiu

Parte do corpo atingida	40
Múltiplos lugares vitais (cabeça, coração, costas e pescoço) combinados ou não com outras partes do corpo*	14
Cabeça/rosto	7
Abdome, costas e/ou tórax	6
Pescoço	5
Seios	1
Sem indicação do local do corpo atingido**	7

* O pescoço aparece com frequência também de forma cumulada, normalmente com as costas.
** Casos em que houve múltiplas facadas, golpes ou disparos de arma de fogo.
Fonte: elaborado pelo/a autor/a.

Já a qualificadora "meio", em que o Código Penal acentua a reprovabilidade quando o autor tenha usado asfixia, fogo, veneno, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, aparece em 62 casos, de forma isolada ou combinada.

Tabela 2 – Incidência da qualificadora meio

Qualificadora Meio	62
Meio (incidência isolada)	9
Modo + Motivos + Meio Insidioso ou Cruel	24
Modo + Meio Insidioso ou Cruel	8
Motivos + Meio Insidioso ou Cruel	18
Meio Insidioso ou Cruel + Outro crime	1
Motivo + Meio Insidioso ou Cruel + Outro Crime	1
Modo + Motivo + Meio Insidioso ou Cruel + Outro crime	1

Fonte: elaborado pelo/a autor/a.

Já o quadro 3 contém o detalhamento do meio utilizado nos 9 casos em que houve apenas a incidência da qualificadora meio cruel.

Quadro 3 – Casos peculiares sobre o meio usado

Caso	Detalhe da qualificadora
1	Enforcamento com camiseta enrolada ao pescoço seguido de golpes com pedaço de madeira na cabeça e no rosto.
2	Estrangulamento com cabo de energia.
3	Cortes no rosto e perfurações no pescoço com pedra e gargalo de garrafa de vidro.
4	Asfixia e estrangulamento.
5	Líquido inflamável, sem lesões, forma tentada.
6	Asfixia com uma toalha.
7	Golpes de garrafa de vidro e tijolo de alvenaria na cabeça.
8	Fogo com carbonização total do corpo.
9	Asfixia e agressões na cabeça e pescoço.

Fonte: elaborado pelo/a autor/a.

A Tabela 3 informa quanto ao grupo de 62 casos, em que houve a incidência de meio cruel, de forma isolada ou combinada, qual foi o meio utilizado. A soma ultrapassa o total porque em alguns casos houve o uso de mais de um meio:

Tabela 3 – Instrumentos caracterizadores do meio cruel

Instrumentos – Qualificadora Meio	n. de vezes em que foi usado
Golpes com instrumentos pontiagudos ou pesados	39
Asfixia/esganamento/enforcamento*	20
Emprego de fogo	8
Emprego de veneno	1
Emprego de ácido	1
Disparo de arma de fogo	1
Golpes com a finalidade de provocar aborto	1

* Entre os 20 casos em que ocorreu asfixia/esganamento/enforcamento, verificou-se que em 8 foram usados os seguintes instrumentos: em 2, cabo de energia; em 1, corda de roupão; em 1, fronha de travesseiro; em 1, toalha; em 2 casos, roupa íntima da vítima; e em 1 caso, cinta de carga.
Fonte: elaborado pelo/a autor/a.

O Quadro 4 apresenta, entre os 39 casos em que foi utilizado instrumento pontiagudo ou pesado, a categorização desses meios. A superação do número total de casos ocorre pois, em algumas circunstâncias, foi usado mais de um meio:

Quadro 4 – Categorização de meios pontiagudos, cortantes ou pesados

Golpes com instrumentos pontiagudos, cortantes ou pesados	n. de vezes em que foi usado
Faca/Facão	27
Marreta	3
Martelo	2
Adaga	1
Pedra/Tijolo/Concreto	4
Gargalo de garrafa de vidro	2
Chave de fenda	1
Barra de ferro	2
Foice	1
Pedaço de madeira	1

Fonte: elaborado pelo/a autor/a.

3.2. O dizer: por que foram feitos?

Na Tabela 2, antes apresentada, ao se computar os dados referentes às qualificadoras, apareceu a relativa a "motivo" (sem que tenha sido produzida na presente análise uma distinção entre motivo fútil e torpe). Todavia, quando foi realizada a análise documental dos casos enquadrados exclusivamente pela qualificadora "modo", verificou-se questões muito significativas para a presente análise. Da leitura das denúncias-crime e de peças dos inquéritos policiais e dos autos de ação penal, foram coletados dados acerca do "por quê" o feminicídio possa ter ocorrido.

Expressões, como ciúme, término do namoro, inconformismo com novos relacionamentos, inclusive, descumprindo medidas protetivas de urgência de afastamento, até mesmo o uso de falas e das expressões como "se você não é minha, não é de mais ninguém", foram achados na pesquisa e são importantes referenciais para a reflexão da hipótese do artigo, como também pelo oferecimento a um só tempo de aspectos distintivos de outros assassinatos aparentemente similares, se considerados unicamente pelas qualificadoras "meio" e/ou "modo".

O Quadro 5 apresenta a classificação da motivação levando em consideração as falas e as expressões de natureza motivacional de feminicídios tentados ou consumados, coletadas entre os 40 casos em que houve a incidência da qualificadora modo, ou seja, sem a incidência de motivo fútil ou torpe[8]. Foi considerado para a presente Tabela o que constava nos autos, particularmente na denúncia-crime, a partir de expressões ou falas proferidas perlocucionárias (AUSTIN, 1990, p. 111). Por exemplo, incluiu-se como ciúme quando expressado pelo autor "quis matar ela porque estava conversando com um cara na rua". ou "eu não admiti o término do relacionamento", ou quando dito "ela não tinha o direito de me deixar", ou, ainda, diante das expressões "fiquei louco de ciúmes" ou "ela é minha mulher".

Quadro 5 – Falas e expressões

Motivação	Total de casos
Término do namoro ou do relacionamento	19
Ciúme	3
Término do namoro ou do relacionamento + ciúme	1
Discussão sem motivo identificado	2
Término do relacionamento + pensão alimentícia para a prole	1
Motivação sexual	1
Sem motivação expressa	13

Fonte: elaborado pelo/a autor/a.

4. Análise de dados: quando dizer é fazer

A presente análise de dados será feita, segundo os marcos teóricos indicados na introdução, reconhecendo que o campo de produção de Paulo César Busato, Winfried Hassemer e John L. Austin não estão direcionados à temática de gênero ou de violência de gênero, diversamente do campo de produção e atuação de Rita Laura Segato. Todavia, considera-se possível – que, desde o ponto de vista de cada qual, a partir da linguagem (como categoria de pensamento ou como segmento do saber) e sem pretensões absolutas – seja apontada uma linguagem feminicida como regime de comunicação fratriárquica.

8. Veja-se que nas Tabelas 1 e 4 foram verificados casos em que houve a incidência de motivo fútil ou torpe, e assim não se despreza o fato de que possa existir uma prevalência ainda maior de situações em que expressões e falas dos autores indiquem a existência de uma linguagem feminicida, como proposta no presente trabalho.

4.1. O dizer: "se você não é minha, não é de mais ninguém"

Essa expressão parece acomodar uma grande parte das cenas que se vê tanto no cotidiano social (SILVA, 2012) e na comunicação jornalística quanto nos processos criminais analisados, em que o inconformismo do grupo social masculino empreende um assassinato de suas companheiras e ex-companheiras (SEGATO, 2016; AGUIRRE, 2020). Ditos, entendidos como falas e expressões dos autores de feminicídios tentados ou consumados que compuseram a amostra, denotam o sentido de que a mulher compõe um dos tributos de seu rol proprietário e por isso são feitos os assassinatos. Dizer que ela é "sua" – com esse marcador pronominal de posse – culmina num fazer que é o seu assassinato.

No desenrolar da pesquisa, depoimentos escritos ou em gravação audiovisual, especialmente, dos autores e das vítimas, permitiram realizar a coleta de alguns relatos acerca desse sentido da mulher como propriedade, como coisa a compor seu rol de bens. Veja-se alguns exemplos:

> "... *aproximou-se dela para conversar, queria reatar a relação*, mas ela não quis, começou a discutir, partiu para cima do interrogado, então utilizou a faca que sempre carregou na sua bolsa, utilizava para descascar frutas para se alimentar..." (autor, interrogatório policial, caso 3).[9]
>
> "... Fulano já havia desferido uma facada em suas costas, o que levou a declarante a cair no chão, momento em que Fulano, continuou a desferir outras facadas contra declarante, lhe acertando no pescoço lado direito, na mão direita, embaixo da axila direita e uma outra também em suas costas, após o mesmo saiu correndo do local. Finaliza a declarante dizendo que Fulano, dizia que iria matá-la, *porque se ela não fosse dele não seria de mais ninguém*..." (vítima, depoimento policial, caso 13).[10]
>
> "...*eu abracei ela e disse o que 'eu fiz amor'*... a gente tinha planos de casar... ela estava marcando uma orgia com o ex-namorado e um primo, levei um choque (duas semanas antes) ... eu estava com uma faca no quarto porque sou desligado... eu amo ela, estou com a aliança dela..." (autor, depoimento policial, caso 23).
>
> "... *eu fiquei louco quando vi ela transando com um cara*... e quando vi eu já estava em cima dela... eu tinha esse canivete... eu não queria matar ela... eu agi no impulso... eu sei que fiz tudo errado... eu estava vindo me entregar" (autor, depoimento policial, caso 24).

Fragmentos encontrados em uma análise desagregada parecem autorizar a mesma compreensão sobre esse mandato de propriedade, associados com o término do

9. Os autos indicam que a vítima levou 11 facadas e que o autor estava escondido num terreno baldio, aguardando-a passar e pulou em cima dela.

10. O nome do autor mencionado pela vítima foi suprimido para evitar qualquer identificação.

relacionamento e o ciúme, como, por exemplo, através de locuções: "eu não suportei", "eu não aguentei", "eu queria que ela me ouvisse", "eu queria que a gente voltasse". E então uma faca que estava no quarto, um canivete que sempre estava no bolso, uma foice que era deixada na garagem, transmudam o dizer em fazer; feito com diversos golpes: diversas facadas, muitas pauladas, múltiplos golpes.

Então, meio e modo podem ser entendidos como um *modus* que é compartilhado por sujeitos que sequer se conhecem e atuam de modo similar quando assassinam mulheres. Veja-se que a existência de relação pretérita ou atual entre autor e vítima apareceu em 284 dos 300 casos analisados, sendo recorrente a figura do companheiro ou ex-companheiro (SÁ, 2021, p. 81). A autoria no grupo analisado somente indicou feminicídios cometidos por estranhos em 16 casos, situação em que o lugar público aparece como cenário prevalente com 58,3% nesse grupo (SÁ, 2021, p. 50).

Esses ditos – embora, como já se salientou, não no contexto de violência contra a mulher, a partir da proposição realizada por Austin (1990, p. 85-94) – podem ter significações de promessas de feitos: quando dizer é fazer. Assim, numa linguagem ordinária, o dito pode se conectar com uma ação, pois quando se diz algo é como fazer algo, ainda que a expressão usada possa estar fragmentada (AUSTIN, 1990, p. 85-87). Os denominados atos locucionários, ilocucionários e perlocucionários são compreendidos, entre outras dimensões, por verbos que dão sentido em seus proferimentos e como tal permitem compreensões do que se fala e do que se faz (AUSTIN, 1990, p. 95-102). Nesse sentido, estão os pretensos autorizativos que envolvem motivação para a prática do crime.

Tais considerações, e sem qualquer pretensão de esgotamento das proposições do autor, ou de classificar propriamente os proferimentos (AUSTIN, 1990, p. 95-102), pois fugiriam tanto ao objeto quanto ao espaço da presente reflexão, podem ser transpostas para o cenário dos feminicídios, levando-se em consideração os proferimentos dos autores.

Quando o sujeito diz então "se você não é minha, não é de mais ninguém", embora não prometa sonoramente "eu vou te matar", dirigindo-se à própria vítima ou a terceiros, mesmo usando fragmentos ou ditos similares como "eu não admito que você me deixe" ou "queria que ela me entendesse, voltasse para mim", se está diante de uma dimensão singular entre o dizer e o fazer. Assim, o dito e o feito ocupam a mesma linguagem nas diversas expressões trazidas no Quadro 5.

Outros componentes em forma de palavra aparecem nas narrativas de personagens, nos casos analisados, por frases completas "ele disse que nunca deixaria ela ir embora" ou por atributos que, lançados contra as vítimas, autorizam os assassinatos: ela era uma vadia ou ela me traiu. Dessocializar a vítima e culpabilizá-la pelo seu próprio destino é parte do empreendimento feminicida (SEGATO, 2013).

A verbalização de sentimentos como "amor", "ciúme", "ódio", em interrogatórios judiciais (SEGATO, 2013; PEREIRA; JÚNIOR; SUXBERGER, 2021) e audiências de custódia (CRESPO; MACHADO, 2021; VALENÇA; MELLO, 2020), vem associada com um rol de adjetivos dessocializantes a respeito da mulher, usando termos como "vadia" e "vagabunda", pois essa tem sido uma forma tão antiga (CALEIRO; JESUS, 2006) quanto atual (BOLA, 2021, p. 135; SOLNIT, 2017, p. 185-189) para desqualificar mulheres por meio da linguagem.

Os feitos seriam assim indissociáveis dos ditos. Conjugados as locuções com os detalhamentos dos instrumentos perfurocortantes, perfurocontundentes e contundentes da Tabela 3 e Quadro 4, com as lesões e as sedes das lesões de acordo com os Quadros 2 e 3, vê-se um empenho destrutivo do feminino.

Dizer e fazer não ocupam lugares distintos, são dimensões da mesma linguagem. Dizer é fazer.

4.2. O fazer: "morre, morre, morre"

Num dos casos analisados, em que o autor desferiu golpes no peito, pescoço e braço da mulher, bradava "morre, morre, morre", pois ela não queria voltar com ele. Sobreviveu, pois em meio às facadas e no intuito de obstar a ação, afirmou que voltaria. Na denúncia, a autoridade ministerial descreve como qualificadora do crime os motivos que indicavam que o autor tratava a mulher como sua propriedade e não admitia que ela o deixasse. A frase é representativa da dimensão de que dizer é fazer, uma espécie de empreendimento linguístico com alta potência de ação e por isso foi escolhida para nomear esse ponto.

O repertório que transita entre os ditos e os feitos toma como base a "pedagogia da crueldade" (SEGATO, 2018), que é uma forma de instrução usada pelo "capitalismo de rapina" (SEGATO, 2020), pela qual o patriarcado de alta intensidade disciplina os corpos que o desestabilizam por meio do exercício da crueldade, assassinando mulheres e meninas, como ocorre também nos crimes homofóbicos e transfóbicos (SEGATO, 2020). Essa "pedagogia da crueldade" destrói empatia, compaixão e vínculos comunitários e põe no lugar uma linguagem que utiliza um "alfabeto violento" (VILLA, 2021) e apresenta-se por meio de uma assinatura que é a marca do mandato de propriedade (SEGATO, 2019). A expressão "crueldade" quando usada por Segato (2019) não tem a inscrição jurídica como seu horizonte ou conceito, como categorizado na qualificadora antes enunciada e constante da lei penal, mas é possível realizar essa conexão para poder dimensionar o fazer de uma linguagem feminicida.

Os dados coletados na amostra usada no presente trabalho, a respeito do meio e do modo, constituem o que juridicamente, como assinalado, poderia ser nominado

como *modus operandi* e, não obstante, o que é dito e o que é feito compõem na presente proposta um mesmo repertório de linguagem feminicida. A perlocução performativa (AUSTIN, 1990) da promessa "se você não é minha, não é de mais ninguém" se realiza num fazer (pelo modo e pelo meio) que é a alta vulneração dos corpos assassinados tanto no dizer ao proferirem um assassinato, com expressões de poder, quanto no fazer, pela quantidade de golpes, pelo tipo de instrumento ou pela sede das lesões.

O feminicídio é a resultante de que o dizer é fazer.

Entre o que a linguagem ordinária fala e o que a linguagem jurídica define não apenas o que é feminicídio, como quem serão admitidas como suas vítimas e seus autores, o modo e o meio cruel são aqui compreendidos como os indicadores externos de que trata Hassemer (2008) a partir de uma perspectiva procedimental, tal como propõe Busato (2008). Desde sua proposição, e tendo em conta o cenário de análise, parece ser possível afirmar que o fazer categorizado pelas qualificadoras meio e modo dimensiona um concreto acerca da pedagogia da crueldade que trata da vulneração dos corpos em alto grau (SEGATO, 2018; SEGATO, 2019). Não é uma morte, é uma morte que destrói.

Assim, esses indicadores externos constituídos pela sede das lesões, pelo número de golpes, tiros e facadas, pelo tipo de instrumento, além do cenário e do que antecede e sucede os assassinatos, têm expressão de sentido (como dimensão da linguagem) a partir do que é o fazer.

"Morre, morre, morre" é matar pela linguagem do dito e do feito a ponto de destruir aquela mulher, qualquer mulher, muitas mulheres.

Quando se retoma os dados acima apresentados nas Tabelas que categorizaram o que a instância jurídica compreendeu como modo que dificulta ou impede a defesa da vítima e o meio que é insidioso ou cruel, verifica-se que numa análise abstrata pareceria pouco singular imaginar qual diferença há entre uma tocaia qualquer e uma tocaia que qualifique o feminicídio. Do mesmo modo, porque a diversidade de golpes que ocupa um cenário do tráfico de drogas num acerto de contas também comumente fornece outros elementos como o uso de fogo (o chamado "micro-ondas"), de uma situação de meio cruel no feminicídio. Os modos que descrevem o como e os meios que descrevem o que foi usado ganham, todavia, uma dimensão especial dessa linguagem feminicida que é usada pelo sujeito do patriarcado. O sujeito que até pouco antes do assassinato ou mesmo depois anunciava seu "amor" por aquela mulher. A vulneração dos corpos aqui tem um outro sentido: a investida contra o território-corpo como o território-propriedade porque o autor é o "dono" ou "proprietário" dessa mulher e de tudo o que ela tem, inclusive de sua vida. O *pater familiae* é o detentor tanto do poder da vida quanto do poder da morte.

A retomada do detalhamento das atitudes que caracterizam os modos de cometimento do crime, tal e qual o descrito no Quadro 1, em que os autores usam de uma série de artifícios, mas também de um cerco especialmente à residência, como também ao trabalho ou locais de frequência da vítima, quando conjugado com o detalhamento da incidência de lesões particularmente em partes vitais, de onde se colhe múltiplas condutas, como se tem no Quadro 2, admite essa concretização do exercício do mandato de proprietário.

A descrição dos casos no Quadro 1 em que incidiu a qualificadora modo pelo uso de emboscada ou tocaia mostra que o sujeito compreende que o *locus* de morada ou de trabalho da mulher, bem como o seu entorno (ponto de ônibus perto de casa, o salão de beleza que a vítima frequentava, a casa da vizinha em que estava, por exemplo), não são um espaço privado que ela ocupa. Se é o espaço em que ela habita ou transita e como seu dono que é (pelo mandato de propriedade) ele pode investir contra esse território. Ele pode se esconder no banheiro (porque ainda ficou com a chave da casa), ele pode pular o muro e ficar na lavanderia, ele pode entrar de madrugada, sob a justificativa de trocar a guarda da prole, pois como proprietário que é tem franco acesso a esses espaços, mesmo que seja pelo exercício da força.

Já no Quadro 2, a sede e a quantidade de golpes demonstram esse empreendimento de poder com alta vulneração. Escalpelar, carbonizar, mutilar não é apenas tirar a vida; literalmente é "acabar com você", é não suportar o fato de "que ela nunca quis transar comigo". O sujeito do patriarcado não admite a rejeição; sua frustração é elaborada com violência.

A singularidade do fazer está no fato de que o repertório da pedagogia da crueldade é usado contra "o amor da minha vida", porque "a gente ia se casar", a ponto de o sujeito dizer "eu te amo", mesmo em cima de um corpo completamente ensanguentado por ele mesmo morto.

O assassinato no feminicídio é um feito contra um corpo em face do qual o sujeito declarou o seu amor e a sua paixão, muitas vezes, após um relacionamento de anos, com prole comum e até mesmo com netos. Mas não conseguiu suportar o fato de ela não mais ser sua. Então, outra locução cabível nessa linguagem é "até que a morte os separe". Ele é o dono dessa vida e dessa morte (SEGATO, 2020).

Com esse recorte é que foi excluída a análise dos 16 casos em que não havia relacionamento pretérito ou atual ou de parentesco entre autor e vítima, pois isso demandaria uma incursão teórica, aqui não pretendida, nos chamados feminicídios não íntimos, embora, segundo (SEGATO, 2013), também partilhem de um regime de poder, até mesmo na concepção originária de uma comunicação de fratria criminosa.

4.3. Quem diz e quem faz?

Tanto no relatório final da CPMI (BRASIL, 2013) quanto no grupo geral da amostra (SÁ, 2021), no recorte dos feminicídios que apresentam certa homogeneidade,

verifica-se o predomínio de relações pretéritas ou atuais de convivência, coabitação e afetividade representadas pelos companheiros e ex-companheiros das vítimas. Do total de 300 casos, em 284 essa relação apareceu (SÁ, 2021, p. 80), nas quais o feminicídio apresenta-se como um desdobramento, como mais um capítulo.

> "[...] o último gesto que é o crime, é o produto de vários gestos menores que estão na vida cotidiana e que não são crimes, mas também são agressões. E que eles criam um terreno fértil para causar esse último grau de agressão que é tipificado como crime..., mas isso nunca aconteceria se a sociedade não fosse como é. Isso aconteceria com um psicopata, mas o maior número de estupros e agressões sexuais contra mulheres não é causado por psicopatas, mas por pessoas que pertencem a uma sociedade que pratica agressão de gênero de mil maneiras, mas que nunca pode ser classificada como crime [...]". (SEGATO, 2020).

Os autores são, portanto, esses sujeitos "normais": o namorado, o companheiro, o marido, o cunhado, o genro. Não são psicopatas. Assim, um pretenso justificador de tais ocorrências, no influxo da "loucura" como reduto do impensado, não parece ter lastro na amostra trabalhada com os registros consultados. Não é incomum, em tratativas sobre o tema, perguntar se há um perfil dos feminicidas, como a se refletir, se são sujeitos "normais" que cometem esses crimes.

A partir de critérios jurídicos, na amostra dos 300 casos originários, coletou-se marcadores de sujeitos aos quais as normativas jurídicas poderiam associar alguma perturbação ou sofrimento mental como um fator relacionado ao feminicídio. Dessa forma, foram escolhidos dois critérios para essa análise: (i) suicídio consumado ou tentado e a existência de (ii) incidente de sanidade mental.

A Tabela 4 contém dados sobre autos de processo em que houve a instauração de insanidade mental ou registro de suicídio consumado ou tentado do acusado.

Tabela 4 – Suicídio e Sanidade mental de autores de feminicídio

Total de casos	13
Incidente de Sanidade Mental	7*
Suicídio Consumado	2
Incidente de Sanidade Mental + Suicídio Consumado ou Tentado	4**

* Em 1, foi reconhecida a inimputabilidade; em 2, a semi-imputabilidade; em 2, manteve-se a imputabilidade; em 2, aguardava-se a realização do laudo. Registre-se que, em 3 casos desse grupo, o sujeito já tinha registro de outros homicídios anteriores, sendo que em 2 havia situações similares às de feminicídio, envolvendo outras companheiras.
** Em 2, o suicídio foi consumado. Em 1, foi reconhecida a inimputabilidade; em 1, mantida a imputabilidade e, em 2, a semi-imputabilidade. Em 1, o sujeito tentou suicídio por duas vezes, um no dia do crime, resultando em internação, e outra vez na Delegacia.
Fonte: elaborado pelo/a autor/a.

O Quadro 6 mostra a classificação do sofrimento mental de acordo com o laudo produzido nos autos de insanidade mental, no total de 9 casos em que o exame já foi realizado. O número de casos corresponde ao somatório dos itens "Incidente de sanidade mental" e "Incidente de Sanidade Mental + Suicídio Consumado ou Tentado" da Tabela 9, excluindo os 2 casos em que o laudo ainda não foi realizado ao tempo da análise de dados desse item (janeiro de 2022).

Quadro 6 – Classificação de sofrimento mental

Total de casos	**9**
Transtorno psicótico predominantemente polimórfico	1
Transtorno afetivo bipolar com traços patológicos	1
Transtorno afetivo bipolar. Transtorno de adaptação	1
Transtorno afetivo bipolar episódico e transtorno mental e comportamental decorrente do abuso de álcool e drogas	1
Transtorno psicótico predominantemente polimórfico	1
Transtorno comportamental e mental decorrente do abuso de álcool e drogas	1
Episódio depressivo moderado	2
Demência senil	1

Fonte: elaborado pelo/a autor/a.

Importa registrar um caso – não contabilizado entre os 13 iniciais – em que houve pedido por parte da defesa de instauração de incidente de sanidade mental, havendo negativa judicial. Havendo, inclusive, registro anterior de que o autor já tinha sido responsabilizado, em outro feito judicial, por estupro e cumprido medida de segurança.

A análise dos laudos e elementos constantes tanto do inquérito quanto da ação penal e incidente de sanidade mental mostra que outros elementos aparecem como fatores potencializadores ou de risco, nesses 13 casos: em 5, durante a entrevista para a elaboração do laudo acerca da sanidade mental, foi relatado o abuso de álcool, sendo que em 1 desses havia a combinação com drogas ilícitas e, em outro, além do álcool e drogas, medicamentos controlados. A condição socioeconômica de todos os 13 casos é precária, tendo em conta a profissão, escolaridade e ocupação informadas nos autos. Somente em um deles existe a indicação de que o sujeito tinha ocupação profissional formal e em outros 2, atividade autônoma.

Vê-se assim que a hipótese de "descontrole" ou "anormalidade" que afetasse o discernimento do autor é absolutamente pequena, tendo em conta que em somente 13 casos isso foi aventado, num total de 300 autos de processo criminal.

Assim, os sujeitos – no campo jurídico – embora tido como "normais" estão em constante processo de dominação e por isso já estavam com uma faca debaixo da cama, com um canivete no bolso e uma foice na garagem, tendo separado na cômoda um cordão de roupão, verificado se a lavanderia tinha tranca, desde a consideração de que o empreendimento não era um ato isolado de dominação, era um crescente desse cotidiano.

Embaralhar os casos entre si permitiria – em certa medida – a apresentação de uma parcela homogênea entre cenas, meios, modos e protagonistas, com o uso de uma mesma linguagem.

5. Linguagem feminicida como regime de comunicação fratriárquica em feminicídios domésticos

A afirmação de uma linguagem própria ganhou força enquanto associada ao feminicídio público (SEGATO, 2013) por se dizer que os casos ocorridos na *Gran Frontera* entre México e Estados Unidos tinham uma assinatura própria. Entretanto, alguns estudos (GARBIN *et al.*, 2006; MENEGHEL; HIRAKATA, 2011), mesmo antes da lei do feminicídio, ao tratarem dos casos de homicídios dolosos de mulheres praticados por parceiros, evidenciavam características comuns, bem como o uso de instrumentos similares, além de semelhanças entre os tipos de lesão e o cenário de suas ocorrências.

A homogeneidade ocupou a descrição dos casos de feminicídio ocorridos em *Ciudad Juárez* (LAGARDE, 2006)[11], com a nota de que, no caso alusivo à *Gran Frontera*, a autoria deveria ser atribuída ao que se chamou de fratrias mafiosas (SEGATO, 2013), como empreendimento orquestrado e assim apresentando, portanto, modo e meio similares, senão idênticos caracterizadores de uma linguagem.

O nicho de comunicação que opera por meio desse regime de linguagem (SEGATO, 2013; SABADELL, 2016) faz com que se compartilhe um sentido de coerência não apenas entre os autores, mas também com as demais instâncias, em mesma conexão, por meio de noções próprias de letalidade que se constituem em estupros e assassinatos como expressão do poder (SEGATO, 2013, p. 19).

Sua forma comunicacional que se concretiza pela espoliação de mulheres e meninas atua em dois eixos, pelo modo insidioso e por meio das violações a seu

11. Homogeneidade, também, presente na forma de condução dos casos, que demonstrou o alto comprometimento da instância pública e oficial em não apenas não investigar os casos, mas também em prejudicar funcionários que tinham a pretensão de esclarecimento e atribuir a autoria a sujeitos que se sabia inocentes, não sendo raros os casos de dessocialização das vítimas (LAGARDE, 2006).

corpo-território. Um eixo é vertical e estabelecido entre o autor e a vítima, de cunho moral e disciplinador, mas dirigido a toda e qualquer mulher que, em potência, pode ser assassinada porque pertence ao grupo social da mulher genérica, em que é autor o soberano. Outro de feixe horizontal em que o agressor se volta aos seus pares, como a solicitar a permissão de ingresso e de permanência na constelação hierárquica e piramidal, pois essa estadia precisa sempre se autoafirmar (SEGATO, 2013).

Ainda que haja diferença na autoria entre os feminicídios públicos, nos quais se afirma que *devam* ser praticados para sustentar e retroalimentar o patriarcado estrutural, e os feminicídios íntimos ou domésticos que *possam* ser realizados (SEGATO, 2013), pois que as mulheres cativas (LAGARDE, 2006) sempre estão à sua disposição, há o elemento comum dos ditos e dos feitos da linguagem feminicida.

No cenário dos feminicídios públicos, seja no território de Ciudad Juárez (SEGATO, 2013), seja no cenário da violência urbana (NORONHA; DALTRO, 1991), a partilha de elementos identitários parece ser mais facilmente compreensível, inclusive na expressão de sentido de que realmente se está diante de um "bando de homens" que atua e, em alguns, tal atuação é compartilhada com o Estado (LAGARDE, 2006).

Quando se está no cenário dos feminicídios íntimos ou domésticos, tal afirmação parece ser pretensiosa ou ao menos descuidada, mas quando se olha estudos que têm sido recentemente produzidos (CRESPO; MACHADO, 2021; PEREIRA; JÚNIOR; SUXBERGER, 2021; VALENÇA; MELLO, 2020), verifica-se que há uma partilha de sentido. Isso começa pelo fato de que não se verbaliza que o que foi realizado sobre os corpos – mesmo quando não consistam em feminicídios – é crime e deve ser entendido como violência contra a mulher (CRESPO; MACHADO, 2021, p. 275-282) ou quando os autores afirmam que estão sendo injustiçados (MARTINS, 2020, p. 273). Por certo, não como expressão jurídica, mas senão como fato reprovável que justifica a atuação do sistema de justiça.

Entretanto, os indicadores externos que aqui foram representados pelas qualificadoras "modo" e "meio" como expressões de maior gravidade, com consequente maior reprovabilidade, são numa dimensão da vida e da relação entre homens e mulheres como elementos dessa linguagem.

A externalidade dos feitos – com lesões, instrumentos, cenas de invasão e quebradeira – conecta-se com o dizer e ambos podem compor a partilha de uma linguagem feminicida; podem compor uma assinatura. À generalidade das vítimas de *Ciudad Juárez* estava associada também uma generalidade na forma do cometimento dos assassinatos e violações; a miscelânea de gestos e de corpos era um conjunto da ferramenta dessa linguagem (SEGATO, 2013); sua assinatura, um gesto simbólico (FERNANDES, 2020; VILLA, 2021, p. 85-86).

Sá, Priscilla Placha; Machado, Bruno Amaral; Mendes, Soraia da Rosa. "Quando dizer é fazer": uma linguagem feminicida compartilhada em casos de assassinatos de mulheres no estado do Paraná. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 241-272. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13685124].

> *"Todo acto de violencia, como un gesto discursivo, lleva una firma. Y es en esta firma que se conoce la presencia reiterada de un sujeto por detrás de un acto. Cualquier detective sabe que, si reconocemos lo que se repite en una serie de crímenes, podremos identificar la firma, el perfil, la presencia de un sujeto reconocible por detrás del acto."* (SEGATO, 2013, p. 22).

A linguagem dos feminicídios públicos é operada pela fratria, que representa a reunião dos homens, especialmente pelas fratrias mafiosas, que operam em nicho de ilegalidade que, de forma concertada e em união, mesmo que paralela, com o Estado (SEGATO, 2013), assassinam mulheres.

Em flerte com a psicanálise[12], Segato (2006), e a partir também de seus escritos, Kathleen Kate Dominguez Aguirre (2020), evidenciam as ingerências de gênero, raça e colonialidade para a construção de uma masculinidade desde o Sul, com os rescaldos da conquistalidade. A fratria, em alusão muito breve, teria ganhado destaque na obra freudiana como relacionada ao limite e à questão matrimonial e sua organização social (FREUD, 2012, p. 18 et seq.). Mas o uso da expressão por Segato (2013) e na proposição de Aguirre (2020) quando tratam dos feminicídios permite que a ideia de classes e grupos, então tratados por Freud quanto ao que o casamento poderia propiciar em face dos incestos (FREUD, 2012, p. 18 et seq.), seja pensada como os grupos sociais masculinos, atravessados especialmente pela colonialidade, que partilham de um mesmo regime.

A fratria, nesse sentido, atua em regime de comunhão, não como em uma coautoria propriamente dita, num sentido da dogmática tradicional do direito penal, mas numa espécie de compartilhamento em rede de modo que a violação sexual e o assassinato têm uma só linguagem (SEGATO, 2013, p. 19). Sua linguagem própria, com regime de comunicação análogos em estrutura e funcionamento, seria detectável tanto na organização patriarcal quanto nas fratrias mafiosas (SEGATO, 2018, p. 48).

O laço que conecta as masculinidades operadas em estamentos distintos advém de uma complexidade engendrada pelo sistema colonial, que tanto interfere na construção de uma masculinidade, que não obstante suas singularidades que hierarquizam e subalternizam, operam de modo similar (AGUIRRE, 2020). Homens brancos praticariam as mesmas violências dos marginalizados e até mesmo

12. Num outro prisma, no âmbito da psicanálise, HOMEM e CALLIGARIS (2019, p. 16), quando tratam de feminicídios, abrem a "conversa" (em alusão ao formato do livro), lembrando do ser desejante em que "a mulher é odiada na cultura ocidental porque é objeto persecutório por excelência, o objeto pelo qual os homens são perseguidos". Na sequência, trazem a questão do papel da mãe, cultuada na mesma cultura ocidental pela criação da figura mariana, pura e casta, em oposição às grandes figuras de Pandora e Eva, que representam a tentação (HOMEM; CALLIGARIS, 2019, p. 19 et seq.).

dos criminosos. Nesse ponto, pode-se pensar que a intersecção entre classe, gênero e raça pode mudar seu sujeito de análise da mulher para o homem, prestigiando o investimento em estudos de masculinidades (AGUIRRE, 2020; MARTINS, 2020).

As permanências do *pater*, como nascedouro de um ordenamento heteronormativo e patriarcalista e suas reatualizações (SEGATO, 2020), que distribuiriam o que era de cada qual (AZEVEDO, 2019), evidenciam-se na colonialidade ou no "sistema moderno-colonial de gênero" proposto por María Lugones (2020, p. 53-54). Essa categoria conjuga colonialidade do ser, colonialidade do saber e colonialidade com os contributos de Aníbal Quijano e exige que se reconheçam essas violências como decorrência dessa posição de colônia e do poder que ela encerra. O feminicídio constitui-se, assim, como expressão desse poder, conectado com a violação sexual porque essa violação sexual é uma das dimensões do poder, que terá ao final e ao cabo um assassinato como apresentado no estudo acerca de *Ciudad Juárez* (SEGATO, 2013).

Assim é que, em instâncias sociais diversas, homens – mesmo sem prévio acerto e organização – operam ditos e feitos que parecem permitir que, para além das fratrias mafiosas, seja possível falar em linguagem feminicida. O sujeito, mesmo atomizado, que se projeta como homem viril, poderoso e honrado, sente-se autorizado a controlar a lógica da honestidade da "sua" ex-mulher ou mulher, muito pela sua frustração. A frustração propiciada pelo exercício interditado do mandato de propriedade (SEGATO, 2006; SEGATO, 2019) ou do rescaldo do neoliberalismo e seu modelo de cumulação (AGUIRRE, 2020).

O regime de linguagem estabelecido, portanto, não é assim só de Estado, com feição moral, disciplinar e militar, como também não só das fratrias mafiosas, organizações criminosas e bandas criminais, pois segue pela comunidade patriarcal nos grupos de futebol e pôquer, no barzinho, no churrasco, no canteiro de obras, em distintos contextos e extratos sociais. É mais do que mera troca de camisas; é um sinal inteligível sobre o uso de uma linguagem de autoafirmação (BOLA, 2021, p. 149-151). Não é só um mandato de masculinidade, senão um mandato de propriedade (SEGATO, 2016, p. 91-107; SEGATO, 2019).

Ainda que essa assinatura, no descritivo de Segato (2016), esteja desenhando uma espécie de feminicídio serial, o que é pouco frequente em se tratando de feminicídios domésticos ou íntimos, pois que atingem "suas" mulheres (ainda que detectada em 3 casos da amostra geral, mais de um caso de feminicídio na história do autor), a partilha externa se dá pelo regime de linguagem que opera no campo discursivo, quando tem a pretensão de justificar seus atos a partir de sentimentos ou pelo modo como descrevem a mulher, como também operacional, a partir do *modus operandi* que usam para o intento feminicida deixando rastros para uma afirmação possível de linguagem feminicida.

Sá, Priscilla Placha; Machado, Bruno Amaral; Mendes, Soraia da Rosa. "Quando dizer é fazer": uma linguagem feminicida compartilhada em casos de assassinatos de mulheres no estado do Paraná. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 241-272. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13685124].

6. Considerações finais

A linguagem feminicida como meio discursivo e comunicacional em face do feminino talvez pudesse ter seu *locus* de análise prioritária no que se chama de violência psicológica, na qual o sujeito atrofia a condição do feminino, usando uma série de estratagemas que dessocializam mulheres, dirigindo-se a elas no intuito de matar simbolicamente o feminino.

O que se viu no presente estudo é que o sujeito – em comunhão de linguagem – parece não suportar o feminino ou a sua rejeição. Assim, como se diz no foro, "de caso pensado" ou repentinamente ele ataca esse feminino, com qualquer objeto que tenha em mãos, ou tendo preparado cuidadosamente o cenário do crime. De tocaia em cima de uma árvore, dissimulando uma festa, ou escondido num banheiro. Usa marreta, adaga e porrete ou mais comumente faca e facão.

Situações que demonstram o empenho em dar cabo da mulher com quem não mais convive ou que é sua atual companheira. Mata-se a própria mãe. Mata-se também a prole comum quando esteja na cena do crime, como espectadores em tenra idade, ou quando tenham intervindo buscando evitar a morte da mãe. Para esse empreendimento, a crueldade vem demonstrada na categorização dos modos e dos meios que compõem o acervo das qualificadoras dos crimes de feminicídio analisados.

Não se está a falar numa organização como as fratrias mafiosas em que o regime de atividades é estabelecido e combinado, tal como ocorre nos feminicídios públicos em que os assassinatos *devem* ser praticados num patriarcado de alta intensidade. Mas está a se admitir que o regime comunicacional emite uma mensagem às próprias vítimas e às demais mulheres, bem como entre os sujeitos do patriarcado de que se *pode* matá-las, seja porque querem com elas conviver compulsoriamente, seja porque não as querem por perto. Embora essa última hipótese seja pouco comum. A frustração e o ressentimento reiteradamente aparecem pelo sentimento do ciúme, como elemento de posse do sujeito inscrito na colonialidade, delineado nos feminicídios íntimos. Sujeitos que não se conhecem entre si partilham de um mesmo regime de comunicação fratriárquica.

A associação de modo e do meio, no grupo escolhido, faz ver que – de fato – a pedagogia da crueldade encontra elementos objetivos nas práticas feminicidas e vulnera de forma destrutiva os corpos feminizados. Uma espécie de extermínio pulverizado aqui e ali que partilha de um propósito que é a manutenção do patriarcado e a sua permanente inscrição nesse grupo. Cada sujeito ao matar aquela mulher, ao dizer e ao fazer que se inscrevem em feminicídios, realiza um ato performativo de um acervo de linguagem feminicida.

É uma assinatura que se inscreve e permite afirmar uma linguagem feminicida que é a forma comunicacional de fratria que se enfeixa como cultura, a cultura do

patriarcado de alta intensidade, decorrente da colonialidade, por meio de roteiros, instrumentos e lesões típicas em conexão com falas e expressões. O dizer e o fazer de seus sujeitos permitem considerar a existência de algo que é próprio, próprio dos feminicídios como regime de comunicação fratriárquica.

7. Referências bibliográficas

AGUIRRE, Kathleen Kate Dominguez. Masculinidades colonizadas e feminicídio na América Latina. *Crítica Histórica,* ano XI, n. 22, p. 38-67, dez. 2020.

AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer*. Trad. Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

ÁVILA, Thiago Pierobom de *et al.* Fatores de risco de feminicídio no Distrito Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 180, p. 297-328, jun. 2021.

AZEVEDO, Sarah Fernandes Lino de. A ética da monogamia e o espírito do feminicídio: marxismo, patriarcado e adultério na Roma Antiga e no Brasil atual. *História*, v. 38, e2019053, p. 1-19, 2019.

BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. *Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020.* São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2021.

BOLA, JJ. *Seja homem:* a masculinidade desmascarada. 2. ed. Trad. Rafael Spuldar. Porto Alegre: Dublinense, 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito "com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência". Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contra-as-mulheres]. Acesso em: 03.09.2021.

BRASIL. Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos; Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *Diretrizes nacionais feminicídio:* investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília, 2016. Disponível em: [https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio.pdf]. Acesso em: 05.10.2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Formulário nacional de avaliação de risco:* Violência doméstica e familiar contra a mulher. CNJ: Brasília, 2019. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/07/ab16d15c52f36a7942da171e930432bd.pdf]. Acesso em: 05.10.2021.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal:* parte especial. São Paulo: Atlas, 2014. v. 2.
BUSATO, Paulo César; BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. *Modernas tendências sobre o dolo em direito penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
CALEIRO, Regina Célia Lima; JESUS, Alysson Luiz Freitas de. Mulheres honestas e perniciosas, homens refolhados e homicidas hirozos na "lista do vigário": um censo *sui generis* no século XIX. *Varia Historia*, v. 22, n. 36, p. 539-563, jul.-dez. 2006.
CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira. *Atlas da violência.* Brasília: IPEA; FBSP, 2023. DOI: [https://dx.doi.org/10.38116/riatlasdaviolencia2023].
CRESPO, André Pereira; MACHADO, Bruno Amaral. "Nunca pratiquei crime, só Lei Maria da Penha": as audiências de custódia e o enfrentamento à violência contra a mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 182, ano 29, p. 261-291, 2021.
FERNANDES, Valéria Diez Scarance. Feminicídio: uma carta marcada pelo gênero. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREEIRE, André Luiz (orgs.); SANTOS, Christiano Jorge Santos (coord. de tomo) *Enciclopédia jurídica da PUC-SP.* São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Tomo: Direito Penal. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/437/edicao-1/feminicidio:--uma-carta-marcada-pelo-genero]. Acesso em: 06.09.2021.
FREUD, Sigmund. *Totem e tabu, contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos (1912-1914)*. Trad. Paulo César Costa.. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Obras completas, v. 11.
GARBIN, Cléo Adas Saliba *et al.* Violência doméstica: análise das lesões em mulheres. *Cad. Saúde Pública*, v. 22, n. 12, p. 2567-2573, dez. 2006.
GOMES, Izabel Solyszko. Feminicídios: um longo debate. *Revista Estudos Feministas*, v. 26, n. 2, e39651, p. 1-16, 2018.
GONZALEZ, Lélia. *Por um feminismo afro-latino-americano*. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.
HASSEMER, Winfried. *Direito penal:* fundamentos, estrutura, política. Org. rev. Carlos Eduardo Vasconcelos. Trad. Adriana Bekman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
HOMEM, Maria; CALLIGARIS, Contardo. *Coisa de menina?* Uma conversa sobre gênero, sexualidade, maternidade e feminismo. Campinas: Papirus Sete Mares, 2019.
INFOGRÁFICO. Violência contra a mulher 2023. Atlas da violência. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1504-dashmulherfinalconferido.pdf] Acesso em 07.04.2024.

LAGARDE, Marcela. Del femicidio al feminicidio. *Desde el jardín de Freud*, n. 6, p. 216-225, 2006.

LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela. *Los cautiverios de las mujeres:* madresposas, monjas, putas, presas y locas. 4. ed. Coyoacán: Universidade Nacional Autónoma de Mexico, 2005.

LÓTMAN, Iúri. Semiótica dos conceitos de "vergonha" e "medo". *In*: IVANÓV, V. *et. al*. *Ensaios de semiótica soviética*. Trad. Victória Navas e Salvato Teles de Menezes. Lisboa: Horizonte, 1981. p. 237-240.

LUGONES, María. Colonialidade e gênero. *In*: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista hoje:* perspectivas decoloniais. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020. p. 52-82.

MALAVER-FONSECA, Luisa Fernanda; SERRANO-CARDENAS, Lizeth Fernanda; CASTRO-SILVA, Hugo Fernando. A pandemia de Covid-19 e o papel das mulheres na economia do cuidado na América Latina: uma revisão sistemática da literatura. *Estudios Gerenciales*, v. 37, n. 158, p. 153-163, 2021.

MARIANO, Silvano. *Informe:* feminicídios no Brasil 2023: monitor de feminicídios no Brasil. Coord. Silvana Mariano. Londrina: Ed. dos Autores, 2024.

MARTINS, Daniel Fauth Washington. *Desarmando masculinidades:* uma análise crítica da experiência dos grupos para autores de violência doméstica no Estado do Paraná. 2020. 364 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2020.

MELLO, Adriana Ramos de. Feminicídio: breves comentários à Lei 13.104/15. *Revista Direito em Movimento*, v. 23, n. 23, p. 47-100, 2. sem. 2015.

MENDES, Soraia da Rosa. A nulidade absoluta no caso de Mariana Ferrer. *GEN Jurídico*, Rio de Janeiro, 13.11.2020. Disponível em: [http://genjuridico.com.br/2020/11/13/nulidade-absoluta-caso-mariana-ferrer/]. Acesso em: 06.09.2021.

MENDES, Soraia da Rosa. *Feminicídio de estado:* a misoginia bolsonarista e as mortes por Covid-19. São Paulo: Blimunda. 2021.

MENEGHEL, Stela Nazareth; HIRAKATA, Vania Naomi. Femicídios: homicídios femininos no Brasil. *Rev. Saúde Pública*, v. 45, n. 3, p. 564-574, 2011.

MONTEIRO, Klaylian Marcela Santos Lima. Assassinos seriais e os efeitos da sideração no psiquismo e no laço social. *Revista Latino-americana de Psicopatologia Fundamental*, v. 17, n. 3, suplemento 1, p. 738-748, set. 2014.

NORONHA, Ceci Vilar; DALTRO, Maria Esther. A violência masculina é dirigida para Eva ou Maria? *Cadernos de Saúde Pública*, v. 7, n. 2, p. 215-231, abr.-jun. 1991.

PASINATO, Wânia. "Femicídios" e as mortes de mulheres no Brasil. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 37, p. 219-246, jul.-dez. 2011.

PEREIRA, Ticiane Louise Santana; JÚNIOR, Octahydes Ballan; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Análise cênica dos feminicídios em Curitiba: propostas preventivas e repressivas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1. p. 432-449, 2021.

RADFORD, Jill; RUSSELL, Diana H. *Femicide:* the politics of woman killing. Nova York: Twayne Publishers, 1992.

ROMIO, Jackeline Aparecida Ferreira. Femicídio na Cidade. *Revista Latino-americana de Geografia e Gênero*, v. 2, n. 2, p. 15-25, ago.-dez. 2011.

ROMIO, Jackeline Aparecida Ferreira. Sobre o feminicídio, o direito da mulher de nomear suas experiências. *Plural – Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP*, v. 26.1, p. 79-102, 2019.

SÁ, Priscilla Placha. *Dossiê feminicídio:* por que aconteceu com ela? Curitiba: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 2021.

SABADELL, Ana Lúcia. Violência contra a mulher e o processo de juridificação do feminicídio. Reações e relações patriarcais no direito brasileiro. *R. EMERJ*, v. 19, n. 72, p. 168-190, jan.-mar. 2016.

SEGATO, Rita Laura. *Contra-pedagogías de la crueldad.* Buenos Aires: Prometeo Libros, 2018.

SEGATO, Rita Laura. Entrevista por Florencia Vizzi e Alejandra Ojeada. Trad. Wagner Fernandes de Azevedo. *Instituto Humanitas Unisinos.* 2020. Disponível em: [https://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596618-uma-falha-do-pensamento-feminista-e-acreditar-que-a-violencia-de-genero-e-um-problema-de-homens-e-mulheres-aponta-rita-segato]. Acesso em: 01.11.2021.

SEGATO, Rita Laura. *La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez.* Buenos Aires: Tinta Limón, 2013.

SEGATO, Rita Laura. *La guerra contra las mujeres.* Madrid: Traficantes de Sueños, 2016.

SEGATO, Rita Laura. O Édipo brasileiro: a dupla negação de gênero e raça. *Série Antropologia,* Brasília, n. 400, 2006. Disponível em: [http://dan.unb.br/images/doc/Serie400empdf.pdf]. Acesso em: 26.01.2021.

SEGATO, Rita Laura. Pedagogías de la crueldad: el mandato de la masculinidad (fragmentos). *Revista de la Universidad de México*, Ciudad de México, n. 9, p. 27-31, nov. 2019.

SILVA, Helcia Macedo de Carvalo Diniz e. O discurso do senso comum sobre violência doméstica à luz da filosofia da linguagem. *Cadernos Imbondeiro,* v. 2, n. 1, p. 1-12, 2012.

SOLNIT, Rebecca. *Os homens explicam tudo para mim*. Trad. Isa Mara Lando. São Paulo: Cultrix, 2017.

VALENÇA, Manuela Abath; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. "Pancada de amor não dói": a audiência de custódia e a visibilidade invertida da vítima nos casos de violência doméstica. *Rev. Direito e Práx.,* v. 11, n. 2, p. 1238-1274, 2020.

VILLA, Eugênia Nogueira do Rêgo Monteiro. *Circuito do feminicídio:* o silêncio murado de mulheres. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2012:* atualização: homicídio de mulheres no Brasil. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos; Flacso Brasil, 2012. Disponível em: [https://flacso.org.br/files/2020/03/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf]. Acesso em: 13.09.2021.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil. Brasília: Flacso Brasil, 2015. Disponível em: [https://flacso.org.br/files/2015/11/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf]. Acesso em: 07.04.2024.

8. Legislação

BRASIL. Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996. Brasília, DF, ago. 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm.] Acesso em: 05.10.2021.

BRASIL. Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Brasília, DF, set. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm]. Acesso em: 05.10.2021.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Área do Direito: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Evolução da tipificação do feminicídio no Brasil, de Editorial RT – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 16;
- Feminicídio: uma análise da violência de gênero no Brasil, de Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Fabiano Porto Francisco – *RT* 999/369-404;
- Lei Maria da Penha e Lei do Feminicídio: a violência de gênero no Brasil entre hostilidades, simbolismo e legitimidade, de Danler Garcia – *RBCCrim* 169/163-192; e
- Três anos da implementação do feminicídio no Brasil: primeiras percepções e possíveis diagnósticos, de Regina Cirino Alves Ferreira de Souza e Júlia Lambert Gomes Ferraz – *RT* 998/173-197.

Criminologia e estudos LGBTQ: uma área a ser explorada pelas ciências criminais brasileiras

Criminology and LGBTQ studies: an area to be explored by Brazilian criminal sciences

Victor Sugamosto Romfeld[1]
Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.
victorromfeld@gmail.com

Recebido em: 27.08.2022
Aprovado em: 17.10.2023
Última versão do autor: 17.10.2023

DOI: [10.5281/zenodo.13652993].

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo tem como objeto o fenômeno discriminatório da LGBTfobia, e suas repercussões para o campo das ciências criminais, especificamente no Brasil (critério espacial), a partir do período de redemocratização (pós-1988 – critério temporal). A escolha do tema da homostransfobia se justifica pelos dados nacionais alarmantes quanto a esta violência. Toma-se como ponto de partida o seguinte problema de

Abstract: The present article, having as object the discriminatory phenomenon of LGBTphobia, and its repercussions for the field of criminal sciences, specifically in Brazil (spatial criterion), from the redemocratization period (post-1988 – temporal criterion). The choice of the topic of homotransphobia is justified by the alarming national data regarding this violence. The following research problem is taken as a starting point:

1. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Homoafetivo e Gênero pela Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Graduado em Direito pela UFPR.
Currículo Lattes: [lattes.cnpq.br/5489849519424963].
ORCID: [orcid.org/0000-0003-2386-7080].
E-mail: victorromfeld@gmail.com

pesquisa: a compreensão da homotransfobia e sua demanda por criminalização no Brasil pode ser ampliada, para além das teorias *queer* e criminologias *queer*? A hipótese desenvolvida é de que a LGBTfobia – e sua tipificação na seara criminal – pode ser melhor apreendida na perspectiva de uma criminologia alinhada aos "estudos LGBTQ". A investigação da referida hipótese se valerá da metodologia de revisão bibliográfica, diante da escassez do campo jurídico e criminológico desde o ponto de vista mencionado.

Palavras-chave: LGBTfobia – Homotransfobia – Criminologia *queer* – Criminalização – Estudos LGBTQ.

can the understanding of homotransphobia and its demand for criminalization in Brazil be expanded beyond queer theories and queer criminologies? The hypothesis developed is that LGBTphobia – and its classification in the criminal field – can be better understood from the perspective of a criminology aligned with "LGBTQ studies". The investigation of this hypothesis will make use of the methodology of bibliographic review, given the scarcity of the legal and criminological field from the aforementioned point of view.

Keywords: LGBTphobia – Homotransphobia – Queer Criminology – Criminalization – LGBTQ Studies.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da repressão à democratização: permanências do autoritarismo brasileiro. 3. LGBTfobia: conceito, dimensões e suas implicações para o debate da criminalização. 4. Teoria *queer*, criminologias *queer* e criminologias transviadas. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A história da criminologia é uma longa narrativa de sangue e de dor.[2] Esta é uma história conhecida e compartilhada pela comunidade LGBT,[3] tendo em vista que as

2. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Criminologia*: contribuição para a crítica da economia da punição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 279.

3. Neste texto, opto pelos termos "comunidade LGBT" e "LGBTfobia", este como conceito guarda-chuva (e seu sinônimo, homotransfobia, utilizado no julgamento da ADO 26 e do MI 4.733), considerando que se tornou hegemônico tanto na literatura brasileira quanto no ativismo, conforme definido na 3ª Conferência Nacional LGBT ocorrida em 2016. Não ignoro as insuficiências dos referidos conceitos, que podem incidir em reducionismos, tendo em vista que: i) o prefixo LGBT pode reforçar a ideia de homogeneidade entre as violências sofridas pelos sujeitos que se inserem nas letras elencadas, quando um olhar interseccional indica o oposto, ou seja, as diferenças das violências dentro do próprio grupo, resultantes do entrecruzamento dos marcadores sociais da diferença, atingindo de forma muito mais intensa as travestis e as pessoas transgênero; ii) o sufixo "fobia" aponta para medo, pânico e aversão por questões subjetivas, psíquicas e individuais, ou seja, psicopatologizando o "sujeito homo/transfóbico" ignorando a dimensão sociocultural (e portanto, estrutural) desse tipo de violência, decorrente dos processos constitutivos de sociedades patriarcais e heteronormativas. Reconheço, ainda, que a menção de uma "comunidade

pessoas que a integram foram historicamente rotuladas, estigmatizadas, perseguidas, insultadas, agredidas, massacradas, encarceradas e aniquiladas por representarem ameaças à ordem social, às religiões hegemônicas e à saúde pública, em uma constelação perversa de fatores que enclausuravam esses indivíduos em concepções de crime, pecado e doença.[4]

O presente artigo tem como objeto o fenômeno discriminatório conhecido como LGBTfobia e suas repercussões para o campo das ciências criminais, especificamente no Brasil (critério espacial), a partir do período de redemocratização (pós-1988 – critério temporal). Escolha que se justifica por se tratar de um país que se destaca negativamente quanto aos índices de violência contra a comunidade LGBT.[5] Parte-se, portanto, da seguinte problemática: a compreensão da homotransfobia e sua demanda por criminalização no Brasil pode ser ampliada, para além das teorias *queer* e criminologias *queer*? A hipótese desenvolvida é de que a LGBTfobia – e sua tipificação – pode ser melhor apreendida na perspectiva de uma criminologia alinhada aos "estudos LGBTQ". A investigação da referida hipótese se valerá da metodologia de revisão bibliográfica, diante da escassez do campo jurídico e criminológico desde o ponto de vista mencionado.[6]

A terminologia adotada – "criminologia e estudos LGBTQ" – não é acidental. Quando questões atinentes à população LGBT são abordadas nas ciências criminais brasileiras, parte-se do pressuposto de que se trata de um tópico das chamadas criminologias *queer*, derivada da teoria *queer*. Ocorre que o campo supracitado se

LGBT" pode representar silenciamento de outras minorias sexuais, a exemplo de grupos de pessoas intersexo, assexuais e *queer*, compondo a recente sigla LGBTQIA+. Entretanto, para fins de padronização da pesquisa, me vinculo aos termos utilizados na 3ª Conferência Nacional, embora reconheça que sua utilização pode ser considerada datada e que existam limitações relacionadas a outros grupos com orientações sexuais e identidades de gênero não hegemônicas que não se sintam representados pela sigla empregada (LGBT). Por fim, importante elucidar que emprego a sigla "LGBTQ" para designar a junção dos estudos LGBT com os estudos *queer*, e suas relações com o campo criminológico.

4. PRADO, Marco Aurélio Máximo; MACHADO, Frederico Viana. *Preconceito contra homossexualidades*: a hierarquia da invisibilidade. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2012. p. 12.
5. Conferir, a propósito, a recente pesquisa conduzida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ): CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Discriminação contra a população LGBTQIA+*: relatório da pesquisa. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: CNJ, 2022.
6. Observe-se, a propósito, que ao digitar os termos, entre aspas, "estudos lgbtq" e "criminologia *queer*" no Banco de Teses e Dissertações da CAPES, obtêm-se, respectivamente, zero e três resultados, lacuna que parece justificar a aplicação de metodologia de revisão bibliográfica que extrapole o referido banco de dados.

mostra mais amplo, formado não apenas pela teoria e pelas criminologias *queer*, mas por pesquisas que não necessariamente estão vinculadas a esta perspectiva teórica, abrangendo as áreas de história, filosofia, sociologia, antropologia, ciência política, comunicação social e do próprio direito. É importante pontuar que a recepção da teoria *queer* no Brasil tem sido questionada, desde um olhar decolonial que pretende romper com a importação do "Norte central" (euro-americano) para um "Sul global", periférico e receptor.[7]

Desse modo, o percurso deste artigo é dividido em três partes. Na primeira, abordarei a passagem da ditadura militar à redemocratização brasileira, período histórico que considero essencial para compreender o surgimento do movimento LGBT (à época, chamado de movimento homossexual) e a demanda pela criminalização da LGBTfobia (inicialmente apontada como homofobia). Na segunda, destrincharei o conceito de LGBTfobia na literatura especializada, apontando suas implicações para o debate da criminalização. Por derradeiro, apresentarei as criminologias *queer* e como elas têm sido recepcionadas e desenvolvidas no Brasil, sendo parte delas denominada "criminologias transviadas".

2. Da repressão à democratização: permanências do autoritarismo brasileiro

As sexualidades divergentes ocupam um lugar marginal na historiografia brasileira. Este silêncio não deixa de ser surpreendente, considerando que desde a segunda metade do século passado perspectivas marxistas afinadas com a Escola dos *Annales* introduziram uma série de sujeitos,[8] buscando uma "história dos vencidos" que não parece contemplar a comunidade LGBT. Uma das exceções da referida tendência é Ronaldo Vainfas, que se debruçou sobre a perseguição de homens e mulheres acusados e acusadas por bigamia, fornicação e sodomia, associadas e associados a hereges no Brasil do século XVI ao XVIII, atingido pelas malhas da Inquisição.[9]

O silenciamento a respeito das sexualidades divergentes também perpassou o direito e a criminologia, tema que, no máximo, ocupava as páginas dos livros de medicina legal como um distúrbio a ser estudado na sexologia forense (sob as

7. REA, Caterina Alessandra; AMANCIO, Izzie Madalena Santos. Descolonizar a sexualidade: Teoria Queer of Colour e trânsitos para o Sul. *Cadernos Pagu*, v. 53, 2018.

8. VERAS, Elias Ferreira. Os silêncios de Clio: escrita da história e (in)visibilidade das homossexualidades no Brasil. *Revista Tempo e Argumento*, Florianópolis, v. 6, n. 13, p. 90-109, set.-dez. 2014.

9. VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos pecados*: moral, sexualidade e inquisição no Brasil Colonial. Rio de Janeiro: Camus, 1989.

Romfeld, Victor Sugamosto. Criminologia e estudos LGBTQ: uma área a ser explorada pelas ciências criminais brasileiras. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 273-314. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13652993].

alcunhas de "homossexualismo" e "transexualismo"). Se historicamente a homossexualidade e a transexualidade transitavam entre concepções atreladas ao crime, ao pecado ou à doença, trabalhos nas referidas áreas – sobretudo, a partir dos anos 2000 – procuraram compreender o fenômeno da discriminação e suas repercussões jurídicas,[10] assim como os modelos que caracterizaram as práticas punitivas voltadas às sexualidades desviantes.[11]

A construção de uma história oficial contribui para o cenário de invisibilidade, ao supervalorizar determinados eventos e atenuar problemas do passado, cujas raízes ainda repercutem no presente. Uma das ideias que integram o imaginário dessa história oficial é de que o Brasil seria um país harmônico, tolerante e sem conflitos.[12] Essa narrativa serviu como sustentáculo de mitos, como o da democracia racial, no sentido de negar nossas raízes autoritárias e racistas.[13] Em relação às pessoas LGBT, ainda que o país se coloque como um reduto de suposta tolerância à diversidade e às experiências sexuais – representada principalmente pelo carnaval –, dados e pesquisas (como aquela apontada no início do artigo) indicariam o oposto, ou seja, um país imerso em paradoxos e responsável pelas violências praticadas contra a comunidade LGBT.[14]

A LGBTfobia certamente é uma das facetas do autoritarismo brasileiro. Neste tópico, não pretendo abordar as raízes históricas deste sistema de poder específico, considerando a dimensão espaço-tempo na qual se insere o objeto deste artigo, qual seja, a criminalização da homotransfobia no Brasil pós-1988. No entanto, entendo ser essencial compreender esta pauta diante do período compreendido entre a ditadura militar (1964-1985) e a redemocratização, justamente porque a referida demanda foi uma das postulações dos movimentos LGBT (à época, chamado de "movimento homossexual"), surgido no período da repressão. Além disso, porque na transição da ditadura militar para a democracia há um *continuum* de violência LGBTfóbica, de tal forma que o fim do regime autoritário não parece ter eliminado ou abrandado a repressão contra a comunidade LGBT.

O clima de medo generalizado instaurado pela ditadura militar impôs às pessoas homossexuais e transexuais uma "dupla clandestinidade", apontada por Renan

10. RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
11. PEDRINHA, Roberta Duboc. *Sexualidade, controle social e práticas punitivas*: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
12. SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 21-22.
13. SCHWARCZ, Lilia Moritz. Op. cit., p. 26.
14. SCHWARCZ, Lilia Moritz. Op. cit., p. 198-206.

Quinalha: de um lado, fugir do controle exercido por agentes estatais que limitava a vivência pública de condutas não heteronormativas e, por outro, deixar de expor a própria sexualidade, estigmatizada nos ambientes familiar, afetivo e laboral.[15] Por mais que as tentativas de controle formal sobre as sexualidades dissidentes não tenham sido inauguradas pelo regime militar, este foi caracterizado por uma "criminalização indireta" das homossexualidades, mobilizando tipos penais flexíveis que puniam o atentado ao pudor, normas sobre preservação da moral e dos bons costumes e legislação específica sobre vadiagem.[16] A face mais visível da violência contra pessoas LGBT durante a ditadura foi a repressão policial nas ruas, como relata Quinalha:

> "O circuito da perseguição contra homossexuais passava por outros trajetos, a despeito dos inevitáveis pontos de contato com a estrutura repressiva que atingiam a "subversão política". Nas ruas, de forma geral, homossexuais eram assediados por batidas policiais ostensivas, que mobilizavam um número expressivo de agentes. Tais investidas ocorriam nas regiões de maior concentração dessa população, especialmente nos guetos e em espaços consagrados de sociabilidade e expressão da sexualidade, que acabavam propiciando algum acolhimento e proteção aos homossexuais. Geralmente, eram detidos sem nenhuma acusação consistente e submetidos a constrangimentos públicos pela exposição de seus corpos ou de suas práticas sexuais, muitas vezes enrustidas e escondidas devido ao preconceito vivido nos universos escolar, familiar e profissional.
>
> Apesar da ausência de legislação expressa criminalizando orientações sexuais não normativas, diversos outros tipos penais foram abundantemente mobilizados para enquadrar os homossexuais e coibir sua expressão pública. Vadiagem, atentado público ao pudor, corrupção de menores, violação da moral e dos bons costumes, furtos e roubos ou uso de drogas foram alguns dos dispositivos utilizados para instrumentalizar o direito e realizar o controle legal desses grupos, geralmente jogados em um submundo associado a diversos tipos de contravenções e crimes morais ou patrimoniais. A prática policial criminalizava, assim, as condutas que a legislação não definia como delitos penais.
>
> Os homossexuais, depois de detidos, eram levados para os distritos policiais ou para prisões comuns, onde permanecem por horas ou dias. Ali, eram submetidos a diversas humilhações e torturas relacionadas, muitas vezes, à orientação sexual ou à identidade de gênero. Como muitas eram abordadas em zonas de prostituição e se dedicavam a essa atividade profissional, as 'bichas' e travestis eram também extorquidas para serem liberadas ou mesmo para terem um

15. QUINALHA, Renan Honório. *Contra a moral e os bons costumes*: a ditadura e a repressão à comunidade LGBT. São Paulo: Companhia das Letras, 2021. p. 13.
16. QUINALHA, Renan Honório. Op. cit., p. 34-35.

> tratamento menos violento. Ficavam por dias incomunicáveis, em condições precárias, características típicas do sistema penitenciário brasileiro. Por parte dos familiares, havia muitas vezes a questão da rejeição moral às sexualidades desviantes, expressa geralmente por uma ruptura de vínculos. Em vez de detenções por longos períodos, era mais comum a ocorrência de frequentes prisões por curtos espaços de tempo. Homossexuais não eram, portanto, eliminados fisicamente, como acontecia com os subversivos 'políticos'. Antes, o objetivo dos órgãos repressivos era, primordialmente, um saneamento moral e uma higienização social que implicavam disciplinamento das sexualidades dissidentes, sua normatização com base nos valores conservadores irradiados pelo regime autoritário e a expulsão dos homossexuais e prostitutas dos espaços públicos, ainda que fossem os guetos ocupados por essa população."[17]

Segundo James Green, entre 1969 (ano mais acirrado da ditadura militar) e 1978 (ano de fundação do jornal "Lampião da Esquina" e do Grupo "Somos", demarcando o início do ativismo homossexual brasileiro),[18] o espaço urbano se expandiu em guetos formados por bares, discotecas e saunas. Travestis[19] e michês passaram a ocupar o centro de grandes cidades como Rio de Janeiro e São Paulo, fazendo com que as polícias reagissem com prisões periódicas e em massa.[20]

17. QUINALHA, Renan Honório. Op. cit., p. 42-43.
18. O "Somos: Grupo de Afirmação Homossexual", surgido em 1978, era integrado por uma vertente lésbico-feminista que se tornou independente em 1980 (Grupo Lésbico Feminista – LF). Segundo Marisa Fernandes, mulheres lésbicas encontravam dificuldades tanto no movimento homossexual (hegemonizado por homens) como nos movimentos de esquerda, nos quais predominavam lutas estritamente operárias: "As mulheres ligadas a organizações políticas de uma esquerda autoritária, centralizadora, patriarcal e reacionária pregavam não existir violência contra a mulher, mas sim a violência ditatorial contra homens e mulheres da classe operária, e que propostas de se refletir sobre as especificidades das mulheres eram pequeno-burguesas e elitistas e que pouco interessavam ao povo e à revolução. Chegaram a repudiar o II Congresso [da Mulher Paulista], acusando-o de ser divisionista da luta de classes (conhecida como a 'luta maior') e contrário à luta contra a ditadura". FERNANDES, Marisa. Lésbicas e a ditadura militar: uma luta contra a opressão e por liberdade. In: GREEN, James N; QUINALHA, Renan. *Ditadura e homossexualidades*: repressão, resistência e a busca da verdade. São Carlos: EdUFSCar, 2015. p. 129-130.
19. É importante salientar que as décadas de 1960 e 1980 são consideradas pontos de inflexão do processo histórico de emergência do sujeito travesti, atravessado por novos arranjos de gênero e de novas relações entre o público e o privado. A visibilidade pública das travestis, contudo, não as blindou de estigmas, utilizados como base de um contradiscurso travesti, transgressor do binarismo de gênero. Neste sentido, conferir: VERAS, Elias Ferreira. *Travestis*: carne, tinta e papel. 2. ed. Curitiba: Appris, 2019.
20. GREEN, James. *Além do carnaval*: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX. 2. ed. Trad. Cristina Fino e Cássio Arantes Leite. São Paulo: Editora Unesp, 2019. p. 405-406.

Este padrão parece ter se repetido em outras capitais – como Belo Horizonte (1963--1969) – com operações comandadas pelas "Delegacias de Costumes" e legitimadas por reclamações das "pessoas de bem", registradas por notícias jornalísticas da época que destacavam buscas policiais por "invertidos" que saíssem às ruas fazendo escândalos, usando batom e roupas justas.[21]

Apesar de as intervenções estatais parecerem pontuais, há um conjunto articulado e coerente de políticas sexuais da ditadura militar que estruturam o controle moral das práticas e identidades sexuais desviantes, sendo que, no processo de transição do regime autoritário para a democracia, o referido controle se agravou como forma de compensar a abertura política em prol de valores conservadores.[22] Seguindo esta linha argumentativa, verifica-se que a década de 1980 foi marcada por diversas operações policiais. Em São Paulo, o Delegado José Wilson Richetti – conhecido por sua cruzada moral contra prostitutas em defesa da família e da ordem – comandou a "Operação Limpeza" (1980), posteriormente chamada de "Operação Rondão", com o objetivo de "tirar das ruas os pederastas, os maconheiros e as prostitutas".[23]

Conforme apontado por Quinalha, as travestis eram o alvo privilegiado da repressão executada pelas forças policiais: primeiro, porque, diferentemente de alguns homossexuais que escondiam sua orientação sexual, elas não poderiam ocultar sua identidade de gênero da mesma forma que gays e lésbicas; segundo, porque estavam mais expostas em locais públicos considerando o exercício de sua profissão, voltada ao trabalho sexual; e terceiro, em virtude dos estigmas criados em torno das travestis e das prostitutas.[24] As travestis não eram somente vítimas da repressão policial propriamente dita, mas de extorsões, abusos sexuais e trabalhos forçados no cárcere; uma das táticas de fuga utilizadas pelas travestis consistia em cortar os braços com gilete quando abordadas pela polícia, circunstância na qual os policiais eram obrigados a encaminhá-las imediatamente ao pronto socorro.[25]

Os alvos das operações do Delegado Richetti não seriam apenas gays, travestis e prostitutas. No final de 1980, forças de segurança foram mobilizadas contra

21. MORANDO, Luiz. Por baixo dos panos: repressão a gays e travestis em Belo Horizonte (1969-1969). In: GREEN, James N; QUINALHA, Renan. *Ditadura e homossexualidades*: repressão, resistência e a busca da verdade. São Carlos: EdUFSCar, 2015. p. 53-81.
22. Estas hipóteses (política sexual coerente e articulada na ditadura e o endurecimento do controle moral no período de abertura política) são sustentadas na obra de Renan Quinalha. QUINALHA, Renan Honório. Op. cit., p. 39.
23. QUINALHA, Renan Honório. Op. cit., p. 70-72.
24. QUINALHA, Renan Honório. Op. cit., p. 54-55.
25. QUINALHA, Renan Honório. Op. cit., p. 49-56.

lésbicas nos bares da região central de São Paulo, anunciada pela imprensa como "Operação Sapatão". Ainda que as mulheres abordadas apresentassem documentos de identificação e carteira assinada, eram recolhidas ao camburão quem fosse ou tivesse "cara de lésbica".[26] Estes episódios fizeram com que o ativismo homossexual brasileiro passasse a utilizar o termo "homofobia", ao menos desde 1982,[27] para caracterizar ações discriminatórias cometidas por órgãos repressivos do Estado ou por grupos de indivíduos.

O fim da ditadura militar e a redemocratização do país não representaram, necessariamente, a atenuação das violências praticadas contra as pessoas LGBT. As décadas de 1980 e 1990 foram marcadas pelo pânico da aids, elegendo os homossexuais como bodes expiatórios. João Silvério Trevisan afirma que, nesse período, era comum encontrar frases de ódio aos gays, sobretudo em locais públicos: o autor relata ter se deparado, em 1987, em um banheiro público de São Paulo, com o seguinte escrito: "Contribua para o progresso da humanidade, mate um gay por dia".[28] A transição do regime autoritário para a democracia não impediu que se formassem grupos de agressores de homossexuais e travestis – com a conivência das agências de segurança –, espécie de milícias que exerciam violência privada e ficaram conhecidas como "esquadrão mata-bicha".[29] Inclusive, a década de 1980 foi marcada por assassinatos em série cometidos contra homossexuais, especialmente em São Paulo, entre 1986 e 1989, conforme investigação jornalística de Roldão Arruda, período no qual a sociedade paulistana se mostrava pouco comovida e aparentemente "acostumada" com as mortes de pessoas LGBT.[30]

Paralelamente, a década de 1990 foi um período de reflorescimento do ativismo pelos direitos dos homossexuais, decorrente da luta contra a epidemia da aids. Formaram-se redes de grupos e associações, realizando encontros locais e nacionais com maior frequência, assim como as paradas do orgulho. Os movimentos LGBT, desse modo, passaram a marcar presença na mídia, a participar em movimentos de direitos humanos, a estreitar parcerias com o mercado e a se articularem com parlamentares na proposição de PLs em todas as esferas federativas (municipal, estadual

26. QUINALHA, Renan Honório. Op. cit., p. 89-92.
27. MARTINS, Alexandre Nogueira. *Caminhos da criminalização da LGBTfobia*: racionalidade criminalizante, neoliberalismo e democratização. Dissertação (Mestrado em Sociologia). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2020. p. 85.
28. TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso*: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018. p. 412-413.
29. QUINALHA, Renan Honório. Op. cit., p. 94-97.
30. ARRUDA, Roldão. *Dias de ira*: uma história verídica de assassinatos autorizados. São Paulo: Globo, 2001. p. 278.

e federal). As relações com o Estado também foram intensificadas, por meio de financiamentos governamentais de combate à aids e demais infecções sexualmente transmissíveis (ISTs).[31]

Os anos 2000 trouxeram a esperança de que a eleição de um governo progressista, representado por Luiz Inácio da Silva (Lula), do Partido dos Trabalhadores (PT), seria revertida em conquistas das pautas reivindicadas pelos movimentos LGBT. Em 2004, o governo Lula lançou o programa "Brasil sem Homofobia", um conjunto de políticas públicas para combater a violência e o preconceito à população LGBT. Este programa era integrado pelo projeto "Escola sem Homofobia", articulando uma série de ações na esfera escolar abordando questões de gênero e sexualidade. Esta proposta, contudo, foi protelada sucessivamente para evitar reações negativas dos setores conservadores nas bancadas parlamentares. Em 2011, na primeira gestão do governo de Dilma Rousseff (PT), trechos do material a ser distribuído para docentes, alunas e alunos das escolas de ensino médio teriam vazado no Congresso Nacional, fazendo com que parlamentares reacionários se organizassem contra o projeto mencionado, rotulando-o como "kit gay". Este cenário fez com que Rousseff anunciasse publicamente a suspensão do material didático, afirmando que o governo não poderia fazer propaganda de "opções sexuais".[32]

As hesitações e os recuos dos governos progressistas no Brasil (de 2002 a 2016, quando houve o *impeachment* de Dilma Rousseff) sobre a temática são ilustrativos da postura vacilante dos governos PT quanto aos direitos LGBT. Este padrão (de avanços pontuais e recuos significativos) se repetiu no que diz respeito ao PL 5.003/2001 – posterirormente convertido no PLC 122/2006 –, a primeira proposta legislativa que teve a finalidade de criminalizar a homofobia. Parlamentares vinculados ao fundamentalismo religioso se opuseram à criminalização por entenderem, entre outros motivos, que a iniciativa colocaria em risco a liberdade religiosa no país. Como reação aos PLs que buscavam concretizar direitos LGBT e ao material didático do "Escola Sem Homofobia" (rotulado como "kit gay"), os setores políticos supracitados se mobilizaram em diversas frentes legislativas, propondo o "Dia do Orgulho Heterossexual" (PL 1.672/2011), o "Estatuto da Família" (PL 6.583/2013) e o "Programa Escola Sem Partido" (PL 867/2015).[33] A conjuntura parlamentar brasileira desde o início do século XXI, caracterizada pela aversão hegemônica às pessoas dissidentes da cisheteronormatividade, parece justificar a estratégia adotada pelos movimentos LGBT, qual seja, buscar o Poder Judiciário para

31. SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco íris*: do movimento homossexual ao LGBT. São Paulo: Perseu Abramo, 2009. p. 138-139.

32. TREVISAN, João Silvério. Op. cit., p. 466-468.

33. TREVISAN, João Silvério. Op. cit., p. 459-464.

o reconhecimento de direitos básicos (casar, adotar, retificar o prenome e a equiparação da homotransfobia como crime de racismo).[34]

Os PLs supracitados demonstram o cenário hostil que se impôs à comunidade LGBT, sobretudo a partir de 2016, marcado por uma guinada à direita que alçou grupos movidos por revanchismo, paranoia política e fundamentalismo religioso. Como bem pontuado por Trevisan, este giro não ocorreu repentinamente, mas nos remete aos planos políticos gestados na década de 1980, culminando na eleição de um bloco religioso responsável por estabelecer, nas décadas subsequentes, barreiras intransponíveis à concretização dos direitos LGBT. Bancadas de parlamentares religiosos se integraram ao grupo conhecido como BBB (Bíblia, Boi e Bala), concentrando forças reacionárias nas quais se destacava o Deputado (hoje, ex-Presidente) Jair Messias Bolsonaro.[35] O ápice desse processo se deu com a eleição de Bolsonaro: capitão da reserva do Exército, defensor da ditadura militar, admirador de torturadores, racista, homofóbico, inimigo declarado do feminismo, crítico dos direitos humanos, essa figura concentrou ao seu redor forças reacionárias que se somaram às bancadas religiosas fundamentalistas no combate à pauta de direitos LGBT, um político responsável por alguns dos episódios mais controversos da história da política brasileira.[36]

Com a exposição feita neste tópico, não pretendi reduzir a história brasileira a uma suposta "evolução" do tratamento estatal e jurídico destinado às pessoas LGBT, consolidada em uma narrativa de conquista progressiva de direitos. Ao contrário, procurei apontar como, a despeito das mudanças sociais, históricas e políticas ocorridas no país desde o fim da ditadura militar, bem como das distinções verificadas em cada década, há permanências do autoritarismo brasileiro que colocam a comunidade LGBT sob constante ameaça. Nestas circunstâncias, conforme afirma Renan Quinalha, "O Brasil de hoje parece, em diversos momentos, repetir o Brasil de ontem",[37] considerando as semelhanças e analogias entre os discursos do passado e os do presente.

---

34. Quanto a este ponto, reputo essencial o trabalho de Alexandre Martins, que, em sua Dissertação, analisou o processo de formação dos discursos, das táticas, e dos embates que constituíram a LGBTfobia como crime. Martins se vale do "abolicionismo transviado" e lança como hipótese "[...] que a luta contra a LGBTfobia teria sido construída nos caminhos da hibridização da racionalidade neoliberal com as lógicas da democratização brasileira e do giro punitivo contemporâneo, os quais teriam impulsionado a criminalização como modo hegemônico de enquadrar as lutas LGBT, construindo e apresentando essa estratégia como o único caminho possível". MARTINS, Alexandre Nogueira. Op. cit., p. 21.
35. TREVISAN, João Silvério. Op. cit., p. 439-449.
36. TREVISAN, João Silvério. Op. cit., p. 441.
37. QUINALHA, Renan Honório. Op. cit., p. 276.

Retomar os períodos da ditadura militar e da redemocratização brasileira permite, a um só tempo, acentuar as permanências do autoritarismo brasileiro em sua vertente homotransfóbica e compreender os cenários que forjaram o surgimento dos movimentos LGBT e a demanda pela criminalização da LGBTfobia. Independentemente das posições assumidas no que diz respeito a esta pauta – mais próximas ao abolicionismo ou mais próximas ao minimalismo penal –, as permanências históricas da repressão às pessoas LGBT repelem argumentos que equiparam a pauta criminalizante deste grupo àquelas de movimentos reacionários. A criminalização da LGBTfobia pode ser melhor compreendida quando se consideram os contextos sociais abordados, bem como as continuidades dessa violência.

3. LGBTfobia: conceito, dimensões e suas implicações para o debate da criminalização

Os estudos históricos citados no tópico anterior – que integram o campo da "criminologia e estudos LGBTQ" – indicam as circunstâncias nas quais surgiram os movimentos de homossexuais brasileiros e as violências que atingiram a comunidade LGBT nas décadas subsequentes. O GGB, fundado em 1980, foi um dos grupos ativistas que se destacou na elaboração de relatórios sobre as mortes de pessoas LGBT, passando a utilizar a "homofobia" para descrever a motivação deste fenômeno.

Ocorre que a experiência ativista demonstrou a necessidade de estabelecer conceitos específicos: lésbicas, além de enfrentarem discriminações decorrentes da orientação sexual, lidam com o machismo, fazendo com que movimentos de lésbicas reivindiquem o termo lesbofobia; bissexuais são potencialmente discriminados a partir de estereótipos relacionados à confusão e à promiscuidade, impondo-se a menção da bifobia; pessoas trans e travestis, além de serem discriminadas como decorrência do cissexismo e do binarismo de gênero, lidam com dificuldades peculiares de acesso a direitos básicos (prenome, saúde, educação, trabalho), vulnerabilidade denominada transfobia. A impossibilidade de reduzir estas discriminações à homofobia faz com que o termo mais adequado atualmente seja o de LGBTfobia, por se tratar de um conceito aglutinador das violências decorrentes de orientações sexuais e identidades de gênero. Sobre este aspecto, cito os ensinamentos de Jaqueline Gomes de Jesus:

> "A homofobia, a princípio, refere-se ao preconceito contra os homens homossexuais, os gays, entretanto, como foi mencionado anteriormente, também tem sido aplicado de forma generalizada, tanto nos meios de comunicação quanto em documentos oficiais, para se referir nominalmente à situação de lésbicas,

> bissexuais, travestis e transexuais. Essa utilização, que facilita a compreensão é, porém, falha, porque leva ao desconhecimento das particularidades de cada grupo.
> A lesbofobia, apesar de ser muitas vezes citada dentro da categoria 'homofobia', tem as suas características próprias, ligadas a estereótipos de gênero e sexualidade associados às mulheres, e é importante ressaltá-las, para que não se pense que os preconceitos que homens homossexuais sofrem são da mesma natureza que os das mulheres homossexuais.
> O preconceito e a discriminação contra bissexuais, também conhecidos como bifobia, merecem mais estudos, tendo em vista a forma como o cotidiano e os desafios de homens e mulheres bissexuais não são visibilizados mesmo dentro do movimento LGBT, e pelo fato de que, erroneamente, as pessoas bissexuais costumam ser confundidas com homossexuais.
> Apesar de a transfobia ser comumente citada apenas como homofobia contra travestis, tal definição não ocorre apenas porque o agressor acredita que a travesti, o homem ou a mulher transexual seja homossexual, mesmo que não seja, mas porque ele julga que essa pessoa não tem o direito de vivenciar o gênero, masculino ou feminino, da forma como ela vivencia."[38]

Abordar o conceito de LGBTfobia significa, necessariamente, adentrar no campo do Direito Antidiscriminatório, visto que está perpassado pelas mais diversas formas de discriminação e preconceito. Neste contexto, as interações humanas estão envoltas em relações de poder que hierarquizam grupos (majoritários e minoritários) do ponto de vista social, legitimando arranjos sociais que permitem o acesso à criação e manutenção de vantagens materiais para os membros dos grupos majoritários.[39] A partir destas dinâmicas, nas quais um grupo pode representar ameaças ao *status* do hegemônico, formam-se os preconceitos, que são

> "[...] avaliações sobre os membros de um segmento social baseadas em generalizações que podem ser verdadeiras em relação a alguns deles, mas que certamente não podem ser estendidas a todos seus membros por causa da variedade existente entre os seres humanos."[40]

No que diz respeito à sexualidade, o preconceito operou de forma a estigmatizar pessoas divergentes da heterossexualidade (atração afetivo-sexual por pessoas

38. JESUS, Jaqueline Gomes de. *Homofobia*: identificar e prevenir. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Metanoia, 2015. p. 46-47.
39. MOREIRA, Adilson José. *O que é discriminação?* Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017. p. 34.
40. MOREIRA, Adilson José. Op. cit., p. 40.

do gênero oposto) e da cisgeneridade (pessoa que se identifica com o sexo biológico de nascença e seus consequentes papeis de gênero), legitimando inferiorizações sociais das pessoas LGBT. Historicamente, a moral, a religião e a ciência produziram o que determinados autores chamam de "hierarquia sexual", tendo como base um conjunto de valores e práticas sociais constitutivas da cisheteronormatividade, norma que regula as relações humanas.[41] A delimitação de comportamentos, identidades e sexualidades adequadas/inadequadas, normais/anormais, aceitas/não aceitas tem como ponto de referência a heterossexualidade e a cisgeneridade.

Sendo assim, é a partir da hierarquia sexual que se fala em LGBTfobia, conceito explicado por Ramos e Nicoli:

> "LGBTfobia é o sentimento, a convicção ou a atitude dirigida contra lésbicas, gays, bissexuais, pessoas trans e travestis que inferioriza, hostiliza, discrimina ou violenta esses grupos em razão de sua sexualidade e/ou identidade de gênero. É o termo utilizado para reunir vários tipos mais específicos de discriminação e violência contra pessoas LGBT (sigla usada para se referir a lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis). Deste modo, a LGBTfobia compreende a lesbofobia, a homofobia, a bifobia e a transfobia. A lesbofobia é a discriminação e violência contra mulheres lésbicas. A homofobia é a discriminação e violência contra homens gays (ou homossexuais). A bifobia dirige-se contra homens e mulheres bissexuais e a transfobia contra pessoas trans e travestis."[42]

Conforme explanado pelos referidos autores, a LGBTfobia é um conceito guarda-chuva que aglutina diversas modalidades de discriminação, fundadas em um suposto desvio da orientação sexual e/ou da identidade de gênero dos indivíduos. Apesar de estarem reunidas em um termo, as discriminações se decompõem em formas específicas, a depender do sujeito que integra o referido grupo: gayfobia (ou homofobia), lesbofobia, bifobia e transfobia, de acordo com os apontamentos realizados no início do presente tópico.

A LGBTfobia também pode ser compreendida a partir dos níveis nos quais opera, de acordo com a classificação sugerida por Daniel Borrillo: i) irracional (manifestação emotiva, psíquica, do tipo fóbico) e cognitiva (social, na qual a aparente tolerância convive com a indiferença da sociedade para o fato de que este grupo não usufrui dos mesmos direitos reconhecidos aos heterossexuais); ii) geral

41. PRADO, Marco Aurélio Máximo; MACHADO, Frederico Viana. *Preconceito contra homossexualidades*: a hierarquia da invisibilidade. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2012. p. 70.

42. RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. O que é LGBTfobia? In: RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá; BRENER, Paula Rocha Gouvêa (Org.). *Gênero, sexualidade e direito*: uma introdução. Belo Horizonte: Initia Via, 2016. p. 183.

(vigilância de gênero em sociedades marcadas pela dominação masculina, denunciando os deslizes do masculino em direção ao feminino e vice-e-versa) e específica (que atinge a esfera individual, nas formas de gayfobia, lesbofobia etc.).[43]

Outra possibilidade de destrinchar o conceito de LGBTfobia consiste em estabelecer diálogos com a Teoria Crítica da Raça (TCR), que costuma explicar o racismo a partir de três categorias: estrutural, institucional e individual.[44] Nesse sentido, fala-se em LGBTfobia estrutural considerando não apenas a naturalização da discriminação contra este grupo vulnerável, mas também porque ela é parte da ordem social, ou seja, do funcionamento da sociedade em suas relações assimétricas de poder.[45] A LGBTfobia estrutural não necessariamente assume o caráter do assassinato, mas se reproduz de forma difusa nas práticas cotidianas das famílias, das escolas, das mídias e de todos os espaços públicos.[46] A LGBTfobia institucional, por sua vez, significa que as desigualdades impostas por uma hierarquia sexual cisheteronormativa fazem parte do funcionamento das instituições, hegemonizadas por grupos que, direta ou indiretamente, reproduzem as discriminações. A LGBTfobia individual, por fim, é aquela exercida individualmente, ou em grupos que, a partir de preconceitos referentes à orientação sexual e à identidade de gênero, atuariam de forma discriminatória.

Importante esclarecer que o conceito guarda-chuva de LGBTfobia e suas classificações não contemplam discussões meramente teóricas, pois estão estritamente vinculados à compreensão de um fenômeno complexo que envolve preconceitos, discriminações e desigualdades decorrentes das hierarquias estabelecidas pelo heterossexismo.[47] E é a partir desta complexidade que se colocam as posições favoráveis e contrárias à criminalização da LGBTfobia, cenário no qual acredito ser relevante pontuar que há divergências entre ativistas e pesquisadores LGBT sobre esta pauta.

Desde um ponto de vista favorável à criminalização, parte-se do diagnóstico de que a esfera criminal historicamente não identifica a motivação de um homicídio

43. BORRILLO, Daniel. *Homofobia*: história e crítica de um preconceito. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2015. p. 24-27.

44. BERTÚLIO, Dora Lucia de Lima. *Direito e Relações Raciais*: Uma Introdução Crítica ao Racismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 90-93.

45. PEDRA, Caio Benevides. *Direitos LGBT*: a LGBTfobia estrutural e a diversidade sexual e de gênero no direito brasileiro. Curitiba: Appris, 2020. p. 27.

46. JESUS, Jaqueline Gomes de. Op. cit., p. 33.

47. Para Daniel Borrillo, o heterossexismo consiste na crença de uma hierarquia das sexualidades, na qual a heterossexualidade ocupa posição superior e considera as demais, na melhor das hipóteses, como incompletas e acidentais, e na pior, como patológicas, criminosas, imorais e destruidoras da civilização. BORRILLO, Daniel. Op. cit., p. 31.

cometido contra uma pessoa LGBT, usualmente tratado com indiferença.[48] Portanto, a inserção de um crime homotransfóbico no ordenamento jurídico não somente cumpriria funções simbólicas, como também tornaria visível o problema, destacando seu reconhecimento formal por parte do Poder Público.[49] A criminalização não se esgotaria em si mesma, tendo em vista que uma série de medidas são arroladas a serem implementadas posteriormente: i) educação sexual em todos os níveis escolares; ii) aprovação de projetos de lei no âmbito estadual e municipal estabelecendo sanções administrativas por discriminações homotransfóbicas; iii) a inclusão, na Constituição Federal, da proibição de discriminação baseada na orientação sexual; iv) a investigação e acusação adequada dos crimes LGBTfóbicos por parte do Ministério Público e das Delegacias de Polícia; v) a alteração da base curricular das faculdades de direito, incluindo-se a defesa de minorias sexuais.[50]

Desde outro ponto de vista, crítico à criminalização, destacam-se as dificuldades de ordem dogmática, diante da necessidade de descrever quais seriam as condutas homotransfóbicas atingidas pela intervenção penal, sendo inviável a adoção de expressões genéricas.[51] Ademais, seguindo esta estratégia, o direito penal seria encarado como o único (ou o melhor) meio de solucionar questões relacionadas ao preconceito e à discriminação, causando inflação legislativa que reforça a inoperância estrutural do sistema de justiça criminal (SJC) e confronta princípios do minimalismo penal, uma vez que a lei penal já protege os bens jurídicos almejados (vida, integridade física, liberdade etc.).[52] Vozes abolicionistas no ativismo e na pesquisa LGBT – como a de Alexandre Martins – apontam que o enquadramento criminalizante reduz o horizonte de expectativas das lutas sociais ao normalizar e legitimar as instituições que compõem o SJC,[53] além de silenciar as vozes dissonantes do próprio ativismo que defendem estratégias anticarcerárias e anticriminalizantes.[54]

48. FONSECA, Weber. *Lgbtfobia*: casos de violência por discriminação de gêneros, identidades e orientações sexuais na Grande São Paulo. São Bernardo do Campo: Lamparina Luminosa, 2015. p. 10.
49. MASIERO, Clara Moura. *O movimento LGBT e a homofobia*: novas perspectivas de políticas sociais e criminais. Porto Alegre: Criação Humana, 2014. p. 130.
50. MOTT, Luiz. O crime homofóbico: viado tem mais é que morrer! *Revista Discursos Sediciosos*: crime, direito e sociedade, v. 1, 1996. p. 129.
51. WENDT, Valquiria P. Cirolini. (*Não) criminalização da homofobia.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 95-96.
52. WENDT, Valquiria P. Cirolini. Op. cit., p. 111-119.
53. MARTINS, Alexandre Nogueira. Op. cit., p. 239.
54. MARTINS, Alexandre Nogueira. Op. cit., p. 164-177.

Romfeld, Victor Sugamosto. Criminologia e estudos LGBTQ: uma área a ser explorada pelas ciências criminais brasileiras. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 273-314. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13652993].

Entre as críticas à criminalização, há aquelas que, simultaneamente, reconhecem a importância de tipificar a LGBTfobia na seara penal, mas desacreditam no encarceramento como solução para enfrentar as discriminações homotransfóbicas. Jean Wyllys questiona a eficácia da criminalização na prevenção de crimes, tratando-se de uma medida aplicável quando a conduta discriminatória já foi praticada. O ex-Deputado Federal também menciona a necessidade de substituir as penas de crimes discriminatórios por penas socioeducativas: condenar quem agride uma pessoa LGBT a frequentar cursos sobre direitos humanos ou trabalhar gratuitamente em alguma instituição que atue em prol da comunidade LGBT.[55] Bruno Bimbi complementa este raciocínio ao colocar que a criminalização: i) é uma pauta negativa (e não afirmativa) que não gera empatia em uma população majoritariamente cisgênero e heterossexual; e ii) não será capaz de encarcerar multimilionários e fundamentalistas religiosos, mas sim algum jovem negro e pobre de uma favela que xingou um gay branco de classe média, por se tratar de um sistema reprodutor da violação de direitos humanos.[56]

As ponderações sobre ser favorável ou ser crítico à criminalização evidenciam ao menos três aspectos.

Primeiramente, demonstra que o conceito de LGBTfobia abrange violências em diversos níveis, seja de acordo com a pessoa vitimizada (homofobia, lesbofobia, bifobia, transfobia), seja de acordo com a instância responsável por perpetrar a discriminação fundada em orientação sexual ou identidade de gênero (individual, institucional, cultural, estrutural).

Em segundo lugar, aponta que, diante das nuances e das complexidades do referido conceito, as possibilidades de instrumentalização do SJC para combater uma violência de raízes estruturais são limitadas, precárias e insuficientes, atingindo, no máximo, práticas discriminatórias interpessoais ou violências institucionais pontuais.

Por fim, os argumentos que constroem esse debate dificilmente serão resolutivos para o problema da violência contra a população LGBT, justamente porque suas dimensões não se limitam à responsabilização do agressor, aplicando-se uma sanção a ser executada em privação de liberdade. Como adverte Tamires Garcia, a aposta exclusiva na criminalização tende a esgotar outras demandas, como a implementação de uma rede de serviços em áreas essenciais dos direitos LGBT (saúde,

55. WYLLYS, Jean. *Tempo bom, tempo ruim*: identidades, políticas e afetos. São Paulo: Paralela, 2014. p. 146.

56. BIMBI, Bruno. *O fim do armário*: lésbicas, gays, bissexuais e trans no século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2017. p. 117-118.

educação e segurança pública).[57] Acrescento que a perspectiva estritamente criminalizante perde de vista outros fenômenos que atingem a comunidade LGBT, tais como o preconceito internalizado,[58] a saúde mental e suas repercussões culminando no suicídio[59] e, finalmente, o encarceramento, um dos tópicos das criminologias *queer* abordadas na sequência.

4. Teoria *queer*, criminologias *queer* e criminologias transviadas

Em inglês, o termo *queer* pode figurar como substantivo, como adjetivo e como verbo, definindo-se em oposição à normalidade, ou seja, como algo estranho, anormal, abjeto.[60] Apesar da denominação utilizada (teoria *queer*), não se trata de uma teoria unificada e sistematizada, muito menos de uma escola de pensamento. Ela é um "acervo de engajamentos intelectuais" que descreve uma gama diversificada de críticas ao sistema sexo-gênero e às políticas da sexualidade.[61] Sua origem remonta à segunda metade da década de 1980, nos Estados Unidos: diferentemente do Brasil, onde o enfrentamento da epidemia da aids aproximou Estado e movimentos sociais em um contexto de redemocratização, o cenário norte-americano foi marcado pela recusa estatal (representada pelo governo de Ronald Reagan) em reconhecer a epidemia como emergência de saúde pública.[62]

57. GARCIA, Tamires de Oliveira. Criminalização da LGBTfobia: aspectos normativos, legitimidade da pauta e recrudescimento penal. In: IGNACIO, Taynah et al. *Tem saída?* Perspectivas LGBTI+ sobre o Brasil. Porto Alegre: Zouk, 2020. p. 124-125.
58. Conferir: ANTUNES, Pedro Paulo Sammarco. *Homofobia internalizada*: o preconceito do homossexual contra si mesmo. São Paulo Annablume, 2017.
59. Há dificuldades no que diz respeito aos dados da LGBTfobia no Brasil, sendo comum que mortes de pessoas LGBT sejam registradas pelos órgãos de investigação como suicídio. Isso não significa que o suicídio não seja um tema relevante, uma vez que há uma tendência de este fenômeno ser mais frequente entre pessoas LGBT. No Brasil, o racismo, associado à LGBTfobia, coloca a saúde mental de jovens negras/os LGBT em especial risco, como indica a pesquisa de Paulo Navasconi. NAVASCONI, Paulo Vitor Palma. *Vida, adoecimento e suicídio*: racismo na produção do conhecimento sobre jovens negros/as LGBTTIS. Belo Horizonte: Letramento, 2019.
60. Guacira Lopes Louro aponta que este termo, dito em português, fica atenuado enquanto estrangeirismo porque deixa escondida sua história de abjeção e seu emprego pejorativo nos países de origem anglo-saxã para designar sujeitos não heterossexuais. Este insulto, em português, equivaleria a "bicha", "viado" e "sapatão". LOURO, Guacira Lopes. *Um corpo estranho*: ensaios sobre sexualidade e teoria queer. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Autêntica, 2020. p. 83.
61. SPARGO, Tamsin. *Foucault e a teoria queer*. Trad. Heci Regina Candiani. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. p. 13.
62. MISKOLCI, Richard. *Teoria Queer*: um aprendizado pelas diferenças. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. p. 22-23.

Romfeld, Victor Sugamosto. Criminologia e estudos LGBTQ: uma área a ser explorada pelas ciências criminais brasileiras. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 273-314. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13652993].

Sendo assim, o *queer*, utilizado como um xingamento em inglês, surge como reação e resistência para designar os indivíduos rejeitados, humilhados, desprezados, focos da contaminação no contexto epidêmico estadunidense. Movimentos de gays e lésbicas tidos como tradicionais – marcado por valores de uma classe média branca e letrada – tinham como mote de suas lutas demonstrar que homossexuais seriam pessoas normais, respeitáveis, possíveis de serem aceitos e incorporados socialmente. Por outro lado, os movimentos *queer* se pautam na crítica de exigências e valores sociais, entendendo-os como forças autoritárias e preconceituosas, assumindo o desafio de mudar a sociedade para que esta se adapte àqueles que considera abjetos, e não simplesmente serem assimilados.[63]

Por mais que o antigo movimento homossexual denunciasse a heterossexualidade compulsória, o movimento *queer* voltou suas críticas à heteronormatividade, dentro da qual gays e lésbicas normalizados a partir de estereótipos masculinos e femininos são aceitos, em detrimento daquelas e daqueles considerados estranhos por desestabilizarem noções de gênero.

> "O *queer*, portanto, não é uma defesa da homossexualidade, é a recusa dos valores morais violentos que instituem e fazem valer a linha da abjeção, essa fronteira rígida entre os que são socialmente aceitos e os que são relegados à humilhação e ao desprezo coletivo."[64]

Em outras palavras, o *queer* está em desacordo com a norma, seja a heterossexualidade dominante ou as identidades gay e lésbica socialmente aceitas, valendo-se de um repertório oferecido por teorias pós-estruturalistas, situadas no campo das humanidades.[65]

Não é possível estabelecer uma autora, um autor, ou uma obra precursora da teoria *queer*, sobretudo por se tratar de um movimento que se origina no ativismo. No entanto, pode-se afirmar que dois autores foram propulsores desta perspectiva teórica: Michel Foucault,[66] ainda que não intitule a si mesmo ou as suas teorias

63. MISKOLCI, Richard. Op. cit., p. 24-25.

64. MISKOLCI, Richard. Op. cit., p. 25.

65. SPARGO, Tamsin. Op. cit., p. 33-34.

66. Por razões de cautela teórica, é importante salientar que há uma discussão em aberto, sobre a vinculação de Foucault com a teoria *queer*. Guacira Lopes Louro rechaça a afirmação de que Foucault estaria "na origem" do que veio a se chamar teoria (ou estudos) *queer*, tendo em vista que a busca de uma origem e de princípios é incoerente com o campo denominado pós-estruturalista. Mesmo assim, a autora reconhece que as ideias do filósofo francês estão "enredadas" com a teoria *queer*, ou seja, se constituem como uma das condições de possibilidade para a construção de um modo de ser e de pensar *queer*. Conferir estas reflexões em: LOURO, Guacira Lopes. Op. cit., p. 83-94.

como *queer*. A vida e a obra de Foucault serviram como um modelo poderoso para LGBTs, principalmente no que diz respeito às análises das interrelações entre saber, poder e sexualidade.[67] Foucault, no primeiro volume da "História da Sexualidade", rejeita o que chama de "hipótese repressiva", apresentando uma contranarrativa segundo a qual, a partir do século XIX – conhecida historicamente como um período de repressão sexual na Inglaterra em sua "Era Vitoriana" –, as evidências apontariam não exatamente no sentido de proibição de falar sobre a sexualidade, mas, ao contrário, indicariam uma notável proliferação dos discursos sobre a sexualidade, considerando que esta deveria ser regulada e administrada.[68]

Além disso, Foucault, ao destrinchar o que denomina "dispositivo da sexualidade" – estratégia de gerenciamento e controle de corpos e sexualidades –, explora a construção da homossexualidade. Enquanto homens e mulheres no século XVI poderiam ser condenados pela Igreja pelo cometimento de sodomia, cedendo às práticas sexuais pecaminosas contrárias às leis de Deus, a partir do final do século XIX esta mesma prática passa a ser classificada cientificamente, transformando "o homossexual" em figura patológica que precisa de tratamento. Assim, na psiquiatria e na jurisprudência, surge uma série de discursos sobre as espécies e subespécies de homossexualidade, inversão, pederastia, permitindo avanços no controle social desta forma de desvio, mas também um discurso de resistência, a partir do qual a homossexualidade fala por si mesma e reivindica sua legitimidade.[69]

Ao lado de Foucault, Butler pode ser considerada uma das agentes catalisadoras da teoria *queer*. Assim como Foucault, não se trata de uma autora facilmente classificável, considerando sua inserção no campo filosófico e sua escrita desafiadora influenciada por diversas fontes, em um emaranhado que perpassa a filosofia hegeliana, o foucaultianismo, a psicanálise e as teorias feministas.[70] A despeito de não ser seu único livro, "Problemas de Gênero" (*Gender Trouble*) é aquele que inaugura as reflexões de Butler sobre sexo, gênero e sexualidade, situando-os no contexto dos discursos pelos quais são enquadrados e formados, evidenciando o caráter construído (ou seja, não natural) das categorias (sexo e gênero).[71] Em linhas gerais, pode-se dizer que a pretensão de Butler consiste em explicar as categorias

67. SPARGO, Tamsin. Op. cit., p. 12.

68. FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade 1*: a vontade de saber. 3. ed. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2015. p. 19-55.

69. FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 100-125.

70. SALIH, Sarah. *Judith Butler e a Teoria Queer*. Trad. Guacira Lopes Louro. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. p. 18-20.

71. SALIH, Sarah. Op. cit., p. 68.

Romfeld, Victor Sugamosto. Criminologia e estudos LGBTQ: uma área a ser explorada pelas ciências criminais brasileiras. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 273-314. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13652993].

mencionadas como efeitos de uma formação específica de poder, supondo uma forma de investigação crítica que Foucault chamou de "genealogia". Ao invés de buscar a origem das referidas categorias, essa perspectiva procura compreendê-las como efeitos de instituições, práticas e discursos cujos pontos de origem são múltiplos e difusos.[72] Assim, Butler se debruça sobre as instituições definidoras do falocentrismo e da heterossexualidade compulsória. Para as finalidades deste tópico e diante da limitação do presente artigo, acredito que o primeiro capítulo de "Problemas de Gênero" seja mais pertinente em suas contribuições para as criminologias *queer*.

Butler, ao adentrar nas discussões relacionadas à teoria feminista, aduz que o termo mulheres, mesmo no plural, tornou-se problemático por não ser exaustivo, principalmente diante da impossibilidade de separar o conceito de gênero, variável historicamente, de outras intersecções.[73] Presumir uma base universal para o feminismo, encontrada em diferentes culturas, significaria que a opressão das mulheres possui uma forma singular numa estrutura universal de dominação patriarcal ou masculina. Contudo, essa forma de fazer teoria feminista foi criticada por se apropriar de culturas não ocidentais, instrumentalizando-as para conferir um *status* universal ao patriarcado, que acaba descontextualizando especificidades do feminino e naturalizando o binarismo de gênero.[74]

Quando essa concepção, indicando a articulação de um sujeito unificado e estático, atinge os aspectos representativos, outros problemas surgem. De acordo com Butler, fazer apelos à categoria das mulheres em nome de propósitos estritamente estratégicos não implica em soluções imediatas, visto que as estratégias têm significados que extrapolam os propósitos aos quais se destinam. O desafio que se coloca não consistiria em simplesmente negar políticas representativas, mas formular, no interior dessa estrutura constituída, uma crítica às categorias de identidade que estruturas jurídicas contemporâneas tendem a engendrar, naturalizar e imobilizar.[75] Se a perspectiva que encara o gênero a partir da estabilidade não se presta como premissa básica da política feminista, então deve-se pensar em uma política feminista que tome a construção variável da identidade como um pré-requisito metodológico e normativo.

---

72. BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*: feminismo e subversão da identidade. 10. ed. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 9-10.
73. "[...] o gênero estabelece intersecções com modalidades raciais, classistas, étnicas, sexuais e regionais de identidades discursivamente constituídas. Resulta que se tornou impossível separar a noção de gênero das intersecções políticas e culturais em que invariavelmente ela é produzida e mantida". BUTLER, Judith. Op. cit., p. 21.
74. BUTLER, Judith. Op. cit., p. 22.
75. BUTLER, Judith. Op. cit., p. 23-24.

As vertentes essencialistas no feminismo deixaram margem para críticas de que a categoria "mulheres" seria normativa e excludente, deixando intactos privilégios de raça e classe.[76] É justamente no sentido dessas indagações que Butler discorre sobre as políticas de coalização entre mulheres, que normalmente foram pensadas supondo a unidade e a solidariedade como pré-requisitos da ação política, forçando uma fragmentação cada vez mais acirrada. Em contrapartida, a autora sugere que as coalizões deveriam reconhecer suas contradições, pois a "unidade" da categoria das mulheres não é nem pressuposta nem desejada.[77] Se a identidade, enquanto efeito de práticas discursivas, é assegurada por conceitos estabilizadores de sexo, gênero e sexualidade, a própria noção de pessoa é questionada pela emergência daqueles cujo gênero é incoerente ou descontínuo. Ou seja, sujeitos que contrariam os "gêneros inteligíveis", estabelecidos a partir da coerência e da continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo.[78] Nas palavras de Butler:

> "A heterossexualização do desejo requer e institui a produção de oposições discriminadas e assimétricas entre 'feminino' e 'masculino', em que estes são compreendidos como atributos expressivos de 'macho' e de 'fêmea'. A matriz cultural por meio da qual a identidade de gênero se torna inteligível exige que certos tipos de 'identidade' não possam 'existir' – isto é, aqueles em que o gênero não decorre do sexo e aqueles em que as práticas do desejo não 'decorrem' nem do 'sexo' nem do 'gênero'. Nesse contexto, 'decorrer' seria uma relação política de direito instituído pelas leis culturais que estabelecem e regulam a forma e o significado da sexualidade. Ora, do ponto de vista desse campo, certos tipos de 'identidade de gênero' parecem ser meras falhas do desenvolvimento ou impossibilidades lógicas, precisamente por não se conformarem às normas da inteligibilidade cultural. Entretanto, sua persistência e proliferação criam oportunidades críticas de expor os limites e os objetivos reguladores desse campo de inteligibilidade e,

76. Segundo Butler, as opressões não podem ser hierarquizadas: "Claro que arrolar as variedades de opressão, como comecei a fazer, supõe sua coexistência descontínua e sequencial ao longo de um eixo horizontal que não descreve suas convergências no campo social. Um modelo vertical seria igualmente insuficiente; as opressões não podem ser sumariamente classificadas, relacionadas causalmente, e distribuídas entre planos pretensamente correspondentes ao que é 'original' e ao que é 'derivado'. Certamente, o campo de poder em parte estruturado pelo gesto imperializante de apropriação dialética excede e abrange o eixo da diferença sexual, oferecendo um mapa de intersecções diferenciais que não podem ser sumariamente hierarquizadas, nem nos termos do falocentrismo, nem nos de qualquer outro candidato à posição de "condição primária da opressão". BUTLER, Judith. Op. cit., p. 38.

77. BUTLER, Judith. Op. cit., p. 41.

78. BUTLER, Judith. Op. cit., p. 43.

> consequentemente, de disseminar, nos próprios termos dessa matriz de inteligibilidade, matrizes rivais e subversivas de desordem do gênero."[79]

Essa concepção de gênero, que pressupõe coerência e unidade interna voltada a uma heterossexualidade estável, estabelece relações de causalidade entre sexo, gênero e desejo (sexo biológico masculino, gênero masculino e desejo heterossexual voltado a uma pessoa do sexo oposto, feminino). Desse modo, institui-se uma "heterossexualidade compulsória", que regula o gênero a partir de um binarismo responsável por produzir categorias fixas de homem e de mulher, de masculino e de feminino.[80] A unidade do gênero é efeito de práticas reguladoras que, a partir da repetição constante da lógica do heterossexismo e do falocentrismo, restringem os significados da heterossexualidade, da homossexualidade e da bissexualidade, bem como os lugares de sua convergência.[81]

Se Butler e Foucault foram agentes catalisadores da teoria *queer*, as influências desta teoria reverberaram no campo criminológico, colocando em aberto as possibilidades de construir criminologias *queer*, em debates que passaram a ser travados nos anos 1990 em países de origem anglo-saxã (Estados Unidos, Canadá, Inglaterra e Austrália). Na tentativa de apresentar um "estado da arte" das criminologias *queer*, Matthew Ball aponta que, historicamente, as comunidades *queer* foram, na melhor das hipóteses, negligenciadas pelo saber criminológico e pelas instituições da justiça criminal, e, na pior delas, prejudicadas, sobretudo considerando que o referido saber, em suas origens e com a influência do trabalho desenvolvido pela criminologia positivista e, em particular, por Lombroso,[82] foi responsável por definir minorias sexuais e de gênero como desviantes, invertidos ou ameaças sociais, legitimando as mais variadas formas de controle sobre este grupo.[83] Para Ball, não se trata apenas de destacar a ausência, pois mesmo quando as pessoas LGBT

79. BUTLER, Judith. Op. cit., p. 44.
80. BUTLER, Judith. Op. cit., p. 52-53.
81. BUTLER, Judith. Op. cit., p. 67.
82. Em *Perverse Criminologies: the closet of Doctor Lombroso*, publicado por Nic Groombridge em 1999, o britânico questiona aspectos homoeróticos do discurso lombrosiano ao se referir ao estereótipo atávico do delinquente, insinuando que o próprio Lombroso estaria "no armário" ao descrever estes indivíduos destacando características anatômicas masculinas, como músculos e genitais. Groombridge, a partir desta insinuação, lança uma provocação de que a criminologia desde sua fundação histórica nas malhas do positivismo, teria sido *queer*. GROOMBRIDGE, Nic. Perverse criminologies: the closet of Doctor Lombroso. *Social & Legal Studies*, n. 8, v. 4, p. 531-548, 1999.
83. BALL, Matthew. *Criminology and Queer Theory*: dangerous bedfellows? London: Palgrave Macmillan, 2016. p. 53-56.

são consideradas por criminólogos como vítimas de crime, as análises costumam ser incompletas e insuficientes, considerando: i) o foco em exclusivo em crimes homofóbicos de ódio, *bullying* e violência íntima, como se o grupo mencionado não pudesse ser vítima de outros crimes; ii) quando são encaradas na posição de criminosas, o foco voltado ao trabalho sexual e ao cometimento de crimes sexuais parece indicar que as pessoas LGBT são vistas como um sujeito sem agência.[84]

O criminólogo em destaque acrescenta, ainda, alguns objetivos verificados do "estado da arte" das criminologias *queer*. A desconstrução da divisão entre homossexuais e heterossexuais, pois apesar da relevância das categorias identitárias para estratégias de proteção legal, representações essencialistas da homossexualidade podem trazer impactos negativos no julgamento de casos envolvendo crimes de ódio. Ademais, à medida em que orientação sexual e identidade de gênero deixam de ser vistas como um "desvio", outra linha investigativa das criminologias *queer* seria compreender por que pessoas cometem crimes homofóbicos e transfóbicos. Um terceiro objetivo seria lidar com a exclusão de pessoas LGBT das estatísticas criminais – seja como autores, seja como vítimas de crimes –, obstáculo que inviabiliza qualquer análise da experiência deste grupo perante a justiça criminal. Outra tarefa da produção de criminologias *queer* consistiria em revisar teorias criminológicas existentes para verificar se elas podem ser aplicadas às pessoas LGBT, ou se precisariam ser modificadas, sem que estes indivíduos sejam rotulados previamente como vítimas ou como criminosos. Todavia, não haveria consenso em relação a esses objetivos, diante da preocupação de que a criminologia fique estacionada no homossexual como objeto de estudo, ao invés de se debruçar sobre os saberes e as práticas sociais que regulam a sexualidade.[85]

A respeito das escolas criminológicas existentes, o criminólogo norte-americano Jordan Blair Woods constata que há pouco engajamento teórico sobre orientação sexual e identidade de gênero nas quatro correntes criminológicas que mais se destacam nos Estados Unidos (biológica, psicológica, sociológica e crítica).[86] Além disso, ressalta que o uso do termo *queer* pode ser empregado a partir de dois significados que se contrapõem: como um conceito guarda-chuva que inclui gays, lésbicas, bissexuais e transexuais (viés identitário) e como uma subversão de categorias estáveis e determinadas, inclusive as normalizações existentes dentro de cada grupo identitário que compõe a comunidade LGBT (viés desconstrutivista).

84. BALL, Matthew. Op. cit., p. 57.

85. BALL, Matthew. Op. cit., p. 58-63.

86. WOODS, Jordan Blair. "Queering Criminology": Overview of the State of the Field. In: PETERSON, Dana; PANFIL, Vanessa R. (Editors). *Handbook of LGBT Communities, Crime and Justice*. New York: Springer, 2014. p. 15-41.

Romfeld, Victor Sugamosto. Criminologia e estudos LGBTQ: uma área a ser explorada pelas ciências criminais brasileiras. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 273-314. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13652993].

Woods argumenta que ambos os vieses devem ser adotados nas pesquisas das criminologias *queer*, na medida em que o viés identitário pode explicar as experiências de cada categoria do referido grupo em termos de criminalização e vitimização, ao passo que o viés desconstrutivista pode identificar quais indivíduos não são reconhecidos no referido grupo e por quais motivos. Apesar da tensão entre os vieses, Woods alega que é a partir de seus entrelaçamentos que se constituiria a diversidade discursiva, inerente às criminologias *queer*.[87]

Nessa seara, passa a ser interesse de investigações as experiências das pessoas *queer* enquanto vítimas, criminosas ou agentes integrantes do sistema de justiça. Estes campos são explorados por Carrie Buist e Emily Lenning no que diz respeito ao contexto norte-americano. As autoras apontam que, desde a Rebelião de *Stonewall* em 1969, a relação entre as polícias e a comunidade LGBT tem sido de desconfiança, considerando o papel exercido na vigilância daquelas e daqueles que performavam gênero e sexualidade fora dos limites impostos pela heteronormatividade. Pesquisas empíricas realizadas nos Estados Unidos entre 2011 e 2014 indicam permanências da brutalidade policial contra as pessoas *queer,* especialmente na intersecção entre aquelas que são transgêneros e negras,[88] grupo que, quando vitimizado, se mostra relutante em reportar casos de violência às autoridades policiais.[89] Outro conjunto de pesquisas traz o enfoque inverso, ou seja, expondo as discriminações sofridas por policiais gays e lésbicas dentro da corporação, dominada majoritariamente por uma cultura masculina e heteronormativa.[90]

87. WOODS, Jordan Blair. Op. cit., p. 30-31.

88. BUIST, Carrie L.; LENNING, Emily. *Queer criminology*. London and New York: Routledge, 2016. p. 50-52.

89. "A decisão [das mulheres trans] de não denunciar é frequentemente pelas mesmas razões pelas quais as mulheres negras cisgênero relutam em denunciar sua vitimização à polícia – porque já desconfiam da polícia e não veem opções viáveis em denunciar um incidente que apenas vitimizará ainda mais a si mesmas ou suas comunidades. [...] Outros problemas associados às respostas policiais a casos de violência doméstica e abuso por parceiro íntimo envolvendo indivíduos transgêneros é a recusa dos policiais em ajudar porque assumem que as vítimas são prostitutas (isso fala tanto da fiscalização seletiva baseada na identidade de gênero quanto à aplicação seletiva baseada na ideologia pessoal)" (Tradução livre). BUIST, Carrie L.; LENNING, Emily. Op. cit., p. 55. No original: "The decision not to report is often for the same reasons that cisgender Black women are reluctant to report their victimization to police – because they already distrust the police and see no viable options in reporting an incident that will only further victimize themselves or their communities. [...] Other problems associated with police responses to domestic violence and intimate partner abuse cases involving transgender individuals is the refusal of officers to assist because they assume that the victims are prostitutes (this speaks both to selective enforcement based on gender identity as well as selective enforcement based on personal ideology)".

90. BUIST, Carrie L.; LENNING, Emily. Op. cit., p. 57-59.

Um terceiro agrupamento de pesquisas abordadas por Buist e Lenning tangencia o julgamento de casos envolvendo pessoas *queer*. De acordo com a exposição das criminólogas, 40% das mulheres indiciadas ao "corredor da morte" nos Estados Unidos teriam sido apontadas como lésbicas, sobretudo em virtude da estratégia da acusação, sabendo previamente que jurados tendem a estigmatizar réus integrantes da comunidade *queer*.[91] As autoras relatam um caso midiático ocorrido em 2006 em Nova York, no qual Dwayne Buckle teria feito investidas sexuais direcionadas a um grupo de sete mulheres negras e lésbicas, reagindo agressivamente quando disseram não estar interessadas. A partir do momento em que Buckle cuspiu em uma delas, agarrando-a pela garganta, o grupo reagiu atingindo-o com golpes de faca. A linguagem utilizada pela cobertura midiática (reportando um ataque de "lésbicas assassinas") repercutiu no julgamento do caso, fazendo com que uma das mulheres fosse condenada por tentativa de homicídio.[92]

Embora Buist e Lenning apontem que as experiências *queer* com a justiça criminal americana seja moldada pela homofobia e pela heteronormatividade, reconhecem que determinadas teses defensivas têm sido utilizadas para reforçar este cenário discriminatório, como a tese do "pânico homossexual" (*homossexual panic*), empregada ao menos desde 1967. Basicamente, o réu alega que a vítima (LGBT) fez investidas sexuais indesejadas contra si, e, em legítima defesa, teria cometido um ato de violência em resposta ao "ataque" da vítima.[93] Em contrapartida, as autoras recordam que a legislação federal aprovada em 2009 sobre os crimes de ódio, bem como as leis de 35 estados que incluem a orientação sexual e a identidade de gênero em perspectiva antidiscriminatória, não são suficientes porque muitos atos que poderiam ser considerados crimes de ódio não são necessariamente cometidos por ódio, mas como resultado de uma disposição preconceituosa ou tendenciosa. Concluem, ainda, que leis criminalizantes, no melhor cenário, são meramente simbólicas, sem se mostrarem capazes de prevenir a violência contra a comunidade *queer*.[94]

Para os fins da presente revisão bibliográfica, um dos autores que mais se destaca nas criminologias *queer* de origem anglo-saxã é o sociólogo Doug Meyer. Ainda que não denomine o seu trabalho enquanto "uma" criminologia *queer*, seu interesse reside no escrutínio da violência praticada contra pessoas LGBT em perspectiva interseccional, e por isso, acredito que seja possível inseri-lo como um teórico que desenvolve uma análise *queer* e interseccional da referida violência.

91. BUIST, Carrie L.; LENNING, Emily. Op. cit., p. 74.
92. BUIST, Carrie L.; LENNING, Emily. Op. cit., p. 74-75.
93. BUIST, Carrie L.; LENNING, Emily. Op. cit., p. 77.
94. BUIST, Carrie L.; LENNING, Emily. Op. cit., p. 78-80.

Uma das pesquisas de Doug Meyer que mais se sobressai é aquela publicada na obra *Violence Against Queer People* (2015), baseada em entrevistas feitas com 47 pessoas (residentes nos Estados Unidos) que sofreram violência por serem percebidas como lésbicas, gays, bissexuais ou transexuais. Sua maior contribuição foi constatar que, apesar da ênfase geralmente conferida à violência (anti-LGBT ou anti-*queer*), as entrevistadas e os entrevistados relatam o entrecruzamento com outros marcadores sociais da diferença, incluindo raça, classe e gênero, de tal forma que o enfoque restrito à "homofobia" pode ofuscar as dinâmicas raciais, classistas e de gênero que atravessam a violência em comento.[95] Meyer, inclusive, reconhece sua própria localização como pesquisador – enquanto um homem gay, branco e de classe média –, ressaltando que esta posição o confrontou com experiências de violência distintas daquelas que atingem outras pessoas LGBT, afetadas pelo racismo, pelo sexismo e pela desigualdade socioeconômica.[96]

O sociólogo americano insiste no argumento de que, mesmo dentro de um grupo estigmatizado, as relações de poder privilegiam algumas pessoas LGBTs em detrimento de outras. Neste sentido, a atenção voltada a uma "violência homofóbica" difusa encobre outras experiências que destoam do padrão hegemônico (*mainstream*) demarcado pela branquitude, pela masculinidade e pela classe social: i) LGBTs sem-teto, os quais indubitavelmente estariam expostos a maiores níveis de violência do que as demais pessoas desse grupo, contexto no qual algumas mulheres transgênero escolhem viver nas ruas para escapar dos abusos praticados nos abrigos; ii) homens gays negros e mulheres transgênero negras enfrentam a brutalidade e o abuso policial, situações que não costumam estar inseridas no discurso dos crimes de ódio homofóbicos (*homophobic hate crimes*); iii) LGBTs de baixa renda têm maiores dificuldades para lidar com saúde mental, pensamentos suicidas e ausência de moradia porque não possuem recursos suficientes para buscar tratamentos de saúde, ou, ainda, para evitar o convívio em residências coletivas ou abrigos para sem-teto.[97]

Diante dessas clivagens, Meyer tece críticas ao discurso tradicional da violência anti-*queer*, que tende a marginalizar aqueles já marginalizados dentro da comunidade LGBT ao reproduzir concepções de violência que tangenciam apenas as experiências de homens gays brancos de classe média, as quais passam a ser encaradas como se refletissem a totalidade do grupo em detrimento de pessoas LGBTs

95. MEYER, Doug. *Violence Against Queer People*: race, class, gender and the persistence of anti-LGBT discrimination. New Brunswick: Rutgers University Press, 2015.

96. MEYER, Doug. Op. cit., p. 4.

97. MEYER, Doug. Op. cit., p. 4-11.

pobres, trans, negras ou latinas. Problematiza, ainda, o próprio conceito de crime de ódio homofóbico, alegando que enseja narrativas opondo uma vítima gay branca de classe média (de um lado, uma categoria "legítima" de vítima) e um agressor (de outro, um "estranho perigoso" que repentinamente promove um ataque), embora heterossexual, possivelmente pobre e negro. Meyer acrescenta que o referido conceito individualiza a violência, concentrada em um sujeito que odeia gays e lésbicas como manifestação de um ato pontual e irracional, perspectiva que ignora a complexidade do fenômeno como decorrente de relações de poder estruturais, bem como sua perpetuação em espaços privados. O autor argumenta que, a despeito de todos os avanços obtidos nas lutas por direitos LGBT no cenário norte-americano, a vida de pessoas LGBT vulneráveis pouco mudou ao longo de trinta anos, constatação que faz desmoronar mitos de igualdade.[98]

Meyer enfatiza a importância de mudar a forma pela qual falamos e pensamos sobre a violência LGBTfóbica, sobretudo no que diz respeito às estratégias jurídicas adotadas, para que o enfrentamento desta discriminação não seja feito às custas do fortalecimento de outras desigualdades e da marginalização de outros grupos vulneráveis. Sobre este ponto, apesar de Meyer não se intitular como abolicionista, é possível dizer que seus posicionamentos estão alinhados a esta corrente, diante de sua desconfiança quanto à criminalização dos crimes de ódio homofóbicos.

> "Todos esses achados apontam para diferenças significativas entre pessoas LGBT – diferenças profundamente moldadas por raça, classe e gênero. Minha análise poderia ser expandida para incluir outras dimensões da desigualdade, como como idade, religião ou status de imigração, mas o ponto mais importante é que o movimento *mainstream* pelos direitos dos homossexuais precisa ir além do *advocacy* monotemático que se concentra exclusivamente na sexualidade. Para enfrentar a homofobia, o trabalho acadêmico e ativista têm feito parecer, muito frequentemente, que as pessoas LGBT experimentam violência uniformemente. [...] A política é construída neste viés, uma vez que o crime de ódio homofóbico foi feito para parecer extraordinariamente terrível em suas consequências e afetando amplamente as pessoas LGBT. O que essa estratégia fez, no entanto, foi encobrir as muitas diferenças entre as minorias sexuais. Consequentemente, esta abordagem da academia e do *advocacy* tornou a pauta antiviolência *queer* em algo que não é – uma experiência similar entre pessoas LGBT. Negligenciar essas diferenças serve alguns interesses de pessoas LGBT mais do que outros – principalmente aqueles que não precisam se preocupar com nada além de reduzir a homofobia. Pessoas *queer* afetadas por racismo, sexismo e desigualdade de classe social se beneficiam consideravelmente menos de estratégias

98. MEYER, Doug. Op. cit., p. 5-10.

> políticas que se concentram apenas na homofobia; em alguns casos, eles são realmente prejudicados por tais abordagens." (Tradução livre)[99]

Seguindo esta linha de raciocínio, Meyer argumenta que as leis tipificando crimes de ódio não protegem pessoas LGBT da violência, muito menos evitam a atuação dos agressores por um suposto temor de ficarem mais tempo presos. Para o autor, qualquer abordagem progressista deveria questionar para quais pessoas LGBT as referidas leis têm garantido segurança, já que algumas delas têm expandido o poder punitivo de policiais e promotores, iniciativa que coloca em risco pessoas LGBT vulneráveis à violência institucional, ou seja, negras e de classes sociais inferiores.[100]

Neste contexto, Meyer destaca que, mesmo diante dos esforços históricos dos movimentos pela igualdade de direitos LGBT, estes falharam em alcançá-la nos Estados Unidos, onde prevalecem discriminações decorrentes de disparidades raciais, perpassando questões de moradia, emprego e educação. Fracasso que seria resultante da adoção de estratégias assimilacionistas e de alianças com grandes corporações para que grupos minoritários ganhem aceitação perante uma sociedade hegemonicamente cisgênera e heterossexual, incorporando padrões de aceitabilidade na comunidade LGBT ("homonormatividade") que legitimam diferenças internas neste grupo, inevitavelmente vinculadas a classe, raça e gênero.[101] Por estas razões, o criminólogo norte-americano defende que a redução da violência LGBTfóbica não ocorrerá com o simples encarceramento de mais pessoas pobres,

99. MEYER, Doug. Op. cit., p. 144. No original: "All of these findings point to significant differences among LGBT people – diferences profoundly shaped by race, class, and gender. My analysis could be expanded upon to include other dimensions of inequality, such as age, religion, or immigration status, yet the larger point is that the mainstream gay rights movement needs to move beyond single-issue advocacy that focuses solely on sexuality. To challenge homophobia, scholarly and activist work has too frequently made it seem as if LGBT people experience violence uniformly. [...] Politics is built into this work, as homophobic hate crime has been made to seem extraordinarily awful in its consequences, and as broadly affecting LGBT people. What this strategy has done, however, is to gloss over the many diferences among sexual minorities. Consequently, this scholarly and advocacy approach has made anti-queer violence into something it is not – a similar experience among LGBT people. Overlooking these differences serves some LGBT people's interests more than others – primarily those who do not need to concern themselves with anything but reducing homophobia. Queer people affected by racism, sexism, and social class inequality benefit considerably less from political strategies that focus only on homophobia; in some cases, they are actually harmed by such approaches".

100. MEYER, Doug. Op. cit., p. 145-146.

101. MEYER, Doug. Op. cit., p. 149-153.

principalmente porque políticas criminalizantes mais severas poderão afetar desproporcionalmente as pessoas negras.[102]

Nota-se que as criminologias *queer* de origem anglo-saxã encontram-se minimamente consolidadas, com objetivos, metodologias e enfoques múltiplos, sendo um desdobramento da própria teoria *queer* nos anos 1980 em países como Estados Unidos, Canadá, Inglaterra e Austrália. No Brasil, antes de apontar um suposto marco de "surgimento" das criminologias *queer,* entendo ser mais adequado denominar este campo sob a alcunha de "criminologia e estudos LGBTQ", como mencionei no início do texto, tendo em vista que as pesquisas brasileiras desenvolvidas neste campo se inserem em perspectiva mais ampla – ao menos, desde o fim da década de oitenta[103] –, e não como um tópico criminológico inserido como subdivisão de uma disciplina. Também se trata de um campo que não está restrito ao direito, considerando sua vinculação às humanidades.

Apesar de as pesquisas vinculadas ao referido campo terem despontado na década de 1980, o debate específico sobre criminologias *queer,* influenciado pelos autores citados anteriormente, foi trazido por Salo de Carvalho, somente a partir de 2010. Em um primeiro escrito, Carvalho lança três hipóteses para trabalhar a criminologia no viés *queer* (*queering criminology*): i) a cultura ocidental se edifica no paradigma da hipermasculinidade violenta, estabelecendo formas e hierarquização (a primeira, entre homem/masculino e mulher/feminino, e a segunda entre masculinidades dominantes e masculinidades dominadas); ii) a homofobia configura o paradigma científico moderno, edificado em um "senso comum" homofóbico que se espraia em violências simbólica, institucional e interpessoal; iii) a homofobia configura o estatuto científico das ciências criminais, visto que o ideal da masculinidade heterossexual é assumido como um dos principais recursos de interpretação do desvio.[104]

---

102. MEYER, Doug. Op. cit., p. 155.

103. Uma das referências que pode ser mencionada é o estudo pioneiro de Nestor Perlongher, uma etnografia com michês na vida noturna de São Paulo (bares, saunas e pontos de prostituição masculina). A sexualidade não é tratada pelo autor como um tema inerente às minorias políticas e sociais, pois sua análise está debruçada sobre os processos e práticas sociais que produzem normas de gênero e de sexualidade. O vanguardismo se deve ao fato de que Perlongher se lançou em uma São Paulo da década de 1980 propondo cartografar os corpos e os códigos de uma territorialidade até então desprezada por cientistas sociais "de respeito". PERLONGHER, Nestor. *O negócio do michê*: a prostituição viril em São Paulo: São Paulo: Brasiliense, 1987.

104. CARVALHO, Salo de. Três hipóteses e uma provocação sobre homofobia e ciências criminais: *queer(ing) criminology*. *Boletim IBCCrim*, ano 20, n. 238, set./2012. p. 2-3.

Romfeld, Victor Sugamosto. Criminologia e estudos LGBTQ: uma área a ser explorada pelas ciências criminais brasileiras. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 273-314. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13652993].

As ideias de Carvalho são desenvolvidas em um segundo artigo, publicado no mesmo ano, desenvolvendo com maior minúcia as hipóteses mencionadas. O criminólogo gaúcho aponta que tanto as teorias feministas quanto as teorias *queer* apresentam convergências ao criticarem e desconstruírem o falocentrismo e o ideal de macho que instituem como regra a masculinidade heterossexual, responsável, simultaneamente pela opressão das mulheres e pela anulação da diversidade sexual.[105] Sustenta, ademais, que a constituição científica da criminologia é homofóbica, na medida em que a divergência de gênero e os comportamentos sexuais rotulados como desviantes foram classificados – por criminólogos positivistas e por sexólogos – como elementos integrantes de uma personalidade patológica e potencialmente criminosa que não se ajusta à normalidade do padrão estabelecido (heteronormatividade).[106] Embora reconheça que a criminologia teria muito menos a oferecer aos feminismos e às teorias *queer* do que estas teriam a oferecer à criminologia, Carvalho defende que a criminologia não poderia ser descartada, sendo proveitoso o diálogo entre as perspectivas mencionadas, no sentido de investir no processo de tornar a criminologia *queer*.

> "Em uma primeira análise, sou tentado a responder que a criminologia tem algo a oferecer ao feminismo e às teorias *queer*, embora tenha ciência de que esta contribuição é infinitamente inferior àquela fornecida pelo feminismo e pela teoria *queer* à criminologia. No momento em que as especificidades sobre identidade de gênero e diversidade sexual se cruzam com a realidade do delito e dos processos de criminalização, entendo que a criminologia possui recursos interpretativos sofisticados para contribuir com a compreensão do fenômeno da violência em suas distintas dimensões (simbólica, institucional e interpessoal) e em seus diversos âmbitos de incidência (público, privado, institucional, discursivo). Além disso, em razão de a reflexão teórica e política sobre as violências misóginas e homofóbicas represar demandas (des)criminalizadoras, a criminologia (notadamente a criminologia crítica) dispõe de ferramentas metodológicas capazes de avaliar os ônus e os bônus da criminalização, inclusive como forma de prevenir determinados efeitos perversos ínsitos às políticas criminais, sobretudo as punitivas.
>
> Não parece adequado, portanto, sendo concretas estas demandas dos movimentos feminista e *queer*, simplesmente descartar o discurso criminológico, fundamentalmente porque existem perspectivas criminológicas (críticas e pós-críticas) altamente alinhadas no projeto de resistência à hegemonia hetero-normativa."[107]

105. CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma criminologia *queer*. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, jul.-dez. 2012. p. 155.
106. CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 157.
107. CARVALHO, Salo. Op. cit., p. 164-165.

Posteriormente aos textos de Carvalho, uma série de pesquisas foram realizadas no campo da "criminologia e estudos LGBTQ", incluindo análises *queer*. É possível afirmar que estas investigações se dividem basicamente em dois eixos de análise: i) processos de criminalização de pessoas LGBT que resultam no encarceramento; e ii) processos de vitimização das pessoas LGBT, os quais se desdobram na instrumentalização do direito penal, na letalidade da violência praticada contra este grupo e na formulação de políticas criminais para enfrentar a violência LGBTfóbica.

Quanto ao primeiro eixo, são notáveis os trabalhos relacionados à prisão de travestis e transexuais no Brasil. Neste sentido, Guilherme Gomes Ferreira, ao conduzir pesquisa empírica no Presídio Central de Porto Alegre, procurou analisar o que significa ser travesti na prisão[108] e como a instituição prisional experimenta as travestilidades, reconhecida pelas entrevistadas como um espaço violador, hostil, já que costumam ser encaminhadas para prisões masculinas, onde não conseguem ter acesso a oportunidades básicas (trabalho, estudo) pela impossibilidade de convivência com os demais detentos. A despeito das dificuldades de acesso aos direitos mais básicos no cárcere, as travestis entrevistadas relatam a criação de uma ala específica como algo positivo, fruto da organização coletiva de resistência perante o funcionamento cisheteronormativo da prisão.[109] A continuidade do trabalho de Ferreira teve como proposta um viés mais amplo, ou seja, a análise das experiências sociais de criminalização das travestis perpassando o "mundo do crime", o trabalho sexual e a sociabilidade violenta à qual são submetidas.[110]

Em perspectiva semelhante àquela proposta por Ferreira, mas com pesquisa voltada à análise do discurso de 100 acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Victor Siqueira Serra busca compreender as situações conflituosas que envolvem travestis e o SJC, na "ponta final" do processo penal (decisões colegiadas em segunda instância). Serra menciona que os acórdãos criminais examinados

108. Destaco, a propósito, outras pesquisas que focalizam as experiências trans e travestis no cárcere, as quais apontam, em sentido semelhante ao exposto por Ferreira, qual seja, de violação sistemática a direitos fundamentais em um sistema que, a um só tempo, as criminaliza previamente e reforça mecanismos de exclusão social deste setor específico da comunidade LGBT. Conferir: PRADO, Marco Aurélio Máximo... [et al.]. A construção institucional do gênero criminoso: travestis e transexuais no sistema de justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 146, ano 26, São Paulo: RT, p. 515-537, ago./2018.

109. FERREIRA, Guilherme Gomes. *Travestis e prisões*: experiência social e mecanismos particulares de encarceramento no Brasil. Curitiba: Multideia, 2015.

110. FERREIRA, Guilherme Gomes. *Vidas lixadas*: crime e castigo nas narrativas de travestis e transexuais brasileiras. Salvador: Devires, 2018.

Romfeld, Victor Sugamosto. Criminologia e estudos LGBTQ: uma área a ser explorada pelas ciências criminais brasileiras. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 273-314. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13652993].

manifestam narrativas que perpassam a prostituição, a violência, o envolvimento com drogas e a precariedade, concepções que encerram a travesti como uma "pessoa afeita ao crime". Nas palavras do autor:

> "Mas mais do que a experiência dessas travestis, a análise de discurso judicial criminal permite desvendar as decisões política de proteger, reconhecer ou criminalizar determinadas subjetividades. Permite compreender a construção narrativa que juízes e desembargadores fazem delas, os juízos de valor reatualizados, desvelando, dessa forma, os mecanismos de seletividade permeados por processos profundos de revitimização e criminalização.
> Da análise dos discursos dos acórdãos, depreender-se uma série de falas nas quais o Tribunal de Justiça de São Paulo constrói a travestilidade como um sinônimo de prostituição, violência e crime. E é essa mesma representação das travestis como desajustadas e perigosas, (re)produzida pelo sistema de justiça, que fundamentará seu ajuste ao papel de acusada, criminosa, desajustada. O sistema de justiça criminal concretiza as expectativas sociais que ele mesmo produz, em um processo que se mantém por meio da vulnerabilização e criminalização de grupos específicos – no que se denominou chamar na criminologia de "profecias que se autocumprem", *self-fullfilling profecy*."[111]

No que diz respeito ao segundo eixo, parte significativa das pesquisas se debruçam sobre a relação entre movimentos sociais e o direito penal. Clara Masiero, ao examinar as demandas legislativas pela tipificação de crimes de ódio por parte dos movimentos feminista, negro e LGBT, conclui que elas representariam uma expansão penal legítima em consonância com o "realismo de esquerda". No tocante aos 34 PLs analisados, Masiero constata que os projetos que se aproximam do discurso do movimento social redundam em maior efetividade, ao passo que os projetos que não absorvem este discurso careceriam de efetividade, aproximando-se de uma medida desnecessária que acaba se alinhando ao populismo punitivo.[112] Especificamente no que tange à criminalização da LGBTfobia, a investigação promovida por Lauro Nunes demonstra como setores conservadores e seus representantes se organizaram para retirar um tema de interesse público da agenda legislativa (PL 5.003/2001, posteriormente convertido no PLC 122/2006), induzindo

111. SERRA, Victor Siqueira. *"Pessoa afeita ao crime"*: criminalização de travestis e os discursos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. São Paulo: IBCCRIM, 2019. p. 86-87.

112. MASIERO, Clara Moura. *Lutas sociais e política criminal*: os movimentos feminista, negro e LGBTQ e a criminalização das violências machista, racista e LGBTQfóbica no Brasil. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo: 2018, 392f.

a um estado de inação ou não-decisão por parte do Estado brasileiro.[113] Omissão que, inclusive, foi judicializada por meio de ações constitucionais julgadas pelo STF (ADO 26 e MI 4733).

Se estes trabalhos colocam a criminalização da LGBTfobia como uma pauta necessária e legítima na democracia brasileira, outros procuram problematizá-la, seja a partir das próprias criminologias *queer,* seja na perspectiva crítica chamada de "criminologias transviadas".

Para Danler Silva, a decisão do STF – ao equiparar a homotransfobia aos crimes de racismo (previstos na Lei 7.716/1989) – seria um artifício simbólico e irrisório para o enfrentamento da violência LGBTfóbica, tendo em vista que a tipificação pressupõe esta discriminação somente na dimensão interpessoal, desconsiderando que se trata de uma violência estrutural e institucional imiscuída nos mais diversos campos da vida brasileira. O autor defende, desde um enfoque criminológico-*queer,* que instrumentalizar as instituições do SJC significa crer no Estado como ator da normatização e da violência homotransfóbica, valendo-se de artifícios jurídico-penais heteronormativos sem qualquer capacidade de empreender modificações de ordem estrutural, conferindo à heterossexualidade e à cisgeneridade uma zona de conforto, dando a impressão de que "algo foi feito" em favor da comunidade LGBT.[114] Silva alerta que seria contraproducente recorrer a um instrumento que historicamente tem violado este grupo, e que, ainda, pode se voltar contra LGBTs pobres, periféricos, negras, imigrantes ou em desconformidade com as normas hegemônicas de gênero e sexualidade.

A pesquisa de Alexandre Martins, por sua vez, não se restringe à decisão do STF, apresentando os caminhos da criminalização da LGBTfobia no Brasil entre 1980 e 2019. Acredito que a investigação proposta por Martins seja a crítica abolicionista mais refinada até o presente momento às pautas criminalizantes que perpassam os movimentos LGBT. O autor constrói uma genealogia da emergência da LGBTfobia como questão criminal, esmiuçando os processos históricos de democratização, neoliberalização e expansão da justiça criminal, argumentando que, a partir dos anos 2000, as lutas anti-LGBTfobia hegemônicas foram enquadradas como "quadros de crime", sendo construídas como necessárias de tal forma que a racionalidade neoliberal criminalizante teria se enraizado nos ativismos

113. NUNES, Lauro Victor. *Narrativas de bloqueio à criminalização da violência contra LGBTIs no Brasil*: estudo de caso sobre uma omissão legislativa. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade Federal de São Carlos. São Carlos: 2018, 165f.

114. SILVA, Danler Garcia. *Discurso judicial e criminalização da homotransfobia no Brasil*: ponderações desde uma teoria e criminologia *queer*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia: 2020. p. 103-104.

Romfeld, Victor Sugamosto. Criminologia e estudos LGBTQ: uma área a ser explorada pelas ciências criminais brasileiras. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 273-314. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13652993].

mainstream.[115] Martins analisa documentos do movimento LGBT brasileiro, PLs e ações judiciais, além de realizar entrevistas semiestruturadas com ativistas LGBTs.

A crítica de Martins à criminalização da LGBTfobia é singular porque não se propõe a simplesmente replicar "uma" criminologia *queer* em solo brasileiro, mas traduzir e apropriar este saber desde um ponto de vista da nossa formação "ladinoamefricana" (como apontado por Lélia Gonzalez), denominado pelo autor como "criminologias transviadas".[116] Vinculadas ao abolicionismo penal, trata-se de um campo constituído por práticas e estudos de pesquisadoras e ativistas LGBTs[117] que problematizam as relações entre sexualidade, gênero e o SJC – chamado de "cistema", a fim de destacar a sua cisgeneridade constitutiva. Além disso, destoa da agenda adotada por parte da criminologia *queer* que aposta em um horizonte de reformas para tornar este sistema "mais justo", tendo como objetivo o enfraquecimento das instituições penais e a constituição de outas formas práticas de justiça que não se coadunariam a reformas do cárcere.[118]

Outra parcela das pesquisas que integram o segundo eixo mencionado se ocupa dos processos de vitimização das pessoas LGBT. Não pelas lentes da instrumentalização do direito penal, mas verificando como o SJC atua de forma a legitimar a violência letal homotransfóbica, Nesse sentido, Diego Lemos, ao analisar processos criminais de homicídios e latrocínios ocorridos entre 2002 e 2009 e 2015 em Recife/PE, expõe como o sistema punitivo produz visões estereotipadas sobre agressores e vítimas, reproduzindo as dimensões da LGBTfobia (individual, institucional e estrutural). Parte do resumo da dissertação de Lemos sintetiza o *modus operandi* do SJC nos referidos casos:

115. MARTINS, Alexandre Nogueira. *Caminhos da criminalização da LGBTfobia*: racionalidade criminalizante, neoliberalismo e democratização. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade de São Paulo. São Paulo: 2020, 269f.

116. MARTINS, Alexandre Nogueira. Op. cit., p. 58-59. Martins justifica a adoção do termo (transviado) porque: i) o *queer*, em inglês, se constitui como insulto direcionado aos dissidentes sexuais e de gênero no contexto estadunidense, de tal forma que, no Brasil, seu uso não geraria desconfortos; ii) ainda no que diz respeito à nossa história, formas mais aproximadas do *queer* seriam os xingamentos "bicha", "viado", "sapatão", "traveco"; iii) ainda, o termo mantém a ideia antinormativa do *queer*, não apenas se referindo às sexualidades e gêneros desviantes, mas às práticas e existências rotuladas como abjetas e dissidentes.

117. No que diz respeito ao ativismo LGBT brasileiro, Martins detecta, a partir das entrevistas, que militantes LGBT abolicionistas, enquanto *outsiders* do movimento *mainstream*, foram rechaçados por lideranças que apoiavam a criminalização como "fazendo o jogo dos conservadores", ou, ainda, como pessoas "de fora do movimento", o que reforçaria a hipótese do giro punitivo neoliberal que influenciou ondas do ativismo LGBT brasileiro. MARTINS, Alexandre Nogueira. Op. cit., p. 188.

118. MARTINS, Alexandre Nogueira. Op. cit., p. 59-60.

> "Os homicídios e latrocínios pesquisados demonstram a vulnerabilidade de feminilidades e masculinidades não hegemônicas à violência, com mortes quase sempre ligadas à fruição sexual e envolvendo a prostituição, seja da vítima travesti que 'faz pista' ou do agressor que é michê (garoto de programa). As travestis são jovens, negras e assassinadas na rua por disparo de arma de fogo em crimes de execução. Os homossexuais seguem um perfil vitimológico mais heterogêneo, contudo é notória a circunstância de assassinatos (homicídios e latrocínios) praticados na casa da vítima e envolvendo situações bárbaras de lutas corporais com facadas, espancamento e estrangulamento. Há a negação do lugar de vítima para as travestis, entendidas como criminosas e usuárias de drogas, daí porque o índice de impunidade é sensivelmente maior nos homicídios transfóbicos se comparados aos assassinatos homofóbicos. Já nos poucos processos criminais condenatórios, os homossexuais mortos são vistos como vítimas de seu próprio desejo; o que não se converte, entretanto, em penas mais brandas para os agressores. A homo e a transfobia no discurso do sistema penal se operam em bases que não diminuem o punitivismo contra os réus, ainda que a motivação trans-homofóbica dos assassinatos seja solenemente obliterada na maioria dos casos."[119]

Em sentido que se aproxima da pesquisa de Lemos, Lopes procura analisar de que forma a atuação da Polícia Civil, na investigação de assassinatos de travestis em Belém/PA a partir de quatro inquéritos policiais, no ano de 2018, retrata a precariedade dessas vidas. O *corpus* esquadrinhado por Lopes aponta que a condição de vulnerabilidade das travestis influencia para não-resolutividade dos assassinatos por parte do órgão policial mencionado, de tal forma que a própria instituição, em suas práticas, reproduz discursos criminalizantes que resumem a vida das travestis como prostitutas, usuárias de drogas e criminosas, estereótipos que servem como fundamento para o desinteresse da polícia na resolução dos casos.[120] A permanência de práticas policiais autoritárias e repressoras pode ser considerada como um reflexo de governos totalitários bem-sucedidos no Brasil, além de um obstáculo considerável à transformação da cultura policial, que tende a se mostrar avessa a registrar ocorrências com os marcadores referentes à LGBTfobia.[121]

---

119. LEMOS, Diego José Sousa. *Contando as mortes da violência trans-homofóbica*: uma pesquisa sociojurídica dos processos criminais na cidade do Recife e uma análise criminológico-*-queer* da violência letal. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco. Recife: 2017. p. 8.

120. LOPES, Flávia Haydeé Almeida. *"Morreu? Não vai dar em nada, melhor nem ter o trabalho"*: uma análise dos assassinatos de travestis em Belém. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Pará. Belém: 2020, 178f.

121. O estudo de Tamires Garcia, feito na Polícia Civil de Porto Alegre/RS, demonstra que, apesar das resistências, há campos de disputa nas polícias, considerando a circulação

5. Considerações finais

Considerando a exposição feita neste artigo, entendo que o campo de estudos que intitulei "criminologia e estudos LGBTQ" possui maior abrangência do que as criminologias *queer*, englobando autoras, autores e pesquisas que, além de extrapolarem o direito, enriquecem e densificam as discussões a respeito da LGBTfobia no Brasil e suas demandas por criminalização.

O resgate histórico dos períodos da ditadura militar e da redemocratização brasileira é pertinente porque demarca o surgimento dos movimentos LGBT, como reação ao cenário repressivo a gays, lésbicas e travestis. Ainda, apresenta as mobilizações que caracterizaram as décadas subsequentes ao final do regime militar: se neste período os órgãos estatais se voltaram contra a comunidade LGBT, a redemocratização alterou o cenário político de tal forma que o Estado passou a ser acionado para se responsabilizar, inclusive na esfera penal, pela proteção deste grupo vulnerável. Entretanto, a agenda dos direitos LGBT apresentada no Congresso Nacional encontrou forte resistência por parte de setores reacionários e fundamentalistas religiosos, disputa que resultou em omissão do Poder Legislativo, posteriormente judicializada perante o STF. A perspectiva histórica desenvolvida evidencia as continuidades do autoritarismo brasileiro no que tange à diversidade sexual e de gênero, repercutindo negativamente quanto à conquista de direitos reivindicados pelos movimentos LGBT.

Ainda em perspectiva histórica, pontuei a emergência do conceito de homofobia, na década de 1980, a partir dos relatórios produzidos pelo GGB, e como este conceito se mostrou insuficiente, justamente pela pluralidade de sujeitos que integram um grupo atravessado por múltiplos marcadores sociais da diferença. A LGBTfobia, não obstante seus limites, é considerada o atual "conceito guarda-chuva" que aglutina as discriminações contra este grupo. Suas dimensões (especialmente, estrutural e institucional), além de desafiarem a tipificação na esfera criminal, indicam a necessidade de pensar propostas de enfrentamento que extrapolem a dicotomia na qual se inseriu o debate (criminalizar vs. não criminalizar).

No que se refere às criminologias *queer*, suas contribuições consistiram em expandir a crítica à seletividade do SJC, na medida em que também é estruturado pela cisheteronormatividade. Independentemente das posições ocupadas na interação com a justiça criminal (acusadas, vítimas ou agentes do próprio sistema),

dos temas de violência contra a população LGBT e o surgimento de divisões específicas para proteção de grupos de vulneráveis. GARCIA, Tamires de Oliveira. *Política criminal e violência contra a população LGBT*: um estudo com a Polícia Civil e movimentos sociais em Porto Alegre. Universidade La Salle. Canoas: 2019, 230f.

as pessoas LGBT são encaradas sob vieses estigmatizantes que reforçam estereótipos de gênero e de sexualidade, circunstância que tende a se acirrar quando se inserem lentes interseccionais.

Em relação às criminologias *queer* que vêm sendo desenvolvidas no Brasil – seja em uma vertente de recepção da produção estrangeira, seja na tradução deste saber como "criminologias transviadas" –, pode-se afirmar que seu caráter anti-normativo se coloca em rota de colisão com pautas criminalizantes (a exemplo da criminalização da LGBTfobia). A instrumentalização do direito penal para combate desta discriminação fatalmente resultará na captura de identidades por parte da lei penal e suas exigências formais, consolidando uma categoria estável, o que potencialmente confronta as premissas *queer* de rejeição à normalização, seja da heterossexualidade compulsória, seja das identidades socialmente aceitas da homossexualidade e da transexualidade.

Neste sentido, o campo *queer*, caracterizado pela desconstrução de identidades estáveis, não parece se compatibilizar com o campo do direito penal, demarcado pela violência e pela normalização. Talvez uma das maiores contribuições das criminologias *queer* seja o alerta e a suspeita de que as pautas criminalizantes, sob o pretexto de proteção (de orientações sexuais e identidades de gênero) e de emancipação destes sujeitos, poderão acarretar efeitos inversos àqueles pretendidos, reforçando hierarquias que protegem algumas pessoas e corpos LGBTs em detrimento de outras/os – o que, ao fim e ao cabo, implicaria uma (nova) legitimação do SJC e seu caráter estruturalmente seletivo e excludente.

6. Referências bibliográficas

ANTUNES, Pedro Paulo Sammarco. *Homofobia internalizada*: o preconceito do homossexual contra si mesmo. São Paulo Annablume, 2017.

ARRUDA, Roldão. *Dias de ira*: uma história verídica de assassinatos autorizados. São Paulo: Globo, 2001.

BALL, Matthew. *Criminology and Queer Theory*: dangerous bedfellows? London: Palgrave Macmillan, 2016.

BERTÚLIO, Dora Lucia de Lima. *Direito e Relações Raciais*: Uma Introdução Crítica ao Racismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BIMBI, Bruno. *O fim do armário*: lésbicas, gays, bissexuais e trans no século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2017.

BORRILLO, Daniel. *Homofobia*: história e crítica de um preconceito. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

BUIST, Carrie L.; LENNING, Emily. *Queer criminology*. London and New York: Routledge, 2016.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*: feminismo e subversão da identidade. 10. ed. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma criminologia *queer*. *Sistema Penal & Violência*. Porto Alegre, v. 4, n. 2, jul.-dez. 2012.

CARVALHO, Salo de. Três hipóteses e uma provocação sobre homofobia e ciências criminais: *queer(ing) criminology*. *Boletim IBCCrim*, ano 20, n. 238, set./2012.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Criminologia*: contribuição para a crítica da economia da punição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Discriminação contra a população LGBTQIA+*: relatório da pesquisa. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: CNJ, 2022.

FERNANDES, Marisa. Lésbicas e a ditadura militar: uma luta contra a opressão e por liberdade. In: GREEN, James N; QUINALHA, Renan. *Ditadura e homossexualidades*: repressão, resistência e a busca da verdade. São Carlos: EdUFSCar, 2015.

FERREIRA, Guilherme Gomes. *Travestis e prisões*: experiência social e mecanismos particulares de encarceramento no Brasil. Curitiba: Multideia, 2015.

FERREIRA, Guilherme Gomes. *Vidas lixadas*: crime e castigo nas narrativas de travestis e transexuais brasileiras. Salvador: Devires, 2018.

FONSECA, Weber. *Lgbtfobia*: casos de violência por discriminação de gêneros, identidades e orientações sexuais na Grande São Paulo. São Bernardo do Campo: Lamparina Luminosa, 2015.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade 1*: a vontade de saber. 3. ed. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2015.

GARCIA, Tamires de Oliveira. Criminalização da LGBTfobia: aspectos normativos, legitimidade da pauta e recrudescimento penal. In: IGNACIO, Taynah [et al.]. *Tem saída?* Perspectivas LGBTI+ sobre o Brasil. Porto Alegre: Zouk, 2020.

GARCIA, Tamires de Oliveira. *Política criminal e violência contra a população LGBT*: um estudo com a Polícia Civil e movimentos sociais em Porto Alegre. Universidade La Salle. Canoas: 2019, 230f.

GREEN, James. *Além do carnaval*: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX. 2. ed. Tradução Cristina Fino e Cássio Arantes Leite. São Paulo: Editora Unesp, 2019.

GROOMBRIDGE, Nic. Perverse criminologies: the closet of Doctor Lombroso. *Social & Legal Studies*, n. 8, v. 4, p. 531-548, 1999.

JESUS, Jaqueline Gomes de. *Homofobia*: identificar e prevenir. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Metanoia, 2015.

LEMOS, Diego José Sousa. *Contando as mortes da violência trans-homofóbica*: uma pesquisa sociojurídica dos processos criminais na cidade do Recife e uma análise criminológico-*queer* da violência letal. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco. Recife: 2017.

LOPES, Flávia Haydeé Almeida. *"Morreu? Não vai dar em nada, melhor nem ter o trabalho"*: uma análise dos assassinatos de travestis em Belém. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Pará. Belém: 2020, 178f.

LOURO, Guacira Lopes. *Um corpo estranho*: ensaios sobre sexualidade e teoria queer. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

MARTINS, Alexandre Nogueira. *Caminhos da criminalização da LGBTfobia*: racionalidade criminalizante, neoliberalismo e democratização. Dissertação (Mestrado em Sociologia). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2020.

MASIERO, Clara Moura. *Lutas sociais e política criminal*: os movimentos feminista, negro e LGBTQ e a criminalização das violências machista, racista e LGBTQfóbica no Brasil. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo: 2018, 392f.

MASIERO, Clara Moura. *O movimento LGBT e a homofobia*: novas perspectivas de políticas sociais e criminais. Porto Alegre: Criação Humana, 2014.

MEYER, Doug. *Violence Against Queer People*: race, class, gender and the persistence of anti-LGBT discrimination. New Brunswick: Rutgers University Press, 2015.

MISKOLCI, Richard. *Teoria Queer*: um aprendizado pelas diferenças. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

MORANDO, Luiz. Por baixo dos panos: repressão a gays e travestis em Belo Horizonte (1969-1969). In: GREEN, James N.; QUINALHA, Renan. *Ditadura e homossexualidades*: repressão, resistência e a busca da verdade. São Carlos: EdUFSCar, 2015.

MOREIRA, Adilson José. *O que é discriminação?* Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017.

MOTT, Luiz. O crime homofóbico: viado tem mais é que morrer! *Revista Discursos Sediciosos*: crime, direito e sociedade, v. 1, 1996.

NAVASCONI, Paulo Vitor Palma. *Vida, adoecimento e suicídio*: racismo na produção do conhecimento sobre jovens negros/as LGBTTIS. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

NUNES, Lauro Victor. *Narrativas de bloqueio à criminalização da violência contra LGBTIs no Brasil*: estudo de caso sobre uma omissão legislativa. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade Federal de São Carlos. São Carlos: 2018, 165f.

PEDRA, Caio Benevides. *Direitos LGBT*: a LGBTfobia estrutural e a diversidade sexual e de gênero no direito brasileiro. Curitiba: Appris, 2020.

PEDRINHA, Roberta Duboc. *Sexualidade, controle social e práticas punitivas*: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PERLONGHER, Nestor. *O negócio do michê*: a prostituição viril em São Paulo: São Paulo: Brasiliense, 1987.

PRADO, Marco Aurélio Máximo [et al.]. A construção institucional do gênero criminoso: travestis e transexuais no sistema de justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 146, ano 26, p. 515-537, São Paulo: RT, ago./2018.

PRADO, Marco Aurélio Máximo; MACHADO, Frederico Viana. *Preconceito contra homossexualidades*: a hierarquia da invisibilidade. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2012.

QUINALHA, Renan Honório. *Contra a moral e os bons costumes*: a ditadura e a repressão à comunidade LGBT. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. O que é LGBTfobia? In: RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá; BRENER, Paula Rocha Gouvêa (Org.). *Gênero, sexualidade e direito*: uma introdução. Belo Horizonte: Initia Via, 2016.

REA, Caterina Alessandra; AMANCIO, Izzie Madalena Santos. Descolonizar a sexualidade: Teoria Queer of Colour e trânsitos para o Sul. *Cadernos Pagu*, v. 53, 2018.

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SALIH, Sarah. *Judith Butler e a Teoria Queer*. Trad. Guacira Lopes Louro. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SERRA, Victor Siqueira. *"Pessoa afeita ao crime"*: criminalização de travestis e os discursos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. São Paulo: IBCCRIM, 2019.

SILVA, Danler Garcia. *Discurso judicial e criminalização da homotransfobia no Brasil*: ponderações desde uma teoria e criminologia *queer*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia: 2020.

SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris*: do movimento homossexual ao LGBT. São Paulo: Perseu Abramo, 2009.

SPARGO, Tamsin. *Foucault e a teoria queer*. Trad. Heci Regina Candiani. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso*: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos pecados*: moral, sexualidade e inquisição no Brasil Colonial. Rio de Janeiro: Camus, 1989.

VERAS, Elias Ferreira. Os silêncios de Clio: escrita da história e (in)visibilidade das homossexualidades no Brasil. *Revista Tempo e Argumento*, Florianópolis, v. 6, n. 13, p. 90-109, set./dez. 2014.

VERAS, Elias Ferreira. *Travestis*: carne, tinta e papel. 2. ed. Curitiba: Appris, 2019.

WENDT, Valquiria P. Cirolini. *(Não) criminalização da homofobia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

WOODS, Jordan Blair. "Queering Criminology": Overview of the State of the Field. In: PETERSON, Dana; PANFIL, Vanessa R. (Editors). *Handbook of LGBT Communities, Crime and Justice*. New York: Springer, 2014. p. 15-41.

WYLLYS, Jean. *Tempo bom, tempo ruim*: identidades, políticas e afetos. São Paulo: Paralela, 2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Área do Direito: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal: a disrupção "democrática" do estado de direito, de Patricio Ferreira e Daury Cesar Fabriz – *RDCI* 119/145-165;
- Do caso Ellwanger à criminalização da homofobia: a atividade legislativa do Supremo Tribunal Federal e a violação da reserva absoluta da lei em matéria penal, de Rui Carlo Dissenha e Camila Saldanha Martins – *RBCCrim* 172/383-419;
- Narrativas judiciais de violências contra LGBT em decisões sobre danos morais nos tribunais de justiça (2012-2015), de Vitor Nunes Lages e Evandro Charles Piza Duarte – *RBCCrim* 157/357-404;
- O conceito de "esquerda punitiva" e sua utilização como "tutoria arrogante": tensões a partir da criminalização da LGBTfobia, de Victor Sugamosto Romfeld – *RBCCrim* 190/309-343;
- O mandado de injunção no ordenamento jurídico brasileiro: análise crítica da equiparação da homofobia ao crime de racismo pelo Supremo Tribunal Federal, de Gabriel Rodrigo de Sousa e Luiz Carlos Figueira De Melo – *RDCI* 123/29-53; e
- Reflexão sobre a teoria *queer*, a fobia ao grupo LGBT+ e a proteção pelo direito penal, de Camila Christiane Rocha Nicolau e Andressa Paula de Andrade – *RT* 995/407-425.

Romfeld, Victor Sugamosto. Criminologia e estudos LGBTQ: uma área a ser explorada pelas ciências criminais brasileiras. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 273-314. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13652993].

Do not look up: synopsis over using drones for police surveillance and criminal investigations in Portugal and the U.S.

Não olhem para cima: sinopse sobre a utilização de drones para vigilância policial e investigação criminal em Portugal e nos EUA

Rafael Francisco França[1]
Universidade Federal da Integração Latino-Americana, UNILA, Brasil.
9110@novalaw.unl.pt

Recebido em: 29.05.2023
Aprovado em: 01.04.2024
Última versão do autor: 06.07.2024

DOI: [10.5281/zenodo.13685791].

1. Doutorando em Direito na NOVA School of Law, em Lisboa, Portugal (2022-2026). Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Integração Contemporânea da América Latina, Unila (2024-2028). É mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS (2014). Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Estudos Estratégicos Internacionais – UFRGS (2018), com estágio doutoral no Centre for International and Defence Policy – CIDP, financiado pelo Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior – CAPES/MEC. Foi Professor de Direito Processual Penal na Universidade da Região da Campanha-URCAMP. Membro do International Visitor Leadership Program (IVLP – alumni), programa do Departamento de Estado (EUA). Visitor Fellow no Centre for International and Defence Policy – CIDP, vinculado a Queen´s University, em Kingston/ON, Canadá (2017). Delegado de Polícia Federal.
Currículo Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3587355422836320].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-4120-2931].
E-mail: 9110@novalaw.unl.pt

Área do Direito: Penal

Abstract: This paper examines the use of drones by law enforcement agencies for surveillance and criminal investigations and how this has impacted privacy expectations. The study focuses on the most recent jurisprudence in Portugal and the United States, where relevant arguments were extracted about the technological evolution of crime deterrence and its implications for preserving fundamental rights. The research adopts a qualitative and descriptive methodology, analyzing the jurisprudence of both countries and highlighting the main arguments regarding the lawfulness of police procedures. The study identifies divergent approaches to privacy, particularly concerning the scope of privacy as a feeling versus property surveillance. The article argues that Portuguese legislation must evolve to address the challenges posed by new technologies in criminal evidence arrangements, as current legal tools are insufficient. Furthermore, the study examines US expectations of privacy regarding police aerial surveillance, presenting valid arguments for the debate surrounding Supreme Court decisions. The article concludes that there is a need for a more nuanced analysis of privacy preservation, particularly regarding the potential hazards posed by police drone overflights.

Keywords: Criminal investigation – Fundamental Rights – Surveillance – Drones – Privacy.

Resumo: O presente artigo analisa a utilização de drones pelas autoridades policiais para fins de vigilância e investigação criminal e os impactos que tais atividades têm tido nas expectativas de privacidade. O estudo centra-se na jurisprudência mais recente em Portugal e nos Estados Unidos, de onde foram extraídos argumentos relevantes sobre a evolução tecnológica da dissuasão do crime e as suas implicações para a preservação dos direitos fundamentais. A investigação adota uma metodologia qualitativa e descritiva, analisando a jurisprudência de ambos os países e destacando os principais argumentos relativos à legalidade dos procedimentos policiais. O estudo identifica abordagens divergentes à privacidade, nomeadamente em relação à vigilância patrimonial. O artigo defende que a legislação portuguesa deve evoluir para enfrentar os desafios colocados pelas novas tecnologias na produção de provas criminais, uma vez que os atuais instrumentos jurídicos são insuficientes. Além disso, o estudo examina as expectativas dos EUA em matéria de privacidade relativamente à vigilância aérea policial, apresentando argumentos válidos para o debate em torno das decisões do Supremo Tribunal. O artigo conclui que há necessidade de uma análise mais centrada na preservação da privacidade, particularmente no que diz respeito aos potenciais danos representados pelos sobrevoos de drones policiais.

Palavras-chave: Investigação Criminal – Direitos Fundamentais – Vigilância – Drones – Privacidade.

Sumário: Abbreviations. 1. Introduction. 2. The use of drones in Portugal. 2.1. Jurisprudence on the theme. 2.2. Criteria governing the admissibility of image recordings. 3. Referential judgments in the U.S. jurisprudence. 3.1. The court's ruling regarding aerial surveillance. 3.2. References to valid arguments. 4. Final Considerations. 5. References.

França, Rafael Francisco. Do not look up: synopsis over using drones for police surveillance and criminal investigations in Portugal and the U.S. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 315-336. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13685791].

Abbreviations

AAN – National Aeronautical Authority, meaning "Autoridade Aeronáutica Nacional"

ANAC – National Civil Aviation Authority, meaning "Autoridade Nacional de Aviação Civil".

CPP – Criminal Procedure Code, meaning "Código de Processo Penal."

DPIA – Data Protection Impact Assessment

GNR – National Republican Guard, meaning "Guarda Nacional Republicana".

GPS – Global Position System

PIA – Privacy Protection Assessment

RGPD – General Data Protection Regulation, meaning "Regulamento Geral de Proteção de Dados".

UAV – Unmanned Aerial Vehicle

1. Introduction

The feeling of *secrecy* limits the individual conscience, which means that a place or object is private if one intends to keep out of others' observation and intrusion (RODRIGUES, 2020a, p. 10). In this case, privacy englobes the right to be anonymous, out of knowledge and scrutiny (HARTZOG, 2021, p. 1677). It includes the right to be out of police surveillance without a grounded lawful purpose.

In a criminal investigation, surveillance is widespread as part of the *métier* (LEIRIAS, 2021, p. 146–147; MIRANDA, 2015, p. 422-423). To determine eventual unlawful activities and to further discoveries, the police employ measures of surveillance, following up on the suspects' steps in public places (PINTO, 2022, p. 57). Surveillance is valuable in police work in verifying personal contacts, visited sites, and routines, all of which can be used as evidence before a Court of Law (EDMOND et al., 2013, p. 252-253).

Considering police surveillance, it is customary to think of two officers sitting in a parked car in the suspect's thoroughfare home area, watching in plain view, and waiting for possible suspicious activities. That is a *cliché* from the movies, but it has changed in recent years due to technological evolution and new surveillance types of equipment available to the police forces (MANES, 2019, p. 506). One is surveillance drones and unmanned aerial vehicles (UAVs) (DWYER-MOSS, 2017, p. 1.049).

These aerial vehicles can fly over houses and facilities with high discretion, producing almost no sound during the flights (CARVALHO, 2019, p. 11) (SOUSA, 2020, p. 12). Besides that, equipped with advanced cameras and microphones,

some models can record images in excellent resolution (MAURÍCIO et al., 2016, p. 98; SCHARF, 2018, p. 458), which includes those captured through zoom from a distance (RODRIGUES, 2020a, p. 18).

What if you see a drone flying over or hovering above your fenced backyard or watching your bedroom through your window? What are the investigative limits imposed on drone surveillance? Like fingerprints and DNA patterns used for criminal investigation, the drone's issue will evolute following the ethical and legal discussions (ENGBERTS; GILLISSEN, 2016, p. 95). Nonetheless, maintaining eventual scratches on the privacy protection constitutional systems is necessary.

This article aims to study situations from the constitutional protection of fundamental rights statements, specifically from preserving the right to privacy against unlawful police drone surveillance in private areas. The research addresses recent jurisprudence produced in Portugal and the U.S. Courts of Law, bringing valid arguments to ground the judicial decisions in both legislations better. It must be observed that privacy protection in the European Union has more concreteness than in the United States, which will be reflected in aerial surveillance privacy protection parameters (LOPES, 2021, p. 219).

The article addresses the most solid arguments for treating privacy protection issues under the prerogative of police drone camera recording. In the first part, the analysis covers the use of UAVs in Portugal, demonstrating the lack of legislative ground for facing the cases in the Portuguese judicial system, given the specificity of aerial surveillance and its application for criminal investigation. Besides this, this study points out that the current jurisprudence on this theme is based on the protection of fundamental rights based on the admissibility of evidence-production methods in criminal justice.

In the second part, the research makes an approach to the United States jurisprudence about using UAVs for police proceedings and evidence collection. It is sedimented that the main argument repeated in the judgments is that the proper definition of privacy is reflected in what can be accessed and what cannot be surveilled through aerial vision. Above that, the U.S. Fourth Amendment protection is also brought into the discussion, with the article pointing out the debate over which is private and which is not from an aerial surveillance view. The research delineates the controversy on drone footage over private spaces, given that drone operation over public areas and Fourth Amendment protection is beyond this scope (BLINDER, 2021, p. 962-93; CROCKER, 2020, p. 170).

This article brings in the final consolidations of the study and the main arguments used, asseverating the challenges represented by the technological evolution for police investigations. Overall, these understandings are under the oath of not

committing a crime in investigating a crime. It is clear that without the proper legal groundings, taking steps in the criminal cases solutions will frisk more and more on the suspects' fundamental rights.

In the references, the study enclosures the researched materials indicated as sources for the academic investigation. The article was produced through qualitative and descriptive methodologies combined, where the text analysis method brought the arguments used in the jurisprudence analysis.

2. The use of drones in Portugal

The use of UVAs by the Portuguese police has been increasing, mainly for criminalistic purposes (CUNHA, 2017, p. 43; ROSÁRIO, 2021, p. 01). In particular, it must be observed that almost everyone can guide a drone (RODRIGUES, 2020a, p. 19); some have video cameras installed and can record or take photos during flights (MOREIRA, 2021, p. 22). In this subject, drones are also used by the Portuguese police to investigate and prevent criminal occurrences (FRANCO, 2022; MELGO, 2022, p. 01-02). However, the proper regulation of it is yet to be better produced.

Regarding the use of images and photos taken from UAVs, Portuguese legislation has it as admissible in the criminal evidence proceeding (CUNHA, 2017, p. 47). However, like any other police proceeding, these pieces of evidence collection must comply with the constitutional oath, exposed in Article 32, number 8 of the Constitution of the Portuguese Republic (PORTUGAL, 2005). In this way, the Portuguese Criminal Procedure Code (PORTUGAL, 2002) has limitations in defining and ruling on evidence production from technological surveillance methods, mainly due to innovation's unprecedented speed (RODRIGUES, 2020, p. 10).

Therefore, under the unmanned surveillance operation, and according to the Civil Code, Article 79, nº 02 (PORTUGAL, 1966), it is crucial to mention that the use of images captured in public places during the execution of police dealings or in the justice beneath can be allowed under judicial authorization. Apart from that, Portugal also remains on the prescriptions of Law nº 1/2005 for digital surveillance by the police in public spaces (PORTUGAL, 2005). Nevertheless, this legislation is obsolete regarding UVAs regulations on privacy protection (LOPES, 2021, p. 224), considering that this has not discussed the use of drones for surveillance, even regarding the domestic use of this equipment.

Additionally, under Portuguese legislation, UAVs' use is regulated only for air traffic transportation, according to Ordinance nº 58/2018 (MORGADO, 2020, p. 75; PORTUGAL, 2018a). In this text, the operational drone flight must comply

with privacy and civil liability requests[2], which is consubstantial under an ensured pre-payment. That is essential to aerial surveillance regulation in Portugal, even if it only covers patrimonial damages caused by the UVAs during the flights, criticized in the specialized literature on the subject (LOPES, 2021, p. 217; MORGADO, 2020, p. 75).

Additionally, regarding security camera image and video production in general, Law nº 58/2019 indicates in Article 19 the caption prohibition over some places, such as automated bank cashiers' keyboards and private neighbors' curtilages. Under this legislation, it is also forbidden for these types of equipment to record sounds, which include voices. The RGPD also limits personal data collection on a broader basis, according to Directive 680/2016-European Parliament (LOPES, 2021, p. 216; MARZOCCHI, 2015, p. 07; RODRIGUES, 2020a, p. 20).

A law proposal was presented in 2019 (Proposal nº 173/XIII), but it was dismissed and not approved by the Portuguese parliament (Portugal, 2019a). In this proposal, the touchstone requisite was consent for drone flights over private and public spaces. Flying over private properties would require the owner's permission. Nonetheless, the flights would be permissible in public areas if the ANAC had approved them (LOPES, 2021, p. 217)). Furthermore, it must be noted that recording images and sounds in the aerial procedure requires the AAN's previous authorization (RODRIGUES, 2020a, p. 38).

2.1. Jurisprudence on the theme

Regarding this article's subject, some issues must be debated in the judicial decisions on the theme. It must be observed that the following judgments are not specifically about UVAs' use in criminal investigations. Nonetheless, they help to understand the judicial arguments on privacy protection regarding image footage. Using drones for police surveillance is approached only incidentally during most Court decisions. In other findings, aerial surveillance has been mentioned in privacy protection discussions in one way or another.

In the case of using recordings made by security cameras installed inside a property, the Coimbra Court of Law decided that it was licit to admit the footage when the person recorded is a person who does not live in that place

2. It is crucial to observe that this ordinance also brings the drone operator liability, which modes the path for future criminal regulation over this issue. *See* Lopes, I. C. (2021). Drones, proteção de dados pessoais e direitos conexos. *Revista Electrónica de Direito*, *25*(2), 210-236. p. 218. [https://doi.org/10.24840/2182-9845_2021-0002_0009].

(PORTUGAL, 2012)[3]. Therefore, this person allegedly cannot sustain the protection of privacy when the private security system has recorded images of the owner's house. Besides this, the judge considered that the defendant could not oppose his privacy privilege to commit a crime.

The Porto Court of Law also delineated that using camera footage without the person's recorded permission is tolerable since they were captured in public places (PORTUGAL, 2015)[4]. The argument was grounded in the significant public safety interests in this decision.

In another case, the Coimbra Court of Law addressed that the footage produced in a public space can be admitted as criminal evidence if it does not offend the defendant's private life inner core (PORTUGAL, 2016)[5]. In addition, the decision testified that there was no need for the defendant's consent in that situation, adding that private life protection shall not resist when what is at stake is unlawful.

After that, the Porto Court of Law indicated that using unauthorized drone footage captured from the author's residence during its flight, after which the images were publicized on the Internet without consent, can generate the right to be compensated for the moral and civil damages (PORTUGAL, 2019)[6]. According to the judge, overflying the property and recording its images is an attempt against the owner's privacy, even if it was made from the house curtilage, like the backyard and the garden (DUARTE, 2020).

As a matter of fact, it is observed that the Portuguese Higher Courts of Law have not confronted the issue directly. In this sense, some decisions circle the subject, mainly over the proper drone flight authorization (PORTUGAL, 2021a)[7]. Besides that, the lower courts' decisions were taken having the right to privacy and not to be disturbed at home as the central themes, but away from the police use of drones for criminal investigations (PORTUGAL, 2021b)[8].

3. Tribunal da Relação de Coimbra. In *Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra Processo: 148/12.9PBLMG.C1 Nº Convencional: JTRC Relator: MARIA PILAR DE OLIVEIRA*.
4. Tribunal da Relação do Porto. *Processo 349/13.2PEGDM.P1. Relatora Maria Deolinda Dionísio*.
5. Tribunal da Relação de Coimbra. In *Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra Nº 2638/12.4TALRA.C1. Convencional: JTRC Relator: CACILDA SENA*.
6. Tribunal da Relação do Porto. In *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto Nº Convencional: 24733/17.3T8PRT.P1 – JTRP000 Relator: Miguel Baldaia de Morais*.
7. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 298/2021. Processo n. 942/2021. 3ª Secção. Relator: Conselheira Joana Fernandes Costa*.
8. Tribunal da Relação de Guimarães. *Processo n. 2641/19.3T8GMR.G2. Relator António Barroca Penha.*

2.2. Criteria governing the admissibility of image recordings

Within a few exceptions, the footage made through aerial surveillance is considered personal data (MOREIRA, 2021, p. 14). In the absence of more specific legislation, the Portuguese system relies on constitutional statements and values for the admission of drone footage as evidence. According to the Portuguese Courts of Law, recordings can be acceptable in two different opportunities: when the footage is made in public places, regarding public interests, and when it comes from judicial authorization. In all cases, dignity, privacy, and moral integrity must be preserved (LOPES, 2021, p. 220; RODRIGUES, 2020b, p. 31).

Along with it, and regarding the cases in which judicial authorization is mandatory, it must be underlined that this investigative method is the only way of obtaining criminal evidence in that particular case. This means that, before choosing the drone's surveillance for gathering pieces of evidence, the police must show the unfeasibility of all other ways of producing it.

Using drone footage as a shred of evidence attends to the general rule of proving in Portugal. Therefore, if a way of establishing a statement is not forbidden, it is permitted, following the Article 125 of the Criminal Procedure Code (CUNHA, 2017, p. 48; PORTUGAL, 2002). That is why the analyzed decisions are based on pillars other than the drone's flights. In this way, if the police want to use drone surveillance in a criminal investigation and if the flights cover private properties, express judicial authorization is needed. Even in public areas, the controversy remains.

In addition, it is essential to mention the prohibition of private life invasion in the Criminal Procedure Code. In Article 126, this assertive is underlined in number 3, proposing that eventual pieces of evidence produced in offense to the private life, home, correspondence, or telecommunications without the consent of the respective holder have no lawful value. The owner's permission and judicial authorization overcome the prohibition in this proposition. This is also Articles 31 and 199 Portuguese Penal Code proposal (PORTUGAL, 1995).

As a result, the prohibition of privacy intromission collides with public safety official duties (RODRIGUES, 2020, p. 38). In this proposition, and according to one of the related decisions (PORTUGAL, 2015), when public safety interests are presented, the law prohibition can be surpassed. Thus, it is remarked that the Portuguese Courts of Law are using the *Principle of Proportionality* to solve issues related to police dealing drone uses.

Regarding privacy and property, Portuguese judicial decisions show that the use of drones for footage production is also limited, which includes flight altitude (DUARTE, 2020). The idea of a UAV hovering and surrounding a property curtilage was confronted in one jurisprudence, in which the court pointed it out as illegal

(PORTUGAL, 2019)[9]. Moreover, another requisite for the recording activities was the holder's concession on the footage. Nonetheless, it is irrelevant for criminal investigations by obvious motivation (it would represent asking for the suspect's permission for surveillance).

3. Referential judgments in the U.S. jurisprudence

In the United States, several law and non-law enforcement institutions gather daily drone surveillance data (HUDSON JR., 2015, p. 18; NAGY, 2014, p. 139; ROBERTS, 2009, p. 492). The use of UVAs is regulated nationally by the Code of Federal Regulations, but this legislation was amended in 2016 for constricting purposes, allowing or not drones operation in that country (BUTLER, 2019, p. 1.061; MCNEAL, 2016, p. 103-104).

The Fourth Amendment in the U.S. Constitution[10] brings individual protection against unlawful searching by the Government (U.S. COURTS, [s.d.]), which is precisely the inner discussion from the jurisprudence point of view (FOSTER, 1991, p. 719-720). Thus, the primary purpose of the Fourth Amendment is not only the method used by the government for personal privacy intrusion but mainly the protection of privacy itself, no matter what. Therefore, where is privacy expected in a property? Besides that, where is expected to preserve intimacy on a home aerial surveillance?

When it comes to using drones by police forces, it is clear that this has to be with privacy protection, among other important values, like aviation law, security matters, and human rights (ENGBERTS; GILLISSEN, 2016, p. 95). The quest for privacy protection has been challenged by technological advances for years (FOSTER, 1991, p. 720; SCHARF, 2018, p. 457-458) and the Courts must adapt themselves to face it as much as possible.

9. Tribunal da Relação do Porto. In *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto Nº Convencional: 24733/17.3T8PRT.P1 – JTRP000 Relator: Miguel Baldaia de Morais*. [http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/d7c7bbf9d0de6091802583fa003bb587?OpenDocument].

10. "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized." *See* Foster, B. W. (1991). Warrantless Aerial Surveillance and the Right to Privacy: The Flight of the Fourth Amendment. *Journal of Air Law and Commerce*, *56*(3), 719–763. [https://scholar.smu.edu/jalc/vol56/iss3/4], accessed in: 19.04.2023.

The privacy definition and what is understood as private are essential for U.S. judicial decision comprehension (TALAI, 2014, p. 762). It relies on the interrogation if private is what one wants it to be or if it is also crucial that society sense that as confidential (BUTLER, 2019, p. 1.041). Besides that, it is also justified when dealing with police surveillance in public spaces, given the insistent growth of cameras in every major city these days (BLITZ, 2013, p. 24). In this way, it is about where the surveillance is made and how long the police maintained the observation on a person's quotidian.

3.1. The court's ruling regarding aerial surveillance

The U. S. Supreme Court has faced the privacy quest from the aerial surveillance position in some cases in which the Fourth Amendment protection has always been brought to the surface. Therefore, this article brings firstly what has been defined by the U.S. Supreme Court on the theme as the "Aerial Surveillance Trilogy" (DWYER-MOSS, 2017, p. 1.054; SCHARF, 2018, p. 462).

One of the most challenging situations was presented in 1986. In that case, a company had its facilities recorded from an aerial aircraft without judicial authorization. Appreciating the arguments, the Court released the understanding that the data collected from above at such a higher altitude did not constitute a search, mainly because it was in open fields of industrial facilities (UNITED STATES, 1986a)[11]. In that situation, and for this article's purposes, it is essential to observe that the mechanism used for the facilities' surveillance was equipped with special lenses, far from naked eye observance capacities (DWYER-MOSS, 2017, p. 1.055).

Later in 1986, the United States Supreme Court addressed that a police officer, flying over a defendant's property when marijuana was allegedly seen, was acting inside the Fourth Amendment limits. After that, a search warrant was released, and the owner was arrested for growing that (UNITED STATES, 1986b)[12]. It is essential to note the investigation sequence: after observing the defendant's home curtilage from above, the police ran after a judicial order to get there and finish the doubt; before that, there was maybe a mere suspicious of anonymous information over the possible owner's implications on marijuana cultivation.

After that, in 1989, the Supreme Court faced aerial surveillance in police dealings again. At that time, and based on anonymous delation, the police worked to prove that there was marijuana cultivation inside a homeowner's curtilage. Given

11. *U. S. Supreme Court. Dow Chemical Co. v. United States, 476 U.S. 227 (1986).*

12. *U.S. Supreme Court. California v. Ciraolo, 476 U.S. 207 (1986).*

that it was impossible to verify it from the ground, considering that the backyard and surroundings were covered, the investigator got a helicopter and surveyed it from above 400 meters. From there, it was feasible to observe with the *naked eye* that the defendant was maybe illegally cultivating marijuana. In this situation, the Court understood that observing the ground from 400 meters above would not represent an objective "searching" proceeding[13], considering the police diligence as legal. Therefore, just like in the above case, the police pledged a search warrant and arrested the resident for that (UNITED STATES, 1989)[14]. In this case, it is crucial to note that the Court accepted the argument that the given helicopter was operating in compliance with the due aeronautical authorities when the police were observing the area in that occurrence (DELLER, 2021, p. 239).

After these three cases, the Court analyzed two more where the quest for privacy was central in the discussions. The first, in 2001, the decision indicated that the police could not use technological tools to search for heat emissions outside the defendant's house (UNITED STATES, 2001)[15]. Officers posed across the street on the defendant's property in this case. They used a thermal sensor to measure the house's heat emission, considering the suspicion that marijuana was growing inside the building. In the judgment, the indicated considered the technology used by the police as a violation of privacy protection under the Fourth Amendment, given that it was not of general public use. Besides that, the Court also pointed out that this same technology equipment was monitoring the defendant's house and for how long it was happening (SCHARF, 2018, p. 484-486).

The last critical U.S. Supreme Court's approach on the subject was in 2012 when analyzing the impact of police surveillance on privacy protection (UNITED STATES, 2012)[16]. In this situation, the police asked for a warrant to install a GPS tracker in the defendant's vehicle, with which this could remain monitored for the next twenty-eight days from the installation activity. However, the judicial mandate for this procedure mandated that the tracker must be installed within ten days, and the installation occurred on the eleventh day from that. Therefore, the GPS tracker was considered unwarranted.

13. Beyond the significance of *searching* for police activities, it is taken for granted that even a glimpse of someone's open window home by a police officer can be accepted as a *search* proceeding. *See* Foster, B. W. (1991). Warrantless Aerial Surveillance and the Right to Privacy: The Flight of the Fourth Amendment. *Journal of Air Law and Commerce*, *56*(3), 719-763. [https://scholar.smu.edu/jalc/vol56/iss3/4].
14. *U.S. Supreme Court. Florida v. Riley, 488 U.S. 445 (1989)*.
15. *U.S. Supreme Court. Kyllo v. United States, 533 U.S. 27 (2001)*.
16. *U.S. Supreme Court. United States v. Jones, 565 U.S. 400 (2012)*.

In this decision, there were also arguments grounded on the police occurrence duration to turn it into an irregular procedure. Using a relatively cheap technological tool by the police to monitor the location of the defendant's car for days was considered a search in the Fourth Amendment (DWYER-MOSS, 2017, p. 1.058).

Nonetheless, lower courts have already decided differently. For instance, in 2015, the New Mexico Supreme Court addressed that the police overthrew the Fourth Amendment U.S. Constitutional protection when using a helicopter to overflight the defendant's house to obtain information through aerial surveillance (UNITED STATES, 2015a)[17] (SCHARF, 2018, p. 483). The same year, the North Dakota Supreme Court decided that using a Predator UAV for aerial surveillance of a rural farm was not an unreasonable search under the Fourth Amendment protection (UNITED STATES, 2015b)[18]. In this case, the military drone, returning from Canadian border surveillance, was deployed without a search warrant to recover six cows and arrest three men on the property (TALAI, 2014, p. 737).

3.2. References to valid arguments

When analyzing the U.S. Supreme Court decisions on the subject, it is noted that the judgments started from two considerations on privacy protection: firstly, if the person has demonstrated a feeling of privacy over the place or object which has been challenged by search warrant; secondly, if the society has the same expectation about the personal privacy feelings over that (BUTLER, 2019, p. 1.063) (UNITED STATES, 1967)[19]. The main idea about the Fourth Amendment protection was over what is considered *private* on the subject and objective way of thinking (FOSTER, 1991, p. 723). This was the "reasonable expectation of privacy test" (SCHARF, 2018, p. 477).

After that, jurisprudence went behind the definition of what is physically and materially protected under one's idea of privacy. The physical obstacles imposed reveal the privacy expectation and intend to separate it from the public or other owners' areas. Thus, when a fence or a wall surrounds the house curtilage, it is feasible to think that the owner or resident does not want the passing pedestrians to see it. Therefore, there was no Fourth Amendment protection for searching in open fields (FOSTER, 1991, p. 724), given that no one can oppose a reasonable expectation of privacy over what can be observed by the public (DWYER-MOSS, 2017, p. 1.052).

17. *Supreme Court of New Mexico. State v. Davis, 2015-NMSC-034, 35, 360 P.3d 1161, 1169.*
18. *North Dakota Supreme Court. North Dakota v Brossart. 729 N.W.2d 137, 2007 ND 39.*
19. *U.S. Supreme Court. Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).*

Then, revisiting the same remarkable case (UNITED STATES, 1967)[20], the U.S. Supreme Court indicated that over thinking of fenced places, the Fourth Amendment foundations protected what the person considers as private, which means where or what is part of one's privacy content. So, private would be where the person introspectively and rationally considers keeping out of others' knowledge[21] (SCHARF, 2018, p. 477). Thus, for instance, in the gym bathroom, one can reach privacy by closing the curtain in the shower or doing the same in the trying-on clothes room in a shopping mall.

These considerations were based on the Court's foreseen vision of the technological investigative methods on the Fourth Amendment protection. In this way, the use of specialized investigative tools, the duration of the surveillance, and how those tools were from the public knowledge were considered to evaluate if there was or was not protection against police invasive proceedings (SCHARF, 2018, p. 484-486).

However, regarding the aerial surveillance, it is noted that the Court's intention to allow the observation from above was linked to the use of helicopters and airplanes, which could fly over low altitudes for the observation or recording activities. Therefore, one of the valid arguments was that, for instance, a fenced backyard was not under privacy expectations if it was feasible for someone to observe from the above (FOSTER, 1991, p. 741). This is not very reasonable when considering the drone's advent and their onboard carried technology.

Observing this controversy, it is clear that privacy is what one wants to keep out of public observation and access (BLITZ, 2013, p. 25). In the U.S. Supreme Court analysis evolution on the subject, it was enclosed that if a private place or situation can be observed above, it does not mean any privacy expectations. In this case, the main argument is not whether the aircraft could fly over someone's private property in common sense but whether his procedure would infringe on privacy expectations.

However, the U.S. Courts' decisions have been challenged by the UVAs' admission on police investigations. Although the Court has already addressed aerial surveillance regarding helicopter and airplane flights, it has not faced drone use by

20. *U.S. Supreme Court. Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).*

21. Considering these arguments, the decision related went through what was known as "Katz's expectations of privacy." *See* Foster, B. W. (1991). Warrantless Aerial Surveillance and the Right to Privacy: The Flight of the Fourth Amendment. *Journal of Air Law and Commerce*, *56*(3), 719-763. [https://scholar.smu.edu/jalc/vol56/iss3/4]. *Also* United States. (1967). *U.S. Supreme Court. Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).* [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/].

the police in investigations squarely (SCHARF, 2018, p. 460). In this way, it is also essential to value the argument admitting that private is a place not knowingly exposed to the public, considering its legal limitations. These limitations are more and more latent regarding technological advances. The drone's surveillance is usually undetectable, given the silent operations of these types of equipment, almost as *flying computers* (SCHARF, 2018, p. 458). This is quite different from footage produced from airplane or helicopter flights.

For this purpose, aerial surveillance validation can be adopted as a search in the strict word meaning when the police use the UAVs to record sounds, images, or other impressions from persons' quotidian life, which would not occur regarding only observing it (BLITZ, 2013, p. 24). Therefore, and for the Fourth Amendment protocol, the continuous observation with the production of recorded images or sounds would constitute *searching*, which is protected against police unwarranted surveillance from the U.S. Supreme Court perspective (PAVLETIC, 2017, p. 173) (UNITED STATES, 2012)[22]. In this judgment, the Court also appreciated the duration of the surveillance, building the argument that the continuous surveillance of a person's activities violates privacy (MONTROY, 1985, p. 265) (UNITED STATES, 1984)[23].

In another approach, it must be observed that, despite the oath for a reasonable expectation of privacy and the preserving people and not places idea (FARBER, 2016, p. 24-25), the U.S. Supreme Court kept the binomial *privacy* and *property* as a matter to be considered in its decisions (BELL; PARCHOMOVSKY, 2019, p. 907; SCHARF, 2018, p. 478). For this purpose, the aerial surveillance duration gains particular importance in calculating which extent the procedure reaches in the owner privacy expectation (CAMPBELL; HESS, 2015, p. 162)[24].

In one way or another, the advent of drones put on trial the question of physical *trespassing* for police searching purposes, which means the same threats to privacy as a fundamental right (DELLER, 2021, p. 236). Sometimes, the camera's zoom can catch and record images from a distance, even if the drone is out of the property curtilage, mostly above it. Consequently, the *trespassing test* is not valid in drone surveillance situations, given that the aircraft does not "cross" any physical obstacles imposed by owners or holders to avoid entrance or observation in plain view.

22. *U.S. Supreme Court. United States v. Jones, 565 U.S. 400 (2012).*

23. *United States District Court for the Northern District of Illinois. United States v Torres 583 F Supp 86 ND Ill (1984).*

24. In some UAV models, the surveillance can reach until 30 hours uninterruptedly. *See* Campbell, H. C. M., & Hess, J. (2015). Unmanned Aircraft, Privacy, and the 4th Amendment. *American Intelligence Journal*, *32*(1), 160-171. [https://doi.org/10.2307/26202116].

Besides that, the operational drone flight does not interfere with any use of the property when hovering at a considerable altitude (TALAI, 2014, p. 761).

Beyond this exposition, it must be observed that there are two cases' remarks according to the U.S. Supreme Court for aerial surveillance treatment: the first one is *Katz's test*[25], in which it would be unlawful if the police proceeding violates an individual privacy expectation; the second is the *Jones*' *test*[26], meaning that this occurrence would be against the law when the police trespass the personal curtilage property (TOTTEN; PURDON, 2017, p. 234-235). In *Katz's test*, the oath of privacy protection comes from the adage in which it is said that the Fourth Amendment aims at people, not places; therefore, privacy is activated when a person creates and feels an expectation of privacy. Summing up to this understanding, *Jone's test* indicates that the protection comes from the Fourth Amendment through the home and its property's significance for an individual (CROCKER, 2020, p. 169).

4. Final Considerations

Police aerial surveillance has existed since humans could fly (PAVLETIC, 2017, p. 172-173). Sometimes, it is better and safer to gather pieces of evidence in an investigation from an altitude. Nonetheless, pursuing the truth in criminal proceedings has its constitutional limitations in Portugal and the United States; one is the protection of privacy. It is forbidden to commit a crime to investigate a crime (Rodrigues, 2020, p. 15). Therefore, there is no space for borderless police proceedings regarding UAVs for obtaining evidence, mainly when flying over home curtilages in criminal investigations (Scharf, 2018, pp. 462-463). For that reason, there was a recommendation by the IACP about needing a search warrant when operating a drone in surveillance activities (INTERNATIONAL ASSOCIATION OF CHIEFS OF POLICE, 2012).

Privacy and property have a special historical relationship (BELL; PARCHOMOVSKY, 2019, p. 871-872). Nevertheless, the concept of privacy has been enlarged due to the well-thought *privacy expectation* definition. There are "new" places where an individual exercises privacy recently, and the Law must catch up with it.

Following this discussion, it is crucial to show the need for specific legislation in Portuguese law regarding digital evidence retrieved from UVAs (OLIVEIRA, 2017, p. 14) (SOUSA, 2020, p. 13), which was cited even in a recent judgment

25. *U.S. Supreme Court. Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).*

26. *U.S. Supreme Court. United States v. Jones, 565 U.S. 400 (2012).*

(PORTUGAL, 2022)[27]. Above it, the new legislation on privacy protection released by the European Union makes drones more regulated regarding the Data Protection Impact Assessment, DPIA (WRIGHT; FINN. RACHEL, 2016, p. 327), and Portugal sooner or later must comply with it (HOVSHA; BRIAN, 2023, p. 61-62; MARZOCCHI, 2015, p. 34) (PORTUGAL, 2018b).

After the Proposal n. 173/XIII dismissal, there are no further substantial advances in drone regulation in Portugal for criminal investigations meanings. Without more specific legislation and given the confusing existing rules, the use of UAVs in police investigative proceedings remains in the judge's discretionary decisions for evidence validity.

In the United States, the situation is different in many terms. There is a remaining discussion on what it means to have a reasonable expectation of privacy about a place or position. Even though the United States Courts' discussion makes the privacy protection quest more mature. However, not imposing a clear limit to police power in aerial surveillance activities means loosening the knots that keep the situation under judicial control.

Overwatching this issue, the conclusion on the privacy expectations on a fenced home curtilage is more robust on the argument that nobody expects an aircraft or a drone to pop up and break those expectations suddenly. It is not an ordinary situation, and any intrusion into that would be a privacy illegal violation.

Another valid argument circles around the expectation of someone overviewing a fenced house curtilage and the police investigative activities over the same area. If some neighbors or passing-by pedestrians could see a determined place, it does not mean the police can do the same without a warrant. In addition, it must also be observed that UVAs usually carry cameras and microphones, which surpass human abilities to view and hear from a distance. Even though a civil drone can do that, it does not signify that a police drone can hover in a backyard at any distance. Given the growing number of acquired drones by the police forces, it must be from society's preoccupation with using aerial surveillance for constant and ungrounded investigation (BLITZ, 2013, p. 30).

From the U.S. Supreme Court perspective, a "technological definition" of a search must be assembled (SCHARF, 2018, p. 461). The Court should also analyze the entire meaning of the Fourth Amendment in the drone surveillance era (DWYER-MOSS, 2017, p. 1.051). Going from *Katz's test* to *Jone's test*, as shown, the

27. Portugal. (2012). Tribunal da Relação de Coimbra. In *Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra Processo: 148/12.9PBLMG.C1 Nº Convencional: JTRC Relator: Maria Pilar de Oliveira.* [http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/23d949086f38e74680257fbd0035fbcf], p. 22.

Court will face the "new" reasonable privacy expectation between these umbilical definitions: privacy and home, search definition, and drone surveillance.

In conclusion, the use of drones in preliminary criminal investigations must be regulated in much detail as possible, given the fear of *unfettered* police surveillance in most societies. It is a valid argument.

5. References

BELL, A.; PARCHOMOVSKY, G. The privacy interest in property. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 167, n. 4, p. 869-920, 2019.

BLINDER, A. P. Don't (Tower) Dump of Freedom of Association: Protest Surveillance Under the First and Four Amendments. *Northwestern University Pritzker School of Law. Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 111, n. 4, p. 961-994, 2021.

BLITZ, M. J. The Fourth Amendment Future of Public Surveillance: Remote Recording and Other Searches in Public Space. *American University Law Review*, v. 63, n. 1, p. 21-86, 2013.

BUTLER, D. Drones and Invasion of Privacy: An International Comparison of Legal Responses. *UNSW Law Journal*, v. 42, n. 3, p. 1039-1074, 2019.

CAMPBELL, H. C. M.; HESS, J. Unmanned Aircraft, Privacy, and the 4th Amendment. *American Intelligence Journal*, v. 32, n. 1, p. 160-171, 2015.

CARVALHO, A. G. *A utilização de drones na investigação criminal: uma análise comparativa entre o sistema jurídico norte americano e o brasileiro*. Monografia de Conclusão de Curso – Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2019.

CROCKER, T. P. The Fourth Amendment at Home. *Indiana Law Review*, v. 96, n. 1, p. 167-221, 2020.

CUNHA, J. R. F. *As imagens da videovigilância como meio de prova penal: uma abordagem à Lei nº 1/2005*. Dissertação de Mestrado em Ciências Policiais – Lisboa: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, maio 2017.

DELLER, R. A. Why Get a Warrant When You Can Fly Over the Wall? The Constitutionality of Aerial Surveillance without a Warrant. *New Mexico Law Review*, v. 51, n. 1, p. 234-254, 2021.

DUARTE, P. J. C. *O regime jurídico das aeronaves não tripuladas ("Drones")*. Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica – Lisboa: Universidade de Lisboa, 2020.

DWYER-MOSS, J. The Sky Police: Drones and the Fourth Amendment. *Albany Law Review*, v. 81, n. 3, p. 1047-1070, 2017.

EDMOND, G. et al. Justicia's Gaze: Surveillance, Evidence and the Criminal Trial. *Surveillance & Society*, v. 11, n. 3, p. 252-271, 2013.

ENGBERTS, B.; GILLISSEN, E. Policing from Above: Drone Use by the Police. Em: CUSTERS, B. (Ed.). *The Future of Drone Use: Opportunities and Threats from Ethical and Legal Perspectives*. [s.l.] Springer, 2016. v. 27, p. 93-114.

FARBER, H. B. Eyes in the Sky and Privacy Concerns on the Ground. *Humans Rights*, v. 41, n. 4, p. 23-25, 2016.

FOSTER, B. W. Warrantless Aerial Surveillance and the Right to Privacy: The Flight of the Fourth Amendment. *Journal of Air Law and Commerce*, v. 56, n. 3, p. 719–763, 1991.

FRANCO, C. *Videovigilância em Portugal: quando nem todos os corpos são iguais*. Disponível em: [https://setentaequatro.pt/enfoque/videovigilancia-em-portugal-quando-nem-todos-os-corpos-sao-iguais#:~:text=No%20final%20de%202021%20foi,os%20drones%20e%20as%20bodycams]. Acesso em: 15.04.2023.

HARTZOG, W. What is Privacy? That's the Wrong Question. *The University of Chicago Law Review*, v. 88, n. 1, p. 1677-1688, 2021.

HOVSHA, J.; BRIAN, D. O. Drone Use Cases and their Privacy Impacts: A Taxonomy. *Tilburg Law Review*, v. 27, n. 1, p. 60-80, 17 fev. 2023.

HUDSON JR., D. L. Drones at Home: States eye regulating aerial surveillance. *American Bar Association Journal*, v. 101, n. 2, p. 17-18, 2015.

INTERNATIONAL ASSOCIATION OF CHIEFS OF POLICE. *IACP. Aviation Committee. Recommended Guidelines for the Use of Unmanned Aircraft.* [s.l: s.n.]. Disponível em: [https://www.theiacp.org/sites/default/files/all/i-j/IACP_UAGuidelines.pdf]. Acesso em: 21.04.2023.

LEIRIAS, E. C. P. *A investigação criminal na sociedade tecnológica: possibilidades e limites à utilização de drones na fase preliminar da persecução penal*. Dissertação de Mestrado – Porto Alegre: Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, 2021.

LOPES, I. C. Drones, proteção de dados pessoais e direitos conexos. *Revista Electrónica de Direito*, v. 25, n. 2, p. 210-236, 2021.

MANES, J. Secrecy & Evasion in Police Surveillance Technology. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 34, p. 503-566, 2019.

MARZOCCHI, O. *Privacy and Data Protection Implications of the Civil Use of Drones. In-depth analysis for the LIBE Committee*. Brussels: [s.n.]. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/studies]. Acesso em: 27.04.2023.

MAURÍCIO, M. et al. Uso de Drones em Procedimentos Criminais. *Revista de Doutrina e Jurisprudência,* v. 52, n. 108-1, p. 89-100, 2016.

MCNEAL, G. S. Drones and the Future of Aerial Surveillance. *The George Washington Law Review*, v. 84, n. 2, p. 101-164, 2016.

MELGO, J. C. S. *Análise da Sustentabilidade Económica e Operacional do Uso de VANT na Polícia de Segurança Pública*. Dissertação de Mestrado Integrado

em Ciências Policiais – Lisboa: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 13 maio 2022.

MIRANDA, D. Criminal Investigation Through the Eye of the Detective: Technological Innovation and Tradition. *Surveillance & Society*, v. 13, n. 3/4, p. 422-436, 2015.

MONTROY, N. J. United States v. Torres: The Need for Statutory Regulation of Vídeo Surveillance. *Journal of Legislation. Recent Developments in Public Law*, v. 12, p. 264-274, 1985.

MOREIRA, A. R. *Captação de imagens através de veículos aéreos não tripulados em manifestações: conflito de direitos*. Dissertação de Mestrado Integrado em Ciências Policiais – Lisboa: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2021.

MORGADO, A. F. *Os novos regulamentos europeus sobre drones*. Dissertação de Mestrado em Direito – Lisboa: Universidade de Lisboa, 2020.

NAGY, B. Why They Can Watch You: Assessing the Constitutionality of Warrantless Unmanned Aerial Surveillance by Law Enforcement. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 29, n. 1, p. 135-174, 2014.

OLIVEIRA, J. P. M. *RPAS. Remotely Piloted Aircraft Systems to the Service of the Police: operational and legal framework*: CEDIS Working Papers. Direito, Segurança e Democracia. Lisboa: [s.n.].

PAVLETIC, J. The Fourth Amendment in the Age of Persistent Aerial Surveillance. *Pritzker School of Law. The Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 108, n. 1, p. 171-196, 2017.

PINTO, V. Os drones na GNR. Em: ROSADO, D. (Ed.). *Proelium*. Lisboa: Academia Militar, 2022. v. Série VIII, 10p. 49-66.

PORTUGAL. *Assembleia da República. Presidência do Conselho de Ministros. Lei 1/2005. Regula a utilização de câmaras de vídeo pelas forças e serviços de segurança em locais públicos de utilização comum*, 2005. Disponível em: [https://dre.pt/dre/detalhe/lei/1-2005-457049]. Acesso em: 23.04.2023.

PORTUGAL. *Assembleia da República. Presidência do Conselho de Ministros. Decreto-Lei n. 58/2018. Estabelece um sistema de registo e seguro de responsabilidade civil obrigatório aplicável aos sistemas de aeronaves civis não tripuladas («drones»)*, 2018a. Disponível em: [https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/58-2018-115740753]. Acesso em: 24.04.2023.

PORTUGAL. *Civil Code*, 1966. Disponível em: [https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c--88c1-5b066aa93991]. Acesso em: 21.04.2023.

PORTUGAL. *Comissão Nacional de Proteção de Dados. Parecer nº 20/2018. Processo n.º 6275/2018,* 2018b. Disponível em: [https://www.cnpd.pt/decisoes/historico-de-decisoes/?year=2018&type=4&ent=]. Acesso em: 26.04.2023.

PORTUGAL. *Criminal Procedure Code*, 2002. Disponível em: [https://sfj.pt/departamento-de-formacao/processo-penal/codigo-de-processo-penal-a-gosto-2022/]. Acesso em: 16.04.2023.

PORTUGAL. *Penal Code*, 1995. Disponível em: [https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675]. Acesso em: 26.04.2023.

PORTUGAL. *Tribunal Constitucional. Acórdão n. 298/2021. Processo n. 942/2021. 3ª Secção. Relator: Conselheira Joana Fernandes Costa*, 2021a. Disponível em: [tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210298.htm]. Acesso em: 26.04.2023.

PORTUGAL. *Tribunal da Relação de Coimbra. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra Processo: 148/12.9PBLMG.C1 Nº Convencional: JTRC Relator: Maria Pilar de Oliveira*., 2012. Disponível em: [http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/23d949086f38e74680257fbd0035fbcf]. Acesso em: 16.04.2023.

PORTUGAL. *Tribunal da Relação de Coimbra. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra Nº 2638/12.4TALRA.C1. Convencional: JTRC Relator: Cacilda Sena*, 2016. Disponível em: [http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/4bd77bb02c09e75b80257f6800512c33?OpenDocument]. Acesso em: 16.04.2023.

PORTUGAL. *Tribunal da Relação de Évora. Processo nº 188/21.7GAVNO.E1 Relator: GOMES DE SOUSA Sessão: 22 Fevereiro 2022 Votação: UNANIMIDADE*, 2022. Disponível em: [https://jurisprudencia.pt/acordao/205632/]. Acesso em: 16.04.2023.

PORTUGAL. *Tribunal da Relação de Guimarães. Processo n. 2641/19.3T8GMR.G2. Relator António Barroca Penha*, 2021b. Disponível em: [http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/60e491cb451bb6ee802586af0052c5e0?OpenDocument]. Acesso em: 26.04.2023.

PORTUGAL. *Tribunal da Relação do Porto. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto Nº Convencional: 24733/17.3T8PRT.P1 – JTRP000 Relator: Miguel Baldaia de Morais*, 2019. Disponível em: [http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/d7c7bbf9d0de6091802583fa003bb587?OpenDocument]. Acesso em: 24.04.2023.

PORTUGAL. *Tribunal da Relação do Porto. Processo 349/13.2PEGDM.P1. Relatora Maria Deolinda Dionísio*, 2015. Disponível em: [http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/47b9625c36f11ac680257a9c0049e83e?].

ROBERTS, T. On the Radar: Government Unmanned Aerial Vehicles and their Effect on Public Privacy interests from Fourth Amendment Jurisprudence and Legislative Policy Perspectives. *Jurimetrics*, v. 49, n. 4, p. 491-518, 2009.

RODRIGUES, R. C. B. *Admissibilidade dos Meios de Vigilância como Meios de Prova no Direito Processual Penal Português: Os Drones*. Dissertação de Mestrado em Direito – Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2020.

ROSÁRIO, N. M. DA S. *A utilização de meios aéreos não tripulados na investigação criminal*. Pedrouços: Instituto Universitário Militar, 2021.

SCHARF, R. L. Game of Drones: Rolling the Dice with Unmanned Aerial Vehicles and Privacy. *Utah Law Review*, n. 2, p. 457-502, 2018.

SOUSA, D. D. M. DE. *Da (I)Legitimidade dos Drones no Processo Penal*. Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica – Lisboa: Universidade de Lisboa, 2020.

TALAI, A. B. Drones and Jones: The Fourth Amendment and Police Discretion in the Digital Age. *California Law Revie*w, v. 102, n. 3, p. 729-780, 2014.

TOTTEN, C.; PURDON, J. A Content Analysis of Post-Jones Federal Appellate Cases. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, v. 20, n. 2, p. 233-308, 2017.

UNITED STATES. *North Dakota Supreme Court. North Dakota v Brossart. 729 N. W.2d 137, 2007 ND 39*. 2015b. Disponível em: [https://law.justia.com/cases/north-dakota/supreme-court/2015/20140024.html]. Acesso em: 27.04.2023.

UNITED STATES. *Supreme Court of New Mexico. State v. Davis, 2015-NMSC-034, 35, 360 P.3d 1161, 1169*. 2015a. Disponível em: [https://caselaw.findlaw.com/nm-supreme-court/1716105.html]. Acesso em: 16.04.2023.

UNITED STATES. *U. S. Supreme Court. Dow Chemical Co. v. United States, 476 U.S. 227 (1986)*. 1986a. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/476/227/]. Acesso em: 19.04.2023.

UNITED STATES. *U.S. Supreme Court. California v. Ciraolo, 476 U.S. 207 (1986)*. 1986b. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/476/207/]. Acesso em: 19.04.2023.

UNITED STATES. *U.S. Supreme Court. Florida v. Riley, 488 U.S. 445 (1989)*. 1989. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/488/445/]. Acesso em: 19.04.2023.

UNITED STATES. *U.S. Supreme Court. Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967)*. 1967. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/]. Acesso em: 19.04.2023.

UNITED STATES. *U.S. Supreme Court. Kyllo v. United States, 533 U.S. 27 (2001)*. 2001. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/533/27/]. Acesso em: 20.04.2023.

UNITED STATES. *U.S. Supreme Court. United States v. Jones, 565 U.S. 400 (2012)*. 2012. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/565/400/]. Acesso em: 21.04.2023.

UNITED STATES. *United States District Court for the Northern District of Illinois. United States v Torres 583 F Supp 86 ND Ill (1984)*. 1984. Disponível em: [law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/583/86/1597211]. Acesso em: 28.04.2023.

WRIGHT, D.; FINN. RACHEL. Making Drones More Acceptable with Privacy Impact Assessments. Em: CUSTERS, B. (Ed.). *The Future of Drone Use: Opportunities and Threats from Ethical and Legal Perspectives*. Hague: Springer, Asser Press, 2016. v. 27, p. 325-351.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Área do Direito: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A admissibilidade da gravação de fatos na persecução penal e o exercício paritário de armas como antídoto dos abusos para efetivação constitucional do processo penal justo na sociedade da informação, de Emerson Penha Malheiro e Ezequiel de Sousa Sanches Oliveira – *RT* 1058/195-217;
- A ressignificação da servidão voluntária na era da algoritmização do consumo e da vigilância digital, de Oniye Nashara Siqueira e Adalberto Simão Filho – *RDC* 133/155-174;
- Inovações disruptivas sob abordagem jurídica: por que as novas tecnologias podem afetar o direito brasileiro?, de Denis Vieira Gomes – *RDTec* 2;
- Inteligência artificial, big data e algoritmos: policiamento e as novas roupagens de um agir discriminatório, de Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e Luíza Correa de Magalhães Dutra – *RBCCrim* 183/247-268;
- Parecer: investigação criminal digital e processo penal, de Geraldo Prado – *RBCCrim* 199/315-350;
- Smart city limits: a criminological introduction to urban smartness, de Keith Hayward – *RBCCrim* 170/163-187; e
- Violação à privacidade causada por entes dotados de inteligência artificial, de Gustavo da Silva Melo – *RDTec* 13.

O cacique Serere como capital cultural dos protestos antidemocráticos brasileiros: o prenúncio dos ataques golpistas de janeiro de 2023

Chief Serere as cultural capital of Brazilian anti-democratic protests: the harbinger of the coup attacks of January 2023

Tédney Moreira da Silva[1]
Universidade de Brasília, UnB, Brasil.
tedney.silva@gmail.com

Cristina Zackseski[2]
Universidade de Brasília, UnB, Brasil.
cristinazbr@gmail.com

Recebido em: 23.10.2023
Aprovado em: 26.03.2024
Última versão dos autores: 28.03.2024

DOI: [10.5281/zenodo.13685738].

1. Doutor (2024) e Mestre em Direito, Estado e Constituição (2015) pela Universidade de Brasília – UnB. Especialista em Antropologia Brasileira pela Universidade Cândido Mendes (2022). Especialização em andamento em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (2024). Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2010) e em Filosofia pela Universidade São Judas Tadeu (2010). Professor.
Currículo Lattes: [http://lattes.cnpq.br /2137769881040006].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-5285-5981].
E-mail: tedney.silva@gmail.com
2. Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Barcelona (2020). Doutorado em Ciências Sociais – Estudos Comparados sobre as Américas – pela Universidade de Brasília (2006). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1997). Professora da Universidade de Brasília na Faculdade de Direito.
Currículo Lattes: [http://lattes.cnpq.br/5690720113683403].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-0761-4254].
E-mail: cristinazbr@gmail.com

Áreas do Direito: Constitucional; Penal

Resumo: Examinamos como a prisão de José Acácio Serere Xavante, indígena conhecido pelo epíteto de "Cacique Serere", ocorrida aos 12 de dezembro de 2022, atuou como capital cultural institucionalizado para os manifestantes bolsonaristas arregimentarem suas mobilizações antidemocráticas, por inconformidade com o resultado das eleições presidenciais de 2022 (que elegeram Luiz Inácio Lula da Silva), bem como serviu para profetizar os ataques antidemocráticos à Praça dos Três Poderes, em Brasília/DF, aos 8 de janeiro de 2023. A partir da teoria de Pierre Bourdieu, analisamos como a identidade étnica do Cacique Serere foi associada às imprecisas dimensões de patriotismo (ainda que altamente ideologizadas pelos manifestantes), apresentando-se como um capital cultural e, logo, parte integrante de um *habitus* que levaria às tentativas de ruptura à democracia no Brasil. A prisão do indígena foi atrelada às insatisfações dos golpistas com o sistema político-institucional e pode ser vista como um capital cultural institucionalizado que provocou efeitos nos campos político e social dos manifestantes, cujas consequências permitiam antever reações quando da posse definitiva do Presidente Lula, em 2023. Adota-se o método qualitativo.

Palavras-chave: Atos antidemocráticos – Cacique Serere – Capital cultural – Pierre Bourdieu.

Abstract: The scientific article examines how the arrest of José Acácio Serere Xavante, an indigenous man known by the epithet of "Chief Serere", occurred on December 12, 2022, acted as an institutionalized cultural capital for Bolsonaro's protesters to reunite their anti-democratic mobilizations, out of disagreement with the outcome of the 2022 presidential elections (which elected Luiz Inácio Lula da Silva) as well as served to prophesy the anti-democratic attacks in the Praça dos Três Poderes, in Brasília/DF, on January 8, 2023. From the theory of Pierre Bourdieu, we analyze how the ethnic identity of Chief Serere was associated with the inaccurate dimensions of patriotism (although highly ideologized by protesters) as cultural capital and part of a habitus that would lead to attempts to break democracy in Brazil. The arrest of the indigenous people was linked to the dissatisfaction of the coup with the political-institutional system and can be seen as an institutionalized cultural capital that caused effects in the political and social fields of the demonstrators, whose consequences allowed us to anticipate reactions when President Lula's definitive inauguration in 2023. The qualitative method is adopted.

Keywords: Anti-democratic acts – Chief Serere – Capital cultural – Pierre Bourdieu.

Sumário: 1. Introdução. 2. #CaciqueSerereLivre: os ataques à Polícia Federal ante a prisão de José Acácio Serere Xavante. 3. A teoria bourdieuana sobre o poder: acumulação e apropriação de capitais. 3.1. A identidade indígena como capital cultural incorporado: a formação do *habitus* dos manifestantes bolsonaristas. 3.2. A prisão do Cacique Serere como capital cultural institucionalizado: a interferência nos campos social e político dos manifestantes. 4. O alarde dos ataques antidemocráticos de 2023 e o comedimento posterior e temporário dos golpistas. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas. 7. Legislação. 8. Jurisprudência.

1. Introdução

O oscilante regime democrático brasileiro enfrentou, aos 8 de janeiro de 2023, um dos seus episódios mais extremos de testagem da sua sustentação política e da

força institucional, com ataques simultâneos e expressivos ao patrimônio público das sedes dos Três Poderes constituídos no âmbito da União. A depredação patrimonial dos poderes-função fundantes da República do Brasil foi, porém, paradoxalmente legitimada por seus orquestradores por meio do discurso patriótico que, aos brados, colocava-se como o exemplo mais alto do ufanismo e da defesa contundente do país, afundado, ao seu ver, pela subversão ideológica da esquerda.

As manifestações e conglomerações bolsonaristas, assim anteriormente designadas, passaram a ser açodadamente qualificadas pela mídia nacional como atos de terrorismo, com a exibição ininterrupta das imagens dos danos causados e das falas dos seus participantes, carregadas de insatisfação com os resultados das eleições presidenciais de 2022 (que elegeram Luiz Inácio Lula da Silva em apertada vitória contra o candidato Jair Messias Bolsonaro), bem como de alegria pela tomada dos poderes pelo "povo brasileiro", representado, então, genericamente pela massa auriverde dos golpistas presentes.

O espanto com o exacerbamento do descontentamento com as eleições presidenciais e com a articulação dos bolsonaristas com as forças de Estado (visivelmente inertes ou rendidas frente à proporção da depredação ocasionada) ressaltou a insuficiência das normas jurídicas vigentes para responder ao gravame das circunstâncias de instabilidade político-institucional, inéditas na história constitucional do país, do mesmo modo como colocou em pauta o papel perigoso da difusão de ideários da extrema-direita, capaz de unificar multidões massificadas por discursos de ódio e pela recusa de manutenção do regime democrático.

Todavia, a marca de ineditismo desses eventos padece de real originalidade ou mesmo de sustentação fática, tendo em vista não apenas as constantes ameaças de não aceitação dos resultados eleitorais (se não atestassem a eleição de Bolsonaro), quanto a prévia ocorrência de fatos similares, reproduzidos pelos bolsonaristas aos 8 de janeiro de 2023, e que lhes tirariam a pecha de inventividade: menciona-se não só o ataque ao Capitólio estadunidense, ocorrido aos 6 de janeiro de 2021, por insurreição dos apoiadores trumpistas ante a eleição presidencial do democrata Joe Biden, em 2020, como também, internamente, as depredações ocorridas em Brasília, aos 12 de dezembro de 2022, promovidas por manifestantes bolsonaristas, em razão da prisão de um dos membros: José Acácio Serere Xavante, indígena conhecido pelo epíteto de "Cacique Serere".

O episódio foi marcado por violentas reações ante a ordem de prisão cautelar proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), com a tentativa de tomada da sede da Polícia Federal e a destruição de patrimônio público e privado, incendiando ônibus e carros particulares, bem como obstruindo as vias e impedindo a locomoção dos transeuntes, notoriamente daqueles partidários à vitória de Lula. O evento, também noticiado, foi, contudo, interpretado como um ato excessivo da ala radical

dos manifestantes bolsonaristas, não impedindo a continuidade de sua permanência em acampamentos, situados em frente ao Quartel General do Exército Forte Caxias, em Brasília/DF, e em diversas outras capitais estaduais brasileiras.

Argumentava-se que, com o início do mandato presidencial de Lula, em 2023, haveria a tendência ao desaparecimento progressivo daquela horda de bolsonaristas insatisfeitos, que, legitimamente, estariam exercendo o seu direito à manifestação política. A narrativa alterou-se a partir de janeiro de 2023, como dito, e fez destacar a manipulação de conceitos e valores que atuaram como o capital cultural dos golpistas. Ideários de patriotismo, de acatamento acrítico às ordens de líderes carismáticos, de uso da violência, se preciso, e de veiculação de discursos de ódio consolidaram o fenômeno de massificação do bolsonarismo como sendo um movimento de extrema-direita, bem como as consequências de não controle das expressões antidemocráticas, visto seu alto potencial lesivo e de articulação.

Aqui, buscamos interpretar parte desse capital cultural pelo exame específico da prisão do Cacique Serere (de sua representação para o grupo de manifestantes/golpistas de janeiro): a partir da teoria de Pierre Bourdieu (1930-2002), pretendemos demonstrar como a identidade étnica indígena de José Acácio Serere Xavante foi usada como recurso narrativo do ufanismo bolsonarista e sua ordem de prisão configurou-se como capital cultural institucionalizado que permitiu, também, arregimentar os ataques de 8 de janeiro de 2023, além de profetizá-los. Tal fundamentação teórica traz luz às engrenagens de produção das narrativas golpistas e permite entendê-las como um recurso ideológico de formação das classes bolsonaristas (ou frações de classes) descontentes.

Para tanto, desdobra-se o argumento em três seções.

Inicialmente, contextualizamos os ataques de 12 de dezembro de 2022 (dos golpistas à sede da Polícia Federal) e analisamos a ideia de alcance das manifestações políticas e de sua (des)legitimidade, principalmente em casos de pautas antidemocráticas ou intervencionistas que vão de encontro aos propósitos da garantia do direito às manifestações. Em especial, focamos no papel que o bolsonarismo representou para a ala da direita brasileira e sua reação à prisão do Cacique Serere.

A seguir, apresentamos, em apertada síntese, a teoria bourdieuana sobre acumulação e apropriação de capitais para a leitura sobre o poder e, especificamente, o conceito de capital cultural e seu desdobramento em capital cultural incorporado (*habitus*), institucionalizado e objetivado. Nosso objetivo é o de, a partir destes elementos teóricos, defender a ideia de que a identidade indígena do Cacique Serere constituiu parte do capital cultural incorporado da classe dos bolsonaristas (ou frações da classe), argumentando que a noção de identidade étnica indígena correlaciona-se, vaga e ideologicamente, à de nação brasileira, como uma comunidade imaginada e politizada pelas elites brasileiras. Ainda, argumentamos que a sua

Silva, Tédney Moreira da; Zackseski, Cristina. O cacique Serere como capital cultural dos protestos antidemocráticos brasileiros: o prenúncio dos ataques golpistas de janeiro de 2023. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 337-370. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13685738].

prisão constitui-se em capital cultural institucionalizado, uma vez que serviu de motivação à mobilização violenta do dia 12 de dezembro de 2022 e, logo, de antecipação aos fatos de 8 de janeiro de 2023.

Por fim, problematizamos a dimensão ufanista e a noção de democracia do movimento golpista, paradoxalmente antidemocrática, uma vez que a busca pelo rompimento com as instituições jurídico-políticas do Estado Democrático de Direito, embora tenha sido justificada pelos manifestantes/golpistas como ato de defesa da ordem constitucional, é, na verdade, antagônica à ideia de construção de uma sociedade igualitária e voltada para o bem de todos.

2. #CacigueSererêLivre: os ataques à Polícia Federal ante a prisão de José Acácio Serere Xavante

Abarcadas por um movimento de contraposição aos valores da democracia liberal, por meio do qual se compreende que a representação político-partidária já não é mais uma expressão fidedigna da vontade popular, as eleições presidenciais brasileiras de 2022 foram a epítome da longa oposição das manifestações políticas dissidentes, que foram principalmente potencializadas com os debates públicos e privados ocorridos desde as marchas de 2013 sobre a ausência/presença do Estado e de seu (insuficiente) papel na concretização ou garantia de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A cisão entre a direita e a esquerda, genericamente definidas a partir dos discursos político-ideológicos, assumiu vieses classistas e ressaltou as dicotomias cotidianas do Brasil contemporâneo, a demonstrar a existência de dois ou mais Brasis marcados não só pela desigualdade econômico-social e pela permanência do conservadorismo nas instituições políticas, mas, também, pela oposição às demandas identitárias ou de reconhecimento.

Assim, ao lado das pautas em prol de grupos de vulnerabilidade e da reparação histórica pelas violências estruturais e institucionais por estes sofridas (que requerem direitos às mulheres, às pessoas LGBTQIAPN+, às pessoas negras e afrodescendentes, aos povos originários e tradicionais etc.), fortaleceram-se também as pautas reacionárias, contrárias à expansão da cartilha de direitos àqueles grupos e em sentido contrário ao de expansão do papel do Estado de garantidor e promotor de direitos. Insere-se o bolsonarismo neste contexto, uma vez que a figura política de Jair Messias Bolsonaro foi capaz de agregar os insatisfeitos com o desembaraço do programa político de centro-esquerda defendido pelos governos do Partido dos Trabalhadores (PT).

> "O bolsonarismo é um alinhamento ideológico de direita no Brasil, baseado nos posicionamentos políticos de seu líder, Jair Bolsonaro, e altamente consistente com sua base central (core), que constitui aproximadamente 20% da população

> brasileira. Por meio de sua retórica crítica à esquerda e embasado em um projeto conservador, voltado para a defesa de princípios tradicionais, como família, pátria e propriedade, Bolsonaro atraiu o apoio de um conjunto de eleitores que compartilham seus ideais e ideias e que estavam profundamente insatisfeitos com os partidos que governaram o país nas últimas décadas, especialmente o Partido dos Trabalhadores (PT)". (Rennó, 2022, p. 147).

Para o alinhamento dos bolsonaristas, vários recursos foram acionados, não apenas de índole econômico-patrimonial, como a organização de " motociatas" (neologismo criado para identificar passeatas realizadas com o tráfego de motocicletas) e de campanhas publicitárias em redes sociais, por exemplo, mas, em especial, de viés simbólico-cultural, conectando os valores abstratamente identificados como os de um " cidadãos de bem" (uma idealização da sociedade patriarcal, de classe média, branca e não vulnerabilizada) às propostas econômicas pela redução dos custos sociais, com a consequente criação ou ampliação dos mercados. Por tais razões, o bolsonarismo apresenta-se como uma forma de representação política populista, que, para Christian Lynch e Paulo Henrique Cassimiro (2022), é a fabricação da identidade de "povo" que é homogênea e sintetizada por valores expressos pela liderança carismática e que se opõe à democracia por entendê-la comprometida com uma minoria detentora dos meios de poder político-econômico.

> "Por 'populismo' designaremos um estilo de fazer política típico de ambientes democráticos ou de massa, praticado por uma liderança carismática, que reivindica a representação de uma maioria contra o restante da sociedade. Sua legitimidade reside na crença de que a competição eleitoral não visa a criar um consenso, mas revelar a maioria autêntica através de seu intérprete virtuoso, o líder carismático. Esse modelo populista de representação recorre a discursos baseados preferencialmente na linguagem dos afetos ou nas paixões, apelando a um 'povo' concebido como um singular coletivo, não fictício e formado por indivíduos diferentes, mas como uma entidade homogênea dotada de vontade própria. O povo é considerado um agregado social homogêneo e exclusivo depositário de valores positivos, específicos e permanentes. Os populistas se apresentam como intérpretes privilegiados dessa vontade, boa e infalível do povo, que viria, entretanto, sendo negligenciada ou impedida na democracia liberal por uma minoria ou elite, que à sua revelia ou contra a sua vontade, monopolizaria os recursos políticos, sociais e econômicos de poder". (Lynch; Cassimiro, 2022, p. 13-14).

A configuração do bolsonarismo congrega, portanto, elementos românticos dispersos que elaboram a ficcionalidade dos valores considerados genuínos na projeção da ordem social desejada, mencionando-se: o amor à pátria; a obediência às leis e às instâncias de poder, desde que alinhadas com valores morais e nacionalistas; a renúncia aos direitos ou aos interesses individuais em ato sacrificial em prol

da coletividade; a adesão à agremiação daqueles que compartilham os mesmos valores (como um movimento de rebanho) e a veneração de ícones moralistas, fortes e heroicos que consolidam o imagético de uma ilibada sociedade uniforme, sem discordâncias ou divergências internas que fracionariam a idealidade da vida coletiva ordeira. A assunção da bandeira bolsonarista tornou-se possível com "a gestão dos medos e dos afetos tristes em geral" (Ferraz; Clair, 2022, p. 8) realizada por um discurso que, alheio ao debate público, instrumentalizou as formas de fazer política por meio de líderes carismáticos.

Tais lideranças alçaram-se à condição de porta-vozes do movimento contestador das instâncias do Estado Democrático de Direito e inspiraram a sua multiplicação pela repetição de comportamentos, ideias e convicções altamente ideologizadas em defesa do reacionarismo, das políticas econômicas neoliberais, do enrijecimento e autoritarismo do Estado na condução das políticas de segurança pública e, se necessário, com a aderência às teses conspiratórias e negacionistas que mantenham salvaguardado o ideal político de base[3].

Entre os líderes replicadores do bolsonarismo encontra-se José Acácio Serere Xavante, conhecido pelo apelido de "Cacique Serere", e que assumiu, ainda que de forma volátil (já que brevemente substituído), a função simbólica de representante dos ideários bolsonaristas durante os acampamentos organizados em todo o país, após o fim das eleições presidenciais, em outubro de 2022, que elegeram Luiz Inácio Lula da Silva (PT) ao posto máximo de Chefe de Estado e de Chefe de Governo. Os acampamentos propunham-se a ser uma manifestação explícita do descontentamento com os resultados do pleito eleitoral e situavam-se à frente de quartéis do Exército como provocação à necessidade de intervenção militar, retroalimentando o projeto de autoritarismo estatal.

Cacique Serere, autodeclarado indígena Xavante[4], candidatou-se, em 2020, ao cargo de prefeito de Campinápolis (MT), pelo partido político Patriotas, e, não

3. Alertamos, porém, para a complexidade representativa que o bolsonarismo carrega. Segundo Lucio Rennó (2022, p. 149): "Isso não significa dizer que o eleitor bolsonarista adota com igual intensidade todas essas posturas. O bolsonarismo não é composto por uma única dimensão latente. O bolsonarismo é um fenômeno multidimensional, que agrega diferentes eleitorados que antes não aderiam de forma orgânica e consistente a um movimento único e que agora o fazem. Por isso um alinhamento, e não um realinhamento. O bolsonarismo uniu públicos que antes estavam dispersos. Novamente, não se trata exclusivamente de uma reação emocional de ressentimento ou um conjunto de eleitores iludidos por *fake news*. Aparenta ser algo bem mais estruturado".
4. Os Xavante notabilizaram-se durante a "Marcha para o Oeste", nome dado à campanha de interiorização do Estado Novo, de Getúlio Vargas, para fins de abertura da Amazônia meridional brasileira à colonização e aos interesses dos setores agrícola e pecuarista.

tendo sido eleito, apresentava-se como um pastor evangélico devotado ao bolsonarismo e ao questionamento das eleições de 2022. Sua evidência no cenário político foi conquistada com manifestações em suas redes sociais que, em geral, continham imagens e falas próprias em frente ao Congresso Nacional afirmando, aos gritos, que Lula não havia sido eleito e exigindo a saída de Alexandre de Moraes, Ministro do Supremo Tribunal Federal e então Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (desde agosto de 2022). Em um dos vídeos gravados, Cacique Serere bradava, batendo no peitoral, sob aplausos: "O Alexandre de Moraes… ou ele pede a saída, ou ele renuncia do cargo de Suprema Corte, ou eu pego ele no pescoço e tira [sic] ele" (Saiba quem…, 2022).

Com o engajamento de seguidores bolsonaristas, que passaram a identificá-lo como o porta-voz das reivindicações de anulação das eleições em Brasília, o Cacique Serere repetiu as ameaças em diversos outros espaços públicos da Capital Federal: segundo a Polícia Federal, o indígena realizou manifestações de teor antidemocrático não apenas em frente ao Congresso Nacional, mas, também, no Aeroporto Internacional de Brasília (Cassela; Galvão, 2022), na Esplanada dos Ministérios (durante a cerimônia de troca da bandeira nacional, especialmente), em centros comerciais da região central da cidade, bem como em frente ao hotel onde, então, hospedavam-se Lula e Geraldo Alckmin, recém- eleitos (Brasil, STF, 2022).

Em razão desses eventos, a Procuradoria-Geral da República pediu a prisão temporária de Serere Xavante, por dez dias, para a apuração das acusações de prática dos crimes de ameaça [art. 147, do CP (Brasil, 1940)] e de abolição violenta do Estado Democrático de Direito [art. 359-L, do CP (Brasil, 1940)]. O pedido, formulado no âmbito da Petição 10.764 que corre em segredo de justiça no STF, foi acatado pelo Ministro Alexandre de Moraes, sendo a ordem de prisão expedida pela Corte e cumprida pela Polícia Federal aos 12 de dezembro de 2022.

> "Ao examinar o pedido da PGR, o ministro Alexandre ressaltou que as condutas do investigado, amplamente noticiadas na imprensa e divulgadas nas redes sociais, se revestem de agudo grau de gravidade e revelam os riscos decorrentes da sua manutenção em liberdade, uma vez que Serere Xavante convocou expressamente pessoas armadas para impedir a diplomação dos eleitos. 'A restrição da liberdade do investigado, com a decretação da prisão temporária, é a única medida capaz de garantir a higidez da investigação', afirmou". (Brasil, STF, 2022).

A política indigenista de pacificação, conduzida, então, pelo extinto SPI (Serviço de Proteção aos Índios) encontrou-os na região do Rio das Mortes com o Pindaíba, no Estado de Mato Grosso, muito embora haja registros históricos anteriores de contato intermitente com a sociedade nacional de mais de dois séculos (Silva, 2006, p. 368).

A prisão do Cacique Serere gerou forte reação dos bolsonaristas acampados na Capital Federal, que tentaram invadir a sede da Polícia Federal, localizada no Setor Comercial Norte, com o intuito de libertar o indígena. Sem sucesso, os atos de vandalismo incendiaram carros particulares e ônibus públicos, com obstrução de vias e a danificação parcial de viaturas da Polícia Civil do Distrito Federal, que teve o 5º Distrito Policial destruído pelos manifestantes. No dia dos fatos, ninguém foi identificado ou preso (Diogo; Patriolino, 2022). Do mesmo modo, as redes sociais mobilizaram-se para manifestar o descontentamento com a decisão do STF: indexadores (*hashtags*) como #caciqueserere e #caciqueserererelivre foram usados para reportar a prisão considerada injusta e contrária ao direito à livre manifestação política.

Os fatos prenunciavam a possibilidade de sua repetição, em maior proporção, quando da posse definitiva dos candidatos eleitos, mesmo porque, coincidentemente, a prisão do líder indígena ocorreu na mesma data da cerimônia de diplomação de Lula e Alckmin pela Justiça Eleitoral (Brasil, TSE, 2022), alimentando teorias conspiratórias que viam na ordem de custódia a confirmação de uma tentativa de silenciamento dos movimentos bolsonaristas dissidentes. A tensão com a posse presidencial, celebrada em Brasília em 1º de janeiro de 2023, não só gerou o questionamento quanto à possibilidade de sua realização aberta ao público, mas também colocou em xeque a garantia da ampla proteção ao direito à manifestação, notoriamente quando esta é patentemente reivindicatória do cerceamento de liberdades públicas por intervenções militares antidemocráticas.

No que tange à proteção do direito à livre manifestação, contudo, o Brasil já vinha adotando uma postura de contenção ou restrição de sua prática, tendo em vista a imposição de exigências tais como a comunicação prévia às autoridades competentes, a não possibilidade de obstrução das vias públicas, além de realizar a criminalização dos manifestantes por tipos penais diversos e de cometer (ou não impedir) a violência policial, com o uso excessivo e inadequado de armas não letais contra os participantes, ao menos desde a intensificação das passeatas iniciadas em 2013. De acordo com a *Asociación Civil Centro de Estudios Legales Y Sociales* (2016, p. 57, tradução nossa), "[a] realidade comum aos países latino-americanos é que os Estados costumam responder utilizando a força para conter e controlar as manifestações. Tal é demonstrado pela análise das tendências regionais nos últimos anos"[5]. Rafael Flaquer Montequi (1999, p. 155, tradução nossa), por sua vez, define os direitos à associação e à manifestação do seguinte modo:

5. Texto original: "*La realidad común a los países latinoamericanos es que los Estados suelen responder utilizando la fuerza para contener y controlar las manifestaciones. Así lo muestra el análisis de las tendencias regionales en los últimos años*" (Asociación…, 2016, p. 57).

> "Associar-se é o ato pelo qual uma série de indivíduos une os seus esforços em conjunto para alcançar metas comuns. Existe reunião quando se reúnem determinados sujeitos para tratar, de forma previamente acordada e de maneira temporária, sobre qualquer assunto que, em princípio, lhes concerne individual ou coletivamente. Enquanto que a manifestação supõe a existência já de um certo grau de pressão, que se materializa por meio de uma concentração, geralmente ao ar livre, cujo objetivo é reivindicar ou expressar uma postura determinada"[6].

As depredações de dezembro de 2022, porém, passaram a ser identificadas como atos antidemocráticos que extrapolavam os limites ainda incertos do que configuraria uma manifestação e do que caracterizaria o crime contra o Estado Democrático. Ainda, serviram aquelas para expor as dificuldades de enquadramento típico e de superação dos critérios de seletividade na criminalização secundária das manifestações indesejadas, tendo em vista que os movimentos reprimidos tendiam a ser os de grupos sociais mais vulnerabilizados, principalmente daqueles vinculados à contestação da má distribuição de terras, como o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) e dos povos originários (Asociación…, 2016, p. 17). Agora, os alvos da potencial criminalização constituíam parte da população a qual, normalmente, atribuía-se o papel de vítimas ou de destinatários da ordem pública, segundo a lógica da seletividade também incidente na vitimização. Bolsonaristas celebravam-se como os principais apoiadores das forças policiais, sustentando um discurso de maximização do poder punitivo e, por consequência, de supervalorização dos órgãos de segurança pública e de minoração dos direitos e garantias individuais. Tanto o silêncio normativo, quanto político e administrativo das instituições estatais diante daqueles eventos só fizeram ecoar, com mais força, o barulho das mobilizações bolsonaristas que, não imediatamente contidas, deixavam à mostra o seu potencial de intimidação e de contestação da ordem instaurada, bem como o vigor do seu capital cultural para o recrutamento de adeptos do populismo bolsonarista.

O Cacique Serere e sua prisão são, portanto, importantes elementos de exame desse capital cultural e que provocaram efeitos nos campos político e social dos bolsonaristas, o que passamos a interpretar a partir do marco teórico de Pierre Bourdieu.

---

6. Texto original: "*Asociarse es el acto por el que una serie de individuos unen sus esfuerzos mancomunadamente con el fin de alcanzar unas metas comunes. Existe reunión cuando se congregan determinados sujetos para tratar, de forma previamente convenida y de manera temporal, sobre cualquier asunto que, en principio, les concierne individual o colectivamente. En tanto que la manifestación supone la existencia ya de un cierto grado de presión, que se materializa por medio de una concentración, generalmente al aire libre, cuyo objeto es reivindicar o expresar una postura determinada*" (Montequi, 1999, p. 155).

3. A teoria bourdieuana sobre o poder: acumulação e apropriação de capitais

Pierre Bourdieu (1930-2002) foi um sociólogo francês de grande importância para o desenvolvimento dos estudos sociológicos no século XX. Formado em filosofia, Bourdieu foi docente na *École de Sociologie du Collège de France*, produzindo relevantes pesquisas sobre a compreensão do mundo social e a busca pela elaboração de uma teoria geral das classes. Entre suas obras, destaca-se *A Distinção*: crítica social do julgamento , publicada em 1979 e que tinha o propósito de denotar as relações de poder presentes na correlação entre as práticas culturais e a formação das ou o pertencimento às classes sociais ou frações de classes.

A partir da adoção de uma metodologia empírica investigativa, Bourdieu, por meio da aplicação de questionários formulados para averiguar o gosto dos franceses da época (por obras de arte, vestuários, alimentos, esportes, objetos decorativos, hábitos familiares etc.) tinha o intuito de estabelecer que as práticas culturais e os gostos ou preferências individuais relacionam-se ao nível de instrução, obtida tanto por diplomas escolares, pelo número de anos de educação formal, quanto pela herança ou contribuição familiar e que os gostos classificam e distinguem aqueles que compartilham os mesmos bens ou experiências culturais.

Segundo Emiliano Rivello Alves (2008, p. 3):

> "O gosto ou as preferências manifestadas através das práticas de consumo é, então, o produto dos condicionamentos associados a uma classe ou fração de classe. Tais preferências têm o poder de unir todos aqueles que são o produto de condições objetivas parecidas, distinguindo-os todavia de todos aqueles que, estando fora do campo socialmente instituído das semelhanças, propagam diferenças inevitáveis. O gosto, dirá Bourdieu, é a aversão, é a intolerância às preferências dos outros".

Duas instâncias principais atuam na formação dos indivíduos, capacitando-os para sua inserção em diferentes campos: a família e a escola tornam-se mercados simbólicos que, para o sociólogo, promovem a seleção entre os detentores de capital cultural daqueles desprovidos deste: assim, por exemplo, o ato de diplomação ou de titulação, realizado solenemente pelas instituições de ensino, funciona como uma técnica de distribuição de competências, isto é, o reconhecimento de quem detém (ou não) competência de direção e de transmissão de valores que são considerados legítimos e culturalmente aceitos, separando-se daqueles considerados incultos ou censuráveis.

A partir desta análise, Pierre Bourdieu demonstra que a igualdade de oportunidades e a relevância do ensino escolar, por si sós, não garantem o equilíbrio social

ou a igualdade entre todos. Antes, é a partir da aquisição do capital simbólico pelos agentes que se poderá aferir a sua posição em um campo social em particular. Isso porque os agentes possuem diferentes estoques de capital cultural, o que cria variações no desempenho escolar. Assim, crianças com capital cultural familiar valorizado pelas escolas, por exemplo, tendem a ter reconhecimento e facilidade maiores na absorção do conteúdo ensinado.

Bourdieu buscava descentrar a atenção exclusiva da sociologia nos fatores econômicos para a compreensão do mundo social, passando a focar, igualmente, nas práticas de consumo do capital cultural e nos seus modos de incorporação, tanto para a construção das subjetividades dos agentes, quanto para a consolidação da estrutura relacional social. Em seus termos, o capital corresponde a "[...] uma relação social, ou seja, uma energia social que existe e produz seus efeitos apenas no campo em que ela se produz e se reproduz [...]" (Bourdieu, 2011, p. 107) e que, conforme o sociólogo, apresenta-se sob formas primárias em três vertentes principais como:

> "[...] capital econômico, ou os ativos que podem ser prontamente comercializados e monetizados; capital social, ou os ativos intangíveis constituídos por relações e redes; e capital cultural, ou os ativos de conhecimento de um agente"[7] (Schirone, 2023, p. 188, tradução nossa).

O capital simbólico, portanto, provém dos capitais econômico, social e cultural e corresponde às propriedades às quais os agentes sociais distinguem e reconhecem como um valor. Por sua vez, para Bourdieu (2011), o capital cultural pode existir sob três vertentes: como capital cultural incorporado (*habitus*); como capital cultural institucionalizado e, por fim, como capital cultural objetivado.

O capital cultural incorporado relaciona-se ao processo de interiorização do ensino e aprendizagem, de níveis escolar e familiar, constituindo-se como parte integrante do agente (incorporado), não intercambiável e, portanto, é visto como a disposição orgânica resultante da socialização e das experiências singulares de vida, de modos de pensar, sentir e de agir que funcionam como fonte para a tomada de percepções e de apreciações dos agentes, o que consolida um *habitus*. Logo, *habitus* é o conjunto das disposições duráveis do agente, que são adquiridas por meio da socialização e das experiências da vida, e que

7. Texto original: "*Nevertheless, a significant share of Bourdieu's legacy derives from an innovative analytical toolbox based on the concept of "capital." Bourdieu* [...] *identifies three primary forms of capital: economic capital, or the assets that can be readily marketed and monetized; social capital, or the intangible assets constituted by relations and networks; and cultural capital, or an agent's knowledge assets*" (Schirone, 2023, p. 188).

Silva, Tédney Moreira da; Zackseski, Cristina. O cacique Serere como capital cultural dos protestos antidemocráticos brasileiros: o prenúncio dos ataques golpistas de janeiro de 2023. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 337-370. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13685738].

> "[...] integra o conjunto dos efeitos das determinações impostas pelas condições materiais de existência (cuja eficácia se encontra cada vez mais subordinada ao efeito da ação de formação e de informação previamente suportada à medida que se avança no tempo)". (Bourdieu, 2011, p. 410).

Ainda,

> "[...] o *habitus* permite estabelecer uma relação inteligível e necessária entre determinadas práticas e uma situação, cujo sentido é produzido por ele em função de categorias de percepção e de apreciação; por sua vez, estas são produzidas por uma condição objetivamente observável" (Bourdieu, 2011, p. 96).

Assim sendo, o *habitus* integra as experiências passadas e conduz às percepções (divisões do mundo em categorias) e apreciações (distinções valorativas entre belo e feio, bem e mal, justo e injusto etc.) dos agentes, a partir das quais geram-se as ações que serão eleitas pelos indivíduos conforme o acesso a esse acervo singular. Isso afasta a leitura determinista do *habitus*, uma vez que o acesso aos mesmos bens culturais ou ensinamentos tem, para cada agente, significados particulares, conforme sua experiência.

Já o capital cultural institucionalizado relaciona-se aos títulos, às diplomações ou às habilitações que são concedidas pelas instituições aos agentes como forma de reconhecimento social de sua competência ou habilidade para a transmissão do capital cultural. Trata-se, pois, de uma forma de objetivação do capital cultural que lhe confere propriedades originais.

Por fim, o capital cultural objetivado refere-se àqueles bens culturais intercambiáveis que os agentes possuem (tais como livros, máquinas, obras de arte, objetos de decoração, instrumentos musicais etc.) que são apreciados e valorados de acordo com o capital cultural incorporado (*habitus*) dos agentes. Deste modo, "[é] a forma assumida pelos capitais objetivados em uma relação e incorporados (*habitus*) que determinam as classes sociais e, consequentemente, constituem as práticas que classificam as distinções" (Alves, 2008, p. 4).

Vê-se, assim, que o capital econômico não é, na teoria bourdieuana, o único tipo de capital que mobiliza os indivíduos e os distinguem na distribuição de privilégios e papéis sociais: a cultura é um bem simbólico que influencia os agentes e as classes sociais de modo diretamente proporcional: quanto mais se tem, maiores as circunstâncias de sua acumulação e, em decorrência, maiores as oposições entre os campos sociais. Em resumo:

> "Esquemas históricos, divisão objetiva em classes, estruturas mentais e formas simbólicas são incorporados pelas estruturas sociais e suscetíveis de um mundo de senso comum. A ordem social se inscreve gradativamente no cérebro, e conduz a estruturas sociais variadas de acordo com o julgamento do gosto, do poder, da estética, da linguagem, das classificações e desclassificações, do *habitus*, no

> sentido de perceber o caráter próprio do sentido dos limites, cuja tensão está entre as estruturas sociais e as estruturas mentais. Essas implicam na ordem e na aceitação consciente, racional e objetiva do mundo social ao qual o sujeito está circunscrito e dentro do qual é passível de julgamento". (Scholz, 2009, p. 91).

Feitas estas breves considerações, entendemos que os conceitos bourdieuanos podem ser acionados para a compreensão acerca do impacto tanto da presença do Cacique Serere no acampamento bolsonarista de Brasília (em razão de sua identidade indígena associar-se, ainda que tenuamente, à ideia romântica de nação brasileira idílica) quanto de sua prisão para o estopim dos atos de vandalismo no final de 2022, considerando-se ambos os fatos como parte do capital cultural do campo político e social do movimento bolsonarista ou de fração deste.

Em primeiro lugar, é possível identificar a classe (ou fração da classe) bolsonarista a partir da compilação de valores sociais esparsos e que correspondem ao capital simbólico de seus seguidores, que compartilham e apreciam um mesmo capital cultural. Segundo este, há um chamamento coletivo para a transformação das estruturas políticas tradicionais, o que se conecta às ideias antidemocráticas de ruptura com as instâncias jurídicas formais de Estado e a assunção de pautas conservadoras e autoritárias. Nesse universo, entendemos que a imagem do indígena como habitante originário das terras brasileiras aciona os valores histórica, social e culturalmente incorporados pelos manifestantes que o enxergam como o exemplo mor do patriotismo bolsonarista, além de funcionar como um antagonismo às acusações de inclinação anti-indígena do Governo Bolsonaro. Portanto, a imagem idílica do "*índio*" heroico e romântico constitui o *habitus* bolsonarista que estabelece uma vinculação entre o Cacique Serere à ideia de um líder nato, apreciando-o como um porta-voz desse capital cultural incorporado.

Em segundo lugar, entendemos que a prisão que foi determinada pelo STF contra o indígena representa um capital cultural institucionalizado, já que a decisão judicial é um título ou resolução oficial (de Estado) que atribui desvalor à figura do Cacique Serere e, por consequência, provocou efeitos nos campos político e social do movimento bolsonarista (ou de fração deste), que, como reação, articulou os ataques à sede da Polícia Federal.

Por fim, em terceiro lugar, julgamos que ao bolsonarismo aplica-se, também, a noção de campo político, de Pierre Bourdieu (2001, p. 10, tradução nossa), que o define como "[...] um microcosmo, vale dizer, um pequeno mundo social relativamente autônomo no interior do grande mundo social"[8]. Tal microcosmo social

8. Texto original: "*Hablar de campo político es decir que el campo político es un microcosmos, vale decir, un pequeño mundo social relativamente autónomo en el interior del gran mundo social*" (Bourdieu, 2001, p. 10).

obedece às próprias leis e, como em qualquer espaço em que há uma correlação de forças desiguais, em termos do acúmulo diferente de capitais por seus membros (capitais econômico, social ou cultural), no campo político há os que cumprem as condições de acesso e permanência e aqueles que serão excluídos, por não se encaixarem à especialização de um campo vai tendendo a se firmar.

> "Dito de outra forma, deve levar em conta o trabalho simbólico de fabricação dos grupos, trabalho de representação (em todos os sentidos do termo) que os agentes sociais não deixam de realizar para impor sua visão do mundo ou a visão de sua própria posição neste mundo, da sua identidade social. Com efeito, o espaço social, não é apenas um objeto de percepção em que os indivíduos ou as instituições são caracterizados de forma fixa pela combinação de um certo número de propriedades e pela ocupação de uma determinada posição dentro de um sistema de classificação; é também objeto de lutas entre os agentes para impor sua construção e sua representação do mundo social, suas categorias de percepção e de classificação, e por esta via atuar sobre o mundo social".[9] (Bourdieu, 2001, p. 61, tradução nossa).

Logo, ao nos debruçarmos sobre o contexto dos ataques antidemocráticos, percebemos como o espaço social denota os campos políticos opostos e, propriamente quanto ao episódio de prisão do Cacique Serere e da reação vândala dos seguidores, como os campos políticos são moldados a partir da correlação de forças entre diferentes tipos de capital, que dão diretriz às suas relações objetivas com o intuito de salvaguardar as estratégias que visam a se impor como forças positivas determinantes da realidade. Assim, ao buscar compreender os meandros de elaboração do capital cultural bolsonarista, entenderemos parte das engrenagens que visam a sustentar o projeto de ruptura com a ordem constitucional e a instauração de regimes mais autoritários de governo. Deste modo:

> "[e]m torno dos conceitos de *habitus* e campo reside uma contribuição importante de Bourdieu ao pensamento sociológico. Tais conceitos têm sido utilizados

9. Texto original: "*Dicho de otra forma, debe tomar en cuenta el trabajo simbólico de fabricación de los grupos, trabajo de representación (en todos los sentidos del término) que los agentes sociales no dejan de realizar para imponer su visión del mundo o la visión de su propia posición en este mundo, de su identidad social. El espacio social, en efecto, no es solamente un objeto de percepción en el que los individuos o las instituciones son caracterizados de forma fija por la combinación de un cierto número de propiedades y por la ocupación de una posición determinada dentro de un sistema de clasificación; es también un objeto de luchas entre los agentes para imponer su construcción y su representación del mundo social, sus categorías de percepción y de clasificación, y por esta vía actuar sobre el mundo social* " (Bourdieu, 2001, p. 61).

> como instrumentos conceituais que possibilitam pensar as relações entre os condicionamentos sociais exteriores e as subjetividades dos agentes. Eles adquirem um alcance universal na apreensão de certa homogeneidade nas disposições ou nos gostos em matérias que podem ir, por exemplo, da música sertaneja aos hábitos alimentares, das cirurgias estéticas ao *comportamento político*, das preferências religiosas aos conflitos urbanos juvenis, pois procedem ao reconhecimento dos processos históricos que demarcam a gênese e ampliação das práticas culturais na modernidade". (Alves, 2008, p. 5) [grifos nossos].

Para tanto, destacamos alguns comentários feitos no canal "@horanoticiasbr", da rede social Instagram, que, aos 12 de dezembro de 2022, noticiou a prisão temporária do indígena sob a manchete "URGENTE: Polícia Federal prende o Cacique Serere" (Hora Notícias, 2022) e que teve bastante adesão dos bolsonaristas: o *post* contou com 247 curtidas/*likes* e teve um total de 953 comentários, destacando-se abaixo os que tiveram, por si, curtidas/*likes* ou comentários de outros seguidores também. Procedemos à leitura das redes sociais porque, como apontam Maria Cristina Franco Ferraz e Ericson Saint Clair (2022, p. 10), entre as técnicas de convencimento da extrema-direita contemporânea "[...] são gestadas e testadas novas estratégias discursivas e táticas de poder que têm, na mobilização da opinião via redes sociais, uma de suas bases". Assim, o exame das mídias digitais permite o acesso ao capital simbólico desses movimentos e o entendimento de suas opiniões ou de seus argumentos.

A página escolhida (Hora Notícias), até a data de checagem para produção deste texto, havia produzido cerca de 8.167 publicações em defesa da pauta bolsonarista, tendo 232 mil seguidores e seguindo apenas 37 contas no Instagram, entre estas as contas oficiais de Jair Bolsonaro, de seus familiares e alguns aliados políticos (Hora Notícias, 2022). Desta forma, apresenta-se como plataforma relevante para o compartilhamento entre os seguidores de suas percepções e apreciações quanto ao capital cultural, formadoras do *habitus* bolsonarista.

Foram ocultadas as fotos, os endereços e nomes dos comentadores, para preservar suas identidades, ainda que a rede social seja pública. Organizamos os comentários escolhidos em quatro eixos, relativos à demonstração de: a) surpresa; b) indignação; c) comoção e, por fim; d) estímulo à reação violenta ante a prisão do Cacique Serere.

Todos os comentários eleitos são os que tiveram maior repercussão entre os seguidores (mais número de curtidas/*likes*) e são os que tenderam a ser copiados por estes, com poucas alterações na escrita. Compreendemos, segundo Maingueneau (2007), que os discursos são inscrições históricas que permitem elucidar relações de poder e processos de inconsciência ideológica presentes na linguagem, que comunicam ou estabelecem relações entre o sujeito que enuncia e o sujeito receptor

da mensagem. Logo, a análise dos *posts* pode contribuir para destacar certos aspectos do peso ideológico que tanto o Cacique Serere quanto sua prisão tiveram para o campo político e social dos bolsonaristas, que externalizam suas emoções, frustrações e idealizações quanto às ações que, futuramente, desaguam nos atos de vandalismo e de tentativa de ruptura institucional.

3.1. A identidade indígena como capital cultural incorporado: a formação do habitus *dos manifestantes bolsonaristas*

Em frente ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, na Esplanada dos Ministérios em Brasília/DF, de dorso desnudo, pintado de urucum e jenipapo aos moldes tradicionais dos Xavantes, com botoques de madeira nos lóbulos das orelhas, segurando com a mão esquerda uma haste extensa que amarrava, à ponta, a bandeira brasileira repousada ao ombro, ao som de fundo de um coro indígena masculino de canto irreconhecível, o Cacique Serere berrava para uma pequena multidão branca, vestida de verde-e-amarelo, que filmava, comovida, o seu discurso emocionado:

> "Bandido: Alexandre de Moraes! E a equipe da campanha do Lula (PT)! Lula não foi eleito! Lula, junto com a sua equipe da campanha eleitoral, dessa presidencial, roubaram nossos votos! Cadê voto do povo Xavante? Nós não podemos admitir que o Lula sobe na rampa, que ele ocupa o cargo maior deste país! O bandido não pode ocupar o cargo da Presidência! O lugar do bandido é na cadeia! Cadê os generais? Cadê Ministro da Defesa? Que juraram para defender o povo brasileiro? Para defender a pátria querida, amada, Brasil? Nós não podemos admitir que a esquerda, bandido que só invade as fazenda, que só destrói a sede pública venha governar o nosso Brasil. Lula não foi eleito! A eleição 2022, a eleição presidencial, deve ser anulada! E quem manda aqui no Brasil, que faz a proteção, guardião do país, guardião das leis, somos nós, povo unido, povo brasileiro! [...] Mas de todas as formas, Alexandre de Moraes é bandido, vagabundo, não tem honra, ele não pode ser tratado como autoridade da Suprema Corte! Não podemos admitir que ele venha humilhar o povo, perseguir a imprensa, violentar, ameaçar, intimidar! Quem esse cara é? Ele não é Super-Deus! Vagabundo: Alexandre de Moraes! O teu lugar é na cadeia! Aqui tem povo [esmurrando o peito], de bem, que defende a Nação, as leis! E quem criou a crise institucional é você, Alexandre de Moraes! [...] Se as Forças Armadas, os generais, senhores generais, se os senhores não executar seu juramento [esmurrando o peito] pode me matar, mas eu tiro o vagabundo, Alexandre de Moraes [esmurrando o peito] na marra! Arranco ele no pescoço! Ou pode me mandar prender agora! [...]". (Moraes decreta…, 2022).

A fala do indígena era celebrada e ouvida com atenção pela audiência cativa (um dos ouvintes, enquanto filmava com uma mão, erguia a outra com o punho cerrado, repetindo o símbolo das passeatas solidárias às causas sociais da esquerda, como

o combate ao racismo, ao sexismo, à homofobia). Diante da plateia, o indígena assumia o protagonismo, pela postura altiva, pela entonação elevada da voz e pelos murros que dava no próprio corpo em sinal de pleno vigor masculino.

A idealização do herói estava dada: reunindo elementos idílicos de uma identidade étnica indígena imemorial, com a virilidade de um líder e o patriotismo exacerbado do padrão heroico do salvador, até a própria vida o Cacique Serere, no discurso romântico, submetia aos interesses da Nação que se colocava, ali, como o bem maior do povo brasileiro. Como um personagem de José de Alencar, o indígena exprimia a construção arquetípica da figura de um protetor original das terras brasileiras e, como um personagem de José de Alencar, seria celeremente esquecido após a decretação de sua prisão, o que, afinal, causou-lhe uma morte, embora simbólica. Sem o desejar, Cacique Serere repisava a história do indianismo romântico do século XIX. Como explica Manuela Carneiro da Cunha (2006, p. 136), "[é] o índio [neste contexto] que aparece como emblema da nova nação em todos os monumentos, alegorias e caricaturas. É o caboclo nacionalista da Bahia, é o índio do romantismo na literatura e na pintura. É o índio bom e, convenientemente, é o índio morto".

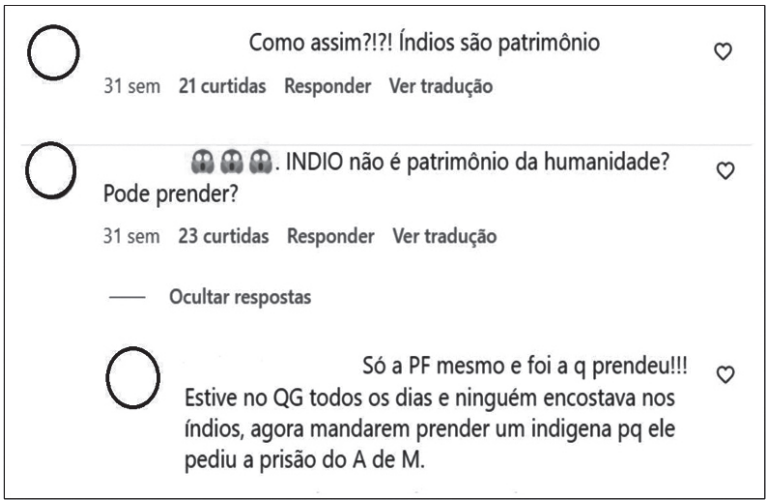
De fato, a imagem do indígena sempre foi associada, simultânea e paradoxalmente, ao orgulho e à vergonha nacionais: signo das raízes étnicas originárias da sociedade brasileira, o "*índio*" é, também, uma demonstração do atraso civilizacional, da não realização completa do processo de colonização europeia e, talvez por isso, ainda que adornado como um "*índio*", o Cacique Serere tenha se colocado contrário à retomada de terras indígenas. Além de sua figura idílica, também a do militar é, com frequência, acionada para representar a vaga ideia de nacionalidade e, contraditoriamente, militares e indígenas possuem um histórico intenso de oposições e de confrontos.

> "Cada renovação dessa ansiedade nacional invariavelmente evoca duas figuras: os militares e os índios. Os índios, vistos como facilitadores inconscientes da invasão alienígena, ficam sob a vigilância dos militares. Como os índios não são responsáveis pelo que fazem, os militares precisam observá-los, para que os índios não causem danos aos interessados da nação. Para os militares, os índios, que não têm cidadania plena, são tão suspeitos quanto os estrangeiros. [...] Imputar a irresponsabilidade infantil aos índios que, portanto, põem em perigo a autonomia da nação, é apenas uma estratégia para expropriar suas terras para ocupação pelos brasileiros"[10] (Ramos, 1988, p. 20, tradução nossa).

10. Texto original: "*Each renewal of this national anxiety invariably evokes two figures: the military and the Indians. The Indians, viewed as unconscious facilitators of alien encroachment, come under the surveillance of the military. Because Indians are not responsable for*

Especificamente quanto ao Cacique Serere, vê-se como sua figura escamoteia o capital cultural prévio, cotidianamente reforçado pela educação formal desatenta e pelos discursos racistas do senso comum (e, logo, incorporado pelos agentes), segundo o qual o indígena é fruto do passado distante, parte do patrimônio cultural, isto é, coisificados.

Imagem 1 – Comentários na página *Hora Notícias* sobre a prisão do Cacique Serere (1)



Fonte: Hora Notícias, 2022.

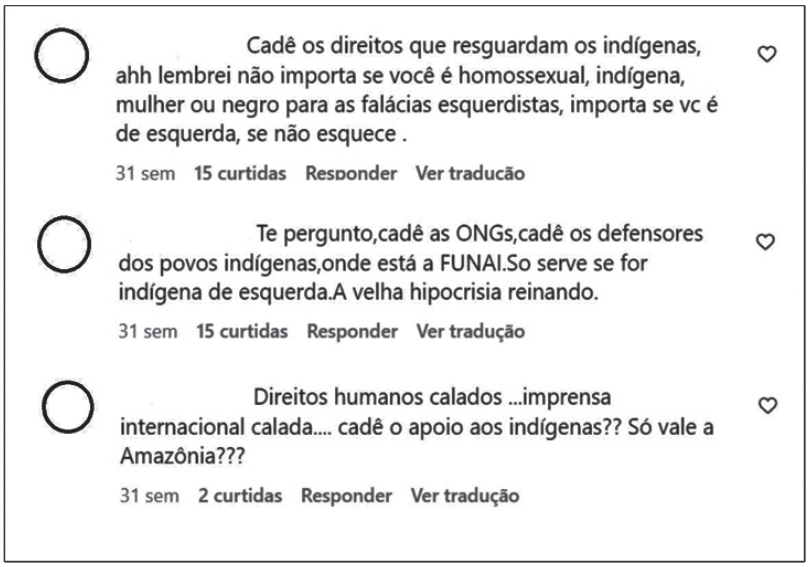
A surpresa com a prisão do Cacique Serere esconde a reificação dos indígenas como "patrimônio [cultural] da humanidade" e vincula-se ao etnocentrismo que julga a identidade étnica como um recurso manipulável: a depender das circunstâncias políticas e dos interesses de sua utilização, ser indígena ou não é parte das engrenagens sociais de reconhecimento das identidades e de inserção no campo político para o exercício de uma influência social. Entre as ideias de etnicidade e de Nação, todavia, há distinções que se colocam e que demonstram que nem sempre a relação é um binômio tão simples de ser descrito. Segundo Philippe Poutignat e Jocelyne Streiff-Fenart (2011, p. 45):

what they do, the military needs to watch them, lest the Indians cause harm to the nation´s interested. To the military the Indians, who do not have full citizenship, are as suspect as foreigners. [...] Imputing childish irresponsibility to the Indians who therefore endanger the nation´s autonomy is but a strategy to expropriate their lands for occupation by Brazilians" (Ramos, 1998, p. 20).

> "A etnicidade, então, refere-se aos grupos, ou mais exatamente aos povos, que são nações potenciais, situadas em um estágio preliminar da formação da consciência nacional. Neste estágio, a solidariedade étnica manifesta-se no confronto com elementos estrangeiros e origina-se na xenofobia, sem por isso constituir uma pertença consciente de si própria e dotada de uma significação positiva. Um grupo étnico é então "simplesmente" uma categoria descritiva e objetiva, discernível pelo observador externo (e, portanto, o antropólogo). A nação pressupõe, por sua vez, uma consciência subjetiva específica de povo". (Poutignat; Streiff-Fenart, 2011, p. 45).

Sendo um conceito manejável, o reconhecimento da identidade étnica do indígena serve, igualmente, de oportunidade para a minoração dos discursos de direitos humanos que, por vezes, ressoam em sua defesa.

Imagem 2 – Comentários na página *Hora Notícias* sobre a prisão do Cacique Serere (2)



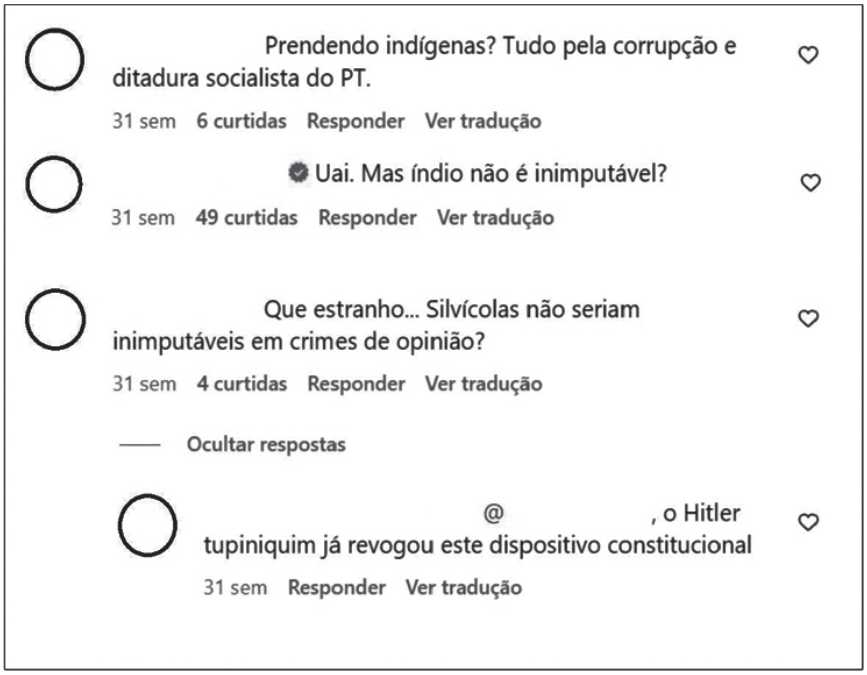
Fonte: Hora Notícias, 2022.

A indignação com o silêncio dos movimentos indígenas, indigenistas e defensores dos direitos humanos não se apresenta, contudo, como uma dúvida ou como um real alarde e, sim, como a ocasião para o reforço das pautas conservadoras e autoritárias que encaram o garantismo dos direitos humanos como um dos entraves do processo de desenvolvimento socioeconômico das pautas antidemocráticas bolsonaristas. Ironiza-se o "silêncio" dos defensores de direitos humanos sobre a prisão do Cacique Serere como uma forma de reafirmar a sua inutilidade e seu

oportunismo, uma vez que, segundo a lógica bolsonarista, os direitos humanos seriam apenas parte da retórica dos movimentos de esquerda, sem embasamento fático. O uso da ironia dentro de tais recursos discursivos permite, assim, simultaneamente, a crítica aos opositores do bolsonarismo, bem como a reafirmação de aceitação dos indígenas desde que coniventes com o discurso de lei e ordem sustentado pelo campo político dos golpistas.

O mesmo movimento é observado quanto aos comentários que duvidam da legalidade da prisão de indígenas, segundo as leis nacionais. Questiona-se porque o Cacique Serere teria sido preso se os indígenas, em geral, seriam "inimputáveis".

Imagem 3 – Comentários na página *Hora Notícias* sobre a prisão do Cacique Serere (3)



Fonte: Hora Notícias, 2022.

A tese de inimputabilidade na seara penal, que afirma a incapacidade de entendimento ou de autodeterminação do agente de se comportar conforme este entendimento, ainda, de fato, predomina na doutrina jurídica penal , muito embora não tenha mais sustentação normativa em razão da alteração paradigmática da Constituição Federal de 1988 que, em respeito à diversidade étnica, não recepcionou a política indigenista integracionista (assimilacionista) precedente e, por

consequência, opõe-se aos modelos teóricos que buscam reafirmar a noção de um atraso civilizacional inerente aos povos indígenas (Silva, 2016).

A manutenção do critério da inimputabilidade para a aferição da culpabilidade dos agentes indígenas é feita, porém, por grande parte dos doutrinadores penalistas.

Neste sentido, Fernando Capez (2017, p. 328) refere-se ao "indígena inadaptado à sociedade" como exemplo de pessoa com "desenvolvimento mental incompleto", apesar de afirmar que tal classificação demanda a produção de um laudo pericial; do mesmo modo, Heleno Cláudio Fragoso (2003, p. 46) e Rogério Greco (2018, p. 499) mencionam os "silvícolas inadaptados" como inimputáveis, assim como Cleber Masson (2015, p. 508-509) considera-os portadores de "desenvolvimento mental incompleto", a depender do seu "grau de assimilação dos valores sociais". O mesmo entendimento possui Paulo Busato (2015, p. 561), quando afirma que, dos indígenas, "[...] não se [...] pode esperar compreensão e obediência a regras cujo sentido não podem alcançar", e Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 309), para quem o "silvícola não civilizado" ainda não atingiu a "maturidade intelectual e física". Inúmeros outros doutrinadores adotam o critério de inimputabilidade como o mais adequado para a elucidação da responsabilidade penal de indígenas criminalizados, mencionando-se: Cezar Roberto Bitencourt (2010); Damásio de Jesus (2009); Júlio Fabbrini Mirabete (2003) e Paulo José da Costa Jr. (2005).

A extensa lista de doutrinadores penalistas que reproduz o entendimento obtuso da criminologia positivista denota novamente a predominância do olhar etnocêntrico no campo jurídico, que considera os indígenas como povos estacionários na escala evolutiva da humanidade, corroborando os discursos criminológicos etiológicos que atrelam à diversidade étnica um elemento de degeneração biopsíquica dos indígenas. O descompasso entre tais discursos criminológicos e dogmáticos e o recente paradigma multicultural assumido pelo Brasil em seu texto constitucional e em vários tratados internacionais de direitos humanos revela uma funcionalidade política da criminalização de indígenas, qual seja, o controle da diversidade étnica por meio do enquadramento da natureza do indígena em modelos teóricos perigosistas e lombrosianos, promovendo-se a sua "penalidade civilizatória" (Silva, 2016, p. 54).

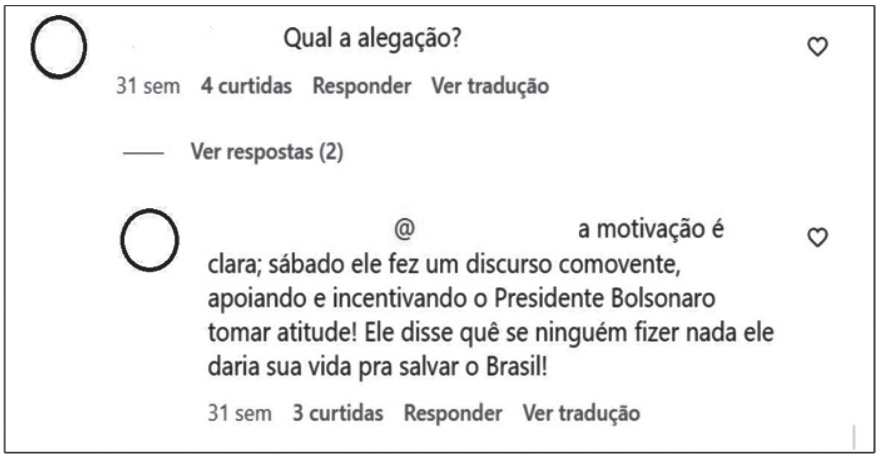
Como afirma Alcida Rita Ramos (1998, p. 18, tradução nossa), "[a] insistência legal sobre o status dos índios como relativamente incapazes deriva da noção de que os índios precisam de proteção porque estão mal equipados para viver na sociedade moderna"[11]. Logo, a reprodução acrítica da doutrina penal que reforça o critério de inimputabilidade como o mais adequado para o exame da culpabilidade dos indígenas, a

11. Texto original: "*The legal insistence on the Indians´status as relatively incapable derives from the notion that Indians need protection because they are ill equipped to live in modern society*" (Ramos, 1998, p. 18).

despeito dos comandos constitucional e supraconstitucionais de respeito à diversidade étnica, soma-se ao capital cultural incorporado dos discursos populistas da classe bolsonarista (ou de fração desta), permitindo a longa duração da lógica de assimetrias entre indígenas e não indígenas, subalternizando aqueles aos comandos destes.

Ainda, entre os comentários, é possível ver-se a utilização rasa do arcabouço ideológico da extrema-direita: a menção à corrupção, à "ditadura socialista do PT" e mesmo à figura de Lula como um "Hitler Tupiniquim" deixam entrever parcela do *habitus* da classe bolsonarista (ou de fração desta).

Imagem 4 – Comentários na página *Hora Notícias* sobre a prisão do Cacique Serere (4)



Fonte: Hora Notícias, 2022.

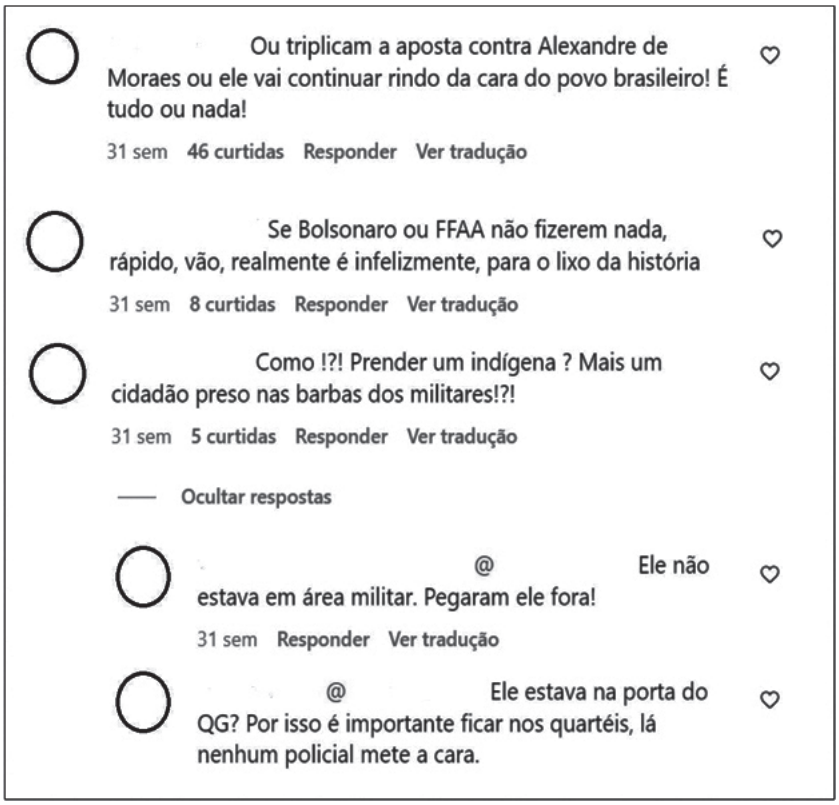
Somando-se ao coro da indignação, mas também externando comoção, a Imagem 4 (acima) reforça a ideia da figura do indígena heroico e redentor como parte do capital cultural incorporado dos movimentos bolsonaristas, que, entretanto, empoderaram-se na vontade de reagir ao comando decisório do STF, o que os permitiu arregimentar o campo político para a sua mobilização, na tentativa de demonstrar a sua força e resiliência. Estavam postas, deste modo, as ameaças dos ataques que se realizariam no dia 8 de janeiro de 2023, cujos alertas foram, porém, ignorados pelas autoridades e instâncias políticas.

3.2. A prisão do Cacique Serere como capital cultural institucionalizado: a interferência nos campos social e político dos manifestantes

Além das externalizações de surpresa, de indignação ou de comoção com a prisão do Cacique Serere, outros comentários passaram a estimular um contraponto

à decisão do STF, que foi vista como uma ofensiva ao movimento como um todo, já que interferiu, em especial, em um dos elementos pulsantes do *habitus* do séquito inconformado.

Imagem 5 – Comentários na página *Hora Notícias* sobre a prisão do Cacique Serere (5)



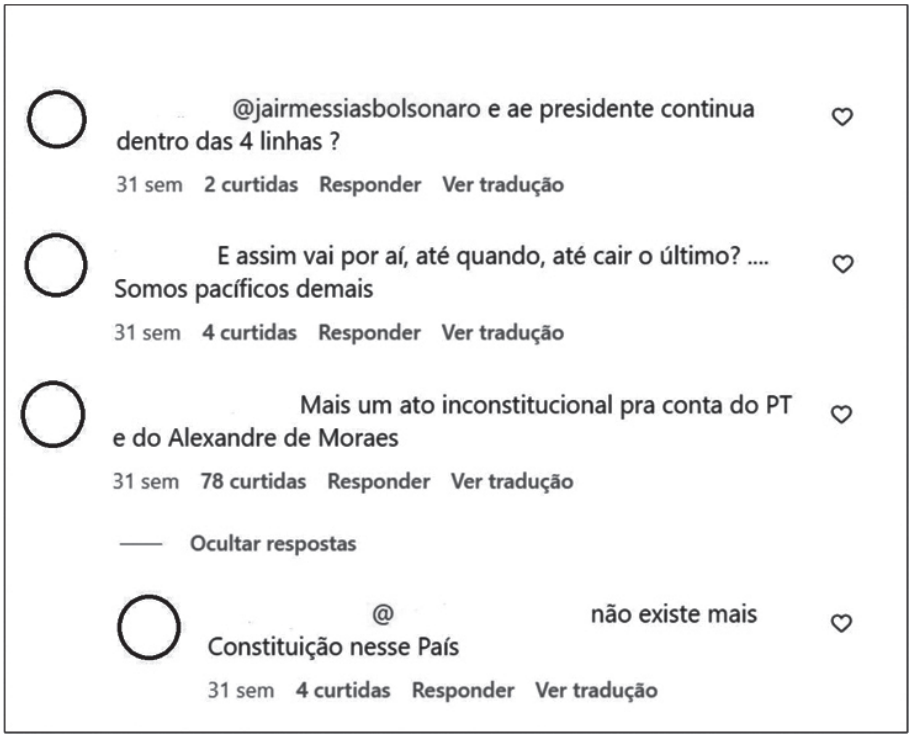
Fonte: Hora Notícias, 2022.

As mensagens tendem a ser vagas: de início, demonstram um descontentamento com a morosidade de intervenção militar, algo com o que se contava desde a ideia de começar as formações dos acampamentos bolsonaristas em frente aos Quartéis do Exército. Chega-se a mencionar que a prisão só foi possível porque José Acácio encontrava-se fora do acampamento, pois, se lá estivesse, estaria protegido da persecução penal da Polícia Federal, pois " lá nenhum policial mete a cara" (Hora Notícias, 2022).

A insatisfação manifestada nas redes sociais também deixa antever as estratégias que o movimento entendia possíveis de serem aplicadas: neste sentido, questiona-se

Jair Messias Bolsonaro, indexando-se sua conta pessoal no Instagram, se a prisão do Cacique Serere ainda continuava "dentro das 4 linhas" (Hora Notícias, 2022). O jargão refere-se ao artigo 142, *caput*, do texto constitucional, segundo o qual as Forças Armadas, como instituições nacionais permanentes e regulares, destinam-se "[...] à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da *lei e da ordem*" (Brasil, 1988, grifos nossos). Alegava-se que a manutenção dos acampamentos bolsonaristas, o fechamento de vias públicas e rodovias, bem como a criação de um caos em reação ao pleito eleitoral de 2022 pressionariam as Forças Armadas a decretarem uma intervenção militar, destituindo Lula do poder ou Bolsonaro, antes do encerramento do seu mandato eleitoral.

Imagem 6 – Comentários na página *Hora Notícias* sobre a prisão do Cacique Serere (6)



Fonte: Hora Notícias, 2022.

Em vão, porém, foram as manifestações: a decisão do STF, acatando o pleito de prisão temporária do Cacique Serere, incidiu sobre o campo político bolsonarista como um capital cultural institucionalizado, dado o fato de que foi recepcionada como um ataque direto à sustentação do *habitus* dos manifestantes/golpistas,

que tentaram demonstrar a força de sua atuação, havendo a suspeita de aderência ou conivência com as forças de segurança pública locais de Brasília, ainda em apuração.

Mesmo após os ataques à sede da Polícia Federal, no dia 12 de dezembro de 2022, os advogados de José Acácio impetraram *habeas corpus* com o objetivo de desconstituir a prisão em dois momentos diferentes: primeiramente, nos autos do *Habeas Corpus* n.º 223.768/DF, requereu-se a concessão de liminar para a soltura do Cacique Serere alegando que a sua custódia representava uma violação à liberdade de manifestação de pensamento (Brasil, STF, 2023a); no segundo momento, nos autos do *Habeas Corpus* n.º 225.972/DF, a defesa requereu a sustentação de ilegalidade da prisão preventiva com base nos argumentos de: a) excesso de prazo da prisão cautelar; b) demora na oferta de denúncia; c) impossibilidade de acesso pela defesa aos autos processuais; d) manutenção do paciente em "condições degradantes e desrespeitosas à sua condição de indígena"; e) segregação do indígena em unidade prisional comum, "impedindo-o de exercer seus hábitos indígenas, cultuar suas crenças e tradições"; f) condição de saúde do paciente "extremamente debilitada por ser portador de Diabetes". Subsidiariamente, a defesa requereu a conversão da prisão preventiva para "regime de semiliberdade" ou por outras medidas cautelares (Brasil, STF, 2023b).

Em ambos os casos, porém, que tiveram como relator o Ministro Roberto Barroso, não se conheceu do remédio constitucional, em razão de, segundo jurisprudência da Corte, não ser cabível *Habeas Corpus* impetrado contra decisão monocrática de ministro da Corte, caso do Cacique Serere.

4. O alarde dos ataques antidemocráticos de 2023 e o comedimento posterior e temporário dos golpistas

Com o avanço das investigações e denúncias contra os golpistas, em 2023, o Estado brasileiro, por meio de seus órgãos representativos dos Três Poderes, em especial da União, apresentou-se como um rígido defensor da manutenção do regime democrático e o maior interessado na conclusão das condenações dos participantes. As vias acionadas, porém, centram-se na tradicional aposta da maximização do sistema punitivo, com a utilização de denúncias genéricas (que seriam justificadas pela dificuldade de mensuração de cada conduta individual na depredação do patrimônio público e na articulação dos demais envolvidos) e com a proposição de aumento de pena para os crimes atentatórios contra a ordem democrática.

Aos 21 de julho de 2023, o Governo Federal apresentou o PAS – Programa de Ação na Segurança, cuja proposta é o de fortalecimento da pauta de segurança como forma de conter o avanço dos índices de criminalidade no país. Entre as

proposições, sugere-se a alteração do Código Penal, para fins de modificar a redação dos artigos 359-L e 359-M que preveem, de modo respectivo, os crimes de abolição violenta do Estado Democrático de Direito e de Golpe de Estado. A proposta focou no aumento da pena-base e na criação de causas de aumento, com as seguintes sugestões: pena-base de reclusão de: seis a doze anos para quem organizar ou liderar movimentos antidemocráticos; oito a vinte anos, para quem financiar movimentos antidemocráticos; seis a doze anos, cumulada com a pena correspondente à violência, para os crimes que atentem contra a integridade física e a liberdade do Presidente da República, do Vice-Presidente da República, do Presidente do Senado Federal, do Presidente da Câmara dos Deputados, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República, com o objetivo de alterar a ordem constitucional democrática e, por fim, de vinte a quarenta anos, para os crimes que atentarem contra a vida das autoridades previamente mencionadas, com fim de alterar a ordem constitucional democrática. Segundo a comunicação oficial da Presidência da República:

> "Os atos antidemocráticos ocorridos em 8 de janeiro de 2023, que culminaram em gravíssimos danos contra os Poderes do Estado e ao patrimônio público, demonstraram que o tratamento penal aos crimes contra o Estado Democrático de Direito precisa ser mais severo a fim de que sejam assegurados o livre exercício dos Poderes e das instituições democráticas, o funcionamento regular dos serviços públicos essenciais e a própria soberania nacional.
> Por essa razão, com o Projeto de Lei, espera-se fortalecer tanto a finalidade retributiva da pena (repressão proporcional à gravidade do ilícito penal), quanto o caráter preventivo, reforçando seu poder intimidativo sobre os destinatários da norma, bem como reafirmando a existência e eficiência do direito penal brasileiro". (Brasil, Presidência, 2023).

Entretanto, três fatores já demonstram, desde o início, o erro na aposta institucional: em primeiro lugar, porque as fissuras ocasionadas pelos atos antidemocráticos só esgarçaram a já inconsistente representatividade da política nacional e a sua inabilidade de se comunicar com as grandes massas de eleitores, cooptados pelo discurso da descrença com a manutenção dos órgãos estatais. Tais dificuldades não são solucionadas com a imposição de medidas mais severas, notoriamente de índole penal. Em segundo lugar, estas medidas reforçam um aceno ao populismo político, apoiando-se na ideia de que o endurecimento das medidas punitivas tem, em geral, amplo apoio social. Antes, porém, elas podem tender a reforçar uma tese conspiratória da ala dissidente de que está em curso um regime político de exceção e que tais medidas são a prova de uma persecução penal contra os seus insatisfeitos com o regime político.

Por fim, esta última possibilidade não fica isenta de eventual concretude, uma vez que, consolidadas as medidas de punições açodadamente decididas em prol do endurecimento de leis penais aplicáveis, nada garante que, sob futuros governos de aparência democrática, as manifestações legítimas contra o Estado sejam tachadas de antidemocráticas, escancarando a função política subterrânea dos atos de criminalização.

Para além destes argumentos, a sugestão de agravar os aparelhos punitivos do Estado é sabidamente ineficiente: ela produz, por oposição, o fortalecimento do crime organizado, com o aumento da população prisional, o sufocamento das políticas penais preventivas em prol da maximização dos instrumentos de controle penal e o abandono da função preventiva que, se mais idealista que realista, ainda contém, ao menos em termos discursivos, a abdicação da meta reeducadora da população prisional em prol da sua neutralização e abandono.

A democracia só se ampliará e se fortalecerá na medida em que inúmeras exigências populares e lutas dos mais variados segmentos tomarem os espaços de discussão. Os ataques são, portanto, uma contradição dentro da narrativa bolsonarista: sob a pretensão de proteger o país da "invasão socialista" ou da corrupção que entendiam legitimada com a vitória de Lula, requereu-se o fim dos aparatos de Estado que permitem o encetamento do diálogo na esfera pública. O rompimento da ordem constitucional ampara-se apenas em um projeto elitista que subverte a dimensão democrática sempre que esta, efetivamente, cumpre seu papel de inclusão no cenário deliberativo dos grupos vulnerabilizados pelas exclusões e violências estruturais da sociedade brasileira.

Como defende José Geraldo de Sousa Júnior (2016):

> "É nesse passo que o Estado de Direito Democrático se converte em Estado Democrático de Direita. Esse passo se dá na medida em que a convergência entre os interesses de poder e de acumulação capitalista, já não assimila sequer o discurso democrático, mesmo retórico, como por exemplo, o que se prestou a legitimar a sua emergência hegemônica para se afirmar como expressão dominante (a burguesia patrimonialista francesa afirmando os direitos do homem para arrebatar à aristocracia seus bens dominiais e seu poder político) [...]"

Na retórica da promoção de sociedades condizentes aos valores de moralidade e de devoção à pátria, os golpistas viram-se, temporariamente, contidos pela contradição interna do próprio discurso: sendo pacíficos, como justificar os atos de vandalismo de 8 de janeiro? As reações institucionais também tiveram um papel importante de contenção, mas, imagina-se, temporária. Isso porque, uma vez mais, mantêm-se as relações de privilégio, bem como as lutas internas nos campos políticos pela geração de novas lideranças, que sejam capazes de reativar o *habitus* da massa amorfa de inconformados, ávidos pela acumulação de ideais e líderes carismáticos.

O ódio à democracia justifica-se por sua natureza universal e igualitária, já que toda ampliação do círculo de debates públicos, com o reconhecimento de novos agentes na construção de modelos coletivos de convivência, dificulta o estreitamento dos espaços públicos e a ampliação consequente dos espaços privados, o que, por sua vez, impede a manipulação das informações e a formação de novos instrumentos ideológicos, utilizados para a reprodução das propostas antidemocráticas nas sociedades massificadas.

5. Considerações finais

Os ataques antidemocráticos protagonizados pela ala bolsonarista no final de 2022 e no início de 2023 contra as instituições de Estado e a ordem democrática, conquistada após os vinte e um anos de regime ditatorial civil-militar, iniciado em 1964, são importantes lembretes sobre o quão perigosa e rápida tende a ser a ascensão de ideologias extremistas, que cooptam seu séquito a partir da mobilização das frustrações, das incertezas e baixa representatividade política que tendem a se expressar em todos as sociedades e democracias. O bolsonarismo é a política populista que, nos últimos anos, foi capaz de congregar os insatisfeitos com a política nacional tradicional, pautada nos princípios liberais constitucionais, fazendo com que a alta aversão aos casos de corrupção e de ineficiência dos órgãos de Estado levassem-nos a assumir a necessidade de anulação de toda sua base principiológica, abrindo espaço para que líderes de viés autoritário protagonizassem o papel de heróis ou redentores da sociedade.

A inspiração humanista dos ideários democráticos parece estar findando: a ascensão da extrema-direita com a conversão de Estados garantistas de direitos individuais e sociais em Estados autoritários (apenas aparentemente democráticos) é fruto da descrença nos sistemas representativos e com a democracia como um todo, convertida esta em aparato formal que não comunica mais os anseios libertários que geraram a modernidade ocidental e que moldaram os séculos XVIII a XX.

Além disso, as crises sistêmicas econômico-políticas do capitalismo romperam as barreiras nacionais e explicitaram a dificuldade de relações empáticas em todo o mundo, de sorte que fenômenos atrelados aos crimes de ódio, à veneração de lideranças autoritárias e de submissão acrítica ao avanço do neoliberalismo e de pautas limitadoras do acesso aos direitos são reproduzidos facilmente, em especial em um mundo virtual que, cada vez menos, permite a ocorrência de debates públicos esclarecidos. Afinal, apenas no palco da diversidade de pensamentos e visões autônomas do mundo, intercambiadas pelo diálogo livre e pela busca de consensos, é que se torna possível a convivência harmônica, costurada a partir da valorização de cada indivíduo, compromissado com seus núcleos de representação, mas, também, com a

sociedade inteira. Sem indivíduos emancipados, vivemos em um mundo formal de aparências, mais tendente a ser menosprezado que protegido e, por oposição, em uma sociedade composta por pessoas não emancipadas, a tendência é que se ignorem certos valores fundantes da ordem necessária para a coesão em sociedade.

A democracia pressupõe, obrigatoriamente, a igualdade, atributo que provoca reações de seus adversários que, valendo-se da dependência econômica, social, cultural e política da maioria, impulsionam críticas veementes contra os sistemas democráticos, contra os grupos vulnerabilizados e suas pautas identitárias (e que demandam políticas de reconhecimento), bem como colocam-se contra as políticas sociais de inclusão social, tudo a partir de um arcabouço de valores que são altamente ideologizados e rasos, impedindo a formação de um pensamento crítico e sedimentando-se na massificação e no descontentamento ou desencanto coletivo para criar raízes que lhe permitam a sua reprodução.

O bolsonarismo soube articular o sentimento genérico de insatisfação da direita brasileira, assim como soube criar sua própria base principiológica que, em geral, preconiza os valores morais mais conservadores e aciona alguns elementos românticos para a descrição das condutas individuais e coletivas frente ao Estado, fincado no patriotismo e no ufanismo de modo absoluto.

Entre estes elementos, a figura do indígena aparece como um dos fundamentos desse patriotismo mais genuíno, sendo, abstratamente, vinculado à imagem ideológica da comunhão nacional em torno do seu habitante original. Daí o sucesso, mesmo que volátil, da liderança carismática de José Acácio Serere Xavante (Cacique Serere), que, pintado e semidesnudo, aos brados, ecoava a idealização romântica dos heróis redentores do povo brasileiro, ao menos ao séquito bolsonarista. Sua identidade étnica e a simbolização desta para os fundamentos da pátria brasileira constituem, assim, parte do capital cultural do campo político bolsonarista e retroalimentam a insatisfação com os resultados das eleições de 2022, já que o indígena, em inúmeras ocasiões, manifestava-se contra estes.

Sua ordem de prisão, do mesmo modo, representou o ápice do descontentamento, até mesmo por ter sido proferida e cumprida na mesma data de diplomação dos candidatos eleitos (12 de dezembro), simbolizando, para o movimento, a prova de vivermos sob uma ditadura do Partido dos Trabalhadores como a minoria dominante e detentora dos meios de poder político e econômico e interventora das decisões legislativas e judiciais, principalmente ao contar com aliados tais como Ministros do STF, em especial com o Ministro Alexandre de Moraes. Logo, a decisão da Corte em determinar a prisão temporária do Cacique Serere pode ser lida como um capital cultural institucionalizado, na medida em que o peso institucional de sua origem foi interpretado como uma intervenção direta no campo político bolsonarista, arregimentando sua reação violenta. E, ante o silêncio normativo

e institucional apropriado, a repetição dos ataques em janeiro de 2023 não pode ser vista como algo inédito, muito embora as proporções dos danos tenham sido, de fato, mais gravosas.

A tentativa de golpe e de rompimento com a ordem democrática nacional, vista pelo movimento como a concretização das mudanças salvacionistas pretendidas, contudo, não levaria à real mudança do quadro político brasileiro. Antes, confirmaria o peso, já conhecido, das elites descontentes com avanços sociais no país e que, em maior ou menor grau, impõem sua vontade pelo cerceamento ou contenção da democracia para a manutenção do *status quo* que as privilegia na condução dos interesses sub-repticiamente atrelados à vontade popular, que foi, porém, previamente arquitetada e manipulada. Portanto, sem o compromisso de cada cidadão consigo e com os outros, a tomada dos poderes democráticos é dada como certa e somente reversível quando não mais interessar aos setores privilegiados.

6. Referências bibliográficas

ALVES, Emiliano Rivello. Pierre Bourdieu: a distinção de um legado de práticas e valores culturais. *Sociedade e Estado*, v. 23, n. 1, p. 179-184. jan.-abr. 2008.

ASOCIACIÓN CIVIL CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES. *Los estados latino-americanos frente a la protesta social.* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales – CELS, 2016.

BITENCOURT, Cézar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOURDIEU, Pierre. *A distinção:* crítica social do julgamento. Trad. Daniela Kern; Guilherme J. F. Teixeira. Porto Alegre: Zouk, 2011. BOURDIEU, Pierre. *El campo político*. La Paz: Plural Editores, 2001.

BOURDIEU, Pierre. Capital simbólico e classes sociais. *Novos estudos CEBRAP*, n. 96, p. 105- 115, jul. 2013. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/S0101-33002013000200008]. Acesso em: 25.07. 2023.

BRASIL. Presidência da República. *Governo lança Programa de Ação na Segurança (PAS) com assinatura dos primeiros atos e medidas na área.* 21.07. 2023. Disponível em: [https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2023/07/governo-lanca-programa-de-acao-na-seguranca-com-assinatura-dos-primeiros-atos-e-medidas-na-area]. Acesso em: 25.07.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro determina prisão de indígena envolvido em protestos antidemocráticos. *Portal STF*, Brasília, 12.12. 2022. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=498946&ori=1]. Acesso em: 25.07. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. TSE entrega diplomas de presidente e vice-presidente da República a Lula e Alckmin. *TSE Comunicação*, 12.12. 2022.

Disponível em: [https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Dezembro/tse-entrega-diplomas-de-presidente-e-vice-presidente-da-republica-a-lula-e-alckmin]. Acesso em: 25.07. 2023.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal:* parte geral. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

CASSELA, Vinícius; GALVÃO, Walder. Indígenas invadem sala de embarque do Aeroporto de Brasília, diz Inframerica. *G1 Distrito Federal*, 02.12. 2022. Disponível em: [https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2022/12/02/indigenas-invadem-sala-de-embarque-do-aeroporto-de-brasilia-diz-inframerica.ghtml]. Acesso em: 25.07. 2023.

COSTA JR., Paulo José da. *Código Penal comentado*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Política indigenista no século XIX. In.: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DIOGO, Darcianne; PATRIOLINO, Luana. Bolsonaristas destroem delegacia da PCDF em Brasília; veja vídeo. *Correio Braziliense*, Caderno Cidades DF, 12.12. 2022. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/cidades-df/2022/12/5058628-bolsonaristas-destroem-delegacia-da-pcdf-em-brasilia-veja-video.html]. Acesso em: 25.07. 2023.

FERRAZ, Maria Cristina Franco; CLAIR, Ericson Saint. Políticas da assombração: o populismo bolsonarista como produção de inquietantes *duplos*. *Galáxia*, v. 47, [s. n.], p. 1-21, 2022. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1590/1982-2553202257538]. Acesso em: 25.07. 2023.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal:* parte geral: artigos 1º a 120 do Código Penal. Niterói, RJ: Impetus, 2018.

HORA NOTÍCIAS. *Urgente:* Polícia Federal prende o Cacique Serere. Brasília. 12.12. 2022. Instagram: @horanoticiasbr. Disponível em: [https://www.instagram.com/p/CmFeGrdu2Cr/]. Acesso em: 25.07. 2023.

JESUS, Damásio de. *Código Penal anotado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LYNCH, Christian; CASSIMIRO, Paulo Henrique. *O populismo reacionário:* ascensão e legado do bolsonarismo. São Paulo: Contracorrente, 2022.

MAINGUENEAU, Dominique. A análise do discurso e suas fronteiras. *Matraga*, v. 14, n. 20, p. 13-37, jan.- jun. 2007.

MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2003.

MONTEQUI, Rafael Flaquer. Los derecho de asociación, reunión y manifestación. *Ayer*, n. 34, p. 155-175, 1999. Disponível em: [http://www.jstor.org/stable/41324920]. Acesso em: 25.07. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal:* parte geral: parte especial. São Paulo: Ed. RT , 2011.

PODER 360. Moraes decreta prisão temporária de Serere Xavante por 10 dias. Imagem de Sérgio Lima/Poder 360. Disponível em: [https://www.poder360.com.br/brasil/moraes-decreta-prisao-temporaria-de-serere-xavante-por-10-dias/]. Acesso em: 25.07.2023.

POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. *Teorias da etnicidade:* seguido de Grupos étnicos e suas fronteiras, de Fredrik Barth. Trad. Elcio Fernandes. São Paulo: Ed. Unesp, 2011.

RAMOS, Alcida Rita. *Indigenism:* ethnic politics in Brazil. Madison: The University of Wisconsin Press, 1998.

RENNÓ, Lucio. Bolsonarismo e as eleições de 2022. *Estudos Avançados*, [on-line], v. 36, n. 106, p. 147- 163, set. 2022. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2022.36106.009]. Acesso em 25.06. 2023.

SCHIRONE, Marco. Field, capital, and habitus: The impact of Pierre Bourdieu on bibliometrics. *Quantitative Science Studies*, [on-line], v. 4, n. 1, p. 186-208, 2023. Disponível em: [https://doi.org/10.1162/qss_a_00232]. Acesso em: 25.07. 2023.

SCHOLZ, Robinson Henrique. *Habitus* de classe expressado pelo capital simbólico: uma revisão da obra de Pierre Bourdieu *A distinção*. *Ciências Sociais Unisinos*, [on-line], v. 45, n. 1, p. 88-91, jan.- abr. 2009. Disponível em: [https://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/download/4888/2143/15810]. Acesso em: 25.07. 2023.

SILVA, Aracy Lopes da. Dois séculos e meio de história xavante. *In*: CUNHA, Manuela Carneiro da. *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 357-380.

SILVA, Tédney Moreira da. *No banco dos réus, um índio:* criminalização de indígenas no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. Estado democrático da direita. *Estado de Direito*. 16.05. 2016. Disponível em: [http://estadodedireito.com.br/estado-democratico-da-direita/]. Acesso em: 25.07. 2023.

TARSO, Davi. Saiba quem é o Cacique Serere Xavante, pivô de manifestações em Brasília. *Jovem Pan News*. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=L653u_a1oQ8]. Acesso em: 25.07.2023.

7. Legislação

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 25.07.2023.

BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm]. Acesso em: 25.07.2023.

8. Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 223.768-DF. Paciente: José Acácio Serere Xavante. Impetrante: Carlos Alexandre Klomfahs. Coator: Relator da PET n. 10.764 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Roberto Barroso. 01.02.2023. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355653682&ext=.pdf]. Acesso em: 25.07.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 225.972-DF Paciente: José Acácio Serere Xavante. Impetrante: Levi de Andrade e outros(as). Coator: Relator da PET n. 10.764 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Roberto Barroso. 23.03.2023. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15356919285&ext=.pdf]. Acesso em: 25.07.2023.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Constitucional; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A pulverização do estado constitucional democrático de direito – Breves reflexões e lacônicas críticas sobre o sufocamento da cultura democrática pelo extremismo político-partidário e sociocultural de direita, de Carmem Lúcia Gomes Lima Melo Filha – *RDCI* 142/67-95;
- 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;
- Democracia e efeito *backlash* no direito brasileiro, de Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Daisy Cristine Neitzke Heuer – *RDCI* 144/61-90;
- Direito penal e *fake news*: os limites democráticos à criminalização da desinformação, de Raphael Boldt – *RBCCrim* 201/161-194;
- Instituições, democracia e *fake news*, de Clèmerson Merlin Clève, Bruno Meneses Lorenzetto e Daniela Urtado – *RT* 1059/65-87;
- O *lawfare* brasileiro: dos contributos à ascensão fascista ao recrudescimento do autoritarismo processual penal, de Felipe Lazzari da Silveira – *RBCCrim* 199/211-236; e
- Verdade e *fake news*, de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho – *RBCCrim* 199/29-51.

Câmeras corporais na polícia brasileira e os diálogos jurídico-criminológicos com base nos projetos de lei (2021-2024)

Body cameras in the Brazilian police and legal-criminological dialogues based on bills (2021-2024)

Felipe da Veiga Dias[1]
Atitus Educação, Passo Fundo, Brasil.
felipevdias@gmail.com

Recebido em: 01.04.2024
Aprovado em: 18.05.2024
Última versão do autor: 23.05.2024

DOI: [10.5281/zenodo.13655104].

Área do Direito: Penal

Resumo: O estudo tem como tema central o uso de câmeras corporais na polícia brasileira, com base em uma visão jurídico-criminológica. Assim, indaga-se a partir de uma leitura criminológica do campo policial e da segurança pública,

Abstract: The study's central theme is the use of body cameras in the Brazilian police, based on a legal-criminological view. Thus, from a criminological reading of the police and public security field, the question arises: how are body cameras

1. Pós-doutor em Ciências Criminais pela PUCRS. Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc) com período de Doutorado Sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Atitus Educação – Mestrado. Professor do curso de Direito da Atitus Educação – Passo Fundo – RS. Brasil. Coordenador do Grupo de Pesquisa "Criminologia, Violência e Controle". Advogado.
Currículo Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6961580388113058].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-8603-054X].
E-mail: felipevdias@gmail.com

como as câmeras corporais são representadas nos discursos contidos nos projetos de lei nacionais? Com base no problema mencionado, traça-se como objetivo principal analisar os projetos de lei relacionados às câmeras corporais, identificando possíveis deturpações de dados, evidências científicas, buscando com isso compreender o modo de inserção tecnológica no contexto da segurança pública. Para atender a tal objetivo adota-se o método de abordagem dedutivo, junto ao método de procedimento de análise do discurso crítico (ADC) e da técnica de pesquisa da documentação indireta com ênfase bibliográfica. Conclui-se que, a partir da análise dos projetos de lei, estes estão segmentados em proposições de discursos reformistas ou ideológicas, mas ambos carecendo de aprofundamentos acerca das pesquisas científicas sobre o tema, e apresentando insuficiências em múltiplas dimensões. Portanto, alerta-se para o perigo de projetos de lei centrados em dispositivos tecnológicos que ignoram a complexidade da questão social e perpetuam o atual cenário de violência e letalidade seletiva (de idade, classe e raça) das polícias nacionais.

Palavras-chave: Câmeras Corporais – Polícia – Criminologia – Projetos de Lei – Violência.

represented in the discourses contained in national bills? Based on the aforementioned problem, the main objective is to analyze bills related to body cameras, identifying possible misrepresentations of data and scientific evidence, seeking to understand how technology is inserted into the context of public security. To meet this objective, the deductive approach method is adopted, along with the critical discourse analysis procedure (CDA) method and the indirect documentation research technique with a bibliographic emphasis. It is concluded that, based on the analysis of the bills, they are segmented into propositions of reformist or ideological discourses, but both lack depth in scientific research on the topic, and present insufficiencies in multiple dimensions. Therefore, we are alerted to the danger of bills centered on technological devices that ignore the complexity of the social issue and perpetuate the current scenario of violence and selective lethality (of age, class and race) of national police forces.

Keywords: Body Cameras – Police – Criminology – Bills – Violence.

Sumário: 1. Introdução. 2. Dados contextuais sobre a polícia no Brasil. 3. O estado da arte das câmeras corporais nas forças de segurança pública. 4. Os projetos de lei em tramitação e as representações das câmeras corporais. 5. Conclusão. 6. Referências. 7. Legislação.

1. Introdução

O presente estudo tem como tema o uso de tecnologia pelas forças policiais, sendo especificado no aprofundamento sobre a inserção das câmeras corporais nas atividades da segurança pública. Tal recorte temático se justifica por um conjunto de razões, as quais abrangem desde a compreensão sobre os impactos da adoção dessa tecnologia para a prestação dos serviços de segurança pública, até as recentes capturas discursivas tanto no campo político ideológico quanto em uma espécie de solucionismo ou tecnochauvinismo que aponta os dispositivos como a panaceia do campo da segurança pública.

Projeta-se, desse modo, o seguinte questionamento: a partir de uma leitura criminológica do campo policial e da segurança pública, como as câmeras corporais são representadas nos discursos contidos nos projetos de lei nacionais? A fim de tornar esse escopo viável se segmenta como recorte de pesquisa a busca *on-line* nos sites da Câmara dos Deputados e do Senado, com base na palavra de busca "câmera corporal" ou "câmeras corporais", bem como definindo o marco temporal nos últimos quatro anos (2021 a 2024). Os critérios de inclusão e exclusão se baseiam no alinhamento, ou não, com a temática.

A averiguação dos projetos de lei intenta perceber se existem deturpações de dados, evidências científicas ou mesmo de normas jurídicas sobre o assunto, já que a inserção tecnológica, dentro dos limites concretos que ela oferece, depende da representação adequada das informações e do tratamento jurídico adequado para contenção dos problemas da segurança pública.

Importante situar o centro teórico de onde se observa o problema proposto, mais precisamente na adoção da matriz criminológica crítica, tendo em vista a sua consolidada produção científica sobre a violência estatal advinda do sistema penal e, por conseguinte, seus efeitos sobre as dinâmicas do controle social. Ademais, conjuga-se a esta linha também as pesquisas acerca das forças policiais no país, bem como da inserção tecnológica no campo do controle e vigilância das populações.

Logo, para a execução das pretensões citadas tem-se como arcabouço metodológico a abordagem dedutiva, já que primeiramente se definem concepções gerais acerca da polícia, das normas jurídicas e dos estudos sobre câmeras corporais, para ao fim se aprofundar nas representações legislativas do tema. Soma-se ainda o método de procedimento de análise do discurso crítico (ADC) e da técnica de pesquisa da documentação indireta com ênfase bibliográfica, a partir de obras, artigos, projetos de lei e publicações de notícias.

2. Dados contextuais sobre a polícia no Brasil

Os estudos nacionais no campo jurídico e criminológico acerca da polícia são vastos, observando seus processos históricos de origem, modificação e atuação contemporânea. Entretanto, para os fins desta pesquisa, não há espaço para a digressão dessa espécie de retomada cronológica das formações institucionais e dos papéis executados pelas forças policiais no país, sendo que se remete às inúmeras produções nesse sentido, como Holloway, (1997), Zaverucha (2010), Abreu (2019) e Santos (2021).

Logo, situa-se a leitura da polícia enquanto instituição pertencente à segurança pública em um contexto democrático pós-1988 e trazendo consigo as marcas do aprimoramento das práticas de violência e controle oriundos de um período

ditatorial recentemente "superado". Enfatiza-se a compreensão de que o período ditatorial serviu como refinamento das violências estatais, e não como origem (SANTOS, 2021, p. 73), de modo que agressões, ilegalidades, desaparecimentos e torturas restaram, em grande parte, ao final do período regularizados nas práticas rotineiras das forças de segurança pública (TELES, 2010, p. 316).

Essa pontuação é relevante para evitar a incessante busca de uma etiologia da violência exercida por agentes estatais contra a população, embora seja importante perceber as violações jurídicas cometidas como fator constante nesta trajetória, "A ditadura civil-militar consolidou um aparato jurídico-institucional que possibilita às polícias civil e militar atuarem sob o manto da democracia, mesmo que a violando através da violência cotidiana." (AMARAL et al. 2017, p. 231).

A advertência inicial busca imunizar o período democrático como a cura dos males da segurança pública no Brasil, haja vista que a normalização das ações originadas em períodos anteriores, a manutenção das cadeias institucionais e de comando, tornaram possível a permanência de uma cultura de guerra interna, mesmo após a redemocratização (FRANCO, 2021, p. 48). Portanto, não deve surpreender o uso de estratégias e modos de pensar belicosos no pós-democracia, podendo-se aproximar do que Harcourt (2021, p. 20) nominou de guerra de contrainsurgência, na qual se exerce uma nova forma de governar em que não se transmuta do Estado de Direito para o de Exceção, "mas de um modelo de governo baseado na guerra de campo em larga escala para um modelo de estratégias forjadas sob táticas de contrainsurgência".

Assim, percebe-se que as polícias existentes na democracia nacional trazem consigo um conjunto de padrões de comportamento (contendo técnicas de neutralização), culturas institucionais e ideologias (transmitidas nos próprios treinamentos) que compõem suas ações (KHALED JÚNIOR; GÓES; PEDROSO, 2024, p. 5-6), para além das previsões jurídicas constitucionais e infraconstitucionais que as regulam. Isso significa que o estabelecimento de um novo regime democrático e arcabouço normativo não são sinônimos de resolução e ajuste das incompatibilidades das forças de segurança pública com esse novo ambiente, motivo pelo qual os dados a respeito da segurança pública merecem atenção e uma leitura crítica-criminológica.

Primariamente, expõe-se a faceta da vitimização dos agentes policiais descortinando as falhas e invisibilidades no campo da segurança pública, a começar pelos eixos menos evidentes. Nesse sentido, encontra-se o levantamento do ano de 2022 do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2022, p. 66), o qual trazia relatos de dimensão subjetiva com situações consideráveis de ameaça (cerca de 75% no trabalho e 53% fora), assédio moral, humilhação no trabalho (63%) e discriminação (entre 65 e 73%) sofridas por policiais.

Os dados subjetivos apresentam ao menos duas perspectivas extremamente relevantes: a multidimensionalidade e o modelo institucionalizado. A complexidade multidimensional da violência é relevante, pois denota que os fenômenos violentos não estão limitados às vias físicas, abarcando situações de viés psicológico, moral, entre outras camadas contidas no escopo dos vitimizados. Embora seja mais comum localizar essa espécie de abertura de sentidos em estudos sobre ações ilegais de membros do Estado (NEOCLEOUS, 2000, p. 8), é valioso registrar a ampliação interpretativa trazida pelos pesquisadores.

No tocante ao segundo aspecto, o modelo institucional, relevante perceber o grau de violência imposto sobre os agentes pela racionalidade implantada, composta em parte através da carga histórica e do pensamento militarizado (VALENTE, 2012, p. 213), bem como pelo exercício de pressões e formas de sobrecargas neoliberais dos trabalhadores da segurança pública. Afirma-se isso tendo em vista que a maior parte das mortes de policiais ocorre em situações de confronto que se dão em períodos de folga e, logo após, decorrentes de suicídio (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2023, p. 50).

De acordo com os pesquisadores do anuário (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2023, p. 50), as mortes durante a folga se conectam à ideia de um indivíduo que é policial a todo tempo, ou seja, não há folga, ao melhor estilo dos anseios neoliberais do trabalhador 24/7 (CRARY, 2016, p. 13). Ao entrar em conflitos mesmo não estando de serviço, na busca pelo exercício ininterrupto de suas funções, o policial se expõe sem a devida proteção, amparo e outras salvaguardas próprias do expediente regular, mas lembrando que esta prática encontra respaldo na instituição que projeta aos agentes a figura policial como constante, mesmo que isso implique ir contra os regulamentos e protocolos sobre atuação.

Isso significa que as pressões típicas do *ethos*/governamentalidade neoliberal (LAVAL, 2020, p. 40), capazes de levar à exaustão de trabalhadores, também aplicam seus efeitos na segurança pública, todavia, com consequências, por vezes, letais. Inegável que as metas e objetivos típicos das corporações acabam introjetados pelos agentes públicos, os quais se sacrificam em um modelo de vida visto como heroico ao assumirem riscos e encargos para além de suas capacidades humanas (EHRENBERG, 2010, p. 13).

Importante enfatizar que esse modo de existência faz parte da construção da subjetividade policial, observado na lógica do guerreiro introjetada institucionalmente. Essa abordagem tem efeitos sobre a violência produzida e ao mesmo tempo reforça essencialismos e noções de identidade (KHALED JÚNIOR; GÓES; PEDROSO, 2024, p. 6) que sustentam o sacrifício dos membros em prol dos valores do grupo contraposto aos inimigos sociais.

Clarificado o panorama da vitimização, adentra-se na segunda dimensão essencial das forças policiais, a sua produção de violência e mortes. Neste norte, os dados referentes ao ano de 2023, apenas reiteram o trajeto histórico observado: há uma adoção desproporcional no uso da força e um nível de letalidade injustificado por parte da polícia brasileira. Tal afirmação se coaduna com os indicadores internacionais relativos a mortes violentas, os quais são considerados para definir o uso abusivo da força sempre que as ações policiais ultrapassarem 10% do total de pessoas mortas, o que é verificável no país. Esses números são ainda mais elevados ao serem investigados regionalmente ou quando se contrasta o número de civis mortos em proporção aos policiais (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2023, p. 64).

Os dados delineiam o retrato de guerra em uma espécie de novo urbanismo militar (GRAHAM, 2016, p. 15), com o extermínio seletivo e contumaz de determinados eixos da população. Apenas a título de registro, é relevante lembrar as inúmeras denúncias, processos e movimentações jurídicas que evidenciam esse contexto mortal perpetuado pelas forças policiais, embora grande parte das manifestações judiciais imunizem os envolvidos em casos de letalidade policial (FERREIRA, 2021). Duas demonstrações recentes desse ponto foram as denúncias junto à ONU sobre a violência policial nas operações em São Paulo (AGÊNCIA BRASIL, 2024), bem como os relatos da ADPF 635/2022 (a qual já tinha a carga de condenações internacionais do país), que englobavam o estado de coisas inconstitucional no tocante à violência policial no Rio de Janeiro e a imperiosidade de planos de contenção da letalidade. Anotação interessante à presente pesquisa é a menção (em medida cautelar confirmada em embargos declaratórios) à necessidade de inserção de instrumentos tecnológicos de fiscalização e transparência nas operações, já referindo especificamente a utilização de GPS e câmeras corporais nos policiais (DUARTE NETO; MARANGONI; BORGES, 2023, p. 107-114).

As alusões supracitadas reforçam as insurgências jurídicas e as verificações de dados estatísticos dos anos anteriores, no sentido de que há um corte de classe e raça na delimitação das vítimas (jovens) da atuação policial, "consolidada historicamente do racismo que estrutura a sociedade brasileira. 83% dos mortos pela polícia em 2022 no Brasil eram negros, 76% tinham entre 12 e 29 anos" (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2023, p. 66).

Valioso recordar que os estudos crítico-criminológicos ao se debruçarem sobre o sistema capitalista já tinham evidenciado o caráter seletivo das intervenções jurídico-penais, e que se compatibilizam na contemporaneidade com os dados observados. Assevera-se, assim, a noção da criminalidade como um *status* negativo atribuído segundo as desigualdades sociais (BARATTA, 2002, p. 108), e tendo nas agências de controle social, como a polícia, um ator essencial na criminalização secundária de populações pobres, minorias sociais e vulneráveis.

Tal leitura ampara-se também no fato de que as forças policiais realizam interpretações do sistema penal, as quais, embora não positivadas, restam por aplicar um código secundário (*second code*) à população alvo. Em síntese, "há um discurso que fundamenta a criação de uma determinada norma ou política, contudo", estes mesmos discursos "fomentam instâncias interpretativas que podem, inclusive, contradizer o objetivo teleológico da *surface rule*" (PAIVA; SILVA FILHO, 2020. p. 367), estabelecendo o que Zaffaroni (1988, p. 15) nomina de direito penal subterrâneo em razão de suas constantes violações da lei como padrão de operacionalidade (CASTRO; RIGOLIN, 2022, p. 322).

Portanto, o inimigo social construído no Brasil novamente movimenta as energias do sistema penal e os interesses do capital (FOUCAULT, 2015, p. 49) contra corpos negros e jovens (RAMOS et al., 2023).

> "Essas abordagens policiais em determinados lugares e corpos privilegiados ocorrem porque há um *racial profiling* que seleciona previamente os alvos através da criação de perfis padronizados de suspeitos, que se delineiam no racismo institucional e se travestem de uma espécie de tirocínio policial, que é muito respeitado e vangloriado dentro da subcultura, por estar relacionado com a capacidade que os policiais supostamente possuem de vislumbrar e identificar as condutas e pessoas suspeitas. Ou seja, existem determinadas subjetividades que permeiam a suspeição e abrem margem para abordagens policiais discricionárias. Ocorre que, esse tirocínio policial se baseia em critérios diretamente relacionados à raça e à classe social dos indivíduos, que, para fins de legitimação dessas abordagens seletivas, são identificados como procedimento padrão ou de rotina" (KHALED JÚNIOR; GÓES; PEDROSO, 2024, p. 12).

Pontua-se ainda que a violência policial representada nos levantamentos de pesquisa não se reduz a sua produção de lesões e mortes, mas engloba aspectos violadores de direitos humanos em seus padrões regularizados, conforme corroboram os relatos (advindos dos próprios policiais) de adulteração de locais de crime e simulação de confrontos como justificativa jurídica para legitimar ações ilícitas (HUMAN RIGHTS WATCH, 2016). Ademais, algumas das condutas retomam a narrativa imagética heroica-guerreira do grupo (VITALE, 2021, p. 24), como nas situações de socorro a vítimas, as quais já estão falecidas, mas que servem de motivação para a alteração e contaminação de locais de crimes em que os agentes estão envolvidos (LEAL; FLAUZINA, 2021, p. 175).

Diante desse cenário, em que a violência racializada e classista é a regra nos padrões comportamentais das polícias brasileiras, sistematizando uma verdadeira tecno-necropolítica (MBEMBE, 2019) tupiniquim, se defronta com forçosa e urgente necessidade de redução dos danos sociais produzidos contra a população. Logo, a partir de tal implicação, tanto entes públicos quanto privados sugerem

instrumentos tecnológicos como elementos capazes de conter o uso da força, elevar os índices de transparência e confiança e atenuar as demandas da segurança nacional. Com base nessa correlação se passa a investigar um dos dispositivos anunciados para tal finalidade, as câmeras corporais.

3. O estado da arte das câmeras corporais nas forças de segurança pública

Após a compreensão da atuação policial no Brasil e dos danos provocados se carece de entender o porquê as câmeras corporais acopladas aos agentes são apontadas como instrumentos de fiscalização e de potencial de redução desses indicadores. No entanto, algumas concepções precisam ser estabelecidas antes de responder a indagação, tal qual o que seriam as câmeras corporais. Nesse sentido, a definição básica aponta que se trata de "pequenas câmeras usadas na pessoa, que possuem pelo menos um microfone e um armazenamento interno de dados que permite a gravação de imagens de áudio e vídeo" (FLIGHT, 2019, p. 1).

White e Malm (2020, p. 3) apontam o início dos anos 2000 como o período em que departamentos de polícia começaram a se interessar pela tecnologia de câmeras corporais no Reino Unido, enquanto nos Estados Unidos iniciativas como essa eram incipientes (embora já houvesse os modelos acoplados em viaturas) e foram aumentando, também em outros países, durante o século XXI.

A implementação de câmeras corporais surge em resposta às críticas das comunidades às atuações policiais, por vezes, violentas, ilegais ou abusivas. Logo, busca-se com elas recuperar a confiança e a fiscalização das atividades, porém, a tecnologia em questão tem limitações, e sua melhor compreensão requer estudos (BRAGA et al., 2017, p. 1).

Cabe aqui breve observação acerca da necessidade de mais investigações sobre o tema no Brasil, tendo em vista que a baixa quantidade ou falta de pesquisas científicas expõe que muitas das pretensões da segurança pública e dos cidadãos podem não ser atendidas pelas câmeras corporais, ou seja, haveria potenciais incompatibilidades, inconsistências ou prejuízos a policiais e cidadãos, somente constatáveis por investigações de campo (LUM et al., 2019, p. 95). Esse registro deve ser realizado em razão de que as experiências brasileiras terão forças diversas atuando sobre sua realidade, de modo que as particularidades locais merecem atenção do campo científico, a fim de evitar a transposição de experiências estrangeiras sem a devida cautela e compreensão.

Posto isso, infere-se que, aparentemente, a impulsão a um instrumento capaz de vigiar ou controlar ações policiais parece ter origens similares nas diversas nações, ou seja, condutas violentas-letais das agências de controle, ao melhor estilo de

sistemas penais subterrâneos (CASTRO, 2005, p. 128). Tal ilação se dá, pois, embora com as suas peculiaridades, os episódios que pressionaram governos estrangeiros, como no caso dos EUA, são similares a inúmeras situações de violência policial ocorridas no Brasil. Ainda assim, a convergência entre pressão popular e ação governamental de investimento ocorrida nas experiências externas não se repetiu no Brasil, onde as inserções ainda são experimentais (LUM et al., 2019, p. 94-95).

Destarte, a inclusão do dispositivo vem ao encontro de problemas já documentados, visto que as câmeras estão associadas como ferramentas que aumentam a transparência das ações de segurança pública, o controle/monitoramento do comportamento policial, auxiliam nos seus desvios de conduta no campo (WILLIAMS JÚNIOR et al., 2021, p. 2), contribuem na produção probatória e atividades jurisdicionais (RICCIO et al., 2023, p. 8). Essa percepção tem base em evidências publicadas, como o levantamento em Rialto na California (que foi um dos primeiros a divulgar dados consideráveis) (ARIEL; FARRAR; SUTHERLAND, 2015, p. 510-511), bem como a revisão de 70 estudos empíricos realizada por Lum et al. (2019) em que se sedimentam de forma bastante sólida os benefícios das câmeras para redução do uso da força e das reclamações populares contra a atividade policial.

Antes de apresentar contraposições (exploradas no tópico final), abordam-se os eixos principais nos relatos das câmeras corporais, mais precisamente, seus efeitos sobre as queixas-insatisfações com o tratamento ofertado à população e o emprego da força (e que redunda na letalidade). Os resultados estatísticos, populares neste campo, obtidos em Rialto apresentaram uma queda significativa no número de queixas contra os policiais a partir do uso das câmeras corporais, indicando, por conseguinte, alteração no uso da força e as possíveis reclamações advindas de seu emprego (ARIEL; FARRAR; SUTHERLAND, 2015, p. 510). Essa constatação se repetiu na grande maioria das pesquisas, reforçando a modificação dos comportamentos que originavam inconformidade popular, embora não fique claro se a alteração foi dos agentes, dos cidadãos ou de todos os envolvidos (WHITE; MALM, 2020, p. 35).

A redução nos índices de queixas e de uso da força é corroborada pelos dados coletados, especialmente quando ocorrem comparativos entre agentes que portam o dispositivo e aqueles que não utilizam a ferramenta. Além da melhoria na relação entre cidadão-polícia, na quantificação custo-benefício, a avaliação realizada estima um efeito em rede que traria uma economia na casa dos milhões de dólares (BRAGA et al., 2017, p. 10-11). Tal consideração é relevante quando se observam decisões judiciais recentes no Brasil que alegam o "custo" como justificativa para desobrigar o investimento dos estados nas câmeras corporais (BRASIL, 2023).

Sem adentrar nos meandros do valor de vidas humanas ou quais vidas são reconhecidas na sua perda (passíveis de luto) (BUTLER, 2021, p. 90-91), há obrigação

de questionar argumentos que naturalizam a morte ordinária, via atuação estatal, da população pobre, jovem e negra no país.

No tocante ao critério de avaliação do uso da força, há predominância nos resultados positivos para sua redução (WHITE; MALM, 2020, p. 33). Contudo, os materiais são parcos em relação à letalidade policial, a qual parece ser o fator ainda mais incerto nos resultados das pesquisas sobre os impactos de custo-benefício das câmeras corporais, sendo, inclusive, indicado como ponto de aprofundamento de estudos futuros (WILLIAMS JÚNIOR et al., 2021, p. 18).

No que diz respeito ao tópico supracitado, as produções nacionais vêm preenchendo a lacuna internacional, indicando bons resultados nesse fator, conforme se observa nos indicadores do estado de Santa Catarina, o qual teve seus melhores índices averiguados no uso das câmeras em conflitos de baixo risco, sendo que nos de alto risco o impacto é bastante reduzido. Isso indica que os dispositivos são mais efetivos em mitigar a escalada dos conflitos, do que em solucionar embates violentos, embora tenham auferido reduções no uso da força em torno de 61%, e conseguido aprimorar os relatórios policiais (BARBOSA et al., 2021, p. 10-16).

Igualmente, aponta-se a expressiva queda de letalidade em São Paulo durante o período de 2019 a 2022, no contexto do programa olho vivo, tendo o decrescimento mais acentuado nos batalhões que utilizavam as câmeras corporais, alcançando as marcas de queda de "63,7% da letalidade geral, 33,3% da letalidade nos batalhões em que não houve implementação de câmeras e 76,2% da letalidade nos batalhões em que as câmeras passaram a ser utilizadas" (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2023, p. 66). Valioso registrar que as mortes de policiais em serviço também tiveram queda (UNICEF/FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2023, p. 7).

Contudo, em relação ao caso paulista torna-se inegável a constatação de que a alteração nas políticas e comandos do Poder Executivo estadual redundaram na retomada do crescimento da violência policial naquele estado, demonstrando as limitações do impacto das câmeras corporais. Coaduna tal assertiva a síntese trazida por Lima, Bueno e Sobral (2022, p. 20) sobre a experiência paulista:

> "Os dados são sugestivos da associação entre o uso de câmeras corporais e a redução de letalidade policial na PMESP, porém indicam também que há a interveniência de outras variáveis organizacionais, a começar pela mensagem política e pela questão da liderança das corporações policiais. Os resultados observados reforçam estudo produzido por Emmanuel Nunes Oliveira Jr., que identificou que o fator que mais impacta nos índices de mortes por policiais no estado de São Paulo são as mudanças no poder executivo. Ou seja, governos preocupados com o controle da ação policial tendem a apresentar tendências descendentes nas taxas de letalidade, enquanto governos que estimulam o confronto e a

> mensagem de que 'bandido bom é bandido morto' mostram tendência ascendente no indicador.
> Além disso, conforme verificado em pesquisa de Tânia Maria Pinc, o sucesso de políticas que incidem no comportamento individual do policial depende de gestão e controle, especialmente por parte do comandante da Polícia Militar. Dito de outro modo, a escolha do comandante-geral e do secretário de Segurança Pública é determinante para a maior eficácia dos mecanismos de controle na redução da letalidade da ação policial.
> Em um momento em que várias polícias do Brasil buscam reproduzir o modelo adotado em São Paulo, este artigo reforça a ideia de que as câmeras corporais não são a panaceia para a redução da letalidade policial e que, para terem êxito, precisam ser consideradas como uma tecnologia adicional e/ou etapa de programas voltados a reforçar compliance, accountability e mecanismos de valorização profissional. Caso contrário, há o enorme risco de a mudança ser só mais um ponto fora da curva de reforço de padrões violentos de ação policial."

Essas considerações supramencionadas fundamentam-se também no Relatório de Monitoramento de Violação de Direitos Humanos na Baixada Santista durante a Segunda Fase da Operação Escudo (OUVIDORIA DAS POLÍCIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO et al., 2024), e nos dados do primeiro bimestre de 2024, tendo registrado aumento de 94% na letalidade policial quando comparado com o ano anterior (G1, 2024).

Assim, mesmo contando com avanços e retrocessos, a queda de modo geral no uso da força e no número de queixas contra os policiais utilizando o dispositivo parece indicar que o uso das câmeras altera o comportamento dos agentes, em razão de terem ciência do constante registro de suas ações. Portanto, ao se projetar na inserção nacional, a ponderação no sentido de afirmar a possível redução das intervenções violentas ou do uso excessivo da força guarda vínculos concretos com os mais relevantes resultados científicos (LUM et al., 2019, p. 100), desde que colacionados com uma política pública ampla para redução da violência e letalidade policial.

Alerta-se que um dos critérios de medição de condutas indevidas pelas agências policiais é o número de registros de denúncias contra os agentes (ARIEL; FARRAR; SUTHERLAND, 2015, p. 515), o que, na realidade brasileira, precisa considerar os aspectos da cifra oculta da criminalidade (CASTRO, 1983, p. 68) e da falta de confiança da população em realizar tais registros.

A obtenção de resultados positivos no uso das câmeras depende de inúmeros fatores, o que inclui mudanças substanciais nas organizações policiais e judiciárias, ou seja, não bastam atuações centradas nos agentes ignorando a mediação dos conflitos sociais, a cadeia investigatória e as demandas dos processos criminais

(BRAGA et al., 2017, p. 1). Logo, considerando os estudos que visam medir a confiabilidade da polícia pela população, constatam-se bons indícios, nesse ponto, a partir da introdução das câmeras, com o crescimento da confiança, embora os mesmos evidenciem que outras políticas e estratégias são necessárias quanto às populações minoritárias/vulneráveis, as quais são mais vitimadas pela atuação policial violenta-abusiva (RICCIO et al., 2023, p. 10).

Portanto, as câmeras corporais, segundo as recomendações da Unicef e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2023, p. 29), devem ser consideradas ferramentas de uma política pública mais abrangente para a redução no uso da força, letalidade, mortalidade policial, entre outros aspectos ligados ao gerenciamento e transparência no campo da segurança.

Em síntese, é viável compreender que a simples inserção tecnológica não é capaz de alcançar o controle das ações policiais ou as reduções esperadas no emprego da força, muitas vezes, letal, tampouco haverá ganhos de confiabilidade nas polícias sem a eliminação do viés discriminatório-racista-classista introjetado na violência policial hodierna. Dito isso, coaduna-se com a conclusão de Williams Júnior et al. (2021, p. 3) ao entender que os dados dos estudos sobre as câmeras corporais sugerem que elas auxiliam nas atividades, mas que não são nenhuma espécie de solução mágica para as questões de segurança pública.

4. Os projetos de lei em tramitação e as representações das câmeras corporais

Com o estabelecimento do estado da arte a respeito das polícias nacionais e das experiências com as câmeras corporais, torna-se plausível adentrar na apreciação dos projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado, no decorrer do período entre 2021 e 2024. Os projetos foram colhidos no mês de março de 2024, com base nas palavras de busca "câmera" e "corporal", em consulta aos *sites* das duas casas legislativas, obtendo como resultado bruto dez projetos na Câmara e um projeto no Senado (sendo este resultado proveniente de um projeto da Câmara, e por isso analisado uma única vez). Por razões de otimização, os resultados foram filtrados, a fim de excluir aqueles que não tivessem alinhamento temático, mas que por motivos indiretos estivessem dentro desse número geral de obtenção.

Inicialmente debruça-se sobre os projetos da Câmara dos Deputados, tendo sido eliminados da apreciação sete projetos: a) PL 2932/2022 (sobre monitoramento por câmeras em veículos de transporte rodoviário interestadual e internacional); b) PL 1835/2022 (modificações no Código de Processo Penal acerca de situações de flagrante com o uso de imagens, por exemplo); c) PL1473/2021; d) PRL 1 CCJC – PL 1473/2021 (os dois últimos vinculados ao uso de videoconferência em razão

da pandemia); d) PL 6009/2023 (trata da destinação de arrecadação pública para segurança, e inclui a aquisição de câmeras entre os itens citados); e) PL 4049/2023 (trata do uso de câmeras de monitoramento em operações do Ibama, não envolvendo policiais na previsão normativa); f) RI 117/2014 (trata-se de um requerimento de informações sobre doação de câmeras corporais por parte do governo norte-americano à PRF). Dessa forma, avaliam-se os três projetos restantes em ordem cronológica, e com a devida afinidade temática.

A primeira proposta é a do PL 3656/2021, encontrada na busca em ambos os *sites*, ou seja, o único resultado localizado na ferramenta de busca do Senado também está na base de pesquisa da Câmara. Esse projeto legislativo traz consigo tanto a alusão de câmeras em viaturas quanto em agentes das forças de segurança pública na esfera federal, tendo sido apresentado por representante do Partido dos Trabalhadores (PT). No texto legal são abordados aspectos como o monitoramento das ações policiais, o tempo de armazenamento das imagens e áudio (junto com critérios a depender das consequências da abordagem, como a letalidade), a integração aos sistemas de comunicação da segurança pública, os entes que podem demandar imagens, a necessidade de adequação à cadeia de custódia e a legislação de proteção de dados (BRASIL, 2021).

O autor da proposição aponta para a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) como base para a adoção das câmeras corporais (na manifestação, o tribunal demandou pelo registro em vídeo e áudio das incursões, por meio de câmeras corporais nas fardas dos agentes) (SAMPAIO; MELO, SANTOS, 2023, p. 2), a fim de com isso garantir a produção probatória conforme as diretrizes do tribunal, bem como proteger a população contra abusos e a vida dos próprios agentes. Ademais, faz-se referência às experiências nacionais (Rio de Janeiro, Santa Catarina e São Paulo) e internacionais (indicando a qualidade probatória e de serviços nos países desenvolvidos) para consignar a importância do aprimoramento tecnológico (BRASIL, 2021).

Com fulcro nos critérios de exclusão somente se localizam projetos novamente no ano de 2023, sendo o primeiro deles o PL 2819/2023, de autoria de deputado do Partido Liberal (PL). Nesse caso, propõe-se uma alteração na legislação 13.675/2018 para incluir as câmeras corporais aos equipamentos de proteção individual (EPI), conforme nova previsão do art. 42-F, inc. IX, sendo enfatizado em mais de uma oportunidade na nova lei que o acionamento das câmeras seria discricionário, ou seja, o policial decidiria quando realizar a ligação do aparelho (BRASIL, 2023a).

Ao justificar o projeto, o congressista inicia alegando que estaria havendo uma inversão de valores, de modo que os criminosos seriam protegidos enquanto se realizaria uma presunção de suspeição dos agentes policiais. Complementa ainda

referindo que "aqueles" que demandam pelas câmeras não se preocupariam com a proteção dos policiais e suas condições de vida (BRASIL, 2023a).

Posteriormente, o deputado faz uso de um estudo publicado no Brasil, mais precisamente um capítulo de livro contendo um estudo empírico com entrevista de policiais datado de 2008 (ano da publicação, mas não se menciona o período da coleta dos dados), para sustentar a insatisfação dos membros da corporação com as condições materiais para execução das atividades. Menciona-se a falta de reconhecimento de que os agentes se encontram em uma área de "guerra", e que estes heróis da segurança precisariam de proteção de seus (redigido em caixa alta) direitos humanos (BRASIL, 2023a).

Em sentido análogo ao relato supramencionado, encontra-se o PL 4822/2023, novamente de autoria de representante do Partido Liberal (PL). Entretanto, a proposta em questão acrescenta alguns elementos, para além da discricionariedade dos agentes policiais em utilizar as câmeras corporais, como: a) a detenção de todas as imagens e áudios produzidos, não podendo ser os agentes compelidos a entregar os materiais; b) alusão de que as câmeras não podem inibir a atividade policial e não podem servir de prova de infrações, já que não se pode produzir provas contra si mesmo (não há citação direta ao princípio da não autoincriminação/*nemo tenetur se detegere*, do direito ao silêncio ou dos arts. 186 ou 198 do Código de Processo Penal) (BRASIL, 2023b).

A justificativa do projeto sustenta-se nas noções de não autoincriminação e na ideia do direito fundamental à privacidade, alegando que o constante escrutínio resultaria em elevação de estresse aos agentes. Outrossim, acresce dizendo que há violação da isonomia, visto que a medida das câmeras corporais estaria direcionada aos policiais militares e não aos demais membros do Poder Executivo, além de comparar o uso dos dispositivos a tornezeleiras eletrônicas (BRASIL, 2023b).

Importante mencionar que a deputada autora indica a existência de estudos que comprovariam a inibição dos policiais em favorecimento dos criminosos, porém, não há nenhuma demonstração da referida pesquisa ou mesmo apontamento de autores ou autoras do dito estudo (BRASIL, 2023b).

Ao se observar as três abordagens vislumbram-se concepções, regramentos jurídicos e ideologias bastante distintos, embora se possa incutir que as duas iniciativas do ano de 2023 encabeçadas por representantes do Partido Liberal (PL) tenham maiores similaridades-alinhamentos político-ideológicos (em parte com noções fascistas e com o que se convencionou chamar de bolsonarismo no Brasil) (AMARAL; SILVEIRA, 2023). Nessas últimas duas visões surge a noção de receios ou contraindicações do uso da tecnologia das câmeras corporais, e apesar da não exposição aprofundada dos congressistas, existem estudos nesse sentido. Portanto, a consideração dos dispositivos apresenta certo grau de desvantagens em relação

a temas como: (a) a privacidade dos policiais e cidadãos (estes últimos ignorados nos projetos citados); além de "(b) problemas na saúde dos agentes, já que alguns equipamentos podem causar lesões físicas; e c) o impacto financeiro dessa estratégia, que envolve custos operacionais e de armazenamento do conteúdo produzido" (SAMPAIO; MELO, SANTOS, 2023, p. 9).

Embora tais apontamentos possam ser contornados ou atenuados (quando comparados aos benefícios esperados), acabam não abrangidos, tampouco parecem compor os raciocínios apresentados nas justificativas. Soma-se a isso que as pesquisas que contestam, em parte, o alcance dos objetivos de redução no uso da força ou da letalidade sequer são aludidos, e que seriam, em tese, fundamentações mais abalizadas para se opor à adoção de tais mecanismos.

Ainda assim, explica-se que as pesquisas que constataram pouco impacto ou nenhum por parte das câmeras corporais a respeito do uso da força tinham em sua maioria problemas de design do estudo. Em síntese, a forma de medição poderia ser mais grosseira ou menos aprimorada, afetando os resultados. Essa consideração serve de base para afastar alguns estudos estrangeiros que apontavam para uma pouca efetividade da ferramenta (BARBOSA et al., 2021, p. 3).

Contudo, se poderia questionar (ainda que os projetos nem mesmo alcancem esse debate) como pode haver resultados tão divergentes nos estudos sobre câmeras corporais? Essa pergunta recebe de White três apontamentos relevantes. O primeiro deles indica que o ponto de partida da polícia é importante na medição de impactos, ou seja, um departamento com altos índices de letalidade ou agressão provavelmente encontrará resultados mais evidentes do que locais que apenas buscam se aprimorar tecnicamente, mas não possuem índices perturbadores sobre violência policial. Um segundo aspecto envolve o planejamento dos programas em questão, pois aqueles realizados rapidamente e com parca reflexão apresentam os efeitos mais fracos. Por fim, o último traço verificado diz respeito às pesquisas em si e seus métodos, ou seja, "nem todas as pesquisas são criadas iguais, e algumas questões relacionadas ao método de pesquisa podem alterar drasticamente a probabilidade de documentar efeitos positivos" (WHITE; MALM, 2020 p. 13).

Sem embargo, mesmo que a proposição de 2021 do Partido dos Trabalhadores tenha tido o eixo da redução da violência e letalidade, juntamente ao posicionamento jurisprudencial, para delimitar o seu núcleo principal, deixou de abarcar ponderações contemporâneas acerca das câmeras. Demonstração dessa afirmativa está em relatos de que um dos problemas evidenciados em algumas averiguações estrangeiras foi o fato de determinados *softwares* não reportarem o uso da força, ou seja, a análise desse aspecto dependeria, exclusivamente, da atuação humana-mecânica (sendo este um elemento subjetivo que afeta os resultados)

(ARIEL; FARRAR; SUTHERLAND, 2015, p. 521-522), e que é exatamente o modelo que o país vem aplicando.

Igualmente causa estranhamento que as alterações jurídicas atreladas ao Partido Liberal, com enfoque na (suposta) proteção dos policiais, não tenham indicado o efeito das câmeras na redução das mortes de policiais ou qualquer necessidade de aprimoramento do serviço público, o que contrasta com os índices de violência e letalidade produzidos pelas agências de segurança pública. Essa ilação se ampara no fato de que o gerenciamento das câmeras vem servindo para ensinar melhores formas de intervenção policial, tendo sido bem-sucedido nas experiências estrangeiras, por exemplo, quando o supervisor realiza uma revisão das ações e explica ao oficial como melhorar sua abordagem (as evidências apontam para mudança em comportamentos posteriores) (WILLIAMS JÚNIOR et al., 2021, p. 4).

As propostas legislativas apreciadas expõem argumentos também na direção da garantia da não autoincriminação e da produção probatória. Aparentemente, os representantes legislativos proclamam em tom de normalidade a concepção de que para combater a criminalidade é preciso ultrapassar os limites da lei (algo marcado na trajetória policial nacional, violando direitos humanos em nome da ordem pública) (GUIMARÃES, 2005, p. 264; DIAS, 2017, p. 91), haja vista que pressupõem o registro de ações ilícitas cometidas pelos agentes, ao mesmo tempo em que ignoram a dimensão de que as forças de segurança exercem o poder punitivo da forma mais extrema contida em um Estado de Direito, devendo ser fiscalizados na atuação pública de suas condutas.

Logo, a postura das propostas do Partido Liberal realiza uma defesa dos interesses policiais contrastante com as opiniões dos próprios policiais em estudos científicos. Pontua-se assim que a maioria dos profissionais da segurança apresenta uma visão positiva da tecnologia de câmeras corporais após a sua inserção-adaptação, por entenderem que elas seriam uma proteção contra acusações infundadas e alegações de desvios de conduta. Além de aspectos de produção probatória, algo importante quando se pensa no processo penal em ambientes democráticos, os agentes manifestaram benefícios na redação de relatórios, sendo mais consistentes na sua reprodução de interação com as pessoas, bem como não estando restritos apenas a sua memória (LUM et al., 2019, p. 103) (sendo esta uma fonte frágil, conforme as evidências científicas do campo da psicologia do testemunho na produção probatória) (CECCONELLO; AVILA; STEIN, 2018).

Complementa-se a visão supracitada com a constatação de que a maior parte das denúncias com imagens das câmeras costuma ser contra desvios dos cidadãos e não dos policiais (LUM et al., 2019, p. 103), demonstrando o caráter falacioso de que as câmeras seriam uma atuação focada contra os agentes e na sua descredibilização. Todavia, a pressuposição invertida no pensamento dos legisladores dos

dois projetos mais recentes tem em mente a violação de direitos como padrão de comportamento policial, vinculando-se novamente à autorização do *ethos* guerreiro (KHALED JÚNIOR; GÓES; PEDROSO, 2024, p. 19-20), algo observável na justificativa do PL 2819/2023 ao nominar os policiais como heróis e estabelecer um cenário de guerra maniqueísta-racista (tipicamente midiática) (ZAFFARONI; SANTOS, 2020, p. 104), em que os bons lutam contra os maus.

O ponto derradeiro e convergente das alterações legislativas de 2023 é o acionamento discricionário das câmeras, e que apresenta mais um tom ideológico do que jurídico ou técnico. Diversos detalhes são expostos nos estudos nacionais acerca das recomendações sobre o uso das câmeras, desde o local de posicionamento no corpo até a decisão sobre o início do registro. Um dos aspectos essenciais levantado trata da cadeia de custódia, para que os registros possam servir como material probatório. Sobre este tópico se afirma ser imperativo a continuidade do modelo em que nenhum agente, independente da hierarquia ou Poder Público envolvido, possa editar as imagens, garantindo assim a confiabilidade e integridade do material gravado (UNICEF/FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2023, p. 30).

Destarte, o conceito de controle dos mecanismos pelos policiais é incompatível com a confiabilidade probatória e o modelo processual penal acusatório. Contributivo agregar o pensamento de Newell (2021, p. 2) ao apresentar algumas objeções e críticas interessantes ao uso das câmeras corporais, aludindo que em análises subjetivas dos policiais foram constatadas vulnerabilidades dos agentes, o reforço destrutivo de ideologias voltadas à noção de nós *versus* eles, bem como do ideal do guerreiro policial. Entretanto, há um apontamento ainda mais relevante feito pelo autor, no sentido do debate sobre quem controla/gerencia as câmeras, visto que ao manter tal dispositivo sobre o poder das instituições de segurança se incrementa os poderes de controle estatal, enquanto se proclama um discurso de gestão e transparência.

Portanto, levando-se em consideração as três propostas legislativas, percebe-se que nenhuma delas retira das forças policiais a gestão e controle sobre as gravações das câmeras corporais, bem como não inserem membros da sociedade civil como fiscalizadores das práticas gerenciais da segurança pública, ou sequer problematizam a concentração de poder nas entidades responsáveis pela produção da violência e letalidade policial no Brasil. Reitera-se com isso o ideal reformista (ingênuo, esperançoso ou, simplesmente condescendente) que confia aos perpetradores da violência a incumbência de realizar as mudanças necessárias para a superação dos problemas por eles causados (SANTOS, 2021, p. 51).

As câmeras corporais parecem auxiliar nas atividades, mas não são a nova panaceia para as questões de segurança pública (WILLIAMS JÚNIOR et al., 2021, p. 3),

conforme se constata com os casos de ocultação, desvios, manipulações e crimes cometidos por policiais, os quais não são capturados pelos referidos dispositivos (ADORNO, 2023), deixando claro que "é a polícia que se move desde o próprio estado de exceção" (ROSA; AMARAL, 2017, p. 113). Apesar disso, os debates oscilam entre um tecnicismo jurídico acrítico (mais bem caracterizado na proposição de 2021 do Partido dos Trabalhadores), em que se adicionam artigos às leis nacionais para dar conta das decisões judiciais, sem o devido aprofundamento ou a consideração de nuances distintas (conforme citado anteriormente acerca da fiscalização e gerenciamento que mantêm a fé reformista-acrítica), e uma suposta defesa corporativa ideológica (atrelada às raízes das redes bolsonaristas)[2], a qual maneja dispositivos legais como enunciados performativos a serviço da manutenção das práticas punitivas, violentas e de morte causadas pelas forças de segurança pública.

Ante o exposto, a visão crítica ofertada pelo pensamento criminológico se mostra cada vez mais necessária, a fim de evitar certos solucionismos tecnológicos (MOROZOV, 2013, p. 9) ou a captura radicalizada por ideologias anticientíficas das tecnologias aplicadas ao sistema penal.

5. Conclusão

O artigo proposto se dispôs a uma reflexão sobre o uso de câmeras corporais na polícia brasileira, tendo por base a interlocução jurídico-tecnológica e criminológica com a segurança pública. Mas, a fim de proporcionar maior aprofundamento, centrou-se na leitura dos projetos de lei acerca das câmeras corporais em tramitação nas duas casas do Congresso Nacional, mais especialmente na compreensão dos discursos produzidos em cada proposição e as normativas previstas para a regulamentação dos dispositivos.

Com a intenção de responder a indagação de como as câmeras corporais seriam representadas nos discursos contidos nos projetos de lei nacionais, estabeleceu-se três partes de segmentação da pesquisa.

2. Acerca das ideologias que compõem o bolsonarismo e sua vinculação com o tema da violência policial, cita-se o trecho do artigo de Amaral e Silveira (2023, p. 76-77): "Além de reproduzir elementos tipicamente fascistas que também estiveram presentes nos discursos de campanha, como o nacionalismo autoritário, o ódio ao dissenso político e às esquerdas, o machismo, a homofobia, o militarismo, Bolsonaro defendeu também a liberação das armas de fogo para a população, tudo sob a justificativa de proteger a propriedade e a liberdade dos 'cidadãos de bem', isto é, de seus apoiadores, os quais, hoje, passados três anos das eleições, sabemos quem são. Somando tais manifestações às defesas do uso da violência pelas forças policiais, observa-se que Bolsonaro é um adepto da velha estratégia autoritária de forjar o caos para governar pelo medo, através do Estado policial".

Na primeira parcela se abordam os dados contextuais sobre a polícia no Brasil, destacando a importância de compreender a bagagem histórica (indicando que o emprego abusivo da violência antecede as rupturas democráticas) e o papel das forças policiais no país. Ao situar a polícia como parte integrante da segurança pública em um contexto democrático pós-1988, ressaltam-se as marcas deixadas pelo período ditatorial, que contribuíram para o aprimoramento, perpetuação e regularidade-normalização de práticas de violência-controle. A consideração crítica desses aspectos é indispensável para estabelecer uma cartografia da atuação policial contemporânea e para compreender os níveis alarmantes de produção de danos e letalidade como regularidade das agências de controle penal.

Em sequência, debruçou-se sobre as investigações científicas acerca das câmeras corporais, em sua conexão com a atividade policial e seu potencial de contenção dos excessos operados contra a população. A maior parte das produções apontou os potenciais aumentos da confiança da população na polícia com a implementação desses dispositivos, a redução no uso da força e nas taxas de letalidade (esta última nuance complementada especialmente por incursões nacionais), embora ressaltem a necessidade de políticas diferenciadas para lidar com conflitos sociais e questões de violência policial contra populações minoritárias-vulneráveis. Consignou-se, inclusive, a recomendação da Unicef e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública de considerar as câmeras corporais como parte de uma política pública mais ampla para a redução do uso da força e aumento da transparência, sendo fundamental para uma abordagem holística-complexa da segurança pública no Brasil.

O tópico final tratou dos projetos de lei em tramitação no Senado e Câmara dos Deputados, observando-se um interesse crescente no debate das câmeras corporais introduzidas nas ações policiais, seja como ferramenta de proteção para a população, seja para o resguardo da vida dos próprios agentes de segurança. Na leitura empírica realizada os projetos se segmentaram em construções reformistas (jurídico-pragmáticas), com o objetivo de atender aos reclames jurisprudenciais, mas sem incluir ponderações mais avançadas trazidas pelas pesquisas das câmeras corporais, enquanto a segunda via ofertava o manejo estratégico de fundamentos jurídicos performativos para finalidade de captura ideológica anticientífica (já que parte das propostas ia em sentido inverso às constatações dos estudos, como na demanda por discricionariedade de acionamento ou mesmo de controle dos sons e imagens) e, em tese, de defesa de classe na "guerra" heroica contra a criminalidade (retomando o *ethos* guerreiro).

Ante o exposto, houve a verificação de uma discussão pouco aprofundada nos projetos observados, de modo que os avanços científicos se encontram recepcionados de forma parcial. Há, por isso, um evidente prejuízo coletivo, em razão dos direcionamentos ideológicos, reformistas (jurídico-pragmáticos) ou solucionistas, os

quais inviabilizam reflexões e questões relevantes para, no mínimo, atenuar a letal realidade nacional.

Em suma, a discussão sobre o uso de câmeras corporais na polícia brasileira envolve tanto aspectos tecnológicos quanto questões éticas, jurídicas e sociais que permeiam a seara da segurança pública. A implementação dessas tecnologias deve ser acompanhada por políticas públicas abrangentes, que considerem não apenas a eficácia dos dispositivos, mas também a promoção da igualdade, transparência e respeito aos direitos humanos, visando à redução dos danos sociais aos policiais e à população. Contudo, para essa finalidade é imperiosa e urgente a reestruturação das visões idealizadas nos projetos de lei apresentados até o presente momento, sob pena de cair nas armadilhas citadas que ignoram a complexidade da equação social, e que permitem que diariamente se atinjam pessoas jovens, não brancas e economicamente vulneráveis como parte da normalidade do sistema penal brasileiro.

6. Referências

ABREU, Marcos Araguari de. *Da intendência às polícias*: uma genealogia do modelo policial brasileiro. Tese (Doutorado em Sociedade, Cultura e Fronteiras) – Curso de Pós-Graduação em Sociedade, Cultura e Fronteiras, Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, Foz do Iguaçu, 2019.

ADORNO, Luís. Como PMs de São Paulo manipulam o sistema de câmeras corporais. *UOL*, 20.12.2023. Disponível em: [https://tab.uol.com.br/noticias/redação/2023/12/20/como-pms-de-sao-paulo-manipulam-o-sistema-de-cameras-corporais.htm?fbclid=IwAR2io1aseSp6C_NNAHuz6_9ymQ5GC2TOqnh2x jFb0yorL6RUtMaFGQJsHwI]. Acesso em: 20.03.2024.

AGÊNCIA BRASIL. *Tarcísio é denunciado à ONU por operações letais em São Paulo*: entidades de direitos humanos apresentaram a denúncia. 08.03.2024. Disponível em: [https://agenciabrasil.ebc.com.br/ geral/noticia/2024-03/tarcisio-e-denunciado-onu-por-operacoes-letais-em-sao-paulo]. Acesso em: 09.03.2024.

AMARAL, Augusto Jobim do; FIEDLER, Cássia Zimmermann; PILAU, Lucas e Silva Batista; MEDINA, Roberta da Silva. As forças policiais nas "Jornadas de Junho" de 2013: um estudo sobre a criminalização das manifestações em Porto Alegre/rs. *Revista Insurgência*, Brasília, v. 3, n. 2, 2017.

AMARAL, Augusto Jobim do; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. Bolsonarismo e o fascismo na Era Digital. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 127, n. 2, 2023.

ARIEL, Barak; FARRAR, William A.; SUTHERLAND, Alex. The effect of police body-worn cameras on use of force and citizens' complaints against the police: a randomized controlled trial. *Journal of quantitative criminology*, v. 31, p. 509-535, 2015.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BRAGA, Anthony et al. *The benefits of body-worn cameras*: new findings from a randomized controlled trial at the Las Vegas Metropolitan Police. Arlington, VA: CNA, 2017.

BRASIL. *Uso de câmeras por policiais em SP deve ser implementado, mas ação apresentada não é meio próprio, diz STF*. 30.12.2023. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=523617&ori=1#:~:text=Segundo%20consta%20na%20decis%C3%A3o%20do,p%C3%BAblicas%20de%20seguran%C3%A7a%20no%20estado]. Acesso em: 11.03.2024.

BUTLER, Judith. *A força da não violência*: um vínculo ético-político. São Paulo: Boitempo, 2021.

CASTRO, Alexander de; RIGOLIN, Isabela Furlan. O sistema penal subterrâneo no trato aos "menores" durante o regime militar brasileiro: breve história da violação sistemática de direitos da infância e adolescência no Brasil. *Revista Eletrônica Direito e Política. UNIVALI*, v. 17, n. 2, 2022.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir) repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 1057-1073, 2018.

CRARY, Jonathan. *24/7*: capitalismo tardio e os fins do sono. São Paulo: Ubu, 2016.

DIAS, Felipe da Veiga. A violência (mortal) do Estado contra crianças e adolescentes: um estudo a partir do retrato midiático do caso Jhonata Dalber Mattos Alves. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, ano 25, v. 130, p. 75-104, 2017.

DUARTE NETO, José; MARANGONI, Murilo Salvatti; BORGES, Vinícius Henrique de Oliveira. Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) e violência policial: análise da ADPF 635 sob a ótica da efetividade. *In*: BORGES, Paulo César Corrêa et al. (Org.). *Violência urbana armada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023.

EHRENBERG, Alain. *O culto da performance*: da aventura empreendedora à depressão nervosa. Aparecida/ SP: Ideias e letras, 2010.

FERREIRA, Poliana da Silva. *Justiça e letalidade policial*: responsabilização jurídica e imunização da polícia que mata. São Paulo: Jandaíra, 2021.

FLIGHT, Sander. Opening up the black box: understanding the impact of body-cams on policing. *Special Issue 4 Eur. L. Enf't Rsch*. Bull., n. 47, 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública 2022*. 2022. Disponível em: [https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5]. Acesso em: 04.03.2024.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública 2023*. 2023. Disponível em: [https://forumseguranca.org.br/publicacoes/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/]. Acesso em: 04.03.2024.

FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Martins Fontes, 2015.

FRANCO, Fábio Luís. *Governar os mortos*: necropolíticas, desaparecimento e subjetividade. São Paulo: Ubu, 2021.

GRAHAM, Stephen. *Cidades sitiadas*: o novo urbanismo militar. São Paulo: Boitempo, 2016.

GUIMARÃES, Juliany Gonçalves; TORRES, Ana Raquel Rosas; FARIA, Margareth. R. G. V. de. Democracia e violência policial: o caso da polícia militar. *Psicologia em estudo*, v. 10, n. 2, 2005.

HARCOURT, Bernard E. *A contrarrevolução*: como o governo entrou em guerra contra os próprios cidadãos. São Paulo: GLAC, 2021.

HOLLOWAY, Thomas H. *Polícia no Rio de Janeiro*: repressão e resistência numa cidade do século XIX. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getulio Vargas, 1997.

HUMAN RIGHTS WATCH. *"Good Cops Are Afraid"*: The Toll of Unchecked Police Violence in Rio de Janeiro. 2016.

KHALED JÚNIOR, Salah H.; GÓES, Luciano; PEDROSO, Anayara Fantinel. Controle racial militarizado: desvelando as dinâmicas subculturais de significado que facilitam a atuação policial propensa à violação de direitos humanos. *Revista Direito e Práxis*, v. 15, n. 1, p. 1-31, 2024.

LAVAL, Christian. *Foucault, Bourdieu e a questão neoliberal*. São Paulo: Elefante, 2020.

LEAL, Camila Garcez; FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Execução de mulheres negras e o caso Cláudia Silva Ferreira. *Direito Público*, v. 18, n. 99, 2021.

LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira; SOBRAL, Isabela. Câmeras na farda reduzem a letalidade policial? *GV-Executivo*, v. 21, n. 2, 2022.

LUM, Cynthia et al. Research on body-worn cameras: What we know, what we need to know. *Criminology & public policy*, v. 18, n. 1, p. 93-118, 2019.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*: Biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. São Paulo; N-1 edições, 2019.

MOROZOV, Evgeny. *To save everything, click here*: The folly of technological solutionism. New York: Public Affairs, 2013.

G1. Léo Arcoverde, Arthur Stabile. Mortes cometidas por PMs sobem 94% no 1º bimestre de 2024, 2º ano do governo Tarcísio em São Paulo. *G1*. 04.03.2024. Disponível em: [https://g1.globo.com/sp/ sao-paulo/noticia/2024/03/04/mortes-cometidas-por-pms-sobem-94percent-no-1o-bimestre-de-2024--2o-ano-do-governo-tarcisio-em-sao-paulo.ghtml?fbclid=IwAR3Q5SmFSQVluDdoXDa5L46xAD25RWSsfoj_5QNE92HvtMTpmdBRyqOURoU]. Acesso em: 11.03.2024.

NEOCLEOUS, Mark. *A Critical Theory of Police Power*: the Fabrication of Social Order. Verso: London-New York, 2000.

NEWELL, Bryce Clayton. *Police visibility*: Privacy, surveillance, and the false promise of body-worn cameras. Oakland: University of California Press, 2021.

PAIVA, Matheus Maciel; SILVA FILHO, Edson Vieira da. Paradoxo do modelo penal brasileiro contemporâneo: os direitos fundamentais acobertados pelo second code. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas-Unifafibe*, v. 8, p. 340-372, 2020.

RAMOS, Silvia et al. *Pele alvo*: a bala não erra o negro. Rio de Janeiro: CESeC, 2023.

OUVIDORIA DAS POLÍCIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO et al. *Relatório de Monitoramento de Violação de Direitos Humanos na Baixada Santista Durante a Segunda Fase da Operação Escudo*. 2024. Disponível em: [https://ponte.org/wp-content/uploads/2024/02/relatorio-operacao-na-baixada-santista.pdf]. Acesso em: 11.03.2024.

RICCIO, Vicente et al. Uso de câmeras e Justiça Procedimental: uma análise a partir da Polícia Rodoviária Federal Brasileira. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 10, p. 1-31, 2023.

ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. *Cultura da punição*: a ostentação do horror. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SAMPAIO, André Rocha; MELO, Marcos Eugenio Vieira; SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Mandato policial e câmeras corporais policiais: a gravação audiovisual de operações policiais como mecanismo redutor de práticas autoritárias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 195, p. 79-103, 2023 (versão digital). Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br/]. Acesso em: 05.03.2024.

SANTOS, Lucas da Silva. *Polícia versus democracia*: a produção acadêmica sobre violência policial no Brasil. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021.

TELES, Edson. Entre justiça e violência: estado de exceção nas democracias do Brasil e da África do Sul. In: TELES, Edson; SATAFLE, Vladimir (Org.). *O que resta da ditadura*: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

UNICEF/FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *As câmeras corporais na Polícia Militar do Estado de São Paulo*: processo de implementação e impacto nas mortes de adolescentes. 2023. Disponível em: [www.unicef.org/brazil/relatórios /estudo-cameras-corporais-na-pm-do-estado--de-sao-paulo]. Acesso em: 11.03.2024.

VALENTE, Júlia Leite. Polícia militar" é um oximoro: a militarização da segurança pública no Brasil. *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília*, v. 10, n. 1, p. 204-222, 2012.

VITALE, Alex S. *O fim do policiamento*. São Paulo: Autonomia Literária, 2021.

WHITE, Michael D.; MALM, Aili. *Cops, cameras, and crisis*: The potential and the perils of police body-worn cameras. New York: NYU Press, 2020.

WILLIAMS JÚNIOR, Morgan C. et al. *Body-worn cameras in policing*: benefits and costs. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminologia*: aproximación desde un margen. Bogotá, Colombia: Temis, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. *A nova crítica criminológica*: criminologia em tempos de totalitarismos financeiros. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição Brasileira de 1988. *In*: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). *O que resta da ditadura*: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

7. Legislação

BRASIL. *PL 3656/2021*. 2021. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2303340]. Acesso em: 12.03.2024.

BRASIL. *PL 2819/2023*. 2023(a). Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2365667]. Acesso em: 12.03.2024.

BRASIL. *PL 4822/2023*. 2023(b). Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2392942]. Acesso em: 20.03.2024.



PESQUISAS DO EDITORIAL



Área do Direito: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Mandato policial e câmeras corporais policiais: a gravação audiovisual de operações policiais como mecanismo redutor de práticas autoritárias, de André Rocha Sampaio, Marcos Eugênio Vieira Melo e Hugo Leonardo Rodrigues Santos – *RBCCrim* 195/79-103;
- Perspectivas sobre a prova em vídeo na era digital, de Francisco Silveira de Aguiar Neto – *RDPriv* 121/275-295;
- Violência policial, racismo institucional e o papel do poder judiciário: infelizes semelhanças entre Brasil e EUA, de Marllon Sousa – *RT* 1022/361-374; e
- 2020: Uma chance abolicionista, de Sérgio Salomão Shecaira e Clécio Lemos – *RBCCrim* 179/309-328.

Dias, Felipe da Veiga. Câmeras corporais na polícia brasileira e os diálogos jurídico-criminológicos com base nos projetos de lei (2021-2024). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 371-395. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13655104].

Resenha Crítica

Resenha de ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024

Review of ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Criminal Law: General Part: Volume I: Foundations – The Structure of the Theory of Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024

Lucas Miranda[1]
Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.
lucasmiranda@tuliovianna.adv.br

Autor convidado

DOI: [10.5281/zenodo.13743152].

Resumo: Resenha de ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

Palavras-chave: Claus Roxin – Luis Greco – Direito penal – Teoria do crime.

Abstract: Review of ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Criminal Law: General Part: Volume I: Fundamentals – The Structure of the Theory of Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

Keywords: Claus Roxin – Luis Greco – Criminal law – Theory of crime.

Sumário: 1. Introdução. 2. O conceito de pena como ponto fundamental do Direito Penal. 3. A controvérsia em torno do bem jurídico. 4. As teorias volitivas e cognitivas do dolo. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Doutorando e Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais, com estágio de pesquisa na Humboldt-Universität zu Berlin. Professor de Direito Penal na Faminas. Advogado.
ORCID: [0000-0002-9682-1115].
E-mail: lucasmiranda@tuliovianna.adv.br

1. Introdução

Em agosto de 2024, cinco capitais brasileiras realizaram eventos de lançamento do livro *Direito Penal: Parte Geral*. Na cidade de São Paulo, um dos eventos ocorreu durante o 30º Seminário Internacional de Ciências Criminais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Em todos os eventos, as filas que se formaram para receber uma dedicatória deram a dimensão da importância da obra. Trata-se de nada menos que a tradução para o português da 5ª edição do Manual de Direito Penal de Claus Roxin, que agora conta com a coautoria do professor brasileiro Luís Greco.

A primeira edição do apelidado "manual verde" de Roxin veio a público no ano de 1991, quando o autor estava com sessenta anos de idade. Fruto do trabalho de uma vida, a obra logo se tornou referência não só na Alemanha, mas internacionalmente. As edições posteriores, que receberam traduções para o espanhol, chinês e japonês, foram responsáveis pela formação de incontáveis penalistas ao redor do mundo. No Brasil, o público que não tem acesso à língua de Goethe, costumava acessar a obra pela difundida tradução espanhola da 2ª edição alemã – esta, lançada no ano de 1994. Desse modo, não surpreende a euforia pelo lançamento da edição brasileira: ela representa não só a primeira tradução para o português, mas quase trinta anos de atualização da edição anteriormente consultada!

Na presente resenha procurarei somente dar notícia de alguns aspectos importantes da obra. Já adianto que seria impossível abarcar, no curtíssimo espaço de que disponho, sequer a metade dos aspectos relevantes do livro – que, em sua versão em português conta com pouco mais de 1400 páginas. Desse modo, procurarei apenas apontar alguns pontos que reputo importantes, especialmente relacionados à participação do professor Luís Greco na atualização do trabalho. Procurarei ressaltar os tópicos em que as ideias de Greco se mostram mais presentes e aqueles em que o professor brasileiro preferiu, a despeito de eventuais discordâncias, manter o posicionamento defendido por Roxin. Nesse sentido, é interessante perceber que o próprio autor indica no prefácio à 5ª edição alemã que sua atualização se pautou pela modéstia e pelo respeito – estando menos preocupado em oferecer sua visão particular do que em desenvolver as ideias centrais de Roxin diante dos problemas surgidos desde a 4ª edição.[2] Por fim, devo esclarecer que, ao comentar o trabalho, não realizarei comparações com a edição anterior, mas com a espanhola – ou seja, a 2ª edição alemã. Faço isso por ser esta a versão mais frequentemente consultada pelo público brasileiro.

2. GRECO, Luís. Prefácio. In: ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: Parte Geral:* Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 21.

Miranda, Lucas. Resenha de ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 205. ano 32. p. 399-417. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13743152].

2. O conceito de pena como ponto fundamental do Direito Penal

A primeira diferença entre a nova edição brasileira e a edição espanhola já pode ser vista logo no início da obra. Roxin sempre partiu da ideia de que a pena e a medida de segurança são o ponto de referência comum a todos os preceitos jurídico-penais. Desse modo, indica que "o Direito penal é definido por suas sanções".[3] No entanto, a obra não apresentava uma definição de pena prévia à escolha do legislador. Até então, o autor somente indicava que o Código Penal alemão (adiante, StGB) apresentava, como penas principais, a pena privativa de liberdade e a multa e, como penas acessórias, a privação de patrimônio[4] e a suspensão do direito de dirigir.

A nova edição passou a prever, no segundo capítulo, um tópico específico para o *conceito material de pena*. A importância que o conceito de pena tem na teoria de Luís Greco pode ser vista desde a sua impressionante tese de doutoramento.[5] Nesse trabalho, Greco esclarece que Feuerbach realiza uma distinção entre o conceito de pena e seus pressupostos de justificação.[6] A importância dessa distinção encontra-se na possibilidade de separar as penas legítimas daquelas ilegítimas. Nesse sentido, indica que "se a pena se define já fazendo referência a seus pressupostos de justificação, então só se estaria diante de uma pena quando estiverem presentes os seus pressupostos de justificação".[7] A partir da distinção entre conceito e pressupostos de justificação, passa a ser possível identificar castigos que já são penas, mas que não são justificados – e, portanto, que podem ser classificados e estigmatizados como ilegítimos.

Ademais, é a partir dessa distinção que se impede a *fraude de etiquetas* – conceito também de especial importância para Greco. De acordo com o autor, a fraude

3. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General:* Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1994.

4. A medida de privação de patrimônio não aparece na 5ª edição da obra, uma vez que foi revogada em 2017 pela Lei de Recuperação de Ativos no Âmbito Penal (*Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*).

5. Traduzida para o espanhol. Nesse sentido, *cf*. GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015.

6. GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 206.

7. GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 206, tradução nossa.

de etiquetas é um erro de categorização que ocorre quando, deparando-se com "a ausência de uma condição de legitimidade do objeto, ao invés de declarar a sua ilegitimidade, diz-se que não se trata daquele objeto".[8] Nesse sentido, a utilização dos pressupostos de justificação para definir o conceito de pena, torna possível que, ao se deparar com uma pena que não cumpre os pressupostos, não se indique tratar de uma pena ilegítima, mas de um instituto diverso.

Partindo dessas conclusões, apresentadas em sua tese de doutorado, Greco introduz na nova edição do manual um conceito de pena que não se confunde com suas finalidades. Partindo do princípio do pessimismo metodológico,[9] a obra indica que a pena é um *mal*, tanto de tipo *sensorial* como *comunicativo*, infligido pelo *Estado* como *reação* a uma conduta especialmente censurável e que atinge alguém na sua *condição de pessoa* – é dizer, afeta um *direito inato* (e não só "adquirido").[10] De acordo com ele, "os direitos decorrentes do simples fato de ser pessoa são, principalmente, os mencionados no art. 2 II GG, ou seja, vida, corpo e liberdade; os direitos 'adquiridos', cujo exemplo paradigmático é a propriedade, fundam-se em títulos jurídicos específicos".[11] Portanto, na nova edição da obra o conceito de pena é pensado de forma prévia ao legislador. É exatamente por isso que é possível criticar aquelas sanções que, apesar de receberem o nome de pena, não cumprem com os seus requisitos[12] – como a "pena" de multa não conversível à prisão.[13]

---

8. GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 207, tradução nossa.
9. Esse princípio pode ser sintetizado da seguinte forma: "entre as várias descrições verdadeiras da realidade se declara determinante aquela que justifica a necessidade de justificação experimentada frente a essa realidade, ou seja, a descrição que se refere ao lado negativo da realidade". Nesse sentido, *cf*. GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 217, tradução nossa.
10. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: Parte Geral:* Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 86. No mesmo sentido, já havia se posicionado o autor em GRECO, Luís. Opõe-se o princípio da culpabilidade à penalização de pessoas jurídicas? Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade. In: GRECO, Luís. *As razões do direito penal: quatro estudos*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 72.
11. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: Parte Geral*: Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 86.
12. Outro exemplo seria a sanção aplicada às pessoas jurídicas. Nesse sentido, *cf*. GRECO, Luís. Opõe-se o princípio da culpabilidade à penalização de pessoas jurídicas? Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade. In: GRECO, Luís. *As razões do direito penal: quatro estudos*. São Paulo: Marcial Pons, 2019; GRECO, Luís. Por que é ilegítimo e quase de todo inconstitucional punir pessoas jurídicas. In: BUSATO, Paulo César; GRECO, Luís.

Esse conceito de pena é, como diria Schünemann, o ponto arquimédico[14] da obra, que passará a pensar a teoria do delito e seus requisitos como aparato de operacionalização para a aplicação desse tipo de sanção. A "singularidade qualitativa do Direito Penal"[15] decorre da especificidade de sua sanção jurídica – diversa das demais intervenções no direito geral de ação. Assim, Luís Greco conclui o tópico do conceito material de pena com uma frase que poderia ser esculpida nas paredes do parlamento brasileiro: "quem pretende aprovar a criminalização de uma conduta deve estar preparado para enviar à prisão um outro sujeito, seu semelhante, pela prática dessa conduta".[16] Talvez, com isso, conseguíssemos mais zelo e racionalidade na elaboração de nossas leis penais.

3. A controvérsia em torno do bem jurídico

Provavelmente, o tema que recebeu mais contribuições do novo autor na obra foi a teoria do bem jurídico. Desde a publicação da edição espanhola, essa teoria sofreu uma série de críticas quanto à sua capacidade e legitimidade para limitar o poder de incriminação do legislador. De especial relevância foi o julgamento, em 2008, no Tribunal Constitucional Federal (adiante, BVerfG), que atestou a constitucionalidade do § 173, n. 2, frase 2 do StGB – tipo penal que pune com pena de até dois anos de prisão a prática de incesto.[17] Na decisão, o BVerfG rechaçou a aplicação da teoria do bem jurídico, indicando que "não há acordo nem mesmo sobre o

Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil-Alemanha. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. De minha autoria, *cf*. MIRANDA, Lucas. Por que é ilegítimo chamar de penas as sanções aplicadas às pessoas jurídicas? Reflexões político-criminais sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GALVÃO, Fernando. *Estudos sobre responsabilidade penal de pessoas jurídicas.* Belo Horizonte: Dialética, 2023.

13. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: Parte Geral:* Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 87.
14. SCHÜNEMANN, Bernd. Ensaio sobre os conceitos de crime e pena e de bem jurídico e estrutura do delito. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito Penal, racionalidade e dogmática*: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 68.
15. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: Parte Geral:* Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 88.
16. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: Parte Geral:* Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 88.
17. A decisão foi objeto de um estudo de Luís Greco publicado nesta Revista em 2010. Nesse sentido, *cf*. GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 82, p. 165-185, 2010.

Miranda, Lucas. Resenha de ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 399-417. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13743152].

conceito de bem jurídico".[18] Em seguida, justificou a tipificação, indicando uma série de finalidades perseguidas pelo legislador (como a proteção da família e a prevenção de doenças hereditárias). Por fim, asseverou que caberia somente ao legislador democraticamente eleito determinar as finalidades e os bens que a norma penal visa proteger, indicando que "este poder não pode ser limitado através da invocação de bens jurídicos alegadamente existentes ou 'reconhecidos' por outras autoridades para além do legislador".[19]

Com essa decisão, a teoria do bem jurídico sofreu um grave golpe, chegando a ser declarada morta por alguns de seus opositores. Na nova edição do manual, no entanto, Luís Greco demonstra como essas críticas foram rebatidas em diversos trabalhos recentes e como a teoria continua viva – comprovando o velho ditado alemão[20] de que "aqueles que são considerados mortos vivem mais".[21]

A primeira crítica indicada pelo BVerfG é respondida logo no início do segundo capítulo do manual. Nesse ponto, Luís Greco distingue, como já havia feito em dois clássicos estudos publicados nesta Revista[22], o conceito *metodológico* (ou hermenêutico) do conceito *político-criminal* de bem jurídico.[23] No primeiro sentido, "o bem

18. BVerfGE 120, 224. Disponível em: [https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv120224.html]. Acesso em: 30.08.2024, tradução minha.
19. BVerfGE 120, 224. Disponível em: [https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv120224.html]. Acesso em: 30.08. 2024, tradução minha.
20. Ditado utilizado por Schünemann ao se referir sobre o mesmo tema. Nesse sentido, *cf*. SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland; VON HISCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (orgs.). *La teoría del bien jurídico: Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016.
21. No original: *Totgeglaubte leben länger*. Utilizei a tradução de Humberto Souza Santos em sua monografia acerca do bem jurídico. Nesse sentido, *cf*. SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar.* São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 25.
22. GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 49, p. 89-147, 2004, e GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 229 do CP) e direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 92, p. 431-457, set.-out. 2011. No mesmo sentido, *cf*. GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. In: *Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos*. Editora Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 153.
23. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: Parte Geral:* Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 88.

jurídico (...) é apenas uma expressão resumida para 'sentido e finalidade de cada um dos tipos penais'". Desse modo, o bem jurídico seria somente a *ratio legis* de cada tipo penal, não apresentando qualquer função de limitar o poder de incriminar do legislador. Assim considerado, o bem jurídico se identifica com "o interesse protegido por determinada norma, e onde houver uma norma, haverá tal interesse".[24]

O conceito político-criminal de bem jurídico, por sua vez, é aquele que apresenta efetiva relevância para a definição material de crime, pois é prévio à legislação. Luís Greco fundamenta esse conceito na própria tarefa do Direito Penal. Se a finalidade do Direito Penal é "assegurar aos cidadãos uma convivência livre e pacífica"[25] por meio da proteção de bens jurídicos, então estes somente podem ser os "dados ou finalidades necessários ao livre desenvolvimento do indivíduo, à realização de seus direitos fundamentais e ao funcionamento de um sistema estatal orientado à realização desses objetivos".[26] Esse é, portanto, um conceito que limita o poder de incriminação, que impõe um ônus ao estado de justificar a tipificação com a proteção de algum desses dados considerados essenciais ao desenvolvimento individual. Ademais, trata-se de um conceito essencialmente *liberal*, com raízes iluministas, que respeita a *autonomia* dos cidadãos contra interferências estatais arbitrárias. Levando a sério esse conceito, chega-se à conclusão de que o Estado somente está legitimado a restringir a liberdade de um indivíduo para garantir os direitos de outro.

A partir desse conceito, Greco deriva várias conclusões acerca das justificativas que não podem ser consideradas fundamento para uma incriminação – como a imoralidade de uma conduta, os tabus sociais, a referência abstrata à dignidade humana, as autolesões etc. No entanto, ao menos para mim, a mais relevante conclusão diz respeito à impossibilidade da consideração de *sentimentos* como bens jurídicos. Na edição espanhola, a obra indicava que o Direito Penal estaria legitimado a proteger sentimentos como a *indignação* que algumas condutas provocam em certos indivíduos.[27] É bem verdade que em trabalhos mais recentes,[28] Roxin já

24. GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 49, 2004, p. 93.

25. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: Parte Geral:* Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 90.

26. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: Parte Geral:* Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 90.

27. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General:* Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1994, p. 57.

28. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Tradução de André Luís Callegari e Nereu Gomes Giacomolli (org.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 22.

Miranda, Lucas. Resenha de ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 399-417. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13743152].

havia modificado seu entendimento, indicando que somente sentimentos de *segurança* poderiam ser considerados bens jurídicos. Na nova edição, no entanto, esse posicionamento é radicalizado, asseverando que sentimentos, por si sós, nunca podem fundamentar uma proibição penal.[29]

Essa conclusão já havia sido defendida por Luís Greco em outros trabalhos.[30-31] O autor já havia pontuado que o reconhecimento de sentimentos como bens jurídicos poderia sacrificar a função limitadora do conceito de bem jurídico[32] – em especial, com a possibilidade de criminalização de qualquer conduta imoral sob a justificativa de causar sentimento de repulsa ou aversão.[33] Desse modo, na nova edição do livro, Luís Greco indica que nem mesmo o sentimento de segurança pode ser considerado bem jurídico. O fundamento para a criminalização de algumas condutas que ocasionam medo ou insegurança não estaria no sentimento em si, mas no fato de que, junto a esse sentimento, em regra, há uma "afetação da liberdade de formação e exercício da vontade: quem tem que se preocupar com a própria

29. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: Parte Geral:* Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 102.
30. Nesse sentido, *cf*. o já mencionado trabalho publicado neste periódico: GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 49, 2004, p. 93. De igual maneira, *cf*. GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. *Revista Liberdades*, v. 3, 2010, p. 50; GRECO, Luís. Legítima defensa de animales. *Revista Nuevo Foro Penal,* v. 15, n. 92, enero-junio 2019, p. 28 e GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. In: *Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos*. Editora Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 165.
31. Baseando-me nas ideias de Greco, também defendi posicionamento similar em: MIRANDA, Lucas. *O delito de discriminação religiosa: limites entre a crítica legítima à religião e o discurso discriminatório.* Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022, e VIANNA, Túlio; MIRANDA, Lucas. Crimes contra o sentimento religioso: uma interpretação conforme a Constituição da República de 1988. In: REALE, Miguel; ASSIS MOURA, Maria Thereza. Coleção 80 anos do Código Penal. v. 4. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
32. GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. In: *Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos*. Editora Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 165.
33. Nesse sentido, por exemplo, Greco indica que até mesmo a homossexualidade poderia ser considerada crime, uma vez que muitas pessoas manifestam sentimento de repulsa diante da demonstração de afeto entre pessoas do mesmo sexo. A esse respeito, *cf*. GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 49, p. 108.

Miranda, Lucas. Resenha de ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 205. ano 32. p. 399-417. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13743152].

segurança renuncia a uma série de atividades que, de outro modo, poderia realizar sem receios".[34]

Esse argumento me parece acertado para fundamentar a tipificação de diversas condutas, mas, em trabalho recente em homenagem ao professor Luís Greco, publicado em coautoria com o professor Túlio Vianna, sustentei que é insuficiente. Alguns casos, como o crime de ameaça simples (em que não há pedido de que a vítima realize qualquer ato para evitar a ocorrência do mal ameaçado), não parecem lesionar a liberdade de formação e exercício da vontade. Por esse motivo, procurei complementar a fundamentação apresentada por Greco a partir do reconhecimento de um outro bem jurídico: *o sossego*.[35] De todo modo, me parece um ponto salutar da nova edição do manual o abandono completo da referência a sentimentos como bens jurídicos. Se quisermos levar a sério um Direito Penal liberal, que respeite a autonomia individual, devemos excluir toda e qualquer possibilidade de que ele seja utilizado como instrumento de restrição de condutas desrespeitosas, indecorosas ou, em última instância, *imorais*, que, no entanto, não afetam direitos de terceiros.

A segunda crítica realizada pelo BVerfG quanto ao conceito de bem jurídico diz respeito à sua legitimidade para limitar o poder de criminalização conferido ao legislador democraticamente eleito. Como indicado acima, questiona-se se uma teoria elaborada por professores teria legitimidade para limitar a atuação de um legislador que representa parte expressiva da população – que o elegeu pelo voto popular. Essa nova investida, desenvolvida especialmente após a edição espanhola, é respondida com primor por Luís Greco na nova edição da obra. Nesse ponto, o autor demonstra que a concepção de democracia defendida por esses críticos é empobrecida, uma vez que se identifica com simples vontade da maioria. Sabe-se – ao menos desde Tocqueville,[36] mas principalmente a partir de Stuart Mill[37] – que a democracia não se confunde com a tirania da maioria. Desse modo, em uma democracia existem limites até mesmo acerca do que a maioria da população pode decidir.

34. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: Parte Geral:* Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 102.
35. VIANNA, Túlio; MIRANDA, Lucas. O direito ao sossego: uma alternativa ao falso bem jurídico "sentimento". *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região,* v. 36, n. 2, p. 42-52, 2024.
36. TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 294.
37. MILL, John Stuart. *On Liberty*. Ontario: Batoche Books, 2001, p. 8.

Miranda, Lucas. Resenha de ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 205. ano 32. p. 399-417. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13743152].

Partindo de ideias similares, Luís Greco indica que, se a ciência jurídica está distante da democracia, como afirmam os críticos, isso é correto somente no sentido em que "ela se mostra pouco aberta a reconhecer a vontade de uma maioria como uma razão".[38] Interessante perceber que Luís Greco já havia desenvolvido – tanto em sua tese de doutorado,[39] mas de forma ainda mais direta em um artigo acerca da função da dogmática jurídico-penal – a ideia de que o Direito se diferencia do arbítrio por justificar as restrições que impõe ao próprio indivíduo afetado. Nesse sentido, indicou que o "o direito começa no momento em que o poderoso se esforça para justificar sua coação e precisamente em relação àquele a quem ela afeta. Direito é a tentativa de domar o poder por meio de razões".[40] Esse ponto é fundamental para a defesa da teoria do bem jurídico. A concepção de democracia que concede ao legislador poder ilimitado por ter sido eleito pela maioria da população se esquece que, nem mesmo a maioria pode impor a sua vontade a um único indivíduo sem apresentar justificativas racionais – sob pena que converter-se em tirania da maioria.[41]

Esse argumento se liga a outro ponto fundamental da obra – que é a introdução de um limite geral de criminalização identificado na "*esfera nuclear da vida privada*".[42] Luís Greco indica que a teoria do bem jurídico apresenta um lado iliberal:[43] a finalidade de proteção de bens jurídicos pode conduzir a tipificações de um estágio prévio à própria lesão, que, em última análise, poderia levar até mesmo à criminalização de pensamentos.[44] Para solucionar esse problema, a obra indica que deve-se

38. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: Parte Geral:* Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 152.
39. GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 114 e 196.
40. GRECO, Luís. Dogmática e Ciência do Direito Penal. In: GRECO, Luís. *As razões do Direito Penal*: quatro estudos. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 25.
41. Uma excelente distinção entre Estado democrático e Estado de direito e a demonstração de que o Estado de direito é historicamente muito anterior ao Estado democrático pode ser encontrada em Ferrajoli – autor que também se esforça para legitimar o Direito por meio da racionalidade. Nesse sentido, *cf*. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: Teoria do Garantismo Penal. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 791.
42. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: Parte Geral:* Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 94.
43. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: Parte Geral:* Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 93.
44. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: Parte Geral:* Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 94.

abrir mão do utilitarismo que fundamenta a teoria do bem jurídico e procurar limitações deontológicas ao poder de incriminação. "Uma dessas restrições, pautada por considerações de respeito àqueles cuja liberdade estamos dispostos a sacrificar, advém da ideia da *esfera nuclear da vida privada*".[45]

De acordo com Greco, "respeitar a autonomia do indivíduo significa reconhecer-lhe uma esfera dentro de cujos limites só ele pode tomar decisões".[46] Apesar de assumir que não é simples delimitar o âmbito no qual o estado está impedido de intervir, essa ideia parece ser de fundamental importância para um Direito Penal liberal. Assim, Greco indica no manual que "comportamentos que têm lugar em um domínio isolado, sendo, portanto, comparáveis a pensamentos, não podem ser criminalizados".[47] Em outro trabalho o autor já havia resumido a ideia da seguinte forma: "o núcleo de privacidade é, assim, inviolável".[48] Talvez essa seja a principal via deixada aberta na obra para a doutrina penal percorrer. Procurar estabelecer de forma clara os limites da esfera nuclear da vida privada é tarefa que precisa ser desenvolvida com vigor por quem se propõe a construir um Direito Penal que respeite a autonomia individual. Portanto, apesar de ainda incipiente, me parece excepcionalmente importante a menção a esse conceito na nova edição do livro.

Ainda sobre a teoria do bem jurídico, duas ideias me parem importantes de serem mencionadas, mesmo que rapidamente. Primeiro, são notáveis os esforços de Luís Greco para distinguir bens jurídicos coletivos autênticos de falsos bens jurídicos.[49] Na nova edição do manual, indica-se que os bens jurídicos coletivos (ou universais, como prefere o autor) são "aqueles que não se permitem dividir em partes que possam ser atribuídas a cada indivíduo".[50] Essa regra da *não-distributividade*

45. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: Parte Geral:* Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 94.
46. GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 82, 2010, p. 179.
47. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: Parte Geral:* Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 94.
48. GRECO, Luís. Introdução. In: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal:* Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 34.
49. Esforços que já aparecem em GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 49, 2004, p. 104.
50. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: Parte Geral:* Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 91. Em sentido similar,

é de essencial importância para conseguir identificar os falsos bens jurídicos coletivos (como saúde pública), daqueles que efetivamente merecem proteção (como o meio ambiente), criando uma limitação racional e adequada, que não cai em radicalismos.

Por fim, chama a atenção o reconhecimento na obra de exceções à teoria do bem jurídico. Um forte ataque que a teoria sofreu em sua tentativa de se tornar um critério de legitimidade de todos os tipos penais decorre de sua dificuldade em justificar crimes como o de maus-tratos a animais. Ao comentar essa crítica, Luís Greco já mencionava que o indivíduo que pega seu próprio cão e "o tortura, para depois abandoná-lo mutilado, deixando-o agonizar por horas" não lesionaria nenhum bem jurídico.[51] Nesse sentido, esclarece que, como os bens jurídicos são de titularidade de seres humanos – e não de animais –, não há como justificar a criminalização de condutas como essa na afetação da esfera individual de terceiros.[52] Em certa concordância com esse posicionamento, a edição espanhola do manual defendia a punição de condutas contra animais fazendo referência ao sentimento de *solidariedade* que os seres humanos sentem pelos animais superiores.[53]

A partir do já mencionado abandono de qualquer referência a sentimentos como bens jurídicos, uma tal argumentação não é mais possível. Desse modo, a edição brasileira do livro indica um novo posicionamento – que Roxin já havia defendido anteriormente, é bem verdade, mas não na versão traduzida ao espanhol. De acordo com a obra, existem finalidades legítimas para a incriminação de condutas que não se vinculam à teoria do bem jurídico. Nesse sentido, indica-se tanto a proteção de animais (e de plantas), quanto a proteção de embriões e das gerações futuras.[54]

---

cf. GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos. *Anuario de derecho penal económico y de la empresa. Lima: CEDPE*, v. 2, p. 63-73, 2012; HEFENDEHL, Roland. Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v. 14, n. 4, 2002, p. 4.

51. GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 49, p. 108. No mesmo sentido, *cf*. GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. In: *Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos*. Editora Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 161.
52. GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 49, p. 108.
53. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General:* Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1994, p. 59.
54. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: Parte Geral:* Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 130.

Miranda, Lucas. Resenha de ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 399-417. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13743152].

Se é bem verdade que essas exceções têm a vantagem de não diluir o conceito de bem jurídico[55] para tentar abarcar finalidades alheias ao ser humano, a meu ver, elas abrem uma porta pela qual pode ser difícil controlar quem irá passar. Afinal, como distinguir as finalidades alheias à teoria do bem jurídico que são legítimas daquelas que não são? Se essas exceções são de fato necessárias, então seus limites passam a ser um novo objeto a ser desenvolvido pela doutrina – sendo necessário elaborar novos requisitos para reconhecer a legitimidade de incriminações que não se fundamentam na teoria do bem jurídico.

4. As teorias volitivas e cognitivas do dolo

O último assunto que escolhi abordar nesta resenha é o conceito de dolo presente na obra. A importância desse tópico decorre do fato de que um dos mais celebrados trabalhos do professor Luís Greco no Brasil é o reconhecido artigo "*Dolo sem vontade*".[56] Nesse estudo, o autor defende um conceito cognitivo de dolo, que prescinde da vontade para sua configuração. Nesse sentido, Greco já havia indicado, em introdução dedicada a analisar a possibilidade de recepção das ideias de Ingeborg Puppe no Brasil, que o termo *querer*, previsto no art. 18, inciso I, do Código Penal brasileiro, poderia ser interpretado de duas formas distintas.[57] Em uma concepção *psicológico-descritiva*, o termo "designa-se por vontade um estado mental, algo que ocorre literalmente na cabeça do autor, uma entidade empírica que pertence ao universo psíquico de alguém".[58] Desse modo, a afirmação de que alguém *quis* produzir um determinado resultado diz respeito a uma questão de fato: se existia ou não vontade na mente do agente no momento da conduta.

No entanto, seria possível também interpretar o termo querer em um segundo sentido, *normativo-atributivo*. De acordo com Greco, nesse sentido, a "vontade não é mais uma entidade interna à psique de alguém, mas uma atribuição, isto é,

55. GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 49, p. 110.

56. GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, Augusto; RAPOSO, João António; ALVES, João Lopes; MENDES, Paulo de Sousa; DUARTE, Luís (orgs.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito. Estudos de Direito e Filosofia*. São Paulo: Almedina, 2009.

57. GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à "Distinção entre dolo e culpa", de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Barueri: Manole, 2004, p. XVII.

58. GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, Augusto; RAPOSO, João António; ALVES, João Lopes; MENDES, Paulo de Sousa; DUARTE, Luís (orgs.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito. Estudos de Direito e Filosofia*. São Paulo: Almedina, 2009, p. 886.

uma forma de interpretar um comportamento, com ampla independência da situação psíquica do autor".[59] Desse modo, ao dizer que alguém quis produzir um resultado, não é mais necessário perquirir sobre o que se passou dentro de sua cabeça, mas interpretar o comportamento e classificá-lo como *querido* ou *não querido*. A vontade, nessa concepção, seria uma atribuição realizada por um terceiro a partir do comportamento do agente – isto é, seria a afirmação de que, em razão do comportamento, não será possível ao agente se escusar do resultado dizendo que não o queria.

Um exemplo apresentado por Greco diferencia bem a questão. Imagine um estudante que não se prepara para um exame e, na véspera, sai para beber, não dorme e vai direto de uma festa para a universidade realizar a prova.[60] Percebendo, em algumas semanas, que o estudante reprovou na disciplina, alguém poderia dizer que ele *quis* o resultado. Por certo, em um conceito psicológico-descritivo de vontade, o estudante não almejou a reprovação, uma vez que isso lhe traria consequências desagradáveis. No entanto, em um sentido normativo-atributivo, poder-se-ia dizer que o estudante quis reprovar, pois se comportou de maneira incongruente com alguém que quer a aprovação.[61]

A partir dessa distinção, Greco indica a possibilidade de recepção das teorias cognitivas do dolo pelo ordenamento jurídico brasileiro – mostrando que seria possível interpretar o termo *querer*, previsto no Código Penal, a partir de um conceito normativo-atributivo. Em seguida, o autor questiona o papel da vontade na distinção entre dolo e culpa, apresentando o argumento de que a maior reprovabilidade da conduta dolosa não decorre da vontade do agente, mas do "*domínio* ou *controle* sobre aquilo que estava em vias de realizar".[62] Desse modo, conclui que o conceito de dolo estaria vinculado não ao conhecimento e à vontade de realização do tipo objetivo, como defendem os adeptos das teorias volitivas, mas somente ao

59. GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, Augusto; RAPOSO, João António; ALVES, João Lopes; MENDES, Paulo de Sousa; DUARTE, Luís (orgs.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito. Estudos de Direito e Filosofia*. São Paulo: Almedina, 2009, p. 887.
60. GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, Augusto; RAPOSO, João António; ALVES, João Lopes; MENDES, Paulo de Sousa; DUARTE, Luís (orgs.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito. Estudos de Direito e Filosofia*. São Paulo: Almedina, 2009, p. 887.
61. GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, Augusto; RAPOSO, João António; ALVES, João Lopes; MENDES, Paulo de Sousa; DUARTE, Luís (orgs.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito. Estudos de Direito e Filosofia*. São Paulo: Almedina, 2009, p. 887.
62. GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, Augusto; RAPOSO, João António; ALVES, João Lopes; MENDES, Paulo de Sousa; DUARTE, Luís (orgs.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito. Estudos de Direito e Filosofia*. São Paulo: Almedina, 2009, p. 891.

Miranda, Lucas. Resenha de ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 205. ano 32. p. 399-417. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024.
DOI: [10.5281/zenodo.13743152].

conhecimento de que uma ação possa ocasionar um determinado resultado típico.[63] Essa teoria cognitiva do dolo repercutiu de maneira relevante na doutrina brasileira, tendo sido desenvolvida em trabalhos de reconhecida qualidade.[64]

Em posição praticamente oposta à defendida por Greco, nas edições anteriores do manual, bem como em trabalhos específicos desse tema, Roxin sempre indicou que o dolo se fundamenta na *decisão pela possível lesão do bem jurídico*.[65] A despeito de esse conceito também estar experimentando crescente normativização, Roxin indica que ele apresenta um conteúdo psicológico. Assim, ao contrário das concepções cognitivas, para se concluir acerca da decisão contra o bem jurídico, não basta verificar a dimensão da periculosidade da conduta, mas "todo o desenrolar dos acontecimentos".[66] Desse modo, a decisão pela lesão é aferida a partir "do quadro global de todas as circunstâncias objetivas e subjetivas do fato".[67]

Conhecendo esse impasse, fiquei curioso para saber qual a postura seria adotada na nova edição da obra. No entanto, não me surpreendeu a prevalência da postura indicada por Luís Greco, no prefácio, de desenvolver as ideias centrais de Roxin. Portanto, na nova edição, defende-se o posicionamento "segundo o qual a 'realização do plano' constitui a essência do dolo: um resultado é produzido dolosamente quando e porque ele – em uma valoração objetiva – corresponde ao plano do

63. GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, Augusto; RAPOSO, João António; ALVES, João Lopes; MENDES, Paulo de Sousa; DUARTE, Luís (orgs.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito. Estudos de Direito e Filosofia*. São Paulo: Almedina, 2009, p. 902.

64. Nesse sentido, *cf*. VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017; MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normativização*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, e GOMES, Enéias Xavier. *Dolo sem vontade psicológica: perspectivas de aplicação no Brasil.* Belo Horizonte: D'Placido, 2021. Ainda antes da publicação do trabalho, já defendia essa concepção cognitiva de dolo SANTOS, Humberto Souza. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo. *Temas de Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Em sentido oposto, *cf*. BATISTA, Nilo. Dolo sem vontade?! *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 197, ano 31, p. 139-154, jul.-ago. 2023.

65. ROXIN, Claus. Sobre a normativização do dolo eventual e a doutrina do perigo doloso. Trad. Eduardo Viana. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 79, 2020, p. 9. No mesmo sentido, *cf*. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General:* Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1994, p. 425.

66. ROXIN, Claus. Sobre a normativização do dolo eventual e a doutrina do perigo doloso. Trad. Eduardo Viana. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 79, 2020, p. 11.

67. ROXIN, Claus. Sobre a normativização do dolo eventual e a doutrina do perigo doloso. Trad. Eduardo Viana. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 79, 2020, p. 13.

Miranda, Lucas. Resenha de ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 399-417. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13743152].

autor".[68] Desse modo, a despeito da distinta intensidade do conhecimento e da vontade nas três figuras do dolo, pode-se dizer que sua caracterização unitária decorre da tradicional fórmula do *conhecimento* e da *vontade* de realização dos elementos do tipo.[69] Portanto, apesar do maior espaço destinado às teorias cognitivas, a nova edição mantém o posicionamento defendido por Roxin ao longo de sua vida, de que a vontade é essencial para a configuração do dolo.

5. Conclusão

Por fim, tomarei a liberdade de expressar um testemunho pessoal. Tive o privilégio de ser recebido, em duas oportunidades, pelo Professor Luís Greco na *Humboldt-Universität zu Berlin*. A obra que os leitores têm hoje em mãos é um reflexo de seu autor. Mesmo com todas as atribuições de um professor catedrático em uma das mais importantes universidades da Europa, Greco se desdobra para receber estudantes estrangeiros (muitos deles brasileiros), ler seus trabalhos, dialogar com as ideias desenvolvidas por eles e sugerir caminhos e bibliografia. Esse espírito generoso, típico dos verdadeiros professores, é o que proporcionou o dificílimo trabalho de tradução – realizado por um competente grupo de professores brasileiros. Como ela, Luís Greco convida toda uma nova geração de juristas e estudantes a conhecerem e dialogarem com a dogmática jurídico-penal alemã.

Nos meus dois períodos de pesquisa na Alemanha, acompanhando as aulas de graduação do professor, pude perceber que os alunos costumavam chegar em sala com o manual embaixo do braço. Durante os horários em que não havia aula, inclusive tarde da noite, presenciei vários deles nas bibliotecas da universidade estudando o livro. Impressionei-me com a dedicação de alunos de graduação lendo, integralmente, uma obra tão extensa. Espero que a tradução possa trazer essa mesma postura às universidades brasileiras e que os professores dos cursos de Parte Geral indiquem a leitura integral dessa obra para a formação dos estudantes. O maior agradecimento que podemos oferecer ao professor Luís Greco é ler seu trabalho e desenvolver a ciência jurídica brasileira, dialogando com suas ideias. Obrigado por mais essa oportunidade, professor!

68. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: Parte Geral:* Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 667.

69. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: Parte Geral:* Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 667.

Miranda, Lucas. Resenha de ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 205. ano 32. p. 399-417. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13743152].

6. Referências bibliográficas

BATISTA, Nilo. Dolo sem vontade?! *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 197, ano 31, p. 139-154, jul.-ago. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: Teoria do Garantismo Penal. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

GOMES, Enéias Xavier. *Dolo sem vontade psicológica: perspectivas de aplicação no Brasil.* Belo Horizonte: D'Placido, 2021.

GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à "Distinção entre dolo e culpa", de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Barueri: Manole, 2004.

GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. In: *Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos*. Editora Quartier Latin do Brasil, p. 150-181, 2006.

GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 229 do CP) e direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 92, p. 431-457, set.-out. 2011.

GRECO, Luís. Dogmática e Ciência do Direito Penal. In: GRECO, Luís. *As razões do Direito Penal*: quatro estudos. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, Augusto; RAPOSO, João António; ALVES, João Lopes; MENDES, Paulo de Sousa; DUARTE, Luís (orgs.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito. Estudos de Direito e Filosofia*. São Paulo: Almedina, 2009.

GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos. *Anuario de derecho penal económico y de la empresa. Lima: CEDPE*, v. 2, p. 63-73, 2012.

GRECO, Luís. Introdução. In: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal*: Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GRECO, Luís. Legítima defensa de animales. *Revista Nuevo Foro Penal,* v. 15. n. 92, enero-junio 2019.

GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015.

GRECO, Luís. Opõe-se o princípio da culpabilidade à penalização de pessoas jurídicas? Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade. In: GRECO, Luís. *As razões do direito penal: quatro estudos*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

GRECO, Luís. Por que é ilegítimo e quase de todo inconstitucional punir pessoas jurídicas. In: BUSATO, Paulo César; GRECO, Luís. *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil-Alemanha*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

Miranda, Lucas. Resenha de ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 205. ano 32. p. 399-417. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13743152].

GRECO, Luís. Prefácio. In: ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: Parte Geral:* Tomo I. Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

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

GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. *Revista Liberdades*, v. 3, janeiro-abril 2010.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 82, p. 165-185, 2010.

HEFENDEHL, Roland. Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v. 14, n. 4, p. 1-13, 2002.

MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normativização*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Ontario: Batoche Books, 2001.

MIRANDA, Lucas. *O delito de discriminação religiosa: limites entre a crítica legítima à religião e o discurso discriminatório.* Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.

MIRANDA, Lucas. Por que é ilegítimo chamar de penas as sanções aplicadas às pessoas jurídicas? Reflexões político-criminais sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GALVÃO, Fernando. *Estudos sobre responsabilidade penal de pessoas jurídicas.* Belo Horizonte: Dialética, 2023.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Tradução de André Luís Callegari e Nereu Gomes Giacomolli (org.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General:* Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1994.

ROXIN, Claus. Sobre a normativização do dolo eventual e a doutrina do perigo doloso. Trad. Eduardo Viana. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 79, p. 7-27, 2020.

SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar.* São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SANTOS, Humberto Souza. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo. *Temas de Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de

su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland; VON HISCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (orgs.). *La teoría del bien jurídico: Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016.

SCHÜNEMANN, Bernd. Ensaio sobre os conceitos de crime e pena e de bem jurídico e estrutura do delito. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito Penal, racionalidade e dogmática*: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

VIANNA, Túlio; MIRANDA, Lucas. Crimes contra o sentimento religioso: uma interpretação conforme a Constituição da República de 1988. In: REALE, Miguel; ASSIS MOURA, Maria Thereza. *Coleção 80 anos do Código Penal,* v. 4. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

VIANNA, Túlio; MIRANDA, Lucas. O direito ao sossego: uma alternativa ao falso bem jurídico "sentimento". *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região,* v. 36 n. 2, p. 42-52, 2024.

Miranda, Lucas. Resenha de ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 205. ano 32. p. 399-417. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2024. DOI: [10.5281/zenodo.13743152].

Índice Alfabético-remissivo

AUTORES

A

ALBRECHT, Peter-Alexis
– A dignidade humana na execução penal: indicadores da Constituição, empirismo na execução penal e separação de poderes, p. 127

B

BARBOSA, Paula Andrea Ramirez
– O alcance do estelionato como paradigma de tutela dos interesses patrimoniais dos consumidores, p. 73

BARRETO, Ana Luisa Leão de Aquino
– Acordo penal e Estado Democrático de Direito: limites e possibilidades de modelos de resolução alternativa para o caso penal, p. 187

BRENER, Paula
– Advocacia e ações neutras, p. 97

D

DAMASCENO, Adriano Antunes
– Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um standard probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista, p. 143

DIAS, Felipe da Veiga
– Câmeras corporais na polícia brasileira e os diálogos jurídico-criminológicos com base nos projetos de Lei (2021--2024), p. 371

DUCLERC, Elmir
– Acordo penal e Estado Democrático de Direito: limites e possibilidades de modelos de resolução alternativa para o caso penal, p. 187

F

FALCO, Giuseppe Cammilleri
– A relevância das condições materiais da administração pública municipal para a atribuição do crime de responsabilidade do Decreto-lei 201/1967: um problema acerca da dupla posição da consciência na estrutura tripartida do delito, p. 49

FERNANDEZ, Gabriel Vianna
– Acordo penal e Estado Democrático de Direito: limites e possibilidades de modelos de resolução alternativa para o caso penal, p. 187

FRANÇA, Rafael Francisco
– Do not look up: synopsis over using drones for police surveillance and criminal investigations in Portugal and the U.S., p. 315

FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de
– Sobre as caracterizações da dúvida e da certeza na dogmática jurídico-criminal: o dolo eventual perspectivado como uma espécie de dolo excessivamente duvidoso, p. 17

G

GARAU, Marilha Gabriela
– Reconhecimento(s) fotográfico e pessoal como práticas inquisitoriais do Processo Penal Brasileiro: reflexões a partir de uma pesquisa empírica no estado do Rio de Janeiro, p. 217

M

MACHADO, Bruno do Amaral
– "Quando dizer é fazer": uma linguagem feminicida compartilhada em casos de assassinatos de mulheres no estado do Paraná, p. 241

MACRI JÚNIOR, José Roberto
– O alcance do estelionato como paradigma de tutela dos interesses patrimoniais dos consumidores, p. 73

MARTINS, Isabella Mesquita
– Reconhecimento(s) fotográfico e pessoal como práticas inquisitoriais do Processo Penal Brasileiro: reflexões a partir de uma pesquisa empírica no estado do Rio de Janeiro, p. 217

MENDES, Soraia da Rosa
– "Quando dizer é fazer": uma linguagem feminicida compartilhada em casos de assassinatos de mulheres no estado do Paraná, p. 241

MIRANDA, Lucas
– Resenha de ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p.399

P

PLACHA SÁ, Priscilla
– "Quando dizer é fazer": uma linguagem feminicida compartilhada em casos de assassinatos de mulheres no estado do Paraná, p. 241

R

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel de Oliveira
– O alcance do estelionato como paradigma de tutela dos interesses patrimoniais dos consumidores, p. 73

ROMFELD, Victor Sugamosto
– Criminologia e estudos LGBTQ: uma área a ser explorada pelas ciências criminais brasileiras, p. 273

S

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo
– A relevância das condições materiais da administração pública municipal para a atribuição do crime de responsabilidade do Decreto-lei 201/1967: um problema acerca da dupla posição da consciência na estrutura tripartida do delito, p. 49

SILVA, Tédney Moreira da
– O cacique Serere como capital cultural dos protestos antidemocráticos brasileiros: o prenúncio dos ataques golpistas de janeiro de 2023, p. 337

Z

ZACKSESKI, Cristina
– O cacique Serere como capital cultural dos protestos antidemocráticos brasileiros: o prenúncio dos ataques golpistas de janeiro de 2023, p. 337

TEMAS

A

Ações neutras – Advocacia e ações neutras, p. 97

Acordo de não persecução penal – Acordo penal e Estado Democrático de Direito: limites e possibilidades de modelos de resolução alternativa para o caso penal, p. 187

Advogados – Advocacia e ações neutras, p. 97

Atos antidemocráticos – O cacique Serere como capital cultural dos protestos antidemocráticos brasileiros: o prenúncio dos ataques golpistas de janeiro de 2023, p. 337

C

Cacique Serere – O cacique Serere como capital cultural dos protestos antidemocráticos brasileiros: o prenúncio dos ataques golpistas de janeiro de 2023, p. 337

Câmeras Corporais – Câmeras corporais na polícia brasileira e os diálogos jurídico-criminológicos com base nos projetos de Lei (2021-2024), p. 371

Capital cultural – O cacique Serere como capital cultural dos protestos antidemocráticos brasileiros: o prenúncio dos ataques golpistas de janeiro de 2023, p. 337

Certeza – Sobre as caracterizações da dúvida e da certeza na dogmática jurídico-criminal: o dolo eventual perspectivado como uma espécie de dolo excessivamente duvidoso, p. 17

Claus Roxin – Resenha de ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 399

Comunicação fratriárquica – "Quando dizer é fazer": uma linguagem feminicida compartilhada em casos de assassinatos de mulheres no estado do Paraná, p. 241

Consciência – A relevância das condições materiais da administração pública municipal para a atribuição do crime de responsabilidade do Decreto-lei 201/1967: um problema acerca da dupla posição da consciência na estrutura tripartida do delito, p. 49

Contraditório – Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um standard probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista, p. 143

Crimes de responsabilidade – A relevância das condições materiais da administração pública municipal para a atribuição do crime de responsabilidade do Decreto-lei 201/1967: um problema acerca da dupla posição da consciência na estrutura tripartida do delito, p. 49

Criminalização – Criminologia e estudos LGBTQ: uma área a ser explorada pelas ciências criminais brasileiras, p. 273

Criminologia – Câmeras corporais na polícia brasileira e os diálogos jurídico-criminológicos com base nos projetos de Lei (2021-2024), p. 371

Criminologia *queer* – Criminologia e estudos LGBTQ: uma área a ser explorada pelas ciências criminais brasileiras, p. 273

Crueldade – "Quando dizer é fazer": uma linguagem feminicida compartilhada em casos de assassinatos de mulheres no estado do Paraná, p. 241

D

Democracia – Sobre as caracterizações da dúvida e da certeza na dogmática jurídico-criminal: o dolo eventual perspectivado como uma espécie de dolo excessivamente duvidoso, p. 17

Dignidade humana – A dignidade humana na execução penal: indicadores da Constituição, empirismo na execução penal e separação de poderes, p. 127

Direito penal – Resenha de ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 399

Direitos Fundamentais – Do not look up: synopsis over using drones for police surveillance and criminal investigations in Portugal and the U.S., p. 315

Dogmática penal – Sobre as caracterizações da dúvida e da certeza na dogmática jurídico-criminal: o dolo eventual perspectivado como uma espécie de dolo excessivamente duvidoso, p. 17

Dolo eventual – Sobre as caracterizações da dúvida e da certeza na dogmática jurídico-criminal: o dolo eventual perspectivado como uma espécie de dolo excessivamente duvidoso, p. 17

Drones – Do not look up: synopsis over using drones for police surveillance and criminal investigations in Portugal and the U.S., p. 315

Dúvida – Sobre as caracterizações da dúvida e da certeza na dogmática jurídico-criminal: o dolo eventual perspectivado como uma espécie de dolo excessivamente duvidoso, p. 17

E

Epistemologia – Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um standard probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista, p. 143

Erro – A relevância das condições materiais da administração pública municipal para a atribuição do crime de responsabilidade do Decreto-lei 201/1967: um problema acerca da dupla posição da consciência na estrutura tripartida do delito, p. 49

Estelionato – O alcance do estelionato como paradigma de tutela dos interesses patrimoniais dos consumidores, p. 73

Estudos LGBTQ – Criminologia e estudos LGBTQ: uma área a ser explorada pelas ciências criminais brasileiras, p. 273

Execução penal – A dignidade humana na execução penal: indicadores da Constituição, empirismo na execução penal e separação de poderes, p. 127

F

Feminicídio – "Quando dizer é fazer": uma linguagem feminicida compartilhada em casos de assassinatos de mulheres no estado do Paraná, p. 241

Fraude contra consumidores – O alcance do estelionato como paradigma de tutela dos interesses patrimoniais dos consumidores, p. 73

H

Homotransfobia – Criminologia e estudos LGBTQ: uma área a ser explorada pelas ciências criminais brasileiras, p. 273

I

Imputação objetiva – Advocacia e ações neutras, p. 97

Interesses econômicos dos consumidores – O alcance do estelionato como paradigma de tutela dos interesses patrimoniais dos consumidores, p. 73

Investigação Criminal – Do not look up: synopsis over using drones for police surveillance and criminal investigations in Portugal and the U.S, p. 315

J

Justiça criminal – Reconhecimento(s) fotográfico e pessoal como práticas inquisitoriais do Processo Penal Brasileiro: reflexões a partir de uma pesquisa empírica no estado do Rio de Janeiro, p. 217

Justiça penal negocial – Acordo penal e Estado Democrático de Direito: limites e possibilidades de modelos de resolução alternativa para o caso penal, p. 187

L

Lavagem de dinheiro – Advocacia e ações neutras, p. 97

Lei Anticrime – Acordo penal e Estado Democrático de Direito: limites e possibilidades de modelos de resolução alternativa para o caso penal, p. 187

LGBTfobia – Criminologia e estudos LGBTQ: uma área a ser explorada pelas ciências criminais brasileiras, p. 273

Linguagem – "Quando dizer é fazer": uma linguagem feminicida compartilhada em casos de assassinatos de mulheres no estado do Paraná, p. 241

Luis Greco – Resenha de ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 399

M

Municipalidade – A relevância das condições materiais da administração pública municipal para a atribuição do crime de responsabilidade do Decreto-lei 201/1967: um problema acerca da dupla posição da consciência na estrutura tripartida do delito, p. 49

P

Participação – Advocacia e ações neutras, p. 97

Presunção de inocência – Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um standard probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a

partir de uma epistemologia judicial menos otimista, p. 143

Pierre Bourdieu – O cacique Serere como capital cultural dos protestos antidemocráticos brasileiros: o prenúncio dos ataques golpistas de janeiro de 2023, p. 337

Polícia – Câmeras corporais na polícia brasileira e os diálogos jurídico-criminológicos com base nos projetos de Lei (2021-2024), p. 371

Práticas institucionais – Reconhecimento(s) fotográfico e pessoal como práticas inquisitoriais do Processo Penal Brasileiro: reflexões a partir de uma pesquisa empírica no estado do Rio de Janeiro, p. 217

Prejuízo patrimonial – O alcance do estelionato como paradigma de tutela dos interesses patrimoniais dos consumidores, p. 73

Privacidade – Do not look up: synopsis over using drones for police surveillance and criminal investigations in Portugal and the U.S., p. 315

Processo penal – Acordo penal e Estado Democrático de Direito: limites e possibilidades de modelos de resolução alternativa para o caso penal, p. 187

Projetos de Lei – Câmeras corporais na polícia brasileira e os diálogos jurídico-criminológicos com base nos projetos de Lei (2021-2024), p. 371

Prova – Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um standard probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista, p. 143

R

Reconhecimento de pessoas – Reconhecimento(s) fotográfico e pessoal como práticas inquisitoriais do Processo Penal Brasileiro: reflexões a partir de uma pesquisa empírica no estado do Rio de Janeiro, p. 217

S

Segurança administrativa – A dignidade humana na execução penal: indicadores da Constituição, empirismo na execução penal e separação de poderes, p. 127

Segurança cooperativa – A dignidade humana na execução penal: indicadores da Constituição, empirismo na execução penal e separação de poderes, p. 127

Segurança instrumental – A dignidade humana na execução penal: indicadores da Constituição, empirismo na execução penal e separação de poderes, p. 127

***Standard* de prova** – Presunção de inocência e vedação de fechamento antecipado do contraditório: definindo um standard probatório para fins de condenação no processo penal brasileiro a partir de uma epistemologia judicial menos otimista, p. 143

T

Teoria do crime – Resenha de ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Fundamentos – A Estrutura da Teoria do Crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 399

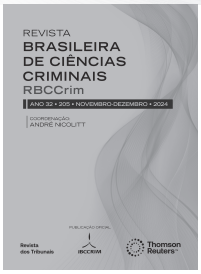
Tipicidade do engano – O alcance do estelionato como paradigma de tutela dos interesses patrimoniais dos consumidores, p. 73

V

Vigilância – Do not look up: synopsis over using drones for police surveillance and criminal investigations in Portugal and the U.S., p. 315

Violência – Câmeras corporais na polícia brasileira e os diálogos jurídico-criminológicos com base nos projetos de Lei (2021-2024), p. 371

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais



Política editorial determinada pela equipe editorial em conformidade com o conselho editorial da RBCCRIM, sujeita a revisão periódica.

1. Dados gerais do periódico

- **Nome**: Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)
- **Responsável**: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)
- **Formato**: impresso (Editora Thomson Reuters)
- **Ano de criação**: 1992 (sem interrupções)
- **Periodicidade**: bimestral
- **Recebimento de manuscritos**: fluxo contínuo e editais especiais
- **ISSN**: 1415-5400
- ***Qualis***: A1

2. Linha editorial

A Revista Brasileira de Ciências Criminais visa à publicação de **trabalhos científicos** relacionados às **ciências criminais**, essencialmente compreendidas entre as áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia, além de seus pontos de transdisciplinaridade com outras esferas do conhecimento, como a psicologia, a medicina, a antropologia, a sociologia etc.

Com o objetivo de abranger tal escopo editorial, o periódico é dividido nas seguintes **seções**:

a) *Direito Penal*: abrangendo Teoria Geral, Parte Especial, Legislação Penal Especial e Direito Penal Econômico;

b) *Processo Penal;*

c) *Crime e Sociedade;*

Ademais, a RBCCRIM, almejando a interlocução entre a estruturação de uma sólida doutrina nas ciências criminais e seu impacto na prática judicial, também publica **comentários críticos a decisões jurisprudenciais**, preferencialmente aquelas emanadas dos tribunais superiores e internacionais. Tais contribuições integram a seção *Direito em Ação* - Comentário Jurisprudencial. Além disso, também são publicados **Pareceres** acerca da aplicação prática de teorias relevantes às ciências criminais.

Por fim, visando à divulgação de importantes trabalhos científicos publicados em âmbito nacional e internacional, especialmente pesquisas acadêmicas, há a seção **Resenhas Críticas,** em que se apresentam breves comentários a tais publicações, ensejando críticas e incentivo ao debate científico. Ocasionalmente, também serão admitidas e publicadas **entrevistas** avaliadas pela coordenação como relevantes à promoção do debate científico concernente ao escopo do periódico.

1. Regras para submissão

O envio dos trabalhos deverá ser feito por meio de cadastramento direto no sistema (OJS): https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/index. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word (formatos doc.). Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

1.1. Condições para submissão

a) É exigida **titulação mínima de mestrado (de autores e coautores)** para submissão de artigos ao processo de avaliação.

b) O artigo deve ser inédito; portanto, não publicado em nenhum outro periódico científico e/ou canais de comunicação. Vale ressaltar que ineditismo não deve ser confundido com originalidade, podendo o tema tratado pelo artigo já ter sido abordado por outros autores(as) e/ou publicações.

c) Todos os artigos serão submetidos à inspeção com programa antiplágio. Não são considerados inéditos os textos: divulgados na *internet*; já publicados no exterior (ainda que em outra língua); publicados em anais de eventos científicos. Serão considerados inéditos os artigos que consistam em versões reduzidas de dissertações de mestrado ou teses de doutorado, embora publicados integralmente em bancos de teses de programas de pós-graduação e os publicados anteriormente em anais de eventos científicos, mas que apresentem efetivos aprimoramentos em razão de debates e estudos posteriores (destacar tais modificações à equipe editorial no e-mail da submissão). Alterações não justificadas em trabalhos já publicados, só serão toleradas até o limite de 30% de coincidência de caracteres.

d) Assim, em qualquer das hipóteses acima referidas, quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado pelo autor em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão, **sob pena de proibição de novas submissão pelo período de um ano**.

e) Traduções de artigos também poderão ser submetidas à apreciação do periódico, desde que acompanhadas da autorização de seus respectivos autores e, quando necessário, do periódico que detenha seus direitos de publicação. No entanto, a decisão sobre a sua publicação ou não será prerrogativa da coordenação da Revista.

f) Uma vez submetido um artigo para avaliação, objetivando sua possível publicação, é vedada a submissão simultânea do mesmo trabalho a outro periódico ou publicação, sob pena de impedimento de submissão de novos trabalhos a este periódico pelo período de um ano.

g) Após o recebimento e cadastramento do trabalho, entraremos em contato para acusar a recepção e solicitar eventuais informações faltantes.

2. Elementos formais obrigatórios

a) Os artigos deverão ser precedidos de uma página de apresentação, na qual se fará constar obrigatoriamente: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos com ano de obtenção, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, link para o currículo LATTES e número do ORCID.

b) Os trabalhos devem ter entre 20 a 40 páginas, com tolerância de duas para mais ou duas para menos; e resenhas críticas (até 15 páginas). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois.

c) Como fonte, **usar a Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm**. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

d) Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois de cada tópico; devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 2,5 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

e) Os trabalhos podem ser escritos em português, espanhol, inglês, francês, alemão ou italiano. Em qualquer caso, **deverão ser indicados, no idioma do artigo e em inglês, o título do trabalho, o respectivo resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave.**

f) Os artigos devem possuir os seguintes elementos em português e inglês: título/*title*; resumo/*abstract*; palavras-chave/*keywords*; sumário (apenas em português ou na língua original do artigo).

g) A numeração do sumário deverá obrigatoriamente ser feita em algarismos arábicos. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:

Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. Considerações finais. Referências.

h) Os artigos deverão conter itens específicos para introdução, considerações finais (conclusões) e referências.

i) A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) não se responsabilizará por realizar qualquer complemento nos trabalhos, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave, que ficam à elaboração exclusiva do autor do artigo.

j) O título do artigo não deverá ser excessivamente extenso, mas necessariamente precisa apresentar de modo claro a temática e a delimitação de seu objeto.

k) A qualificação/afiliação do(s) autor(es) deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida, completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante e seu respectivo estado da federação e a cidade); finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Deverá ser indicado e-mail para contato. Exemplo:

   Doutor em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina. ORCID. E-mail.

l) Solicita-se que o autor informe em nota de rodapé qualquer financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais (por ex., se o artigo é fruto de parecer contratado), e que declare não haver conflito de interesses que comprometam a cientificidade do trabalho apresentado. Se o trabalho for resultante de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento), deverá haver tal informação em nota de rodapé, especificando o edital de que resulta o financiamento.

m) As Referências deverão seguir o padrão da norma NBR 6023/2018 (da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT). As referências bibliográficas completas deverão constar apenas da lista de REFERÊNCIAS, ao final do texto. Exemplo: PEREIRA, Frederico V. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 45. Em notas de rodapé não se inclui referência completa, podendo-se utilizar do modelo autor/data/página. Esse mesmo modelo deverá ser utilizado no corpo do texto, quando de citações de trechos de obras, devendo a informação vir entre parênteses. Exemplos: PEREIRA, 2016, p. 45, quando em notas de rodapé; e (PEREIRA, 2016, p. 45), quando no corpo do texto.

n) Palavras em língua estrangeira devem constar com uso de *itálico*. Jamais deve ser usado negrito ou sublinhado.

o) Citações diretas (transcrição textual de parte da obra de autor consultado) no corpo do texto devem seguir a norma NBR 1052 (ABNT/2002), ou seja:

   – Citações diretas de até três linhas devem estar contidas entre aspas duplas, no corpo do parágrafo a que se referem. Exemplo: Barbour (1971, p. 35) descreve: "O estudo da morfologia dos terrenos [...] ativos[...]". OU: "Não se mova, faça de conta que está morta." (CLARAC; BONNIN, 1985, p. 72)

   – Citações diretas de mais de três linhas devem ser destacadas do texto, com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor (corpo 10) que a utilizada no texto corrido, espaçamento simples entre as linhas e sem aspas.

> A teleconferência permite ao indivíduo participar de um encontro nacional ou regional sem a necessidade de deixar seu local de origem. Tipos comuns de teleconferência incluem o uso da televisão, telefone e computador. Através de audioconferência, utilizando a companhia local de telefone, um sinal de áudio pode ser emitido em um salão de qualquer dimensão. (NICHOLS, 1993, p. 181).

p) As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de internet deve-se indicar o *link*, introduzido pela expressão "Disponível em:" e a data de acesso, precedida da expressão "Acesso em:". As datas devem seguir o padrão de abreviação universal ABNT. Exemplo: 20 ago. 2012; 15 set. 2018; 22 mar. 2019 etc.

q) Sugere-se que esquemas, organogramas, tabelas e gráficos sejam inseridos no texto por meio de imagens, de modo a evitar distorções na posterior diagramação.

3. Cientificidade

Os artigos deverão apresentar caráter científico, definindo e esclarecendo um (ou mais) problema específico, sumarizando os estudos prévios sobre a temática e informando aos leitores o estado em que se encontra uma determinada área de investigação. Além disso, o trabalho deve buscar identificar relações, contradições, lacunas e inconsistências na literatura e indicar sugestões para a resolução dos problemas identificados.

Preferencialmente, serão publicados artigos que apresentem contribuição inédita e efetiva às ciências criminais, a partir de referências sólidas e/ou pesquisa empírica inédita. Assim, o trabalho deverá ser uma fonte confiável para o leitor conhecer o estado atual de cada área acerca da temática abordada, é necessária a referência a todas as informações nele inseridas e, ainda, precisam ser identificados e justificados os métodos de correção estatística que eventualmente sejam utilizados.

3.1. Pressupostos de Integridade Ética em Pesquisa

a) Autoria: Todas as pessoas que contribuíram para a pesquisa devem ser indicadas. Cada autor deve ter participado suficientemente do trabalho para poder assumir publicamente a responsabilidade pelo seu conteúdo. Sua participação deve incluir: a) a concepção ou delineamento ou ainda análise e interpretação dos dados, ou ambos; b) redação do manuscrito ou sua revisão, quando inclua crítica intelectual importante de seu conteúdo; c) aprovação final da versão a ser publicada. A simples participação na coleta de dados não justifica autoria.[1]

1. MONTENEGRO, Mario R. ALVES, Venâncio A. Ferreira. Critérios de autoria e coautoria em trabalhos científicos. Acta boT. bras. 11 (2): 1997. Acesso em: 25 abr. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/abb/v11n2/v11n2a14.pdf.

b) Coautoria: Quando se tratar da publicação de resultados obtidos por meio de pesquisa coletiva, é preciso certificar-se da contribuição intelectual direta e efetiva e do consentimento de todos os colaboradores. A cessão de recursos financeiros e de infraestrutura não é indicação de coautoria.

c) Vedação de Plágio: Quando uma ideia ou uma formulação utilizada no trabalho não sejam evidentemente de domínio público na área de pesquisa em questão, presume-se que se trata de contribuição original. Se não for esse o caso, a ideia ou formulação devem ser expressamente creditadas, sob pena de plágio.

d) Vedação de Autoplágio: Quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão. A falta de menção expressa a esse fato caracterizará o autoplágio.

e) Responsabilidade: O autor ou, quando for o caso, cada um dos autores é responsável pela qualidade do trabalho como um todo, a menos que os limites de sua contribuição sejam indicados de modo 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.

3.2. Responsabilidade editorial

a) O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. O interesse em realizar a melhor avaliação deve prevalecer em face de outros interesses, como o cumprimento estrito de prazos estipulados. As divergências de juízos não devem ser tomadas como razões suficientes para a emissão de parecer desfavorável.

b) O revisor deve tratar com confidencialidade e não fazer uso próprio das informações a que tenha tido acesso no exercício de sua função de avaliador.

c) O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial conflito de interesse, quando mantiver colaboração científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar ou afetiva com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação.

d) Todos os casos em que se verificarem violações de natureza ética, serão devidamente apurados pela coordenação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) mediante estudo, debate e encaminhamento das providências cabíveis.

3.3. Política de Privacidade

a) Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

b) Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota o sistema de controle duplo-cego por pares, de modo que há anonimato entre os avaliadores e autores, respeitando o sigilo sobre os dados do redator do parecer no momento do encaminhamento ao autor.

c) Com relação aos pareceres eventualmente emitidos pelos avaliadores da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), embora utilize-se o sistema de controle duplo-cego (em que autor e revisores não têm informações recíprocas no momento da avaliação), após a finalização do processo editorial, a partir do momento da tomada da decisão final pela equipe editorial, não há proibição de publicização do parecer pelo seu autor (parecerista). Por exemplo, autoriza-se (e sugere-se) a publicação do conteúdo das avaliações no sistema PUBLONS. Ou seja, os direitos autorais sobre os pareceres são dos seus respectivos autores (pareceristas). O direito de anonimato em relação à avaliação é disponível ao parecerista, que pode optar por publicar posteriormente o parecer emitido.

d) A partir dessa lógica, deve-se ressaltar que os autores dos artigos submetidos não podem dar publicidade a eventuais pareceres recebidos, salvo em caso de autorização expressa do parecerista.

e) Por fim, ao submeter o artigo para o processo editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), o autor está ciente e autoriza eventual divulgação do parecer emitido por qualquer avaliador do periódico, por exemplo, no sistema PUBLONS.

4. Resenhas críticas, pareceres, comentários jurisprudenciais e entrevistas

a) Resenhas de livros: não serão aceitas resenhas meramente descritivas. Serão publicadas somente **resenhas críticas** de livros de interesse jurídico e científico para o escopo editorial do periódico, com a citação de outras referências, e não somente um resumo do trabalho específico. O tamanho do texto deve respeitar os limites e requisitos das informações necessárias para a boa compreensão do texto analisado (Item 2, b).

b) Os comentários jurisprudenciais poderão ser enviados à Revista e serão publicados, respeitando as regras acima, com o limite de páginas reduzido a 20 laudas. Deve haver uma análise crítica do julgado, a partir de referências doutrinárias representativas acerca da temática em estudo.

c) Os pareceres deverão abordar caso relevante e atual de concretização prática acerca de discussão teórica importante às ciências criminais. Deverá ser embasado em referências consistentes e atualizadas. Se houver qualquer tipo de financiamento, isso deve ser exposto em nota de rodapé, de modo a atestar eventuais conflitos de interesse.

d) As entrevistas com pesquisadores de renome poderão ser propostas ou enviadas à revista, com base na avaliação combinada dos seguintes critérios:

- Representa um avanço no conhecimento que merece ser divulgado para a sociedade?
- Contribui para a popularização do conhecimento científico?
- Apresenta inovações significativas?
- Pode ter impacto na sociedade ou na definição de políticas públicas?
- Além do público-alvo (jornalistas), a entrevista poderá ser utilizada também por tomadores de decisão, pesquisadores, estudantes e público em geral?
- Tamanho: deve ser composta por 4 a 10 questões e o texto deve conter o máximo de 15.000 caracteres com espaço;
- Idioma: poderão ser encaminhadas nos idiomas português, inglês ou espanhol;
- Imagem: deverão, obrigatoriamente, ser acompanhadas pela foto do entrevistado que deve ser enviada em arquivo anexo (.jpg ou .gif), com boa resolução (acima de 100 KB) e com autorização prévia do entrevistado. Caso seja de interesse deste, pode ser incluída também uma imagem que complemente o conteúdo da entrevista;
- Dados sobre o entrevistado: breve texto com dados sobre o entrevistado, contendo informação sobre o currículo, incluindo instituição a qual está afiliado, produção científica resumida, formação acadêmica, outros;
- Lead: as entrevistas deverão estar acompanhadas do lead que consiste em um pequeno texto que fornece ao leitor a informação básica sobre o tema. O lead deve conter informação que responda às seguintes questões: "O quê" e/ou "Quem?", "Quando?", "Onde?", "Como?", e "Por quê?".

e) A avaliação das resenhas, comentários jurisprudenciais, pareceres e entrevistas serão realizadas pela equipe editorial da RBCCRIM, a partir da relevância, cientificidade e pertinência do trabalho, além da titulação do autor, sem envio à análise cega por pares.

5. Processo de avaliação e publicação

a) Controle preliminar formal *(desk review):* Recebido o manuscrito, inicialmente haverá um controle preliminar realizado pelos editores (chefe, assistentes, executivos ou

editores associados) do periódico, o que condicionará seu envio para o controle por pares. Em tal momento, a avaliação se limitará aos aspectos formais essenciais do artigo, conforme as regras expostas anteriormente, analisando-se os seguintes aspectos:

1. O trabalho obedece às normas de publicação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)?
2. O trabalho é compatível com a linha editorial do periódico?
3. O trabalho apresenta linguagem adequada e cientifica, sem erros excessivos? (considerar que haverá revisão gramatical e de ortografia se aprovado)
4. O trabalho é inédito?
5. A temática abordada é atual e/ou relevante?
6. O artigo utiliza referências atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?

b) Em caso de rejeição preliminar, o autor será notificado, mediante o envio do parecer emitido com os motivos da recusa. Em tal situação, o artigo poderá ser submetido novamente à avaliação para volume posterior, se mantido o ineditismo e corrigidas as deficiências indicadas.

c) No curso da avaliação por pares, havendo dois pareceres discordantes sobre a publicação ou não do trabalho, este será encaminhado a um terceiro parecerista. Em casos excepcionais, poder-se-á encaminhar o trabalho para um parecerista convidado, desde que a especificidade do tema e o notório conhecimento do parecerista na área assim o justifique. Do mesmo modo, se por inércia dos avaliadores a conclusão da análise restar pendente por prolongado período e por empate de decisões contrárias, a coordenação da Revista poderá desempatar com a elaboração de um parecer de Minerva.

d) Na avaliação do parecerista, os trabalhos poderão ser rejeitados, aprovados ou aprovados com ressalvas (com sugestões para correções necessárias). Nesta última hipótese, o autor será informado acerca das correções sugeridas, podendo corrigi-las ou manter justificadamente seu formato original. Em qualquer situação, a decisão final acerca da publicação do trabalho é da equipe editorial do periódico, que poderá condicionar a sua publicação à realização de mais de uma rodada de correções, caso as justificativas apresentadas para a não adoção das recomendações não pareçam consistentes e satisfatórias.

e) Em todos os casos, os pareceres anônimos (sem identificação do avaliador) ficam à disposição dos autores.

6. Direitos autorais

a) Os direitos autorais dos artigos publicados são do autor, com direitos do periódico sobre a primeira publicação.

Os autores somente poderão utilizar os mesmos resultados em outras publicações indicando claramente este periódico como o meio da publicação original. Se não houver tal indicação, considerar-se-á situação de autoplágio.

Portanto, a reprodução, total ou parcial, dos artigos aqui publicados fica sujeita à expressa menção da procedência de sua publicação neste periódico, citando-se o volume e o número dessa publicação. Para efeitos legais, deve ser consignada a fonte de publicação original.

7. Revisão, diagramação, impressão e publicação

Finalizado o processo editorial de seleção dos artigos, os trabalhos aprovados e selecionados para o respectivo volume são enviados para a revisão e diagramação, realizadas ao encargo do IBCCRIM e da Editora Revista dos Tribunais (RT).

Assim, são realizadas a revisão gramatical e ortográfica, bem como a formatação (diagramação) dos arquivos, que retornam ao IBCCRIM. Em seguida, em data próxima à publicação, haverá novo contato com o autor para a análise das sugestões de correção pós-revisão e verificação da formatação, com prazo de 3 (três) dias para resposta. Em caso de inércia, as correções sugeridas pela revisão serão integralmente aceitas. Nesse momento, solicita-se que o autor se abstenha de realizar alterações profundas no texto, mas somente realize a revisão sugerida e atualizações indispensáveis.

No que tange à revisão de ortografia, o IBCCRIM adota a correção ortográfica (ortografia, acentuação, hifenização etc.) do mais recente Acordo Ortográfico (2009) em vigor (obrigatório desde 01/01/2016), até mesmo para citações de originais anteriores ao Acordo. Exceção é feita a documentos antigos em contextos nos quais a preservação da grafia original tem importância e significado historiográfico e/ou linguístico etc.

Em seguida, os artigos, com as aprovações e rejeições dos autores às sugestões de revisão, são encaminhados para a diagramação final e publicação.

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota postura de integral respeito ao autor, de modo a vedar qualquer alteração sem sua aprovação (salvo a falta de resposta no prazo determinado), ainda que aparentem ser "meras correções ortográficas". Qualquer atitude distinta a tal diretriz é repudiada pela equipe editorial do periódico.

8. Critérios de espera e preferência para publicação

a) A publicação dos trabalhos aprovados pelo controle por pares e selecionados pelos editores do periódico segue a ordem cronológica de submissão e aprovação, com exceção de autores convidados. Contudo, em razão das regras impostas pela comissão Qualis/CAPES, existem critérios para avaliação e publicação preferencial, que podem ser atendidos pelos autores visando à maior agilidade na publicação de seu trabalho.

b) Em razão das regras de exogenia, artigos de autores representantes do Estado de São Paulo são limitados a 25% do total de trabalhos publicados por volume, de modo que há uma fila específica para artigos que se enquadrem em tal circunstância.

c) Diante das regras de qualidade impostas, cada volume publicado conterá entre 50 a 60% dos artigos com autor (ao menos um) que possua titulação de doutor, de modo que há limitação à publicação de trabalhos sem autoria de autor com essa titulação.

d) Artigos em coautoria entre professores permanentes de Programas de Instituições de Ensino Superior de diferentes unidades da federação, com filiação devidamente identificada.

e) Artigos originais de profissionais vinculados a Instituições de Ensino Superior estrangeiras.

f) Artigos em inglês ou em outras línguas, ainda que o autor seja brasileiro.

g) Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento) devidamente identificados no texto (especificar o edital de que resulta o financiamento em nota de rodapé).

h) Além de tais hipóteses, podem ser publicados com preferência trabalhos que abordem temática de iminente atualidade e que possam se tornar obsoletos em razão do decurso da demora para publicação. Tal situação é determinada por decisão da equipe editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) e pode ser sugerida pelos pareceristas em sua avaliação.

i) Vale ressaltar, contudo, que os critérios expostos neste tópico determinam a preferência do artigo no processo de avaliação e publicação, mas não são requisitos indispensáveis. Por exemplo, embora textos com autoria de escritor com titulação de doutor tenham preferência, não há impedimento para publicação de artigos sem tal característica. Todos serão submetidos ao controle por pares, que adotará idênticos parâmetros na seleção, visando à produção científica de qualidade no periódico.

8.1. Autores convidados

Conforme decisão de sua equipe editorial, a Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá convidar autores para publicar artigos sobre temáticas específicas, em razão de sua relevância, atualidade e marcante contribuição crítica às ciências criminais. Em tal situação, excepcionalmente, não haverá controle por pares *(double blind peer review)* e atenção à fila de aprovados para publicação. Conforme regra da Qualis/CAPES, o percentual de artigos de autores convidados fica limitado a 25% por volume.

8.2. Volumes e dossiês especiais

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá publicar volumes especiais ou dossiês específicos em seus volumes ordinários, em razão da relevância e da pertinência da temática, conforme decisão da equipe editorial e de seu conselho editorial. O volume ou dossiê

poderá ficar sob responsabilidade de um editor associado que possua relevante conhecimento sobre o tema. Em tal situação, haverá divulgação de edital contendo as informações necessárias, como regras e prazos para submissão. De todo modo, haverá o controle por pares *(double blind peer review)*.

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais



Diretrizes determinadas pela equipe editorial em conformidade com o conselho editorial da RBCCRIM, sujeitas a 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 terão direito a **um exemplar impresso da RBCCRIM,** conforme disponibilidade no estoque do IBCCRIM. O exemplar deverá ser retirado pessoalmente (ou por terceiro com autorização por escrito) na sede do IBCCRIM em São Paulo, pois não haverá pagamento de custas e disponibilidade para postagem nos correios.

Na versão impressa da revista será publicada a lista dos avaliadores que efetivamente emitiram pareceres referentes ao respectivo volume/mês.

Para fins de **determinação do volume (mês) em que houve a colaboração do parecerista**, por se tratar de periódico de fluxo contínuo (salvo em caso de dossiês temáticos), serão adotados os seguintes critérios:

a) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for aprovado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for publicado;

b) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for rejeitado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for rejeitado pela decisão final da equipe editorial.

Portanto, por exemplo, embora o parecerista tenha enviado a avaliação em um determinado mês (junho), se houver pareceres divergentes (sendo necessária a redistribuição a novo avaliador) e a rejeição ocorrer em agosto, considerar-se-á que todos os avaliadores contribuíram ao volume da RBCCRIM de agosto.

2. REQUISITOS PARA INGRESSO NO CORPO DE AVALIADORES

O pesquisador interessado em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM deverá:

a) possuir currículo LATTES atualizado (se brasileiro);

b) Possui número de registro ORCID;

c) possuir a titulação de mestre ou estar cursando doutorado em Direito ou áreas afins;

d) possuir conhecimento específico acerca das ciências criminais, demonstrado a partir de titulação, experiência na pesquisa e docência ou sólida produção bibliográfica, relacionados à área das ciências criminais;

e) atestar disponibilidade para a realização de **dois pareceres por bimestre** com respeito aos prazos e regras da RBCCRIM.

Em razão das regras determinadas pela Qualis/CAPES, haverá preferência a pesquisadores com doutorado finalizado, professores de Programas de Pós-Graduação e não vinculados ao estado de São Paulo (regra de exogenia).

3. DIRETRIZES PARA REALIZAÇÃO DA AVALIAÇÃO

Em razão dos prazos exigidos para a publicação da Revista, e a fim de evitar atrasos na resposta aos autores e no próprio encaminhamento dos textos à Editora, o parecer deve ser enviado no **prazo máximo de 15 (quinze) dias**. Caso haja qualquer dificuldade no atendimento do mencionado prazo, deve-se notificar o periódico para que se busque a solução adequada. O envio do parecer deve ser **em formato DOC (WORD), e não em PDF**, pois posteriormente os dados do avaliador precisam ser suprimidos para o envio anônimo ao autor.

Se houver qualquer identificação do autor do artigo ou sua temática apresentar complexidade que deva ser analisada por avaliador específico, tal fato deve ser informado imediatamente, a fim de que se encaminhe o trabalho a outro parecerista. Contudo, deve-se considerar que existem **limites para a quantidade de recusas à avaliação pelo parecerista**, o que pode resultar no afastamento do avaliador do corpo permanente.

Assim, após a leitura do trabalho encaminhado, deve-se **preencher o formulário constante no modelo de parecer**, manifestando a avaliação do artigo. Na confecção da justificativa do parecer, poder-se-á utilizar o espaço necessário. Além disso, também pode ser realizada a avaliação do texto por meio da **ferramenta de revisão do WORD**, com sugestões de alterações e comentários, desde que atente-se à exclusão de qualquer dado que possa identificar o parecerista. Isso não afasta a necessidade de preenchimento e justificação do parecer.

Para a realização da avaliação, impõe-se o conhecimento prévio das regras contidas no documento referente à Política Editorial da RBCCRIM, que pode ser acessado no link: https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao.

Considerando tais diretrizes e os critérios elencados no modelo de parecer, deve-se iniciar a avaliação pelos "critérios de exclusão" (parte 1), que determinam aspectos formais indispensáveis ao artigo científico, sob pena de rejeição preliminar, o que, de qualquer modo, precisa ser motivado no campo de justificação (parte 3). Se considerado apto em tal análise, deve-se realizar a avaliação qualitativa conforme os "critérios de avaliação" (parte 2), determinando-se uma nota ao artigo, e, ao final, motivando-se tal decisão. Por fim, deve-se apontar o parecer final e os demais aspectos acessórios.

A ausência de justificativa ou sua inconsistência acarreta a invalidade do parecer! A mera marcação dos critérios e definição de nota é insuficiente, sendo necessária a motivação específica, onde deve-se descrever brevemente o conteúdo fundamental do trabalho analisado e sua adequação aos critérios determinados.

4. Regras sobre disponibilidade e prazos de resposta

Cada integrante do corpo permanente de avaliadores da RBCCRIM deverá estar disponível para emitir **até dois pareceres por bimestre** no **prazo de 15 dias a partir do recebimento da solicitação**.

Em caso de não realização do parecer em razão da temática específica do artigo enviado necessitar **avaliador *ad hoc***, tal situação deverá ser motivada especificamente no formulário de avaliação.

A cada período de atividade de 12 meses, o avaliador poderá solicitar a **suspensão temporária** de encaminhamento de novos artigos para avaliação pelo prazo de até 3 meses, sem afastamento do corpo de avaliadores permanentes.

Em caso de inatividade por 2 meses (não resposta às solicitações) ou duas negativas injustificadas consecutivas, descumprimento das regras e desrespeito reiterado dos prazos, o avaliador será **imediatamente afastado** do corpo permanente de pareceristas da RBCCRIM, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

5. Pressupostos de integridade ética aos avaliadores

(Versão inspirada nas diretrizes adotadas e sugeridas pela Revista Teoria Jurídica Contemporânea, periódico do PPG em Direito da UFRJ. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/about/editorialPolicies>. Acesso em: 16 mar. 2016).

O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. A avaliação deve ser realizada com o objetivo de aprimorar a produção científica do Direito.

O parecerista não deve utilizar critérios distintos daqueles determinados no modelo de parecer da RBCCRIM. Um trabalho não deve ser rejeitado por discordâncias pessoais do avaliador (salvo se o trabalho sustentar posições avessas e incompatíveis às diretrizes regimentais e políticas do IBCCRIM) ou formalidades distintas das requeridas pelo periódico, mas **devem ser considerados somente critérios científicos para o aprimoramento das ciências criminais**.

O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial **conflito de interesse**, quando manter colaboração cientifica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação. "Há conflito potencial de interesses nas situações em que a coexistência entre o interesse que deve ter o pesquisador de fazer avançar a ciência e interesses de outra natureza, ainda que legítimos, possa ser razoavelmente percebida, por ele próprio ou por outrem, como conflituosa e prejudicial à objetividade e imparcialidade de suas decisões científicas, mesmo independentemente de seu conhecimento e vontade"

6. Princípios para uma boa avaliação[1]

Confidencialidade: é essencial que a confidencialidade do processo de correção do artigo seja respeitada, durante a avaliação e mesmo após a divulgação dos resultados. Por isso, requer-se do(a) avaliador(a) que mantenha o sigilo a respeito dos trabalhos avaliados, evitando-se comentar ou divulgar, verbalmente ou por escrito, qualquer questão relacionada aos artigos avaliados. O anonimato, garantido pelo processo de avaliação cega (*double blind peer review*) deve ser protegido mesmo após a entrega do parecer. O respeito a esse princípio do processo de avaliação é considerado essencial.

Imparcialidade: a produção intelectual na área das ciências sociais aplicadas, como é o direito, é historicamente marcada pela tensão entre a cientificidade e os valores ou preferências, sejam eles políticos, religiosos ou éticos. É um grande desafio, portanto, avaliar um trabalho carregado por tais tensões. Por isso, recomenda-se uma "autovigilância" constante no processo de avaliação, para que preferências como convicções políticas ou outras convicções subjetivas não contaminem a correção do artigo. Isso não implica conceder, no processo de avaliação, que qualquer tipo de trabalho ou argumentação é aceitável, mas apenas a busca por uma aferição imparcial e objetiva da qualidade, rigor e fundamentação dos argumentos apresentados.

Fundamentação: a melhor forma de garantir-se imparcialidade na avaliação do artigo é fundamentando-se, de forma clara e objetiva, as percepções sobre o trabalho e decisões tomadas a partir daí. Para tanto, é fundamental que os(as) avaliadores(as) se familiarizem com a política editorial da RBCCrim e suas diretrizes. É importante que a avaliação ocorra de forma

1. Recomendações adaptadas do Guia de avaliação de TCC do programa de pós-graduação *lato sensu* da FGV Direito SP | GVlaw, disponível online.

fundamentada nestes parâmetros. A avaliação deve, necessariamente, ser exercida a partir das mesmas normas e diretrizes divulgadas ao tempo da submissão do artigo ao processo avaliação.

Respeito aos prazos: o processo de avaliação deve obedecer a prazos para que sejam reunidas as condições mais céleres possíveis de resposta aos(às) autores(as). Atrasos podem gerar graves consequências para os(as) autores(as) e para a RBCCrim como um todo, tais como prejuízos ao cronograma de produtividade acadêmica exigida pelos programas de pós-graduação ou morosidade para a confecção antecipada dos próximos números da revista. Não há impedimento à comunicação de indisponibilidade ou afastamento temporário, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

Feedback Construtivo

A avaliação de um trabalho acadêmico implica em um importante exercício de empatia, colaboração e autoconhecimento. O feedback pode alcançar diferentes resultados, a depender da forma que foi emitido: pode ser encorajador e oferecer uma boa contribuição para o artigo, ou ser destrutivo e desestimular o destinatário, sem oferecer qualquer contribuição científica/acadêmica útil para o trabalho. Portanto sugerimos que, ao dar feedback sobre o trabalho sob sua avaliação, leve em consideração as seguintes sugestões:

(I) **Comece ressaltando os pontos positivos**: iniciar uma avaliação ressaltando os pontos fortes do artigo pode auxiliar o destinatário a receber melhor as críticas colocadas, com a segurança de que outros aspectos foram levados em conta. O feedback deve sempre ser equilibrado e levar em conta a integralidade do artigo. Muitas vezes, o ato de apenas enumerar o que está errado desestimula o receptor que se sente desprestigiado e não favorece uma avaliação justa, tendo em vista que é focada apenas nos erros.

(II) **Seja específico e ofereça alternativas:** é muito importante evitar comentários genéricos, que dificultam a compreensão do que pode ser desenvolvido pelo(a) autor(a). Comentários como "muito bom", "muito ruim", "terrível" etc. costumam não apontar nenhuma direção e não fornecem uma colaboração efetiva. Sugestões objetivas facilitam a compreensão e dão ao(à) autor(a) a oportunidade de corrigir seus erros e aprimorar suas habilidades para as próximas pesquisas. A especificidade também auxilia o receptor da informação a entender os critérios para a sua avaliação e a aceitar isso como uma colaboração, não como uma punição.

(III) **Seja mais descritivo e gentil:** assumir uma postura avaliativa muito assertiva pode prejudicar a forma com que essa informação será recebida pelo(a) autor(a). Não podemos esquecer que, para além da avaliação final, esse momento integra uma relação de troca e crescimento com um(a) autor(a) que não espera de uma instituição acadêmica uma contribuição pouco construtiva e hostil. O anonimato garantido pela "avaliação cega" não pode nos fazer esquecer de que, "do outro lado" do Formulário de Avaliação haverá um autor(a) que receberá os comentários.

(IV) **Evite adjetivos:** Normalmente, uma avaliação bem fundamentada e construtiva se caracteriza por trazer poucos adjetivos. Simplesmente dizer que um determinado

argumento é "ruim" ou "frágil" é diferente de demonstrar, concretamente, a contradição lógica implicada por esse mesmo argumento. A adjetivação, com frequência, fala menos do artigo e mais das preferências do(a) avaliador(a), pouco contribuindo, portanto, para a compreensão, pelo(a) autor(a), sobre as forças e deficiências de seu artigo.

(V) **Ofereça uma contribuição:** cada pessoa possui uma forma de desenvolver seu raciocínio e uma maneira de escrever. Avaliar não significa impor sua forma de desenvolver a pesquisa, mas sim colocar ao(à) pesquisador(a) uma opção de como o estudo poderia ser melhor desenvolvido. Ainda que esse feedback implique apontar um erro, colocar isso como uma sugestão facilita a absorção da informação, pois muitas vezes a crítica direta desperta a resistência do receptor.

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (*CHECK LIST*)

* requisitos básicos que não excluem a necessidade de integral atenção às demais regras da Política Editorial da RBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao)

- ✓ **O artigo é inédito e livre de plágio? Ele não está sendo avaliado para publicação por outra revista?** Quando um trabalho idêntico ou semelhante tiver sido publicado em meio distinto (ainda que em outro idioma), esse fato deve ser informado ao editor no momento da submissão.
- ✓ O cadastro do artigo no sistema de submissões (OJS) foi preenchido em sua integralidade? https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/index. OBS.: o arquivo precisa estar no formato .doc (word).
- ✓ O trabalho aborda temática relacionada às ciências criminais e é compatível com a linha editorial da RBCCRIM?
- ✓ O texto é precedido de **título, resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave, todos no idioma do artigo e em inglês, além de sumário (no idioma do artigo)?**
- ✓ O artigo é divido em tópicos e apresenta **itens específicos para introdução, considerações finais (ou conclusões) e referências**?
- ✓ O trabalho tem entre 20 e 40 páginas sem espaçamentos entre os parágrafos, 1.5 de entrelinha, fonte Times New Roman (tamanho 12 no corpo) e margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm?
- ✓ A qualificação do(a)(s) autor(a)(es), número de ORCID e seu e-mail estão indicados?
- ✓ **Os autores e coautores possuem titulação mínima de mestrado?**
- ✓ Se houver financiamento, os dados do edital estão indicados em nota de rodapé?
- ✓ Se houver apresentação de resultados de pesquisa empírica inédita envolvendo seres humanos, há a indicação em nota de rodapé da aprovação por comitê de ética?
- ✓ O artigo utiliza **referências** atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?
- ✓ O trabalho respeita integralmente as demais regras da Política Editorial da RBCCRIM?

A garantia da motivação e o artigo 935 do Código Civil: a inconstitucionalidade da vinculação do juízo cível às sentenças do Tribunal do Júri

Reasoned decisions and the article 935 of the Brazilian Civil Code: unconstitutionality of the binding effects from the jury's decisions to the civil justice

Daniel de Oliveira Pontes
Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.
danielop@globo.com

Data de recebimento: 01.11.2017
Data de aprovação: 12.11.2017 e 16.11.2017

modelo

Áreas do Direito: Processual; Civil; Penal

Resumo: No presente artigo, destaca-se a problemática dos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e em sigilo. Diante dessas peculiaridades, pretende-se analisar se as sentenças prolatadas nesse rito especial do processo penal podem repercutir no cível, em especial pela garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

Palavras-chave: Motivação – Garantias – Júri – Vinculação – Inconstitucionalidade.

Abstract: The present work seeks to analyze this problem regarding Jury's decisions, because they are confidential and unjustified. Such characters could prevent the application of the article 935 to obey the right of the parts to reasoned decisions.

Keywords: Decisions – Rights – Jury – Binding – Unconstitutionality.

Sumário: 1. Introdução e delimitação do tema. 2. O conteúdo da garantia da motivação em um Direito Processual constitucionalizado. 2.1. O neoconstitucionalismo e seu impacto no Direito Processual. 2.2. O princípio da motivação como garantia estrutural da prestação jurisdicional. 3. O artigo 935 do Código Civil e a influência do juízo penal no cível. 4. Os julgamentos no Tribunal do Júri: a peculiaridade do sigilo do voto e da soberania dos veredictos. 5. A inconstitucionalidade da incidência do artigo 935 do CC nos casos de Tribunal do Júri frente à garantia da motivação. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. Introdução e delimitação do tema

Ao longo do tempo, o exercício do poder jurisdicional já comportou relações diversas com a exigência da fundamentação de seus atos: a íntima convicção, a prova tarifada e o livre convencimento motivado. No Código de Processo Civil (CPC) atual, afloram críticas de que não haveria liberdade na formação do convencimento, de modo que nos encaminharíamos para um novo momento histórico, tendo em vista que o direito processual deve servir como mecanismo de controle às decisões judiciais.[1]

Seja como for, é induvidoso que, no atual estado de coisas, a motivação se tornou uma garantia estruturante do processo, que legitima o próprio exercício da jurisdição pelo agente público.

7. Referências

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, abr.-jun. 2005.

CALAMANDREI, Piero. *Procedure and democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

GALDINO, Flavio. A evolução das ideias de acesso à justiça. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 2.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

TIMOTEO, Gabrielle. Normativos internacionais e escravidão. *Revista Hendu,* n. 4, p. 70-83, 2013. Disponível em: [www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1716/2137]. Acesso em: 27.10.2017.

1. STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

modelo