Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 29 • vol. 183 • setembro 2021

Dossiê Especial: "Novas tecnologias e ciências criminais"

Editores(as)-associados(as):

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 29 • vol. 183 • setembro 2021

Presidência
Marina Pinhão Coelho Araújo
Coordenação
Salo de Carvalho

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editor-chefe – Salo de Carvalho

Editores-assistentes – Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, Andre Nicolitt, Antonio Martins, Beatriz Corrêa Camargo, Bruno Buonicore, Elmir Duclerc, Felipe Freitas, Guilherme Ceolin, Junya Barletta, Marcelo Mayora e Marília Montenegro.

Editores-executivos:
Supervisor de Publicações: Willians Meneses
Auxiliar de publicações: Helen Christo

CONSELHO EDITORIAL

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

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME – CHAMADA GERAL)

Breno Zanotelli (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ), Bruno Shimizu (Defensoria Pública do Estado de São Paulo – DPESP – São Paulo/SP), Bryan Alves Devos (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS), Francisco de Assis de França Júnior (Universidade de Coimbra – Portugal), José Antônio Gerzson Linck (Faculdade Cenecista – CNEC – Gravataí/RS), Lucas Nogueira do Rêgo Monteiro Villa Lages (Universidade Federal do Piauí -UFPI – Teresina/Piauí), Marcelo Mayora Alves (Universidade Federal do Pampa – Bagé/RS), Marcus Vinícius Xavier de Oliveira (Universidade Federal de Roraima – UFRO – Porto Velho/RO), Mariana de Assis Brasil e Weigert (UNILASALLE – Canoas/RS), Marília de Nardin Budó (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC), Raphael Boldt (Faculdade de Direito de Vitória – FDV – Vitória/ES), Ricardo Sontag (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG), Riccardo Cappi (Universidade Federal do Estado da Bahia – Salvador/BA), Roberta Camineiro Baggio (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – Porto Alegre/RS), Rui Carlo Dissenha (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR), Theuan Carvalho Gomes da Silva (Universidade Estadual Paulista – UNESP – Franca/SP).

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE DOSSIÊ)

André Machado Maya (Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP – Porto Alegre/RS), Andreas Eisele (Ministério Público de Santa Catarina – MPSC – Florianópolis/SC), Antonio Pedro Melchior (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ), Bruno Rotta Almeida (Universidade Federal de Pelotas – Pelotas/RS), Bruno Shimizu (DPESP – São Paulo/SP), Claudio Ribeiro Lopes (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS – Campo Grande/MS), Felipe Lazzari da Silveira (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS), Ivan Pareta de Oliveira Júnior (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS), Júlio César Faria Zini (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG), Luiz Antonio Borri (Unicesumar – Londrina/PR), Marco Alexandre Souza Serra (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR – Curitiba/PR), Rafael Soares Jr. (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR – Curitiba/PR), Rodrigo Faucz (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR), Ruben Rockembach Manente (Faculdade Cesusc – Florianópolis/SC), Thayara Castelo Branco (Centro Universitário do Maranhão – São Luis/MA), Tiago Oliveira de Castilhos (Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul – FADERGS – Porto Alegre/RS).

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Ana Luisa Leão de Aquino Barreto (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ), Antonio Eduardo Ramires Santoro (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ), Beatriz Corrêa Camargo (Universidade Federal de Uberlândia – UFU – Uberlândia/MG), Daniel Edler Duarte (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP), Daniel Fonseca Fernandes (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ), Daniel Nascimento Duarte (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ), Evandro Piza Duarte (Universidade de Brasília – UnB – Brasília/DF), Felipe da Veiga Dias (Faculdade Meridional – IMED – Passo Fundo/RS), Francisco Thiago Rocha Vasconcelos (Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira – UNILAB – Ceará/CE), Gisele Mendes de Carvalho (Universidade Estadual de Maringá – UEM – Maringá/PR), Hamilton Belloto Henriques (Universidade Estadual de Maringá – UEM – Maringá/PR), Jhonatas Péricles Oliveira de Melo (Universidade de Salamanca – USAL – Espanha), Joachim Renzikowski (Universidade de Halle-Wittenberg – Alemanha), Ludmila Ribeiro (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG), Luisa Cruz Lobato (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/Rio – Rio de Janeiro/RJ), Luíza Correa de Magalhães Dutra (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS), Marina Cardoso Farias (London School of Economics and Political Sciences – Reino Unido), Natalia Martino (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG), Rafael de Deus Garcia (Universidade de Brasília – UnB – Brasília/DF), Raphael Boldt (Faculdade de Direito de Vitória – FDV – Vitória/ES), Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS), Rui Carlo Dissenha (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR), Thais Lemos Duarte (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG).

BASES DE DADOS INDEXADAS:



As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 183 • setembro 2021

Coordenação (editor-chefe)
Salo de Carvalho

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 183 • setembro 2021

Presidência
Marina Pinhão Coelho Araújo

Coordenação (editor-chefe)
Salo de Carvalho

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

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

Juliana Mayumi Ono
Diretora Responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 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 e revista@ibccrim.org.br

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

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

Impresso no Brasil: [09-2021]
Profissional
Fechamento desta edição: [22.07.2021]

CÓPIA NÃO AUTORIZADA É CRIME
ABDR
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS
RESPEITE O DIREITO AUTORAL
EDITORA AFILIADA

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2021/2022

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTA
Marina Pinhão Coelho Araújo
1º VICE-PRESIDENTE
Alberto Zacharias Toron
2º VICE-PRESIDENTE
Fábio Tofic Simantob
1º SECRETÁRIO
Bruno Salles Pereira Ribeiro
2º SECRETÁRIO
Felipe Cardoso Moreira de Oliveira
3ª SECRETÁRIA
Ester Rufino

1º TESOUREIRO
Rafael Serra Oliveira
2º TESOUREIRO
Renato Stanziola Vieira
DIRETOR NACIONAL DAS COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS
1ª Diretora: Maria Carolina de Melo Amorim
2º Diretor: Leonardo Palazzi
3º Diretor: Vinícius Assumpção

CONSELHO CONSULTIVO

MEMBROS
Ela Wiecko Volkmer de Castilho
Helena Regina Lobo da Costa
Márcio Gaspar Barandier
Thiago Bottino do Amaral
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

OUVIDORA
Cleunice Valentim Bastos Pitombo

COORDENADORES-CHEFES DOS DEPARTAMENTOS

ACESSIBILIDADE – BOLSAS E CONTRIBUIÇÕES ASSOCIATIVAS
Camila Torres
AMICUS CURIAE
Alberto Zacharias Toron
BIBLIOTECA
Ludmila Bello
BOLETIM
Daniel Zaclis

CONCURSO DE MONOGRAFIAS e MONOGRAFIAS
Ana Cristina Gomes
CONVÊNIOS NACIONAIS
Luan Moyanos
CONVÊNIO INTERNACIONAIS
Eneas Romero
CURSOS
Bruna Angotti
Mariangela Lopes

CURSOS COIMBRA
Marcelo Almeida Ruivo
GRUPOS DE ESTUDOS AVANÇADOS
Debora Motta
INICIAÇÃO CIENTÍFICA – LABORATÓRIOS
Daiane Kassada
JORNAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Fernanda Prates
JUSTIÇA PENAL JUVENIL E INFÂNCIA
Mariana Chies Santiago Santos
REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Salo de Carvalho
SEMINÁRIO INTERNACIONAL
Marta Saad
SISTEMA PRISIONAL
Guilherme Junqueira
TRABALHOS LEGISLATIVOS
Carolina Costa Ferreira

EQUIPE DO IBCCRIM

NÚCLEO DE ATUAÇÃO POLÍTICA
SUPERVISÃO
Diretoria
EQUIPE
Jonas Santos

NÚCLEO ADMINISTRATIVO

SUPERVISÃO
Fernanda Barreto
EQUIPE
Alexandre Soledade de Oliveira
Eliane Yanikian

NÚCLEO FINANCEIRO

SUPERVISÃO
Roberto Seracinskis
EQUIPE
Andrea Pereira dos Santos
Vanessa dos Santos Lima
Victor de Souza Nogueira

NÚCLEOS DE PUBLICAÇÕES

SUPERVISÃO
Willians Meneses
EQUIPE
Helen Christo

NÚCLEO DA BIBLIOTECA

EQUIPE
Anderson Fernandes Campos
Natalí de Lima Santos

NÚCLEO DE COMUNICAÇÃO

EQUIPE
Adriana Peres Almeida Santos
Rhafaela Resende
Rodrigo Pastore

NÚCLEO DE EDUCAÇÃO

SUPERVISÃO
Andreza Martiniano da Silva

EQUIPE
Ana Paula da Silva
Hegle Borges da Silva

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

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 183 • setembro 2021

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
Juliana Mayumi Ono

Gerente de Conteúdo
Milisa Cristine Romera

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

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Bárbara Baraldi

Estagiárias: Ana Amalia Strojnowski e Mirna Adel Nasser

Produção Editorial
Coordenação
Andréia R. Schneider Nunes Carvalhaes

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

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

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

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thaís Pereira e Victória Menezes Pereira

Designer Editorial: Lucas Kfouri

Estagiárias: Bianca Satie Abduch, Maria Carolina Ferreira e Sofia Mattos

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Linotec

Líder de Inovações de Conteúdo para Print
Camilla Furegato da Silva

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica
Mauricio Alves Monte

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

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula de Araújo Evangelista

Sumário

Dossiê – Novas Tecnologias e Ciências Criminais

Editorial

Matheus Felipe de Castro e Gustavo Noronha de Ávila 19

Gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal na era da sociedade digital

Differential management of illegalisms in the criminal process in the era of digital society

Daniel Nascimento Duarte e Antonio Eduardo Ramires Santoro 23

A política do policiamento preditivo: pressupostos criminológicos, técnicas algorítmicas e estratégias punitivas

The politics of crime prediction: criminological assumptions, algorithmic techniques, and punitive strategies

Daniel Edler Duarte e Luisa Cruz Lobato 57

Algoritmos de predição no sistema penal: as profecias tecnopolíticas que se autorrealizam no século XXI

Prediction algorithms in the criminal system: technopolitical prophecies that authoralize in the 21st century

Felipe da Veiga Dias 99

A criminalização do "stalking" e do assédio moral no Brasil: uma lacuna (quase) colmatada

The criminalization of "stalking" and moral harassment in Brazil: a(n) (almost) colmated gap

Gisele Mendes de Carvalho e Hamilton Belloto Henriques 125

Bitcoin y su uso en el lavado de activos: una mirada a la experiencia euro-brasileña

Bitcoin and its use in money laundering: a look at the Euro-Brazilian experience

Jhonatas Péricles Oliveira de Melo 171

Compreendendo algoritmos aplicados ao sistema de justiça criminal – ilegibilidade, acesso, compreensão, verdade e computabilidade no 'eu' identificado por algoritmos

Understanding algorithms in the criminal justice system – illegibility, access, understanding, truth and computability of the 'self' in algorithms

Rafael de Deus Garcia e Evandro Piza Duarte 199

Processo penal anocrático? A ressignificação da justiça criminal na sociedade de plataformas

Anocratic criminal procedure? The redefinition of criminal justice in the platform society

Raphael Boldt 227

Inteligência artificial, *big data* e algoritmos: policiamento e as novas roupagens de um agir discriminatório

Artificial intelligence, big data and algorithms: policing and the new outlines of a discriminatory acting

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e Luíza Correa de Magalhães Dutra 247

Fluxo Comum

Direito Penal

O conceito de ato sexual ou libidinoso nos crimes sexuais

The concept of an "act of a sexual nature" in sex crimes

Beatriz Corrêa Camargo e Joachim Renzikowski 273

Criminalização do ecocídio: qual a contribuição do Estatuto de Roma?

Criminalisation of ecocide: what is the contribution of the Rome Statute?

Rui Carlo Dissenha e Marina Cardoso Farias 313

Processo Penal

Os paradoxos da audiência de custódia no Tribunal de Justiça da Bahia: um estudo empírico

The paradoxes of the custody hearing at the Bahia Court of Justice: an empirical study

Ana Luisa Leão de Aquino Barreto e Daniel Fonseca Fernandes 345

Criminologia

A criminologia francesa em disputa (1980-2020): querelas disciplinares e reações ao controle político da ciência
La criminologie française en litige (1980-2020): des questions disciplinaires et des réactions au contrôle politique de la science
Francisco Thiago Rocha Vasconcelos 381

Crime na pandemia: relatos jornalísticos sobre a ação de organizações criminais no Brasil durante o primeiro ano de crise da Covid-19
Crime during the pandemic: journalistic coverage on the actions of criminal organizations in Brazil during the first year of Covid-19
Thais Lemos Duarte, Natalia Martino e Ludmila Ribeiro 429

Índice Alfabético-remissivo

Autores 461
Temas 463

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais 467

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 479

Condições para Submissão (*Check List*) 485

Edital 1 – Chamada de Artigos Dossiês – 2022 487

Dossiê – Novas Tecnologias e Ciências Criminais

Editorial

A ciência criminal, a partir de seu tripé classicamente estabelecido por Von Lizst (política criminal, dogmáticas penais e criminologia), passa por uma de suas mais severas crises, especialmente em relação ao seu campo normativo. Não poderia ser diferente numa área do saber afeta constantemente aos assombros de uma realidade que contradiz a sua discursividade.

O fato social, por um lado, antes marcado pela fixidez, dá lugar a características de complexidade, fluidez e indeterminação. Por outro, nas sociedades de massas, surgem pressões pela sua quantificação e padronização por intermédio de métodos estatísticos e procedimentos que prescindam das singularidades. As dificuldades de regramento deste fato social assim pressionado e diante de um Direito marcado pelas análises binárias ((i)legal, (in)constitucional, (im)provido), paradoxalmente nos coloca diante de múltiplos impasses na busca da segurança jurídica prometida.

Some-se a isso o revigoramento de perspectivas autoritárias, antes adormecidas. Hoje, elas corroem a democracia a partir da própria democracia e se utilizam daqueles significantes normativos liberais como significados apreendidos em nome de seus interesses.

Algoritmos desenvolvidos a partir de complexas lógicas passam a colocar em xeque toda a estrutura contratualista acerca do Direito. Tanto as responsabilidades (Direito Penal) quanto as responsabilizações (Direito Processual Penal) sofrem pressões pela parametrização, pelo cálculo a partir de padronização de comportamentos, substituindo a *cognição* pela *checagem*.

No cerne de tal movimento está justamente um dos corolários discursivos da segurança jurídica: a eficiência do sistema penal. Nada deve passar incólume aos cálculos atuariais, em um processo de cedência à própria natureza humana do ato de julgar. Tanto a individualização da conduta (pilar da culpabilização penal) quanto a fundamentação da sentença criminal passariam a ser assumidas por computadores programados de acordo com as rotinas de julgamentos passados.

A singularidade do caso cada vez mais aparece como um *problema* e um *obstáculo*. Os dramas humanos precisariam ser reduzidos a um número, a um conjunto de caracteres. Não apenas ao número de um processo, como também a sua absoluta despersonificação em nome da eficiência e celeridade das decisões em série.

É preciso analisar sobre o quanto estas lógicas podem impactar o sistema penal brasileiro, historicamente seletivo, racista e marcado pela distribuição intencional e desigual de dores. Em verdade, talvez seja apenas a evidenciação do que estava encoberto, porém é possível que esta radicalização nos leve a reposicionar os positivistas como os detentores sobre "a" verdade acerca do crime. Uma "verdade" cujas consequências ainda amargamos por ter legitimado alguns dos piores massacres humanitários de que se tem notícia e que poderia revigorar um direito penal de periculosidades e predições.

Desta forma, é preciso interrogar o quanto os usos tecnológicos colocam em xeque, inclusive, a noção já clássica de Norberto Bobbio de Direitos Humanos. Se esta categoria é entendida como "direitos históricos", como se dará a sua constante (in)evolução e ressignificação através da máquina? Especialmente quando da necessidade de calcular/projetar as dores sociais materializadas em uma pena? (CHRISTIE, 2016).

Porém, uma série de princípios dogmático-criminais poderia ser colocada em xeque a partir da sua utilização. Nas formas atuariais de prognose do crime, os princípios do "*nulla injuria sine actione*" (princípio da materialidade ou da exterioridade da ação) e do "*nulla culpa sine judicio*" (princípio da jurisdicionalidade) poderiam ser violados. Ainda, podemos citar o "*nulla acusatio sine probatione*" como passível de violação. (FERRAJOLI, 2009)

Isto ocorreria em função do afastamento de duas estruturas fundamentais da dogmática processual e penal modernas: a responsabilização fundada na culpa e no *design* dialético presente no processo penal. Além disso, garantias constitucionais como da fundamentação e motivação das sentenças, atribuídas aos juízes, poderiam ser colocadas em xeque.

Ainda neste sentido, Byung-Chul Han (2018) nos traz importante advertência acerca dos julgamentos artificiais e o afastamento de nossa condição humana:

> "Uma possibilidade infinita de conexão e informação nos torna sujeitos verdadeiramente livres? Partindo dessa questão, é possível delinear a nova sociedade do controle psicopolítico, que não se impõe com proibições e não nos obriga ao silêncio: convida-nos incessantemente a nos comunicar, a compartilhar, a expressar opiniões e desejos, a contar nossa vida. Ela nos seduz com um rosto amigável, mapeia nossa psique e a quantifica através dos big data, nos estimula a usar dispositivos de automonitoramento. No pan-óptico digital do novo milênio – com a internet e os smartphones – não se é mais torturado, mas tuitado ou postado: o sujeito e sua psique se tornam produtores de massas de dados pessoais que são constantemente monetizados e comercializados."

As novas tecnologias têm nos trazido importantes desafios na contemporaneidade: desde as redes sociais, câmeras de vigilância com sensores de identificação, até os sistemas de localização em tempo (como GPS), a impressão de quem se preocupa com liberdades é a de que ela está cada vez mais sufocada em nome da eterna promessa de segurança.

Caberia perguntar se tudo isso não representaria um "museu de grandes novidades" e se as novas tecnologias não repaginariam velhos problemas colocados pelas ciências criminais da modernidade e há muito conhecidos por nós. Se, como mencionava Lampedusa, tudo deve mudar para permanecer como está, restaria o problema de saber o que neste debate é realmente novo e o que do velho que nele ressurge cumpre funções não declaradas pelas ciências criminais.

Temos aqui um conjunto precioso de possibilidades teóricas para pensarmos os impactos das novas tecnologias às ciências criminais. Acreditamos que as ideias aqui discutidas possam subsidiar os futuros debates e seus impactos no contexto brasileiro.

Uma ótima leitura!

Ciberespaço, junho do ano pandêmico de 2021.

Matheus Felipe de Castro

Gustavo Noronha de Ávila

Referências

CHRISTIE, Nils. *Limites à Dor.* Trad. Gustavo Noronha de Ávila, Bruno Silveira Rigon e Isabela Alves. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón.* Trad. Andrés Perfect-Ibañez. Madrid: Trotta, 2009.

HAN, Byung-Chul. *No exame:* perspectivas do digital. Petrópolis: Vozes, 2018.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; ZUMBLICK, Roberta. *Inteligência Artificial e Direito.* Curitiba: Alteridade, 2019.

Gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal na era da sociedade digital

Differential management of illegalisms in the criminal process in the era of digital society

Daniel Nascimento Duarte

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – FND/UFRJ. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra/IBCCrim. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF/Campus GV). Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Advogado criminalista.
ORCID: [orcid.org/0000-0002-8107-505X].
daniel.duarte@ufjf.edu.br

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra – Portugal. Pós-Doutor em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidad Nacional de La Matanza – Argentina. Doutor e Mestre em Filosofia pela UFRJ. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidad de Granada – Espanha. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra – Portugal. Especialista em Direito da Economia pela Fundação Getulio Vargas. Graduado em Direito pela UERJ. Professor Titular de Direito Processual Penal do IBMEC/RJ. Professor Associado de Direito Processual Penal e Prática Penal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – FND/UFRJ. Professor Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis – UCP. Pesquisador Jovem Cientista do Estado – FAPERJ. Coordenador do Grupo de Pesquisa "O Sistema Penal sob Olhar Crítico" da UFRJ/UCP. Advogado criminalista.
ORCID: [orcid.org/0000-0003-4485-844X].
antonio.santoro@ucp.br

Recebido em: 29.03.2021
Aprovado em: 03.05.2021
Última versão dos autores: 15.06.2021

Áreas do Direito: Processual; Penal; Digital; Filosofia

Resumo: Busca-se no presente artigo responder a dois problemas centrais: como se forma e se caracteriza a gestão diferencial dos ilegalismos

Abstract: This article aims to answer two central problems: how is the differential management of illegalisms formed in criminal proceedings

Duarte, Daniel Nascimento; Santoro, Antonio Eduardo Ramires. Gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal na era da sociedade digital.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 183. ano 29. p. 23-55. São Paulo: Ed. RT, setembro 2021.

no processo penal? E como se comportam essas características na era da sociedade digital? Para tanto, procurou-se caracterizar o que se denominou gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal para, posteriormente, refleti-la e enquadrá-la, ou não, nas peculiaridades persecutórias que tentam fazer frente às complexidades tecnológicas oriundas dos ambientes digitais de socialização. Partindo-se inicialmente de eixos centrais no pensamento de Michel Foucault e aportando em grau relacional nas diretrizes da hermenêutica processual penal de Alberto Binder, buscou-se demonstrar que, a partir da formação de um saber-poder de cariz criminal, a gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal se perfez como característica intrínseca ao cotidiano manejo do sistema penal desempenhado pelos atores aqui denominados persecutórios. Além disso, também buscou-se ilustrar que, em tempos tecnológicos e de socialização digital, a formação de saber pelo Direito se vê prejudicada e tal fato tende a influenciar nos reflexos de poder do próprio Estado em matéria de busca por controle mediante coercibilidade.

Palavras-chave: Processo penal – Gestão diferencial dos ilegalismos – Hermenêutica processual penal – Saber-poder – Sociedade digital.

formed and characterized? And how do these characteristics behave in the era of the digital society? To this end, we sought to characterize what was called the differential management of illegalisms in the criminal process, to subsequently reflect and frame it, or not, in the persecutory peculiarities that try to face the technological complexities arising from the digital socialization environments. Starting from central axes in the thinking of Michel Foucault and contributing in a relational degree to the guidelines of Alberto Binder's criminal procedural hermeneutics, we sought to demonstrate that, from the formation of a criminal knowledge-power, the differential management of illegalisms in the criminal process has become an intrinsic characteristic of the daily handling of the penal system performed by the actors here called persecutors. In addition, it also sought to illustrate that, in technological times and in digital socialization, the formation of knowledge by law is impaired and this fact tends to influence the reflections of the State's own power in terms of the search for control through coercibility.

Keywords: Criminal procedure – Differential management of illegalisms – Criminal procedural hermeneutics – Knowledge-power – Digital society.

Sumário: 1. Introdução. 2. Do saber-poder à gestão diferencial dos ilegalismos: aportes foucaultianos. 3. Aportes político-criminais centrais em Alberto Binder e as relações com a sua concepção de hermenêutica processual penal: papel dos atores e o saber-poder na persecução criminal. 4. "Gestão diferencial dos ilegalismos" no processo penal: uma aproximação entre as diretrizes foucaultianas e as reflexões de Alberto Binder. 5. Entre os desafios do *saber* e os desafios do *poder*: gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal na era da sociedade digital. 5.1. Iniciando pelo *saber* na sociedade digital. 5.2. Chegando ao *poder* na sociedade digital. 6. Dos perigos intrínsecos à gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal voltada para o âmbito da sociedade digital. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução[1]

Não é sobre lei, é sobre poder. As linhas que seguem tratarão da relação entre o processo penal e as imposições políticas de controle que o acompanham e que

1. Trabalho resultado parcial de projeto de pesquisa financiado pela FAPERJ – Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro como bolsista

foram possibilitadas pela formação de *saber-poder* (FOUCAULT, 2005) coercitivo capaz de culminar na vigilância de certos indivíduos.

O surgimento sempre forjado dessa formação de conhecimento permitiu e precedeu momentos pontuais nos caminhos meticulosos do controle social. Atualmente, com a evolução tecnológica, há um afastamento das instâncias jurídicas no que toca ao conhecimento científico de cariz digital o que tem provocado, em grau de consequência, certos desafios para se repetir o controle social seguro tal qual nos tempos das instituições tradicionais de vigilância.

O que preocupa nesse contexto são as possíveis reações persecutórias a partir do temor pela perda de poder num ambiente em que o Estado gestor de controle não possui hegemonia de poderio.

Para tanto, os *problemas* que se põe a responder são: como se forma e se caracteriza a gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal? Tal característica tende a se enaltecer e ganha peculiares diante de um contexto de complexidades tecnológicas na era da sociedade digital?

Parte-se da *hipótese* de que, a partir da formação de um saber hermenêutico processual penal e dos direcionamentos e jogos de poder próprios da persecução criminal, tem-se a formação de um *saber-poder* específico e que delimita, condiciona e possibilita uma *gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal*. Atualmente, tal característica, intrínseca ao processo criminal, se enaltece e se direciona às cegas, em virtude da ausência de formação efetiva de *saber* acerca das novas tecnologias digitais, entretanto, ainda assim, busca a manutenção de certa racionalidade tradicional de controle para tentar impor *poder* diante das complexas peculiaridades tecnológicas e dos desafios atinentes às novas formas digitais de socialização.

Em grau metodológico, a pesquisa pautou-se em revisão bibliográfica para delinear o trabalho reflexivo que aqui se propõe.

O caminho discursivo proposto, inicialmente, parte de bases centrais do pensamento de Michel Foucault (2005; 2006; 2015) com o objetivo de delinear o que se entende por *saber-poder* no âmbito coercitivo e, principalmente, para dar as linhas caracterizadoras do que fora denominado pelo pensador francês de *gestão diferencial dos ilegalismos*.

Posteriormente, a partir das diretrizes centrais da hermenêutica processual penal sedimentada pelo teórico argentino Alberto Binder (2013) e de noções que

Jovem Cientista do Nosso Estado (Edital 04/2018 – pedido E-26/202.675.2018 – Processo 238453).

norteiam seu pensamento (2003), buscou-se trazer os aportes característicos e categorizadores do que se denominou aqui de *gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal*.

Por fim, valendo-se de autores que têm como objeto de estudo as complexidades tecnológicas e os desafios jurídicos (PARDO, 2009) e as modificações nas concepções de poder a partir das peculiaridades da socialização digital (CASTELLS, 2002; OWEN, 2015), buscou-se refletir acerca do papel do processo penal nessa encruzilhada que se apresenta nos tempos atuais e as tentativas de manutenção insistente de uma tradicional gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal ainda que perante um momento demasiadamente novo.

Procurou-se contribuir em grau categorizador e reflexivo com as problemáticas que advêm dos desafios aqui genericamente apresentados, afinal, quem pode sair perdendo mais ainda diante de um crescimento ainda maior das coercitividades persecutórias é a primazia dos direitos fundamentais constitucionais e a própria liberdade humana (em grau pessoal e digital).

2. Do saber-poder à gestão diferencial dos ilegalismos: aportes foucaultianos

A "forma jurídica" (FOUCAULT, 2005) é possibilitada pelo saber forjado que a antecede e sua imposição é indissociável de um exercício intrínseco de poder. É justamente por isso que Michel Foucault delimitou que, por trás de todo saber, há um jogo de poder e, por sua vez, todo poder político é tramado no saber (FOUCAULT, 2005, p. 51). Para o pensador francês, se o saber é jurídico (ou declaradamente jurídico), o poder é político e, ambos, ciclicamente, se forjam, se complementam e se permitem. Tal junção categórica e significante é denominada *saber-poder.*

Sendo assim, se o poder político depende do saber, somente existem sujeitos de conhecimento que delimitam certas ordens de verdade em determinados momentos históricos se existem condições políticas que são o solo em que se formam o sujeito e os domínios do seu saber (FOUCAULT, 2005, p. 27). A relação poder político e formação do conhecimento diz muito sobre os intentos de dominação de uma sociedade. Em *Verdade e as formas jurídicas* (2005), o pensador francês buscou refletir sobre essas perspectivas diagnósticas a partir das delimitações de saber-poder que nortearam as formas jurídicas de controle, transviando-as de conhecimento.

Na clássica obra, o que o autor denominou de "*forma de saber*" está situada na junção de um tipo de poder e de certo número de conteúdos de conhecimentos.

O sujeito de conhecimento tende a ser o eixo racional que, em grau relacional, permite o desenvolvimento das prioridades políticas de um dado momento, sob a alcunha de saber (FOUCAULT, 2005, p. 77). Segundo o autor, "a verdadeira junção entre processos econômico-políticos e conflitos de saber poderá ser encontrada nessas formas que são ao mesmo tempo modalidades de exercício de poder e modalidades de aquisição e transmissão do saber" (2005, p. 77).

Nas reflexões, antes de adentrar na sociedade de vigilância em si – que seria a chegada do saber-poder na contemporaneidade –, o autor trabalha com demonstrações elucidativas das reflexões travadas a partir de exemplos históricos como o *inquérito* e da própria concepção de *infração*. Segundo Foucault, o inquérito "é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autentificar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir" (2005, p. 78). O inquérito apresentou-se historicamente como uma forma de saber-poder, tendo sido instrumento inventado pelo Direito – enquanto conhecimento – a fim de tomar partido instrumental de certas determinações econômicas e políticas que atravessavam as instâncias de poder da idade média.

O mesmo ocorreu com a concepção de *infração*. Segundo Foucault, a noção de infração advém em substituição à ideia de *dano* (que seria cometido de um indivíduo contra o outro) e o ato infracional passa a ser concebido como "uma ofensa ou lesão de um indivíduo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano" (2005, p. 66). Portanto, para Foucault, a infração é uma das grandes invenções do pensamento medieval e demonstra bem, no decorrer da história, "como o poder estatal vai confiscando todo o procedimento judiciário" (2005, p. 66).

Diferente não ocorreu com a transição para a denominada sociedade de vigilância. Saber e poder permaneceram se permitindo e se complementando mediante a pulsão do direcionamento político. Segundo Foucault, no modelo dito *panopticon*, distinto do inquérito, não se trataria mais de reconstituir um acontecimento, mas, sim, de vigiar *alguém* totalmente e sem interrupção; vigilância esta que se daria "sobre os indivíduos por alguém que sobre eles exerce um poder – mestre-escola, chefe de oficina, médico, psiquiatra, diretor de prisão – e que, enquanto exerce esse poder, tem a possibilidade tanto de vigiar quanto de constituir, sobre aqueles que vigia, a respeito deles, um saber" (FOUCAULT, 2005, p. 88).

Na sociedade de vigilância, a relação política que culmina em declarada produção de saber mediante poderio, passa a configurar um *saber diferente* e também

um *poder diferente*. Quanto ao *saber*, fixa Foucault, este "tem agora por característica não mais determinar se alguma coisa se passou ou não, mas determinar se um indivíduo se conduz ou não como deve, *conforme ou não à regra*" (2005, p. 88, grifos nossos), portanto, o saber, "*se ordena em torno da norma, em termos do que é normal ou não, correto ou não, do que se deve ou não fazer*" (2005, p. 88).

Já quanto ao *poder*, este novo momento denota novos aspectos de poderio no interior das instituições que o compõem, poder este que, nas palavras de Foucault, seria "polimorfo, polivalente". Isto porque, expõe o autor, este mesmo poder, que é econômico e político, é também um poder judiciário, justamente, pois, "nestas instituições não apenas se dão ordens, se tomam decisões, [poder político] não somente se garantem funções como a produção, a aprendizagem, etc., [poder econômico], mas também se tem o direito de punir e recompensar, se tem o poder de fazer comparecer diante de instâncias de julgamento" (2005, p. 120).

Cabe o destaque que, para além da instância oficial *togada* de julgamento que é própria do sistema de justiça (o próprio Judiciário em si), as ditas "instâncias de julgamento" referidas por Foucault são próprias também de *microrrelações de poder* (micropoder) que estão presentes no interior das instituições de vigilância. O autor exemplifica com o caso das prisões (para onde, curiosamente, os indivíduos são enviados porque foram julgados por um tribunal), mas onde "sua existência é colocada sob a observação de uma espécie de microtribunal, de pequeno tribunal permanente, constituído pelos guardiões e pelo diretor da prisão, que da manhã à noite vai puni-los segundo seu comportamento" (FOUCAULT, 2005, p. 120). O mesmo ocorreria com o sistema escolar que, segundo o autor, "também inteiramente baseado em uma espécie de poder judiciário. [onde] a todo momento se pune e se recompensa, se avalia, se classifica, se diz quem é o melhor, quem é o pior" (2005, p. 120). Em suma, revelando-se um local onde também se julga para poder ensinar (ou seria vigiar?).

Com a junção de tais características, fica mais compreensível perceber que, no controle exercido na sociedade de vigilância, o respeito à *norma* assume centralidade no jogo de poder. Será, assim, neste contexto, que quem detém tal poder acabará, politicamente, por manejar a quem a norma se direciona coercitivamente e a quem ela não alcançará. Tal constatação traduz o que Foucault denominou de "*gestão diferencial dos ilegalismos*"[2].

2. A ideia de gestão diferencial (com essa nomenclatura) pode ser constatada em *Vigiar e Punir* (2006). Entretanto, a ideia acerca dos ilegalismos e os manejos que os norteiam, é, segundo Fonseca (2002, p. 130), introduzida por Foucault nas aulas de 21 e 28 de fevereiro no curso do *Collège de France* de 1973, que mais tarde veio a se tornar a importante

A noção de ilegalismos envolve muito mais do que a simples prática de um ato ilegal (ilegalidade). O que está em jogo é a *delimitação* de práticas como ilegais (gestão diferencial de uma irregularidade em relação a outras) em função de um conjunto *extrajurídico* – político, econômico e social. Pode-se dizer que "os ilegalismos circulam entre o domínio formalizado da lei e os domínios não formalizados que constituem as práticas de ordem econômica e social" (FONSECA, 2002, p. 140).

Em *Sociedade Punitiva* (2015), Foucault, a partir de densa reconstrução histórica – localizando em diferentes momentos e para distintos atores as constatações dos manejos dos ilegalismos e as consequências daí oriundas –, delineou as ideias centrais acerca dos ilegalismos, identificando-os como presentes no interior ou ao lado da conjuntura normativa e remetendo-os, assim, à "ideia de um jogo em torno da legalidade e das ilegalidades efetivamente praticadas" (FONSECA, 2002, p. 132). Para o pensador francês, durante a história, o poder sempre adveio como interventor regulatório dos ilegalismos e, nessa esteira, o respeito à legalidade não passava de estratégia no jogo dos ilegalismos (FOUCAULT, 2015, p. 133). De forma geral, tais ilegalismos denotavam, por diversos fatores, uma "margem de tolerância" às regras formalmente dotadas de obrigatoriedade.

Em *Vigiar e Punir* (2006), bem como em *A sociedade punitiva* (2015), o autor aprofunda na ideia de que em determinados momentos históricos certas transgressões legais eram toleradas e, por vezes, inclusive com a participação de agentes do estado, até aceitas ou incentivadas e, já em outros contextos, as mesmas transgressões poderiam deixar de ser admitidas e serem perseguidas. Denota-se, pois, que:

> "entre o que é estabelecido em lei e as ilegalidades que são praticadas, não se interpõe um sistema punitivo absolutamente neutro: o que ocorre é que

obra "Sociedade Punitiva" (2015). Em níveis de tradução da obra foucaultiana para o português, o termo "ilegalismos" (*illégalismes*) por vezes foi tomado como "ilegalidades" (talvez porque, em alguns momentos de suas longas reflexões, Foucault de fato tenha feito tal sinonímia). Ocorre que, segundo deixa claro Fonseca (2002, p. 138-139), "o sentido que este termo assume em *Vigiar e Punir* e, anteriormente a esse texto, no curso *La société punitive*, parece indicar a necessidade de uma consideração mais cuidadosa acerca da sua tradução e, especialmente, no que tange ao significado particular que o termo 'ilegalismos' possui". Em tais reflexões, centrais também para o presente estudo, "ilegalismo" é mais do que um ato ilegal e sim é uma realidade direcionada (gestada e gerida) e impositivamente relacionada como irregular, realidade esta que se perfaz para além do texto de lei unicamente considerado.

> nem toda prática ilegal deve ser punida e, no sentido inverso e ao mesmo tempo proporcional, nem toda lei deve ser respeitada." (FONSECA, 2002, p. 132-133.)

Identifica Fonseca (2002) que, para Foucault, a punição, por exemplo, deve ser entendida no contexto de *um jogo múltiplo de interesses e forças*, "em que muitas vezes legalidade e ilegalidade não se opõem no plano efetivo das práticas sociais aceitas" (2002, p. 133), sendo o âmbito do sistema penal o âmbito por excelência da gestão manejada (diferencial) dos ilegalismos. Telles e Hirata (2010), em referência a Foucault, destacam que o teórico ao tratar da gestão diferencial dos ilegalismos "desloca a discussão da tautológica binaridade legal-ilegal para colocar no centro da investigação os modos como as leis operam, não para coibir ou suprimir os ilegalismos, mas para diferenciá-los internamente" (2010, p. 41). A ideia reflexiva acerca da gestão diferencial de ilegalismos é uma importante virada nas reflexões foucaultianas.

Fala-se em *gestão* pois "não se trataria de suprimi-los, [os ilegalismos] mas de administrá-los diferencialmente e permanentemente". Tal "gestão diferencial dos ilegalismos", portanto, surge como critério a que toda "pedagogia da punição" deveria obedecer; critério este "onde estão inseridas as regras essenciais inerentes a essa nova organização do poder de punir" (FONSECA, 2002, p. 136).

O que estaria em jogo no controle social mediante o sistema penal é justamente o poderio (*saber-poder*) que atravessa constantemente a tomada decisória (política) que exerce a gestão dos ilegalismos. Tal gestão se diz *diferencial* pois trata-se de impedir a ocorrência de algumas ilegalidades e deixar que outras sejam realizadas; "a penalidade será, então, calculada; o que e quanto se quer evitar e o que e quanto pode ocorrer" (FONSECA, 2002, p. 136).

Foucault discute e demonstra que, no decorrer da história, diferentes grupos sociais possuíam uma margem de ilegalismos tolerada. Tal tolerância dizia respeito à não aplicação de uma regra específica ou a um conjunto de regras ou à não observação normativa (FONSECA, 2002, p. 133). E era por causa deste ato de inobservância das regras vigentes que se garantia o funcionamento político e econômico da sociedade a que aquele grupo pertencia. Isto significa que "uma certa margem de ilegalismos era necessária à vida de cada camada social, garantindo-se a dinâmica da sociedade como um todo" (2002, p. 133). Os ilegalismos, portanto, compõem o funcionamento da própria sociedade. Portanto, para Foucault, "não é possível entender o funcionamento do sistema penal, de um sistema de leis e interditos, se não nos interrogamos sobre o funcionamento positivo dos ilegalismos" (2015, p. 134). Em matéria coercitiva, no plano normativo, é

necessário analisar mais do que quem transgride, mas, sim, *identificar quem proíbe e como o faz*.

Diagnostica o autor que "uma lei só funciona e só se aplica dentro de um campo de ilegalismo que é efetivamente praticado e que, de certo modo, a sustenta" (2015, p. 134). A existência do ilegalismo, pois, está ligado à existência da lei, afinal, se há a previsão em abstrato é porque existe alguém que transgride e, em sendo assim, esse alguém que transgride foi forjado como cometedor de *infrações* e inimigo social, assim como também foi forjada a sua ligação com os ilegalismos que necessitaria de direcionada reprimenda. Logo:

> "A junção entre a definição jurídico penal do infrator como inimigo social e a definição do correcionário como indivíduo por transformar ocorre em vários discursos que tornam teórica e discursivamente aceitável [algo próprio do saber] a grande instauração do sistema penitenciário no século XIX." (2015, p. 149.)

A transição central é que certos indivíduos que, antes, de maneira tolerável, praticavam ilegalismos – juntamente até mesmo com a burguesia que buscava o poder – se veem, posteriormente à ascensão desta, alçados a inimigos sociais e delinquentes. Segundo Foucault, esse diagnóstico é a "transformação do personagem do ilegalismo tolerado em personagem que já é o delinquente monstruoso com o qual lidarão a penalidade, a criminologia e a psiquiatria do século XIX". *Essa conversão é o resultado de uma estratégia perfeitamente combinada* (2015, p. 150). É diante disso que a ideia de regeneração "pela intervenção do poder político e pela vigilância perpétua possibilitaria articular a teoria do delinquente como inimigo social com a prática da correção" (2015, p. 151). Toda essa definição pela transgressão à lei se dá a partir da gestão dos ilegalismos mediante poder.

A importância da tomada das reflexões sobre os ilegalismos na obra de Foucault se dá, por consideráveis motivos – primeiramente, pois protagoniza uma ruptura conceitual com certas categoriais jurídico-penais tradicionais como "infração" e "acusação". Em segundo lugar, realiza a quebra com a noção de neutralidade na aplicação do direito (onde ordem e desordem não são categoriais estanques, mas, sim, direcionadas) e, consequentemente, para além das relações intrínsecas de poder (que é implícita nas reflexões foucaultianas), o manejo dos ilegalismos chama a atenção para a dominação social mediante o sistema penal (FONSECA, 2002, p. 140-141)[3].

3. Em tal momento reflexivo, Fonseca procede compilação reflexiva oriunda do trabalho de Pierre Lascoumes (1996) em artigo denominado *L'illégalisme, outil d'analyse*.

3. Aportes político-criminais centrais em Alberto Binder e as relações com a sua concepção de hermenêutica processual penal: papel dos atores e o saber-poder na persecução criminal

O trabalho de construção de sentido da legislação processual penal não está, nem de longe, avesso às microrrepresentações de poder (FOUCAULT, 2000). Diante disso, para além da violência intrínseca e seletivamente direcionada, própria da aplicação repressiva com foco para inimigos delimitados (ZAFFARONI, 2007) e do arcabouço de controle que norteia o sistema penal[4] (BATISTA, 2007, 2016; ZAFFARONI, 1998), são necessárias a consideração estrutural e a *atuação prática dos atores* que se vinculam de alguma forma à persecução criminal, sobretudo quando emergidos em cotidianas reproduções punitivas (CARVALHO, 2010) e autoritárias (GLOECKNER, 2018). Todo esse contexto tende a denotar um grau contundente e constante de gestão diferencial de ilegalismos no *interior da persecução penal*[5].

Por *atuação prática*, se considerará aqui a interpretação e aplicação da normatividade processual penal pelos atores do sistema repressivo que atuam nas mais variadas formas de manejo da persecução penal. Em razão disso, apoia-se nas balizas desenvolvidas pelo teórico argentino Alberto Binder (2013), segundo o qual o funcionamento concreto do sistema penal (ou sistema de justiça criminal) acaba ligado de maneira umbilical à forma de atribuição de sentido das normativas processuais desempenhada de diversas formas pelos atores que as manejam, para além do que o autor denominou de "ideologia do trâmite" que, grosso modo, seria a restrita concepção de que o processo penal e seus atores compõem uma lógica meramente sequencial de atos concatenados, o que, na perspectiva do autor, deve ser superado para que se absorva as complexidades e os jogos de

4. A noção de sistema penal a ser considerada nas presentes linhas não se restringe ao sistema judiciário em si e nem mesmo à conjuntura normativa penal e sim, tal qual fixado por Zaffaroni (1998), trata-se de clara manifestação do poder social e abrange *todo o controle social punitivo institucionalizado*, as agências de controle, os atores que o representam e os procedimentos estabelecidos, ainda que não legais. Segundo Nilo Batista (2007, p. 25), "o sistema penal a ser conhecido e estudado é uma *realidade*, e não aquela abstração dedutível das normas jurídicas que o delineiam".

5. A noção de persecução penal que aqui se parte é unitária e sem divisões entre fases pré-processuais ou processuais. Trata-se, tal qual também trabalhado por Prado (2019), de aparato oficial que é fundado em estado original de incerteza por força da presunção inocência e que abrange desde a notícia-crime até o momento imediatamente anterior ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

poder que envolvem as decisões (políticas) que tocam diretamente o sistema penal ou sistema de justiça criminal.

Cabe frisar, tal qual procede Binder (2003), que, para fins dessas breves reflexões, a concepção de sistema penal e de sistema de justiça criminal serão tomadas como sinônimas e dizem respeito ao "conjunto de instituições vinculadas ao exercício da coerção penal" (BINDER, 2003, p. 13). Tais instituições são formadas por atores que são "corresponsáveis pela configuração da política criminal" e, mais do que isso, são "*eixos estruturadores*" de tal sistema de justiça penal (BINDER, 2003). Dessa forma, segundo o mestre argentino, o sistema penal[6] ou sistema de justiça penal é composto por uma multiplicidade de atores *co-cooperativos* e setores estruturais onde todos desempenham os trâmites formais que norteiam a persecução penal e a aplicação instrumental da normatividade que a direciona a partir de (micro) decisões compostas por valorações inseparáveis de aspectos próprios oriundos de diferentes relações de poder. Afinal, para o autor, "um modelo de política-criminal é construído a partir da perspectiva do poder" (2003, p. 22).

Pelas reflexões de Binder, a aptidão de realização do poder se refere à capacidade de flexibilizar o direito e, por sua vez, a afirmação do direito liga-se com a capacidade de limitar o poder. No âmbito processual penal, tal percurso cíclico – considerados o grau de complexidades e as interações que norteiam os fenômenos objeto da intervenção criminal –, é formado pela convivência, numa mesma conjectura, de normas de ambos os tipos onde a maior ou menor aplicação de umas ou de outras estão culturalmente condicionadas por variados aspectos (BINDER, 2003).

Assim, a construção de sentido da norma processual penal se encontra no sensível limiar[7] dialético entre eficiência[8] e garantia, sendo certo que tal manifestação

6. A concepção trazida por Binder, ainda que acrescida com olhar subjetivamente colaborativo, próprio da sua concepção de política criminal que tende a ser trabalhada nas presentes linhas, em muito se assemelha com a percepção de sistema penal trabalhada por Zaffaroni (1998; 2007) e por Nilo Batista (2007), sendo tais concepções complementares e realísticas integrantes de uma mesma perspectiva crítica de análise.

7. Segundo Binder, não há uma dicotomia excludente entre premissas autoritárias e democráticas, segundo o autor, o dito limiar aqui tomado como pendular (que por ora tende para um ou para outro lado) ocorre constantemente no interior da conjuntura dos sistemas de justiça penal das democracias ocidentais (BINDER, 2013).

8. Binder (2003, p. 26), apesar de ciente de que a noção de eficiência como *incidência do poder do Estado* (e opostas à garantia de direitos fundamentais) não seja a mais apropriada

aplicativa não se dá de modo unívoco ou rigidamente dicotômico (BINDER, 2003, 2013) entre tais premissas. Tal limiar é composto de uma gama de complexidades e que se reflete em grau institucional no exercício das funções cotidianas dos atores do sistema penal na medida em que:

> "inumeráveis fatores, tais como a condição social do acusado, ou da vítima, as características dos crimes [...], as condições sociopolíticas daquele momento, as exigências sociais etc. fazem com que a situação entre eficiência e garantia se solucione de diferentes maneiras segundo os setores ou grupos sociais envolvidos no processo penal." (BINDER, 2003, p. 28.)

Diante disso, delimitar uma maneira idealizada (*dever ser*) de aplicação normativa do processo penal para toda situação posta perante os atores do sistema é desconsiderar que o de fato ideal é poder dar conta "tanto do *fundamento* das normas como de seu *funcionamento* na vida em sociedade" (BINDER, 2003, p. 29). Logo, neste âmbito da vida em sociedade, o modelo processual penal "sofre variações (em plano normativo através de transformações na interpretação) que correspondem a outros condicionamentos culturais (fatores sociopolíticos)" (2003, p. 30). Portanto, o processo penal configura-se de diversos modos por meio dos diferentes segmentos sociais; nenhum sistema (seja acusatório ou inquisitivo – ainda que o acusatório[9] seja desejável enquanto *dever ser*) teria como dar a visão completa de como o processo penal efetivamente é; seriam fios condutores que permitiriam a orientação para o compreendê-lo. Justamente por isso que o entendimento prático do processo penal concebe a confrontação e a resolução de forças que se encontram na sua base formativa (BINDER, 2003, p. 32).

Tal contexto, que em si é intrinsecamente complexo, é indissociável de valorações próprias do cotidiano dos atores que compõem o sistema de justiça criminal. Este é formado por nada menos do que o conjunto de práticas e trâmites – uma realidade organizacional e até mesmo burocrática – desenvolvidos pelos *cooperadores* que estruturalmente desenvolvem a aplicação da norma processual penal (BINDER, 2013, p. 299-300). Toda esta cooperação subjetiva

---

e um Estado de Direito, pois este deve procurar ser eficiente tanto para um lado como para o outro, optou metodológica e discursivamente por mantê-la no sentido restrito ao poder estatal. Ressalta o mestre argentino que, "embora a objeção assim formulada possa ter um certo fundamento, preferimos utilizar a palavra 'eficiência' no sentido que já lhe havíamos dado, referindo-se *exclusivamente à busca de uma aplicação eficaz do poder do Estado*" (2003, p. 26, grifos nossos).

9. Sobre a temática, conferir PRADO, Geraldo, 2005.

(*co-cooperação*) e rotinas procedimentais – até mesmo instintivamente culturais – formam, em grau de completude, a conjuntura que acaba por dar vazão a uma medida persecutória criminal (eficiente ou garantidora) e é este contexto complexo de tensão que influi de maneira decisiva na construção de sentido da norma processual penal. Tal construção só é passível de efetiva compreensão a partir da conjugação, enquanto premissa, entre o sistema de justiça criminal e o campo social (BINDER, 2013, p. 161).

É a partir daí que a concepção de política criminal de Binder toma ainda maior importância já que a operatividade do processo penal enquadra-se na configuração de política criminal oriunda da sociedade, afinal "não existe sociedade sem política, porque não existe sociedade sem poder e sem interesses comuns e opostos" (BINDER, 2003, p. 16) sendo, portanto, a política criminal, na concepção do pensador argentino, "o conjunto de decisões relativas aos instrumentos, regras, estratégias e objetivos que regulam a coerção penal e forma parte do conjunto de atividades políticas de uma sociedade" (BINDER, 2003, p. 16).

É perceptível, pois, que, nas reflexões do teórico argentino, a conjugação entre justiça penal e campo social é atravessada por questões políticas de maneira ininterrupta e estas questões acabam por denotar um considerável quantitativo de diretrizes que tendem a delinear a construção do *saber* acerca da norma processual e que permitem seu consequencial manejo mediante exercício de *poder*. O que se quer aqui delimitar se exprime bem nas valiosas reflexões de WARAT (1994, p. 57) para quem a ciência jurídica (*saber* no sentido aqui presente) se perfaz "como discurso que determina um espaço de poder, [e] é sempre obscura, repleta de segredos e silêncios, constitutiva de múltiplos efeitos mágicos e fortes mecanismos de ritualização, que contribuem para a ocultação e clausura das técnicas de manipulação social".

Em se tratando da esfera criminal, e, em nosso caso, mais especificamente, o processo penal, tal imposição de saber, se dá, conforme alertou Salo de Carvalho (2010, p. 09), com o "estabelecimento de *standards* conceituais" que "é um jeito concebido pelo sistema para dar roupagem jurídica às violações que ele mesmo promove, alimentando o *sinthoma* contemporâneo da *vontade de punir* que sustenta a fala entorpecente do *populismo punitivo*" (2010, p. 09). Afinal, não há como considerar a atuação dos atores do sistema penal e a sua contribuição hermenêutica para o sentido aplicativo (prático) da norma processual penal (BINDER, 2013) separando-a do paradigma punitivo ao qual estão emergidos (CARVALHO, 2010), sobretudo em sociedades periféricas e violentas como a brasileira.

Logo, a partir das diretrizes da hermenêutica processual penal de Binder (2013), o que se faz central para o presente esforço é a fixação de que a construção

de sentido da norma processual penal e sua consequente aplicação (ou não) é eminentemente uma questão de *poder*. E, diante disso, se é verdade que, pelo que fora até aqui trabalhado, a construção de sentido denota um *saber*, pode-se afirmar, em grau de aproximação teórica com as fixações foucaultianas, que o *sentido da norma processual penal é, pois, uma questão de saber-poder.*

4. "Gestão diferencial dos ilegalismos" no processo penal: uma aproximação entre as diretrizes foucaultianas e as reflexões de Alberto Binder

Propõe-se, neste momento, o diálogo entre a hermenêutica processual penal de Binder e as fixações foucaultianas acerca do manejo direcionado do *saber-poder* que culmina na *gestão diferencial dos ilegalismos*.

Sendo a política criminal, nas fixações de Binder, um conjunto de decisões enquanto "atos de vontade de determinados sujeitos sociais, relativos ao uso de instrumentos de coerção penal" (2003, p. 16) tem-se, assim – em um plano mais restrito ao cotidiano dos atores que compõem e contribuem para o sistema penal – que tais decisões também irão nortear as regras que permitem as utilizações dos instrumentos de coerção (2003, p. 18) no interior e no decorrer da persecução penal.

Tais instrumentos de coerção podem ser oriundos do direito penal ou do direito processual penal. Entre os três critérios de separação normativa trazidos por Binder (2013, p. 148-149) – sendo eles normas que criam crimes e penas, normas que regulam a execução da pena e *normas que regulam o juízo penal* –, estas últimas que aqui nos interessa analisar, visto que os instrumentos de coerção que se refletem no âmbito processual penal delas derivam. Tal instrumentalidade coercitiva (eficientista, nas sedimentações do autor), e que é oriunda da aplicação *decisória* destas normativas do âmbito processual penal, dizem respeito ao *exercício da persecução* e correspondem – no delicado terreno punitivo ao qual os atores do sistema penal estão inseridos[10] – a uma gama considerável de flexibilizações

10. Sobre tal temática, em terreno brasileiro, são salutares as reflexões de Salo de Carvalho (2010) em oportunidade em que reflete acerca do papel dos atores do sistema de justiça penal no paradigma punitivo, denominado pelo autor como *era punitiva*. Chama a atenção o professor gaúcho para a contribuição essencial de todos os atores do sistema penal para a manutenção do *status* ferrenho de controle oriundo do sistema penal. Tais reflexões encontram interessante ligação com o aspecto *cooperativo* da hermenêutica processual penal trazido por Binder (2013) e que aqui se está a trabalhar.

de direitos que tendem a ocorrer, podendo englobar desde as chances possíveis para o processo, à manutenção ou não da prisão processual, aos atos e diligências oficiais diversos, às propostas de acordo ou concessão de *benesses* e, por óbvio, a colheita de elementos de prova, entre outras curvas e possibilidades.

Assim, o sentido de aplicação normativa que aqui se quer chamar a atenção, portanto, habita justamente o *caminho e conteúdo decisório eminentemente valorativo que precede a construção de sentido da norma processual penal para o caso concreto*.

Tal caminho decisório se perfaz mediante gestão diferencial dos ilegalismos, visto que o *limiar entre eficiência e garantia*, tal qual fixado por Binder, é tensionado mais para um lado ou para outro a depender dos vetores determinantes que influenciam tal gestão dos ilegalismos postos perante as instâncias persecutórias. Gestão esta que é eminentemente diferencial, diria Foucault, e serviria a "riscar os limites de tolerância, dar terrenos para alguns, fazer pressão sobre outros, excluir uma parte, tornar útil outras, tirar proveitos daqueles" (FOUCAULT, 2006, p. 227). Assim, o exercício da gestão de ilegalismos pode culminar, diante das complexidades de poderio envolvidas e em correlação com o objeto aqui proposto, em ressignificações autoritárias de máximas processuais para certos casos, não aplicação deliberada de normativas para outros, aplicação normativa deturpada para alguns etc.; ainda que sob o manto de um *alegado* respeito às diretrizes democráticas do ordenamento processual penal.

Toca-se neste ponto pois é central reconhecer que toda a dinâmica aqui travada precisa do ambiente dito democrático para se desenvolver e toda a sistemática da gestão de ilegalismos aqui trabalhada ocorre no interior do próprio ambiente democrático. O fato de enunciarmos aqui certa categorização de uma gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal não nos guia a uma conclusão dicotômica ou sistêmica de que a conjuntura ao qual estamos inseridos é, por si só, autoritária e anulatória das máximas e garantias democráticas – esta não é uma problemática que tende a tocar nesta oportunidade as presentes reflexões. Por isso, permanecemos com Binder ao ressaltar que a construção de sentido da norma processual mediante poderio atinente aos atores que compõem a conjectura processual se perfaz e está instalada no interior do próprio campo democrático (BINDER, 2013), pressupondo, por assim dizer, certa conjuntura normativa formal.

A gestão dos ilegalismos no processo penal, portanto, não se confunde com lacunas na aplicação das leis ou com certa anomia legislativa que daria vazão a qualquer vácuo autoritário constante. Os ilegalismos e, mais do que eles, os manejos que os direcionam compõem os jogos de poder e se distribuem conforme se *diferenciam* por entre os espaços possíveis que a conjuntura permite.

Em grau teórico-relacional, também é importante fazer esse destaque, até porque, tal qual ressalta Foucault, as leis (aqui, para fins de reflexão, tomadas como formalmente democráticas) "não são feitas para impedir tal ou qual comportamento, mas para diferenciar as maneiras de contornar a própria lei" (FOUCAULT, 1994, p. 716, *apud* TELES; HIRATA, 2010, p. 41). Para o pensador francês, "todo dispositivo legislativo dispôs de espaços protegidos e aproveitáveis em que a lei pode ser violada, outros em que pode ser ignorada, outros enfim, que as infrações são sancionadas" (FONSECA, 2002, p. 140).

Dessa forma, tal qual aqui estamos a trabalhar, o processo penal tende a ser também um terreno onde isso ocorre, afinal é o conteúdo valorativo que precede a imposição coercitiva mediante exercício de poder que no percurso processual penal acaba por se destacar "embora, às vezes, esse fato se esconda sob formas 'técnicas' aparentemente neutras" (BINDER, 2003, p. 16). Definitivamente, conforme nos brinda Binder, "os sistemas atuais se explicam melhor a partir do juiz-burocrata do que do inquisidor" (BINDER, 2003b, p. 75).

A normatividade, quando está em questão esta parcela do poder que administra a justiça criminal, acaba por considerar diferentes regras e modelos informais de funcionamento (BINDER, 2013). Por vezes e por diversos fatores – institucionais, culturais, organizacionais e até burocráticos –, um considerável quantitativo de aparentes ilicitudes pode chegar ao conhecimento dos atores persecutórios, porém, apenas algumas delas adentram de fato nas agruras do sistema coercitivo. E não se trata de nada excepcional ou anormal, faz parte da gestão diferencial atinente ao funcionamento de todo o sistema.

Tal ocorrência se dá a partir de formas de agir político-criminais (no sentido atribuído por Binder) que se dão mediante certa escolha decisória própria do papel de cada agente que atua no âmbito persecutório processual penal. Trata-se de uma movimentação política – mediante divulgação de saber e imposição de poder, para sermos fiéis à aproximação foucaultiana proposta – que, de certa forma, foi previamente *valorada* e colocada entre o eficientismo (coercitivo) e a afirmação de garantias.

Diante disso, se há sob evidência um viés valorativo na construção de sentido da norma processual penal que aponta para casos e situações específicas, é porque há um inegável manejo direcionado, mediante poderio, da própria normatividade instrumental processual. Em outras palavras, se a persecução penal se reflete como instrumental processual coercitivo oriundo de decisões político-criminais, tal qual delimitado por Binder, surge como natural a conclusão, sob uma *perspectiva política*, de que *a tomada de escolhas persecutórias é puro exercício de poder.*

Por sua vez, sob uma *perspectiva jurídica*, existe por detrás dessa delimitação de uma instrumentalização coercitiva algo que possibilita o próprio discurso jurídico em grau de autoridade que é justamente o viés declaradamente científico que o reveste, ou seja, *o saber*.

Também, por este ponto, o viés relacional entre as diretrizes processuais penais de Binder e as premissas filosóficas de Foucault tende a aparecer; afinal, conforme trazido inicialmente, a norma jurídica (em específico, na presente análise, a processual penal) é possibilitada pelo saber forjado que a antecede, e sua imposição é indissociável de um exercício intrínseco de poder, revelando, o que foi sedimentado por Foucault, que por trás de todo saber há um jogo de poder e que todo poder político é tramado no saber (FOUCAULT, 2005).

Num viés mais específico, o difundido *saber* jurídico por detrás do *poder* de delimitar a incidência ou não de medidas persecutórias foi permitido por uma escolha (decisória, tal qual destacado por Binder) eminentemente política. É dizer, portanto, que a concepção de política criminal, a partir dos aportes de Binder, nos guia para uma localização de extrema importância, a de que *é na abertura decisória (político-criminal) existente no agir dos atores do processo penal em seu cotidiano prático de construção de sentido da norma processual penal que ocorre, enquanto manifestação política de poder, a gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal*.

Tal construção de sentido, próprio da hermenêutica processual penal aqui trabalhada, nunca será, portanto, algo afastado dos jogos de poderio intrínsecos ao sistema penal. A depender do caso, culminará no desempenho mais incisivo ou não de flexibilização de garantias processuais, decretos e renovações de medidas cautelares e outros aparatos invasivos, entre outras medidas processualmente *coercitivas*, que irão variar a depender do caso e sujeitos envolvidos.

A partir disso, um ponto central para a compreensão da presente exposição se faz importante: sabe-se que, desde Foucault, a ideia de gestão diferencial dos ilegalismos, em grau consequencial, acaba por apontar para a existência ou não da utilização da punição enquanto reprimenda oficial para certas condutas que, posteriormente à gestão diferencial respectiva, alçaram-se ao patamar de ilegítimas. Porém, falar em gestão diferencial dos ilegalismos *especificamente para o âmbito processual penal* é ampliar os horizontes de visualização consequencial do poder para além do resultante da reprimenda (que é a pena), enxergando, portanto, que o grau coercitivo, que será alcançado em sua completude com a execução de uma pena, incide constante e progressivamente já nas medidas persecutórias. Em outras palavras, toda medida persecutória tomada como necessária (depois da filtragem de ilegalismo) traz consigo certa monta coercitiva que revela, em si, uma microincidência de poder peculiar daqueles atores

(hermeneutas do cotidiano processual penal) que optam por tais medidas persecutórias ou as exercem.

Diz-se isso, pois, a partir de Foucault, nos parece que a sociedade é composta por microrrelações de poder. Logo, no âmbito processual penal, a referida ampliação de horizontes acerca da visualização do poder aqui trabalhada nada mais é do que incidência das microrrelações de poder que se revelam na conjuntura da persecução penal. Delimitação esta também plenamente relacional com as diretrizes de Alberto Binder (2013) para quem a justiça criminal é configurada por um universo de práticas cotidianas e sistemas normativos que também devem ser compreendidos como atos processuais.

O saber-poder e as escolhas políticas que o movimentam estão tanto no consequente (a execução da pena em si) como no antecedente que caminha de modo progressivo ao consequente (que é a persecução processual penal). Nessa esteira, a gestão diferencial dos ilegalismos é *cotidiana e cooperativa* entre os agentes persecutórios.

A gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal não é exercida somente por juízes ou promotores, não veste necessariamente toga, ou senta-se ao lado do julgador. Está, *a título de ilustração*, no ato de fazer uma perícia direcionada, assim como está no ato de denunciar genericamente. Está no ato de não disponibilizar a integralidade dos elementos probatórios, assim como está no ato de flagranciar algo que não está sob flagrante. Está no ato de "combinar" pedidos e deferimentos, assim como está no ato expedir mandados genéricos ou até mesmo de cumpri-los. Está no ato de retardar atos propositalmente, assim como está no simples ato de prender sem motivo justo, entre tantas outras hipóteses.

Nas complexidades oriundas do sistema penal, os exemplos tendem a ser muitos, entretanto, as incidências variarão caso a caso e a partir das conjecturas próprias dos jogos de poder envolvidos. Se fosse possível traduzir a reflexão em poucas palavras talvez as que seriam ditas seriam que a gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal revela-se como uma *conjuntura de microrrelações de poder protagonizadas cooperativamente pelos atores ligados à persecução penal a partir de cotidiano exercício de decisões políticas que são permitidas por um saber que se exterioriza na construção de sentido da normatividade processual penal direcionada ao caso*.

Nos cabe agora, por fim, refletir se essa *gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal* mantém sua estrutura e sua lógica de ocorrência diante das consideráveis complexidades dos tempos tecnológicos atuais, que tocam as instâncias jurídicas de controle tanto no âmbito do *saber* como no âmbito do *poder*.

5. Entre os desafios do *saber* e os desafios do *poder*: gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal na era da sociedade digital

Inicialmente, ressalta-se que, neste momento derradeiro do presente ensaio, não é a intenção traçar maiores aprofundamentos *específicos ou casuísticos* a vistas de ilustrar a relação processo penal, ambiente virtual e tecnologias. A questão permanece no plano reflexivo maior, o plano das *condições* em que esse novo momento se apresenta. Buscar-se-á contribuir com um diagnóstico de certa forma geral, mas que se intenta considerar alguns pontos de partida peculiares que, se crê, devem ser enfrentados ou, no mínimo, considerados na tentativa de incursão reflexiva neste novo momento social em que se vive, onde os espaços de socialização estendem-se, naturalmente, para o ambiente digital.

Esse novo momento que aqui se faz referência se perfaz, sobretudo, de uma nova conjuntura de relações sociais que perpassam o pessoal e atingem relações virtuais de conectividade, próprias do que foi categorizado por Castells (2002) como *sociedade em rede* e localizada no que fora denominado *paradigma da tecnologia da informação*.

Nas reflexões que seguem, sociedade digital ou ambiente digital será tomado como *referência à sociedade em rede*, pois será pautada, como característica central, pelas relações de interconexões que compõem essa dita sociedade. Segundo Castells (2002), essa dita sociedade em rede[11] desempenha a comunicação social e a troca de informações mediante sociabilidade virtual, que transcende o tempo e o espaço, possibilitada e impulsionada por novas tecnologias e que, atualmente, é otimizada pelas potencialidades interacionais cotidianas e conectivas advindas da *internet*.

Taylor Owen (2015), ao se referir a Castells como um dos precursores dessas reflexões, destaca que a sociedade em rede permite formas de comportamentos que antes não eram possíveis, reduzindo as limitações que desafiavam as interações humanas. Partindo de Castells, salienta Owen (2015, p. 30) que essa nova modalidade de socialização traz consigo outras complexidades tão desafiadoras quanto, desde a remodulação da ideia de sociedade civil até os níveis acentuados

11. Nas reflexões de Owen (2015, p. 30), *rede* aparece como conjunto de interconexões (com vários atores) que permite o compartilhamento de ideias, bens, valores e outras fontes. Tais redes tendem a produzir padrões de relacionamento a influenciarem tanto o seu âmbito interno como o externo.

e remodulados de individualismos, ambos norteando as complexidades oriundas de uma remodulação ainda maior – a remodulação do poder.

Para os intentos aqui propostos, um ponto central a ser trabalhado a partir dos impactos das interações em rede são as modificações das esferas tradicionais de vigilância e a própria modificação do *saber-poder* – tal qual trabalhado por Foucault – enquanto possibilitante de certo controle social e de gestão diferencial de ilegalismos.

Dessa forma, algo que se revela com naturalidade é que, em tempos digitais de relações em rede, os espaços de vigilância onde o saber-poder tradicionalmente ocorreria mudaram substancialmente. Se antes esses espaços podiam ser visualizados na escola, na fábrica, no hospital e na prisão (FOUCAULT, 2005) – hoje a realidade tecnológica amplia os fenômenos sociais para o ambiente virtual (em rede). Quanto a essas ditas instituições tradicionais, Foucault (2005) pôde fixar que elas buscavam uma espécie de "normalização" de homens (2005, p. 114) mediante certa correção e garantia impositiva de cumprimento de certas normas delimitadas por relações de dominação e poder. Essas constatações características não se repetem nos ambientes digitais.

Primeiramente, porque em tais ambientes em rede não existe o contato físico tão inafastável para o disciplinamento próprio das instituições tradicionais. Em seguida, porque não há um sujeito ou sujeitos a quem se deva obediência, logo, por via de consequência, não há ordens específicas e direcionadas a se respeitar, não havendo no ambiente em rede um sujeito hierárquico superior que impõe seu poder e dominação. E, por fim, porque o anonimato é uma característica corriqueira do ambiente virtual onde não há, em regra, a obrigatoriedade de identificação civil, não havendo, portanto, *quem* "corrigir" ou impor normalização. *Não há corpos* para controlar.

Portanto, no aqui denominado ambiente digital, as máximas de *saber-poder* que tenderiam a impor as relações políticas capazes de delimitar o controle político-social e tornar robusta a gestão diferencial dos ilegalismos ficam consideravelmente prejudicadas e tendem a caminhar para novas roupagens a partir dos desafios contemporâneos.

5.1. Iniciando pelo saber *na sociedade digital*

Se é certo que, tal qual delimitado por Foucault, o poder político é *forjado no conhecimento* na medida em que a formação da cientificidade diz muito sobre os intentos de controle de cada momento histórico, neste momento tecnológico em que vivemos, tal diretriz não é tão simples de se sedimentar. Primeiramente, pois

o dito ambiente virtual não tem se revelado tão propício à formação direcionada de *saber* que serviria ao controle político pelas instâncias oficiais. Em outras palavras, o saber na era tecnológica tem revelado muito mais dúvidas e incertezas do que caminhos experimentais seguros de formação de conhecimento científico de viés jurídico-político (PARDO, 2009). Nesse contexto, falta aos atores jurídicos um conhecimento científico forte o suficiente acerca do espaço virtual que seja capaz de forjar categorias impactantes de controle, como se deu com as categorias políticas do "inquérito", do "confisco" do conflito e até mesmo da "infração", tal qual trabalhado alhures.

José Esteve Pardo (2009), ao refletir acerca das incertezas oriundas do momento tecnológico contemporâneo e os impactos destas nas interseções entre política e Direito, traduz com competência o que se está a chamar a atenção com as advertências supra. As incertezas científicas que os desenvolvimentos tecnológicos da era atual trazem para o Direito têm feito as instâncias jurídicas travarem um "combate silencioso e sem trégua" a fim de tentar impor, como sempre fizeram, a sua própria dinâmica decisória embasada em seu sistema de certezas. (PARDO, 2009, p. 12-13).

Uma consequência peculiar é a chamada de outros ramos do saber para o manejo de produção do conhecimento, o que tende a ser uma característica própria desse novo momento científico-tecnológico (PARDO, 2009). É dizer, pois, que, em matéria de perspectivas de controle das instâncias jurídicas em correlação com o ambiente digital, a tecnologia da informação tem muito mais impacto nas diretrizes de construção de saber do que as premissas de vigilância e controle ostensivo tradicional (que ainda imperam no âmbito processual penal).

Nesse contexto, política e Direito estão cada vez mais chamados a mergulhar em diretrizes científicas para lidarem com a presente realidade tecnológica. Trata-se de momento que merece atenção diferenciada, pois a violência da *construção forjada* das diretrizes de saber que de maneira meticulosa, conforme enunciou Foucault, sempre serviu como possibilitante ao exercício do poder e à gestão diferencial dos ilegalismos, não encontra mais terreno fértil para sua imposição. A "criatividade nociva" na construção do saber jurídico dominador não tem o mesmo espaço que antes, isto porque sua capacidade impositiva é proporcional à sua proximidade com o discurso científico-tecnológico que hoje é prioritariamente extrajurídico e, de certa forma, afastado dos atores estatais de controle.

Diante disso, o Direito tem buscado, a *seu modo*, se aproximar cada vez mais de certo discurso de autoridade científico-tecnológica para recuperar a autoridade de quem fala com conhecimento (saber), tendo em vista, consequencialmente,

uma maior proximidade com o *poder* em sua faceta política, que sempre tende a estar mais próximo de quem detém o controle tecnológico, enquanto *saber*.

5.2. Chegando ao poder *na sociedade digital*

Este *poder*, que é oriundo da construção de saber – conforme, com Foucault, se fixou em toda a exposição —, tende, entretanto, a estar mais *distante* do direito e das instâncias oficiais de controle próprias dos limites do jurídico. Ainda que seja pretensão dos atores persecutórios controlar representantes de um perigo social (que foram manejados e alçados à tal posição de maneira gestacional), o Direito – e o processo penal seja talvez um exemplo privilegiado dessa constatação – continua por se utilizar de instrumentais tradicionais de poderio que em sua essência são violentamente coercitivos. Assim, o *poder* dito tradicional tem a empreitada de se adequar aos desafios advindos das relações complexas do ambiente digital e encarar as "ameaças" oriundas de uma nova e concomitante modalidade de poderio que atualmente convive com as instâncias oficiais de controle, o denominado por Taylor Owen (2015) de *poder disruptivo*.

Para o autor (OWEN, 2015, p. 38-47), esta nova espécie de poder se revela do mundo em rede e das suas complexas interações. Tal poder disruptivo, segundo o teórico, possui três características centrais. Trata-se de: a) um poder *disforme* (sem maiores organizações, lideranças aparentes ou nichos piramidais de estrutura – que denota uma descentralidade de identidades, manifestações e ações); b) um poder *instável* (onde os dados e informações circulam com rapidez gigantesca, onde o fluxo de dados é maciço e a produção de informações supera a própria capacidade de entendimento, caracterizando um ambiente que acaba por privilegiar confusões e inconstâncias até mesmo na associação não duradoura de pessoas); e, por fim, c) um poder *colaborativo* (onde é comum um agir coletivo e voluntário, por vezes, sem conhecimento entre os atores e que supera as linhas dos limites geográficos regionais, denotando um contexto em que a comunicação, a conexão social e a mobilização que ela representa se fazem mais importantes do que eventuais laços pessoais firmes ou por coerência de eixos ideológico-representativos, formando grupos que somente a *internet* seria capaz de unir).

Diante disso, Taylor Owen ressalta que o Estado está intricado justamente no desafio de lidar com um mundo em que os princípios básicos do seu poder viraram de cabeça para baixo (2015, p. 47).

Trazendo em grau ilustrativo e correlacional para o âmbito do processo penal (tomado aqui como instrumentalização tradicional do controle do Estado punitivo),

veríamos que, a partir das socializações em rede que dão vazão ao contexto onde habita o poder disruptivo e, sobretudo, a partir de suas características supra, *não haveria possibilidade* de seguramente: a) delimitar qualquer autoria delitiva (ante o caráter *disforme*); b) delimitar qualquer conduta (ante o caráter *instável*); e c) nem mesmo delimitar liame subjetivo (ante o específico caráter *colaborativo*).

Vê-se que, nesta simples comparação ilustrativa, restaram prejudicados os eixos imputativos mais básicos daquilo que tradicionalmente se tem enquanto categorização dogmaticamente impositiva (saber) para qualquer cogitação persecutória criminal. Isso ocorre justamente porque a grande maioria dos conceitos tradicionais e *standards* conceituais que servem ao poder estatal mediante controle criminal tradicional não encontrarão compatibilidade e frente de possibilidade de adequação com as condutas oriundas de tecnologias disruptivas (OWEN, 2015). Assim, a própria possibilidade de fazer frente ao poder disruptivo se vê prejudicada com a manutenção dos instrumentais tradicionais estatais.

6. Dos perigos intrínsecos à gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal voltada para o âmbito da sociedade digital

Refletindo rapidamente quanto aos desafios de saber e de poder deste novo momento, convém pontuar que é justamente nesse limiar diagnóstico (tanto para o saber como para o poder) que habitam os perigos. Isto porque, a partir de impulsos de temor e preditividade oriundos das complicações do contexto traçado, o sistema penal tenderá a produzir instrumentalizações a vistas de aumento do controle de certa forma perdido para as complexidades do ambiente digital. Diante disso, no âmbito processual penal, considerados o fetiche punitivo brasileiro e o autoritarismo cotidiano que guiam o agir dos atores persecutórios, os caminhos tendem a ser dois.

O *primeiro* é a remodulação, o remanejamento e o aumento da rigidez dos instrumentos tradicionais já conhecidos. Realidade esta que já tem acontecido em certa medida: a utilização exacerbada de interceptações[12] e quebras de dados, tentativas violentas e incisivas (próprias da ignorância de quem não entende as novas tecnologias) de quebra de criptografia de aplicativos[13], ressignificação[14]

12. Sobre esta temática, conferir SANTORO, Antonio E. R.; MADURO, Flavio Mirza, 2016.
13. Os casos mais conhecidos no Brasil foram as interrupções dos serviços do aplicativo *WhatsApp* no país inteiro depois de determinação judicial.
14. A título de ilustração, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* 91.867/PA), já se teve a oportunidade de discutir, por exemplo, se dados telefônicos

punitiva de institutos jurídicos para se abarcar contextos tecnológicos, tentativas de aumento de pena e inserção de condutas virtuais no rol de crimes hediondos[15], flexibilização das diretrizes de ilicitude probatória para acessos a dados digitais (sobretudo de telefones e demais instrumentos tecnológicos pessoais), desrespeito à cadeia de custódia[16] da prova digital, "infiltração policial virtual"[17] em redes sociais e grupos de *WhatsApp*, prisão de "bodes expiatórios" em persecuções simbólicas e direcionadas transviadas de grandes operações, abuso de mandados de busca e apreensão genéricos[18] quanto a dispositivos eletrônicos, "ressuscitação" da Lei de Segurança Nacional quando os atos em rede disserem respeito a certas autoridades delimitadas (como já tem acontecido no país)[19] etc.

registrados no celular não se equipariariam a escritos (assim como cartas ou demais anotações). Apesar de já nem ser o entendimento da corte a respeito, em razão da evolução dos próprios aparelhos telefônicos, a analogia retórica utilizada pelo então relator do caso Min. Gilmar Mendes merece destaque pois ilustra bem o que se quer dizer aqui com ressignificações. Na oportunidade, destacou o relator: "*Indago: e se o número estivesse anotado em um pedaço de papel no bolso da camisa usada pelo réu no dia do crime, seria ilícito o acesso pela autoridade policial? E se o número estivesse anotado nas antigas agendas de papel ou em um caderno no momento da prisão?*"

15. De autoria do então Senador Magno Malta, a proposta de tornar crime hediondo eventuais condutas perpetradas em ambiente virtual se tornou no ano de 2011 projeto de lei no Congresso Nacional depois de algumas ações de invasão virtual terem se dado em *sites* do governo e até mesmo no *site* pessoal do então Senador. O projeto, originalmente, além de buscar incluir a conduta no rol de crimes hediondos, ainda previa a imposição de pena de reclusão de dez a 20 anos para quem invadisse *sites* e páginas alheias e obtivesse dados e senhas. Disponível em: [www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/acao-de-hackers-pode-virar-crime-hediondo-no-brasil]. Acesso em: 10.12.2019.
16. Sobre esta conferir, PRADO, Geraldo, 2019.
17. Neste sentido, conferir Sales Silva (2019) que aborda as questões atinentes à validade probatória de provas obtidas em ambientes virtuais de socialização a partir de infiltrações de agentes em tais espaços.
18. A título de ilustração, nos autos do Inquérito 4.781/DF do STF que investiga possíveis afrontas virtuais aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, foi determinada busca e apreensão pelo Ministro relator Alexandre de Moraes nos seguintes termos: "*Determino busca e apreensão de computadores, "tablets", celulares, e outros dispositivos eletrônicos, bem como qualquer outros materiais relacionados à disseminação das aludidas mensagens ofensivas e ameaçadoras*". Além disso, o Ministro, na mesma decisão, estendeu a busca e apreensão "*a outros endereços que venham a ser descobertos no curso da diligência*" e, ainda, determinou "*o bloqueio de contas em redes sociais tais como Facebook, WhatsApp, Twitter e Instagram*" de todos os investigados (Inquérito 4.781/DF – inteiro teor decisório).
19. No próprio Inquérito 4.781/DF, em tramitação no Supremo Tribunal Federal, em virtude das alegadas ofensas virtuais proferidas contra os Ministros da Corte, o inquérito,

O *segundo caminho* é a criação de *novos* institutos persecutórios – no intento de retomada de saber e poderio – desde a utilização de *malware* espião por agentes estatais, utilização de *Stingrays* (simuladores de torres telefônicas capazes de rastrear telefones) nas investigações criminais, criação de regime próprio de quebra de dados de localizações oriundos de *smartphones*, criação de cargos (mediante concurso) de agentes de inteligência digital... até investimentos em tecnologias de vigilância em massa, desenvolvimento de *cloud computing* (computação em nuvem) na atuação de autoridades policiais, desenvolvimento de sistema de utilização e compartilhamento de dados por autoridades de segurança pública, desenvolvimento de uma busca e apreensão específica para a seara digital, entre outras cogitações que, de igual forma, assim como as do primeiro caminho, são problemáticas diante das garantias fundamentais dos cidadãos.

Os instrumentos persecutórios digitais, sobretudo os do primeiro caminho, estão, cada vez mais, se inserindo no cotidiano (BINDER, 2013) dos atores do sistema penal e chegando ao patamar de dependerem de certo manejo destes mesmos atores. Tais instrumentos persecutórios digitais são tão coercitivos quanto os ditos tradicionais. Desta feita, com o incremento digital da persecução penal, a construção hermenêutica de sentido (BINDER, 2013) das diretrizes processuais penais do aqui, por vezes, chamado campo prático tende a exigir dos atores persecutórios mais decisões e significações. Ocorre que no *limiar entre eficiência e garantia* a opção pela primeira, que já seria natural (considerado o contexto punitivo brasileiro), *tende a se reforçar ainda mais* ante o descostume cultural e desconhecimento por parte dos atores acerca das complexidades das informações oriundas de condutas inseridas em contextos do ambiente digital.

Dessa forma, a gestão diferencial dos ilegalismos atinente ao processo penal *se reforça ainda mais* nas tomadas persecutórias atinentes ao ambiente digital, ou, de forma mais ampla, na era da sociedade digital.

Um ponto sensível e que ilustra bem o que se quer dizer com esse *reforço* é a gestão de ilegalismos enaltecido para os próprios agentes do Estado. Por ser uma área sensível de direitos fundamentais alusivos a intimidades, privacidades, sigilos (muitas vezes, flexibilizados pelas próprias instâncias oficiais), a gestão dos ilegalismos nesse novo momento acaba dando forma a uma outra faceta – para além da escolha direcionada de quem (quando possível) sofrerá as coerções

além de crimes contra honra, traz como enquadramento típico a serem investigados os artigos 18, 22, 23 e 26 da Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83) ao argumento, do próprio Ministro relator, de que as condutas perpetradas possuem teor de subversão à ordem. (Inquérito 4.781/DF – inteiro teor decisório).

persecutórias –, qual seja, a faceta de gestão diferencial de ilegalismos *voltada para os próprios agentes estatais*. Os demais atores que atuam no sistema penal, que poderiam levar adiante qualquer tomada decisória persecutória contra eventual agente estatal que tenha avançado os limites da intimidade e dos sigilos da vida privada de quem quer que seja no ambiente digital acabam por tolerar tais atropelos de seus "iguais" e, *mediante clara gestão diferencial*, retiram da alçada de ilegalismo o ato praticado pelo representante do Estado, tão praticante de conduta ilícita quanto.

Assim, tem-se que os limites do lícito e do ilícito tornam-se ainda mais sensíveis nas persecuções digitais e por causa disso a responsabilização dos agentes do Estado não vem à tona por clara e *acentuada gestão diferencial de ilegalismos* acerca das suas condutas na persecução processual penal em contextos digitais; ou seja, aproveita-se dos contornos intrínsecos a toda e qualquer legislação e dos espaços aproveitáveis para – também mediante imposição de poder – impor o não enquadramento persecutório para tais agentes, aumentando-se os limites do tolerável (FOUCAULT, 2015; TELLES; HIRATA, 2010), aceitando-se, de certa forma, determinadas condutas "oficiais" destes e deixando bem claros os limites e as direções do que é licito ou ilícito em tais contextos ainda excepcionalmente desconhecidos em virtude do pouco desenvolvimento do *saber* específico pelos atores jurídicos. De fato, conforme expõem Telles e Hirata, o que tem se repetido no ambiente supradescrito é uma síntese do que "está contido nos jogos de poder e nas relações de força que se processam nas dobraduras do legal e do ilegal" (2010, p. 45).

Com tal reflexão a partir do ambiente digital, não se está a dizer que a gestão diferencial dos ilegalismos voltada a condutas de agentes estatais não ocorra também no cotidiano ostensivo – nas ruas e vielas, sobretudo periféricas –, apenas se destaca que tal gestão diferencial *se enaltece consideravelmente* em relação a ações de agentes persecutórios estatais em ambiente virtual, seja pelos fatores de complexidade intrínsecos a tais contextos ou pela aparente neutralidade e confiabilidade que os atores persecutórios se passam mutuamente. É dizer, entre o ator persecutório e o ator disruptivo (ambos sujeitos à gestão de ilegalismos), dificilmente o primeiro será enquadrado como praticante de eventual ilicitude em suas atividades oficiais. Portanto, o aspecto subjetivamente "diferencial" da gestão dos ilegalismos em ambiente digital se vê consideravelmente enaltecido e *apontado para os atores disruptivos*.

Quanto ao dito ambiente digital e às persecuções a ele direcionadas, há uma escolha (decisão político-criminal, nas esteiras sedimentadas por Binder) acerca do que merece mais ou menos atenção das instâncias de controle no constante

e cotidiano limiar entre eficiência e garantias, agora no ambiente em rede. É dizer, pois, que, no dinamismo do ambiente em rede *milhares de condutas são praticadas* e, destas, em grau aparente, muitas poderiam ser enquadradas como ilícitas.

Entretanto, todas essas condutas em rede não movimentam as instâncias de controle, ou seja, acaba-se por decidir pela liberdade na rede (garantia) em muitas situações da socialização digital. Por outra monta, certas condutas, mais simbólicas ou significativas (do ponto de vista do impacto repressivo na *retomada de poder* perdido), por uma série de fatores extrajurídicos, acabam movimentando o pêndulo decisório persecutório para o lado eficientista e uma série de medidas invasivas acabam sendo tomadas.

Um exemplo claro foi a instauração do Inquérito 4.781/DF junto ao Supremo Tribunal Federal (a "pedido" da própria presidência – o que já se revela assustador) para se apurar *fake news* cometidas contra os Ministros da Corte, invocando-se, inclusive, o que é ainda mais espantoso, a Lei de Segurança Nacional brasileira. Entre inúmeros indicativos de *fake news* presentes na rede (inclusive contra autoridades com prerrogativa de foro), por que somente essas geraram o respectivo inquérito junto ao STF (e juntamente com ele uma série de flexibilizações e quebras de sigilos e obtenções de materiais)? Para além da necessidade ou não de investigação ou punição para tais condutas (não é esta a temática aqui posta em debate), é esse direcionamento delicado (própria *gestão diferencial de ilegalismos em sua faceta digital*) que se está aqui a chamar a atenção.

Ainda, mais recentemente, a Lei de Segurança Nacional serviu para gerar instaurações de persecuções contra pessoas que tivessem de certa forma realizado alguma crítica mais dura à atuação do Presidente da República no combate à pandemia de Covid-19. O ato de instauração de persecuções e investigações tornou-se um instrumento de controle, claramente com o objetivo de fazer calar as críticas, ao passo que as agressões reversas realizadas por seguidores do Presidente da República aos críticos são compreendidas como algo normal. A gestão diferencial dos ilegalismos digitais no processo penal na era da sociedade em rede se revela de maneira clara, sendo possível verificá-la no tratamento das comunidades digitais envolvidas no mesmo fato.

Entre tempos e tempos, os jogos de poder – ainda que reformulados à medida que as relações sociais também mudam – são os que sempre permanecem ditando os caminhos punitivos. Se antes, tal qual refletido por Foucault (2005), a burguesia que temia afronta direta ao seu patrimônio era quem influenciava diretamente a gestão de ilegalismos das instâncias de controle, hoje, nos contextos digitais, a gestão diferencial de ilegalismos tem sido impulsionada pelo receio

de perda de poderio por parte, sobretudo, das instâncias oficiais de controle, a exemplo do Judiciário.

Nesse passo, diante desse contexto virtual onde a necessidade de demonstração de poder oficial aumenta em grau considerável, as microrrelações – cooperativas (BINDER, 2013) – de poder, tão fortemente visualizadas na gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal tradicional, perdem força de aparecimento e tendem a diminuir o grau de incidência (ou o grau de importância). Isto porque, diante da *ausência de formação de saber* específico sobre os eixos centrais das tecnologias que envolvem as persecuções digitais, estes casos acabam por *concentrar a discussão em fatores de poderio mais relevantes e com significantes para além do processo em debate*. Dito de outra forma, a ausência da formação de saber *leva a necessidade de imposição de poder*. Assim, já que este, no contexto de novas tecnologias, não está devidamente possibilitado pelo *saber* prévio que tradicionalmente o legitima e o impulsiona, a tendência é, nesse novo contexto digital, buscar se impor à força.

A fim de ilustrar o raciocínio, outro exemplo fatídico do âmbito nacional foram os bloqueios do aplicativo *WhatsApp* (mediante decisão judicial coercitiva) em hipótese em que este se negara a disponibilizar à justiça (por plena impossibilidade de o fazer) conteúdos de conversas criptografadas. Tratou-se nesse caso de clara incompreensão e revolta em virtude de certa "cegueira" (por ausência de *saber*) dos juízes envolvidos, sendo estes a representação de um Estado que há tempos está acostumado a possuir um grande e exclusivo poder. A ordem para suspender o *WhatsApp* em todo território nacional foi, sem dúvidas, uma demonstração de um velho tipo de poder que não mais se compatibiliza com esse novo momento. *Vide* pelo resultado do caso: não foi possível, por óbvio, obter tais conversas (pois criptografadas). Sobre tal caso, por ser esclarecedora a reflexão, vale a transcrição da exposição de Riana Pfefferkorn (2018):

> "o Estado está acostumado a ter todo o poder. E o poder máximo do Estado é a coerção. [...] Ele pode ordenar que todas as empresas de telecomunicações em todo o país bloqueiem um serviço, pensando que o serviço então irá ceder e fazer o que o Estado deseja. Na mesma teoria, ele pode tentar forçar obediência ao prender alguém no seu caminho para o trabalho e colocá-lo na prisão. Mas quando a obediência *simplesmente não é possível*, nem a coerção funciona. (2018, p. 140).
>
> A demonstração de poder tradicional ao bloquear o WhatsApp causou danos colaterais para milhões e milhões de brasileiros. Os juízes que emitiram as ordens de bloqueio estavam dispostos a sacrificar os interesses de *metade da população do país* para mostrar ao WhatsApp quem estava no comando. A juíza [...],

> que ordenou que o WhatsApp "removesse a chave de criptografia" [...], estava disposta a ordenar que o WhatsApp comprometesse a segurança de seu serviço – o que poderia ter afetado a segurança de *todos* os usuários de WhatsApp – para que fosse possível coletar provas em apenas um caso." (2018, p. 142.)

No caso, portanto, a patente *ausência de saber* tecnológico aumentou o jogo de *busca* por *demonstração* de poder, isto porque tal poder se encontra na realidade apagado diante desse novo contexto atual. O preocupante é que os jogos de poder (não tecnológicos) aos quais o Estado punitivo sabe efetivamente jogar são baseados em violência e flexibilizações de direitos básicos de muitos.

A partir daí, o desafio que se põe é que as peculiaridades de uma sociedade de vigilância (FOUCAULT, 2006) tradicional – ao qual o Estado domina os meandros – tende a encontrar concretas dificuldades para manter seu controle panóptico perante a sociedade que atualmente se relaciona em rede e isso, inegavelmente, assusta as instâncias de controle, sobretudo as judiciárias.

Logo, diante das diretrizes relacionais aqui procedidas, tem-se que com as tecnologias disruptivas envolvidas e ante as peculiaridades e complexidades desse novo e "concorrente" poder que surge no ambiente digital, acredita-se não ser possível enquadrar a *rede* como um novo paradigma de vigilância (nos moldes propostos por Foucault), seja pelo tímido grau de saber tecnológico digital que os atores persecutórios do Estado possuem ou em virtude da sua ligação ainda firme com tradições periféricas de poderio que ainda demorarão a digerir esse novo momento digital (que pede novas roupagens de poderio).

Daí ser rico o campo processual penal para se pensar e problematizar as insistências coercitivas (enquanto representação de um poder tradicional) diante das novas e complexas tecnologias – que trazem para instâncias oficiais de controle uma espécie de medo da incerteza e que os impulsiona a se "esconder" nas invocações das mesmas violências de outrora.

O dilema em que vive o Direito a partir das incertezas do mundo tecnológico tende a criar condições preocupantes de busca por autoridade por parte do próprio Direito. Segundo Pardo, (2009, p. 19) "La tarea que se impone al derecho ante la creciente incertidumbre de la ciência no parece que sea la entregar sus decisiones al sistema de la ciência, sino la de construir su propio sistema de referencias y apoyos sobre los que articular las decisiones que le corresponden". Daí o tom preocupante da constatação do autor pois, nesse contexto traçado, o Direito agirá "*sin que sea su objetivo el acierto científico*" (2009, p. 19).

Em transferência para o que aqui se debateu no decorrer de todo o trabalho, tem-se que, no que concerne ao direito processual penal em tempos digitais,

continuará a esfera jurídica (enquanto representação máxima do controle criminal) agindo impositivamente na delimitação do *saber*, e com direcionado viés político para a manutenção do exercício do *poder*. E, assim, este *saber-poder* (ainda com os pés no tradicional) permitirá e criará – no susto que o medo do novo tecnológico tende a trazer – novas condições para uma ainda maior (pois agora *também digital*) e mais contundente *gestão diferencial dos ilegalismos* no âmbito processual penal.

7. Conclusão

Com a presente exposição, buscou-se, a partir de bases centrais foucaultianas (2000; 2005; 2006; 2015) em aproximação relacional com as diretrizes político-criminais e hermenêuticas processuais penais de Alberto Binder (2003; 2013), contribuir em reflexões com a delimitação e caracterização do que aqui se denominou *gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal*.

Dos aportes teóricos desempenhados, restou fixado, a partir da construção forjada de *saber-poder* (mutacional de tempos em tempos) no âmbito coercitivo de controle penal, que a dita gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal revela-se, em síntese, como uma conjuntura de microrrelações de poder protagonizadas cooperativamente pelos atores ligados à persecução penal a partir de cotidiano exercício de decisões políticas que são permitidas por um saber que se exterioriza na construção de sentido da normatividade processual penal direcionada ao caso.

Ocorre que, em tempos tecnologicamente complexos e que trazem consigo novas esferas de socialização em rede, próprias do ambiente digital, o *saber-poder* que permite a gestão diferencial dos ilegalismos pelas instâncias de controle se vê perante um *duplo desafio* na medida em que se encontra entre as dificuldades de um *saber* de *incertezas* científicas (PARDO, 2009) e as complexidades de um *poder disruptivo* (OWEN, 2015).

Diante desse contexto, no que toca às instâncias criminais persecutórias oficiais, tem-se que a *gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal na sociedade digital* se vê modificada e acaba, ante a diminuição considerável tanto do *saber* como do *poder* que a permitiria, por invocar medidas coercitivas tradicionais enaltecendo núcleos invasivos e coercitivos do controle criminal sempre existentes, mas que agora tendem a ser reformulados para impositivamente "lidarem" com o novo momento de socialização digital e tecnológica.

Não foi a intenção do estudo traçar maiores aprofundamentos *específicos ou casuísticos* a vistas de ilustrar a relação processo penal, ambiente virtual e

tecnologias. O intento foi manter as discussões num âmbito mais diagnóstico, a fim de analisar o plano das *condições* em que esse novo momento se apresenta.

Buscou-se, assim, contribuir com um conjunto de problematizações de certa forma gerais, mas que almejam trazer alguns pontos de partida peculiares que, acredita-se, devem ser enfrentados ou, no mínimo considerados, na tentativa de incursão reflexiva neste novo momento social em que se vive, onde os espaços de socialização estendem-se, naturalmente, para o ambiente digital, em que o conhecimento científico que toca as esferas de controle não se limita pelo jurídico e onde o poder político está por escapar das mãos das instância de vigilância.

Destacou Binder (2003, p. 30) que "a história do processo penal é somente um capítulo da história das relações entre cidadãos e o poder; a cada época, cada cultura elaborou à sua maneira a síntese entre as forças que configuram o processo". O momento atual, eminentemente tecnológico e virtualizado, com suas peculiaridades, complexidades e jogos de força, inclina-se a revelar um processo penal disforme e incompatível com a gama de dados e informações advindos do ambiente virtual, porém, ante a sua perda de hegemonia de poder, tende a aparecer ainda mais violento para os que forem fisgados à insistente coerção mediante (agora enaltecida) *gestão diferencial dos ilegalismos digitais*.

Serão tempos que preocupam. E, ressalta-se, não é o êxito do Estado persecutório em transformar o ambiente digital numa nova sociedade de vigilância que mais chama a atenção, isto porque esse êxito nunca ocorrerá. O que realmente mais preocupa é o que irá acontecer com os direitos fundamentais.

8. Referências

ANTONIALLI, Dennys; FRAGOSO, Nathalie (Eds.). *Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital*: Doutrina e Prática em Debate. São Paulo: InternetLab, 2019. v. II.

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

BATISTA, Nilo. *Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais:* elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003b.

BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*. Hermenéutica Procesal Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

CARVALHO. Salo de. *O papel dos atores do sistema de justiça criminal na era do punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FONSECA, Marcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 15. ed. In: MACHADO, Roberto (Org.). Rio de Janeiro: Graal, 2000.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2006.

FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal*: Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2018.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito*. The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MELCHIOR, Antonio Pedro. A teoria crítica do processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 128, p. 27-64, 2017.

OWEN, Taylor. *Disruptive Power* – the crisis of the State in the digital age. Oxford: Oxford University Press, 2015.

PARDO, José Esteve. *El desconcierto del Leviatán: Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Barcelona: Marcial Pons, 2009.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório* – A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Decisão Judicial* – A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

PFEFFERKORN, Riana. O debate estadunidense sobre vigilância e criptografia. In: *Direitos fundamentais e processo penal na era digital:* Doutrina e prática em debate. São Paulo: InternetLab, 2018. v. 1.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal* – A bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTORO, Antonio E. R.; MADURO, Flávio M. (Orgs.). *Interceptação telefônica aos 20 anos da Lei n.º 9.296/96*. 1. ed. Belo Horizonte: De Plácido, 2016.

SILVA, Danni Sales. Da validade processual penal das provas obtidas em *sites* de relacionamento e a infiltração de agentes policiais no meio virtual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 120, p. 203-235, maio-jun. 2016.

TELLES, Vera da Silva; HIRATA, Daniel Veloso. Ilegalismos e jogos de poder em São Paulo. *Tempo Social*, São Paulo, v. 22, n. 2, 2010.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito* – Interpretação da lei e temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas – Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Softwares de combate e prevenção ao crime sob a perspectiva do direito brasileiro, de Gabriel Fialho Oliveira e Isabella da Penha Lopes Santana – *RDTec* 4 (DTR\2019\37679);
- Terceiro Foucault e o humanismo punitivo, de Clécio Lemos – *RBCCrim* 164/201-231 (DTR\2019\42740); e
- Testemunho policial como prova no processo penal brasileiro: uma análise crítica da presunção de veracidade das narrativas policiais nos processos de tráfico de drogas, de Bruno Silveira Rigon e Maria Gorete Marques de Jesus – *RBCCrim* 162/85-119 (DTR\2019\42154).

A política do policiamento preditivo: pressupostos criminológicos, técnicas algorítmicas e estratégias punitivas

The politics of crime prediction: criminological assumptions, algorithmic techniques, and punitive strategies

Daniel Edler Duarte

Doutor em *Politics and International Studies* pelo *Department of War Studies*, *King's College London* (KCL). Pesquisador FAPESP de pós-doutorado, Departamento de Sociologia, Universidade de São Paulo (USP). Membro do Núcleo de Estudos da Violência (NEV-USP).
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-0138-2982].
danieledler@usp.br

Luisa Cruz Lobato

Doutoranda em Relações Internacionais, IRI/PUC-Rio. Mestre em Relações Internacionais pelo Departamento de Relações Internacionais, PUC-Rio.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-2192-6243]
l.cruzlobato@gmail.com

Recebido em: 30.03.2021
Aprovado em: 03.05.2021
Última versão dos autores: 09.06.2021

Áreas do Direito: Processual; Penal; Digital

Resumo: Os últimos anos presenciaram uma rápida expansão no uso de sistemas de predição de crimes por parte das instituições policiais. Desenvolvedores de softwares prometem que seus modelos matemáticos são capazes de antecipar tendências e dar mais precisão para estratégias preventivas de controle do crime, aumentando a eficiência e a transparência das polícias. No entanto, críticos afirmam que os mapas de crimes futuros reproduzem padrões discriminatórios encontrados nas bases de dados dos sistemas de justiça criminal, contribuindo para maior criminalização de populações marginalizadas. Neste

Abstract: The past decade witnessed a fast implementation of predictive systems in police institutions. Software developers promise their mathematical models are capable of anticipating criminal trends, affording more precision to preventive strategies, and enhancing police efficiency and transparency. However, critics claim maps of future crime reproduce discriminatory patterns inherent to the databases used in the justice system, which further criminalizes marginalized communities. In this article, we debate predictive system's impact in police practices and demonstrate that these systems reproduce

artigo, debatemos as implicações dos sistemas preditivos para a prática policial e argumentamos que estes espelham o senso comum punitivo que ganhou espaço a partir dos anos 1980. Para tanto, traçamos um breve paralelo histórico entre o desenvolvimento do pensamento criminológico e as técnicas de análise estatística e visualização cartográfica adotadas pelas polícias. Aprofundamo-nos também em alguns dos modelos preditivos mais comuns no mercado de forma a ilustrar como estes adotam pressupostos da criminologia ambiental em seus mapas de risco. Por fim, abordamos as controvérsias em torno dos sistemas preditivos e sua autoridade epistemológica, demostrando que estes naturalizam e legitimam práticas repressivas.

Palavras-chave: Policiamento preditivo – Previsão de crimes – Viés algorítmico – Punitivismo – Discriminação policial.

punitive rationalities that gained track in the 1980s. In this sense, we trace the historical parallels between the development of criminological thinking and police techniques for statistical analysis and crime mapping. We also delve into popular predictive models to illustrate how they advance assumptions of the environmental criminology. Finally, we address current controversies on predictive systems and their epistemological authority, and claim that these systems naturalize and legitimize repressive police practices.

Keywords: Predictive policing – Crime prediction – Algorithmic bias – Punitivism – Police discrimination.

Sumário: 1. Introdução. 2. Um "aprimoramento incremental": a virada algorítmica no policiamento. 2.1. Contexto histórico: inovações técnicas e pensamento criminológico. 2.1.1. Da crise do modernismo penal à automatização do aparato policial. 3. A cacofonia entre pensamento criminológico e técnicas algorítmicas. 3.1. O problema de representações matemáticas sobre o crime. 4. Policiamento preditivo e o aprofundamento de estratégias punitivas. 4.1. Transparência, *accountability* policial e discriminação. 4.2. Um novo senso comum criminológico que reflete velhos padrões punitivistas. 5. Conclusão. Referências.

1. Introdução

A[1] última década observou um significativo aumento da quantidade de softwares desenvolvidos com a promessa de somar-se ao trabalho policial a partir do fornecimento de análises preditivas, quer seja sobre o crime, quer seja sobre um conjunto de práticas e rotinas das forças de segurança. Esses sistemas visam conferir maior eficiência às ações da polícia, além de fornecer mecanismos de

1. Pesquisa para este artigo recebeu financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do São Paulo (FAPESP), processo 2020/05628-1; da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES, código de financiamento 001); e da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), processo 200.766/2019.

prestação de contas sobre o impacto dessas ações nas taxas criminais (ver, p.ex.: AGUIRRE; BADRAN; MUGGAH, 2020). Porém, sua popularização entre os departamentos de polícia ao redor do mundo não ocorre em um vácuo de inovação tecnológica, mas faz parte de um gradual entrelaçamento entre trabalho policial e tecnologias da informação (MANNING, 2011; PERRY et al. 2013).

Neste artigo, navegamos por este entrelaçamento, apresentando um apanhado crítico dos pressupostos criminológicos e das técnicas utilizadas no policiamento preditivo. Nosso intuito, mais especificamente, é compreender de que forma tecnologias de predição criminal incorporam perspectivas teóricas acerca da distribuição espaço-temporal do crime, atribuindo as raízes do comportamento desviante ao cálculo racional de maximização de lucros e seus determinantes situacionais. Deste modo, argumentamos que a lógica empirista adotada por desenvolvedores de softwares de análise criminal, a qual sugere que modelos matemáticos não assumem hipóteses sobre o comportamento humano, apenas identificam padrões recorrentes na sociedade, permanece, na verdade, profundamente vinculada ao pensamento criminológico, seja através dos pressupostos que são arraigados nesses sistemas, ou pelo modo como os dados que os alimentam são gerados e processados.

Há diferentes definições para o policiamento preditivo, mas a maioria converge para dois pontos centrais: (i) trata-se de uma estratégia de policiamento que se vale de ferramentas que aplicam modelagem estatística para prever a atividade criminal no futuro próximo; e (ii) as previsões que resultam dos métodos quantitativos informam os processos de tomada de decisão, guiando, fundamentalmente, o emprego de recursos humanos e materiais (EGBERT & LEESE, 2020; KAUFMANN et al., 2018). Portanto, a introdução destes softwares não visa apenas a reorientar políticas de controle do crime (de um princípio reativo para a antecipação de tendências), mas promove também a reconfiguração de modos de governo da polícia em favor de um modelo gerencial, onde a atividade policial passa a se basear no uso de indicadores de desempenho para controle de resultados, emprego "racional" de recursos, descentralização administrativa, incorporação de medidores de qualidade do serviço, enxugamento de pessoal, entre outros (BATITUCCI, 2019). Tal reconfiguração se beneficia da incorporação cada vez mais expressiva do uso de softwares de análise criminal para otimização de recursos na atividade policial: a suposição de que estatísticas criminais informam práticas de gestão mais técnicas, objetivas e neutras alimenta a ideia de que esses softwares concorrem para um maior *accountability* e eficiência das instituições policiais. Assim, estes softwares se tornaram pináculo do processo de modernização da polícia, sendo seu uso visto como responsável pela queda em índices de criminalidade e aumento no número de prisões.

A primeira parte deste artigo se debruça sobre o histórico do pensamento criminológico europeu e norte-americano, traçando paralelos entre a construção de uma visão sobre o crime como uma questão de oportunidades, guiado por escolhas racionais e, portanto, previsível (COHEN; FELSON, 1979; BECKER, 1968), e o desenvolvimento de técnicas de mapeamento e análises estatísticas nos departamentos de polícia. Argumentamos que a chamada "virada algorítmica" (ZAVRŠNIK, 2018; HUQ, 2019), com o surgimento e a rápida disseminação de sistemas computacionais de auxílio ao policiamento, deve ser compreendida como produto desta interseção. A segunda parte discute os pressupostos criminológicos e técnicas subjacentes a três softwares existentes no mercado: PredPol, HunchLab e PRECOBS. Aqui, nosso intuito é demonstrar a profunda relação entre pressupostos e técnicas, além da forma como essa relação leva a práticas distintas de modelagem criminal. Atentamos ainda para os problemas que tais representações matemáticas sobre o crime podem gerar não apenas para a rotina do policiamento, mas também para o modo como, enquanto sociedade, abordamos o fenômeno criminal. Com base nisso, a terceira parte do artigo explora as principais controvérsias em torno das estratégias de policiamento preditivo. Mostramos que, ao contrário do que advogam seus defensores, esses sistemas não são objetivos, tampouco apolíticos e argumentamos que o reforço a padrões discriminatórios de policiamento e ao encarceramento de populações marginalizadas compromete suas supostas vantagens. Como conclusão, refletimos sobre a possibilidade de usos de tecnologias preditivas que escapem à reprodução de lógicas punitivistas.

2. Um "aprimoramento incremental": a virada algorítmica no policiamento

A introdução de ferramentas computacionais e inteligência artificial na rotina policial tem sido acompanhada por análises que dão conta de uma "revolução tecnológica" nos sistemas de justiça criminal (BLACK, 2016) e uma "virada algorítmica" no campo da segurança pública (ZAVRŠNIK, 2018; HUQ, 2019). Nesta perspectiva, ferramentas de policiamento preditivo representariam "*the most radical transformation of policing that there has ever been*" (DODD, 2014), substituindo o tirocínio policial por modelos matemáticos capazes de estimar a incidência futura de crimes e riscos de vitimização. No entanto, coleta de dados, análises estatísticas e mapeamento de ocorrências remetem a uma longa trajetória de quantificação do crime e gerenciamento da atividade policial. De fato, a produção de conhecimento estatístico está ligada ao próprio surgimento de práticas modernas de governo (PORTER, 1994; SCOTT, 1998; FOUCAULT, 2008).

A forma como fenômenos sociais são classificados, mensurados e representados reflete a racionalidade – e confere os contornos – das práticas de intervenção estatal. Em outras palavras, o crime precisa se tornar legível antes de ser objeto de governo.

Nesta seção, contextualizamos o desenvolvimento de sistemas de policiamento preditivo a partir de avanços técnicos na área da computação, mas também no pensamento criminológico, demonstrando que os princípios da justiça atuarial (FEELEY; SIMON, 1992), dos quais a previsão de crimes é caudatária, guardam raízes na reconfiguração de formas de governo do fenômeno criminal. O policiamento pautado em modelos algorítmicos prospectivos aprofunda uma tendência no campo da segurança pública cujos contornos são claros desde os anos 1970, quando propostas de reforma do estado penal-previdenciário começaram a se articular a uma "criminologia da vida comum" (GARLAND, 2008). Desde então, os mecanismos de controle social não tratam mais de resolver os problemas de disciplinarização de indivíduos criminosos e recuperá-los em instituições correcionais, como analisa Foucault (2014), mas se debruçam sobre a tabulação de eventos e a identificação de padrões normais de distribuição, agindo para prevenir a ocorrência de crimes em locais e horários de maior concentração.

Nesse sentido, nos afastamos daqueles que, adotando argumentos otimistas ou críticos, apontam a introdução de sistemas preditivos como uma ruptura drástica da rotina policial (DODD, 2014; BLACK, 2016; GARRETT, 2016; FERGUSON, 2017; GREENFIELD, 2018). Na direção contrária, demonstramos que estes sistemas devem ser vistos como uma atualização de pretensões existentes desde a profissionalização dos aparatos policiais e, de forma mais direta, de estratégias de prevenção situacional em curso nas últimas décadas (JONES; NEWBURN, 2002; ZEDNER, 2006). Ou, como aponta Hollywood (2012, p. 2-33), para instituições policiais que já usam ferramentas de análise estatística e mapeamento de crimes, o policiamento preditivo não é "*a revolution that will change everything*", mas um "*incremental improvement*".

2.1. Contexto histórico: inovações técnicas e pensamento criminológico

"*What if you knew when and where to be to fight crime?*" (HUNCHLAB, 2013).

Antecipar ações criminosas e prevenir ocorrências tem sido o objetivo central da atividade policial desde o surgimento das primeiras instituições modernas.[2]

2. Ainda em 1829, os cadetes da recém-criada Polícia Metropolitana de Londres já eram instados por Robert Peel a se antecipar à ação criminosa, de modo que a prevenção – e

Ainda na década de 1820, Adolphe Quetelet, Adriano Balbi e Andre-Michel Guerry começaram a coletar informações sobre a população prisional e a relacionar a incidência de crimes com dados demográficos de cidades europeias (i.e. pobreza, níveis educacionais, composição étnica dos bairros, consumo de álcool), comprovando ser possível identificar padrões recorrentes de criminalidade. Ao comparar estatísticas criminais com informações do censo francês, Balbi e Guerry concluíram, por exemplo, que áreas com maior incidência de crimes contra a propriedade apresentavam índices baixos para crimes contra pessoas. Análises demográficas de períodos mais longos, realizadas por Quetelet, revelavam ainda que alguns fenômenos apresentavam incidência relativamente estável, incluindo taxas de crimes, nascimentos e suicídios (ECK; WEISBURD, 1995; WEISBURD; MCEWAN, 1998).[3] O conhecimento estatístico permitia, portanto, extrapolar a experiência do passado para tendências futuras. Assim, fenômenos sociais não eram mais vistos como eventos peculiares, desígnios divinos ou acidentes, mas como regularidades que poderiam ser alteradas a partir de ações do Estado e da sociedade (DEFLEM, 1997). Em outras palavras, ao reduzir a complexidade e a fluidez do crime a indicadores objetivos sobre os quais as práticas punitivas poderiam incidir, a criminologia e, fundamentalmente, a busca pelas regularidades estatísticas subjacentes ao fenômeno criminal serviram para legitimar as instituições penais e policiais modernas (FOUCAULT, 2014).

Apesar das contribuições iniciais para estratégias de prevenção, a perspectiva do crime como função de variáveis socioeconômicas foi ofuscada ao longo

não a repressão – deveria ser o objetivo central da polícia. Em suas palavras, "*It should be understood at the outset that the object to be attained is the prevention of crime. To this great end every effort of the police is to be directed*" (apud HIRSCHFIELD et al 2013, p. 299).

3. Os primeiros autores da "Escola Cartográfica" desenvolveram técnicas de visualização de dados, os "*choropleth maps*" que distribuíam crimes na superfície bidimensional dos mapas, gráficos e tabelas, produzindo conhecimento sobre o crime e informando ações das instituições policiais. Esta perspectiva teve grande influência na criminologia até os anos 1880 (COURTRIGHT; MUTCHNICK, 2002). Outros momentos de proximidade entre saberes cartográficos e a criminologia são debatidos neste artigo, incluindo a influência dos mapas de zonas concêntricas desenvolvidos pela "Escola de Chicago" nos anos 1920, e as grandes mudanças advindas dos avanços computacionais e os sistemas de informação geográfica, principalmente a partir dos anos 1980. Apesar dos avanços e recuos na relação entre saberes cartográficos e criminológicos, é importante notar que departamentos de polícia mantiveram esforços de mapeamento durante todo este período, enfrentando os desafios de visualizar a distribuição espacial e temporal do crime. Nesse sentido, esta parte debate as interseções entre técnicas e saberes especializados e suas traduções no cotidiano do trabalho policial.

do século XIX por uma antropologia criminal amparada por discursos médicos e paradigmas biodeterministas (ALVAREZ, 2014). Explicações fisiológicas do comportamento desviante pareciam mais plausíveis que interpretações geográficas e, logo, a análise de traços antropométricos individuais relegou a produção de dados agregados e representações cartográficas ao segundo plano (BECKER; WETZELL, 2006). Dificuldades técnicas também se mostraram obstáculos formidáveis ao uso de mapas e abordagens estatísticas. Mesmo em países europeus com alguma experiência em levantamentos censitários, a coleta de dados não era sistemática e padronizada, o que impedia estudos comparativos e gerava grande imprecisão em análises criminais com largas escalas temporais. Profissionais de segurança e estatísticos trabalhavam, então, com bases incompletas e não tinham técnicas para compensar o problema de subnotificação (SANTOS, 2013). Além disso, a produção de mapas requeria investimento de tempo, mão de obra e espaço (geralmente, paredes inteiras), recursos escassos na maioria das instituições policiais. Os primeiros mapas eram representações em papel de áreas de atuação dos departamentos de polícia, onde crimes eram geolocalizados com alfinetes coloridos. No entanto, na medida em que mais crimes eram cometidos, a visualização de sua distribuição geográfica tornava-se confusa, dificultando a distinção de padrões e séries de eventos relacionados. A análise de tendências também não era tarefa simples, já que mapas precisavam ser atualizados de tempos em tempos e informações sobre diferentes períodos só estavam disponíveis em fotos de arquivo (HARRIS, 1999).

O contexto delineado acima não impediu pesquisas acerca das relações entre crimes, fatores sociais e seus condicionantes territoriais. Robert Park, por exemplo, analisou o impacto de processos de industrialização e urbanização na desarticulação de laços comunitários e na transformação de espaços sociais. Tendo a cidade de Chicago dos anos 1920 como objeto de pesquisa, Park realçou o enfoque ecológico na construção do comportamento humano, traçando as relações entre crime, segregação racial, migração, desigualdade econômica, padrões de habitação e qualidade dos equipamentos urbanos (i.e. parques, escolas, transporte) (PARK; BURGESS, 1925). Sobrepondo mapas de atuação de gangues com informações sobre pobreza e níveis de "desorganização social", descobriu-se que a violência urbana estava concentrada em espaços onde mecanismos de controle institucional e comunitário se mostravam mais frágeis (SHAW; MCKAY, 1942). Tratava-se, portanto, de uma explicação distante do determinismo biológico presente na criminologia positivista, mas que, ao ignorar o impacto dos aparatos de justiça na produção de estatísticas criminais, apontava certos bairros e grupos populacionais (notadamente, negros e imigrantes) como intrinsecamente

criminógenos. Alguns dos parâmetros usados nos modelos algorítmicos dos sistemas atuais de policiamento preditivo (i.e. densidade, proximidade, distância) têm raízes nas variáveis empregadas nas pesquisas sobre a espacialidade da violência em Chicago e, como veremos na seção três, guardam problemas semelhantes em termos de vieses estatísticos (JEFFERSON, 2020).

As contribuições de Park e outros autores da "Escola de Chicago" acabaram levando a criminologia a investigar os fatores estruturais que interferiam na conduta individual, usando os esforços de mapeamento e análise estatística apenas como subsídios para pesquisas sobre motivações dos sujeitos que infringiam as normas sociais (MERTON, 1938). O interesse pelos determinantes geográficos do crime permaneceu secundário também nas instituições policiais. Não apenas as agências de segurança pública estavam mais voltadas para os fatores sociológicos do crime, como também as técnicas de mapeamento e modelagem estatística ainda implicavam em custos significativos, mesmo após a introdução dos primeiros computadores nos anos 1960. Além disso, as polícias não dispunham de dados georreferenciados detalhados – a atualização das bases era analógica, o que gerava erros e tomava muito tempo – e os métodos de visualização não eram muito sofisticados (SANTOS, 2013).

Estratégias de controle social pautadas em análises estatísticas e na distribuição territorial do crime, ainda que imiscuídas ao policiamento baseado na intuição individual e em estudos clínicos de perfis delinquentes, só ganharam protagonismo a partir do final da década de 1980. Neste período, dois fatores foram fundamentais: *avanços computacionais*, que permitiram a popularização de sistemas automatizados de informação geográfica (SIG) e a digitalização das bases de dados policiais; e a profunda *transformação no pensamento criminológico*, que passou a privilegiar iniciativas de engenharia situacional para a redução de condições criminógenas. Portanto, a relação entre estatísticas, mapas e formas contemporâneas de controle social não deve ser lida de forma determinística. Como aponta Haggerty (2001), a consolidação de um sistema de justiça atuarial é, ao mesmo tempo, um reconhecimento da importância de modos de quantificação e representações cartográficas para a governança do crime e das polícias, e uma ferramenta que torna possível a adoção de sanções retributivas no lugar do ideal da reabilitação.

2.1.1. Da crise do modernismo penal à automatização do aparato policial

Analisando os aparatos punitivos das sociedades disciplinares modernas, Foucault (2014) narra um processo no qual as instituições policiais perdem seu

caráter único de proteção do Estado e se tornam mecanismos de regulação do cotidiano nos crescentes centros urbanos. Em um contexto em que técnicas de controle social extrapolam agências do Estado – a lógica disciplinar se faz presente em relações familiares, espaços fabris, saberes médicos, ambientes escolares etc. – disseminam-se na justiça criminal modelos de intervenções reabilitadoras, com penas moldadas ao criminoso e não ao crime em si. Consolidou-se, então, um sistema penal voltado para a correção do indivíduo desajustado. Tal sistema foi alimentado por uma criminologia que investigava o caráter patológico do criminoso, traçando perfis de personalidades violentas e buscando readequar comportamentos "anormais".[4] No entanto, poucos anos após a publicação da obra *Vigiar e Punir*, a genealogia do longo processo de enraizamento de ideologias previdenciárias e tendências reabilitadoras da justiça criminal já pareciam uma narrativa distante do imaginário penalógico e das práticas institucionais contemporâneas. Ainda na década de 1960, as teorias deterministas e métodos positivistas da criminologia correcionalista começaram a concorrer com abordagens econômicas do crime (BECKER, 1968). A ação criminosa deixou de ser vista apenas como consequência de psicopatias ou privações socioeconômicas na formação dos indivíduos e se tornou, em larga medida, produto da ação racional, derivada de cálculos de custo-benefício e fruto de situações oportunas.[5]

A curva ascendente dos índices de criminalidade nas principais cidades norte-americanas estava no centro do debate público e animava uma produção

4. A figura do "delinquente", que "se distingue do infrator pelo fato de não ser tanto seu ato quanto sua vida o que mais o caracteriza" surge enquanto objeto de investigação científica da criminologia, avançando a noção de que um conjunto de indivíduos está "amarrado ao seu delito por um feixe de fios complexos (instintos, pulsões, tendências, temperamento)" (Foucault, 2014, p. 245-6). Nesse sentido, a punição não é vista apenas como uma retribuição pelo crime cometido, mas como uma forma de cessar o perigo e modificar o comportamento do indivíduo. Como aponta Foucault (2014, p. 23), as punições "não se destinam a sancionar a infração, mas a controlar o indivíduo, a neutralizar sua periculosidade, a modificar suas disposições criminosas, a cessar somente após obtenção de tais modificações".

5. Por certo, a leitura esquemática que fazemos aqui não dá conta da complexidade de um processo histórico atravessado de contradições e sobreposições. Nosso objetivo nesta seção não é debater em detalhe as diferentes escolas criminológicas e apresentar as múltiplas ideias que condicionaram saberes penais e práticas policiais. Para um debate mais aprofundado sobre formas modernas de governo do corpo e da população, ver: FOUCAULT, 2008. Para uma análise acerca dos condicionantes históricos do pensamento criminológico e suas aspirações cientificistas, ver: GARLAND, 1985; ZEDNER, 2006; BECKER; WETZELL, 2006.

sociológica em busca de explicações e soluções. A reorganização do mercado de trabalho, que diminuiu o nível de renda da classe média; transformações nos laços familiares, com mais lares monoparentais; a emergência de cultura de consumo hedonista; mudanças demográficas que levaram à formação de subúrbios e o esvaziamento dos centros urbanos; e o enfraquecimento de instituições morais capazes de produzir consensos e organizar demandas coletivas (igrejas, sindicatos, etc.), são geralmente apontados como responsáveis por tornar as altas taxas de criminalidade um "fato social normal" (GARLAND, 2008). Por um lado, observava-se um desarranjo nos mecanismos de controle social e, por outro, um aumento da população jovem masculina em situação de risco e mais oportunidades para a prática de crimes.

Se a reabilitação não funcionava e políticas amplas de proteção social tinham pouco efeito, talvez novos padrões de policiamento e estratégias punitivas fossem capazes de controlar a criminalidade. James Q. Wilson, George Kelling e um crescente grupo de criminologistas conservadores, aproveitaram o ambiente de crítica ao previdenciarismo penal e avançaram propostas para a implementação de penas intimidatórias. São desse período as primeiras reformas de cunho retributivo das leis de execução penal, incluindo a ampliação de prisões preventivas, penas mais longas e punições exemplares. Ou seja, o recrudescimento do aparato repressivo e o aumento nos níveis de encarceramento foram a contrapartida do desmonte dos mecanismos de assistência social (WACQUANT, 2009).

As medidas de "tolerância zero" preconizaram um policiamento voltado para o controle de pequenos delitos, de modo a dissuadir ações que deteriorassem áreas urbanas e permitissem a escalada de práticas delinquentes. Segundo a famosa formulação de Wilson e Kelling (1982), espaços com "janelas quebradas" são um convite à desordem e acabam por reunir grande parte dos crimes violentos. Nesse sentido, tão importante quanto as minuciosas investigações de assassinatos em série, seria a repressão ao uso de drogas, prostituição, pichação e destruição do patrimônio público. Caberia à polícia, portanto, redirecionar seus esforços para a identificação de áreas de risco e distribuir recursos de forma a gerar desincentivos para a atividade criminal.[6]

6. Garland (2008) faz uma distinção importante entre a "criminologia da vida cotidiana" e a "criminologia do outro". Com o intuito de debater os determinantes espaço-temporais do crime, focamos aqui na primeira e observamos os esforços para mapear tendências do crime no dia a dia. No entanto, o revanchismo que ganhou espaço nos discursos penais a partir dos anos 1970 também recupera a imagem do criminoso como um "inimigo social" que deve ser identificado e afastado (não mais recuperado). Ou seja, os princípios criminológicos que alicerçam práticas de justiça atuarial se dividem entre

A preocupação acerca da ecologia do crime e, fundamentalmente, pesquisas sobre como o aparato de segurança poderia intervir na paisagem urbana para reduzir circunstâncias criminógenas, estimularam novamente o interesse por técnicas de mapeamento e modelagem estatística. Neste período, microcomputadores com alta capacidade de processamento já eram acessíveis à maioria das instituições policiais, o que permitiu a popularização de sistemas de informação geográfica e a digitalização das bases de dados de ocorrências criminais. Mesmo que obstáculos organizacionais ainda limitassem as potencialidades de novas estratégias de prevenção (MANNING, 2011), seus alicerces estavam colocados. O foco em motivações criminais e condutas desviantes se tornou secundário frente às análises contextuais que observavam em detalhe os ambientes físicos e sociais que tornam o crime possível (WEISBURD, 1997).

Difundiu-se, portanto, uma criminologia com aspirações científicas acerca dos determinantes espaciais do crime (BRANTINGHAM; BRANTINGHAM, 1990; CLARKE, 1992; ECK; WEISBURD, 1995). Estudos sobre ocorrências em microrregiões mostraram que crimes estão concentrados em poucas áreas (esquinas e segmentos de ruas) e que os níveis de adensamento variam pouco ao longo do tempo (BRAGA; PAPACHRISTOS; HUREAU, 2014). Segundo Weisburd (2015, p. 150-151) esta é "*a general proposition of universal validity [...] analogous to physical laws observed in the natural sciences*", o que o leva a propor uma Lei Geral de Concentração do Crime no Espaço. Caberia, então, às autoridades públicas investir no desenvolvimento de mecanismos de prevenção situacional. Ao invés de distribuir policiais aleatoriamente pelas ruas e torcer para que estes flagrem ações criminosas, os comandantes deveriam mapear a incidência de crimes e "*put cops on dots*" (BRAGA; BRUNSON; DRAKULICH, 2019, p. 544). Como resultado, a demanda por respostas rápidas e investigação reativa foi substituída nos manuais modernos de operação por um novo consenso em torno do "policiamento baseado em evidências" (RATCLIFFE, 2016).

A articulação entre o pensamento criminológico conservador, reformas gerencialistas e os avanços em técnicas de mapeamento e análise estatística de crimes encontrou contornos mais claros no *CompStat*, a ferramenta computacional de georreferenciamento de ocorrências e gestão de recursos implementada em 1994 pela polícia de Nova York. Cortes no orçamento público, aliados a demandas por mais transparência nas ações policiais, levaram William Bratton, então

aqueles que versam sobre "áreas de risco" (dimensão espaço-temporal), devidamente explorados neste artigo, e "perfis de risco" (dimensão pessoal) (FERGUSON, 2017; JEFFERSON, 2020). Esta distinção será debatida na próxima seção.

comissário de polícia, a reestruturar cadeias de comandos, descentralizar processos de tomada de decisão e a estabelecer metas de desempenho. Em reuniões periódicas, os comandantes de diferentes departamentos eram instados a apresentar os dados criminais de suas circunscrições, analisar padrões, selecionar táticas e definir a alocação de recursos. Nesse ambiente, informações eram trocadas, "boas práticas" ganhavam escala e resultados positivos rendiam ganhos pecuniários (SMITH; BRATTON, 2001). Entre 1993 e 1998, taxas de criminalidade caíram em quase todas as regiões da cidade, incluindo homicídios (-67%), invasões de domicílio (-53%) e roubos de rua (-54%) (POLICE EXECUTIVE RESEARCH FORUM, 2013).

O aparente sucesso do *CompStat* popularizou as propostas de Bratton e levou à disseminação de sistemas semelhantes em outras cidades. No entanto, organizações da sociedade civil logo perceberam que o novo padrão de policiamento acarretava o crescimento de abordagens policiais em bairros pobres e de maioria negra e/ou latina, o que gerou tensões entre comunidades locais e a polícia (BRONSTEIN, 2015; SCANNELL, 2018; JEFFERSON, 2020;). Enquanto investimentos em tecnologias de segurança eram respaldados por argumentos em torno de ganhos de eficiência e objetividade, o que se verificou em todo esse período foi o aumento da violência policial e, fundamentalmente, o recrudescimento da discriminação racial. Além disso, os mapas de crimes não sustentaram ações públicas para melhoria do bem-estar e o uso comedido de mecanismos correcionais, mas demandas por mais policiamento e penas mais longas. Como resultado, um a cada onze negros adultos está sob a tutela do sistema de justiça criminal norte-americano (ALEXANDER, 2010).

Apesar das recorrentes críticas, mecanismos automatizados de análise criminal ajudaram a tornar o patrulhamento de áreas quentes (*hot spots*) e a lógica das "janelas quebradas" em "senso-comum tecnocrático" (SCANNELL, 2018, p. 35). Nos últimos anos, a disponibilidade de dados mais granulares e avanços nas ferramentas de modelagem algorítmica permitiram a identificação de novos padrões de distribuição espaço-temporal do crime, a ponto de muitos especialistas em segurança pública garantirem que suas dinâmicas futuras também podem ser decifradas. A confiança na capacidade de algoritmos probabilísticos de antecipar tendências e contribuir para a redução da criminalidade é tamanha que softwares de policiamento preditivo estão entre os produtos mais valorizados no mercado de segurança. Seguindo o movimento do mercado, Bratton afirma que as estratégias de policiamento deixarão, em poucos anos, de focar em estudos retrospectivos ou mesmo em análises em tempo-real, e adotarão uma postura em que "*more accurate and reliable probability modelling will be utilised to forecast potential crime trends over an increasing time span*" (BRATTON; MALINOWSKI, 2008, p. 264).

Instituições policiais ao redor do mundo investem cada vez mais na previsão de crimes, de modo que o policiamento reativo abre espaço para uma estratégia preventiva cujo objetivo final é "*to make the bullet obsolete*" (COLDEWEY, 2017). No entanto, há ainda certa confusão conceitual acerca do que é policiamento preditivo, das diferenças entre as várias ferramentas disponíveis e, fundamentalmente, de seu impacto na rotina policial. Na próxima seção abordamos a cacofonia presente no campo e apresentamos uma breve taxonomia dos métodos probabilísticos usados pelas polícias. A influência da lógica do "pré-crime" no pensamento criminológico (ZEDNER, 2007) e a forma como o conhecimento estatístico empresta autoridade epistêmica a estratégias discriminatórias de gerenciamento de risco são temas da parte final do artigo.

3. A cacofonia entre pensamento criminológico e técnicas algorítmicas

"My goal is to translate these models into practical tools for use by police and communities in combating crime."[7]

Jeff Brantingham, cofundador, PredPol

O pensamento criminológico que aqui traçamos desempenha papel fundamental no desenvolvimento de técnicas de modelos preditivos, servindo como pressuposto básico tanto para estratégias de policiamento, quanto para a modelagem algorítmica que informa a predição. É comum, porém, que essa relação intrínseca seja ofuscada no processo de desenvolvimento destes sistemas e pela rotina do trabalho de análise criminal. A partir da observação de quatro técnicas de policiamento preditivo e dos pressupostos oriundos da criminologia conservadora que as informam, buscamos tornar explícita essa relação. São essas técnicas: Modelagem de Risco de Terreno (RTM), Processo de Auto Excitação de Pontos (SEPP), análise de Repetição Próxima (NR), e Estimativa de Densidade de Kernel (KDE), esse último comumente utilizado na produção de mapas de mancha criminal.[8] Este recorte é orientado a partir da seleção de três softwares

7. Disponível em: [http://paleo.sscnet.ucla.edu]. Acesso em: 01.03.2021.

8. Em uma revisão sistemática de 32 artigos publicados entre 2000 e 2018, Kounadi et al. (2020, *additional file 1*) identificam 66 métodos utilizados na previsão de crimes. Entre os métodos mais recorrentes estão: Floresta aleatória (*Random Forest*), Perceptron multicamadas (*Multilayer Perceptron*), Estimativa de Densidade Kernel (*Kernel-Density Estimation* ou KDE), Modelagem de Risco de Terreno (*Risk Terrain Modelling* ou RTM). Os autores observam a existência de uma frequência de uso menor de métodos como o Processo de Ponto (*Self-Exciting Point Process* ou SEPP) e abordagens baseadas em aprendizado profundo.

comerciais amplamente desenvolvidos, testados e/ou utilizados na última década: *PredPol*, conhecido por ser líder de mercado em matéria de softwares de predição criminal e desenvolvido em parceria com o departamento de polícia de Los Angeles, a Universidade da Califórnia em Los Angeles (UCLA) e a Universidade de Santa Clara; *HunchLab*, desenvolvido pela startup Azavea e mais tarde vendido para a *Shotspotter*; e *PRECOBs* (sigla para "*Pre Crime Observation System*"), oferecido pelo *Institut für musterbasierte Prognosetechnik*[9] (IfmPt) em países de língua germânica. Nossa proposta é compreender os pressupostos que informam tais técnicas e a sua circulação por meio destes softwares.

Tabela 1: Softwares comerciais e técnicas analisadas

FERRAMENTA	EMPRESA	TÉCNICAS
PREDPOL	PredPol Inc	SEPP, NR
HUNCHLAB	Azavea; Shotspotter	RTM, KDE, NR
PRE COBS	Institut für musterbasierte Prognosetechnik	KDE, NR

Fonte: elaborada pelos autores.

Muito embora este rol não se pretenda representativo da variedade e difusão dos softwares e técnicas existentes no mercado, ele reúne elementos comuns ao funcionamento de sistemas de predição de crimes em diferentes partes do mundo. Softwares de policiamento preditivo se amparam em um conjunto de técnicas responsáveis por moldar os processos decisórios de máquina, e incorporam pressupostos e teorias correntes acerca de como é entendido o fenômeno criminal. Em regra, a predição é baseada em pessoas quando o intuito primário é o de detectar indivíduos que apresentem maior risco de cometer crimes (p.ex., a partir da criação e identificação de perfis criminais e listas de potenciais suspeitos),[10]

9. Instituto *de Tecnologias de Previsão Baseadas em Padrões*, em tradução livre.

10. Um exemplo disso é a *Strategic Subject List* (Lista de Sujeitos Estratégicos, em português) da polícia de Chicago. A lista opera com base em uma pontuação, que varia entre 1 e 500, atribuída a indivíduos e que comunica a chance de os mesmos se engajarem ou serem vitimadas por crimes. Entre as variáveis utilizadas para geração de pontuações estão, por exemplo, a quantidade de vezes que a pessoa foi vítima em tiroteios, a quantidade de vezes em que a pessoa foi presa por crimes violentos ou por tráfico de drogas, e indicadores de atividades criminais recentes e participação em gangues. Uma iteração

e baseada em lugares quando o intuito é detectar padrões criminais no tempo-espaço. Nos dois casos, as predições podem ter por foco fatores de risco (p.ex., presença ou ausência de iluminação pública, residências ou comércios, no caso de predições baseadas em lugares, e de condenação prévia, reincidência, ou simplesmente o fato de alguém habitar uma zona considerada de "risco", no caso de predições baseadas em indivíduos) ou histórico de eventos (p.ex., a ideia segundo a qual um bairro ou setor costuma ser responsável por 80% das ocorrências) (YANG et al., 2014). Neste artigo, nosso foco recai, mais especificamente, sobre o chamado policiamento preditivo baseado no local.

Enquanto as consequências de predições sobre pessoas são mais imediatamente perceptíveis – violação a uma série de direitos, com estigmatização e possível encarceramento de indivíduos simplesmente por integrarem uma lista de suspeitos –, predições sobre os "locais do crime" também enfrentam problemas fundamentais. Por exemplo, Ferguson (2017) e outros (ENSIGN et al., 2018) chamam a atenção para a chance de esses sistemas criarem estigmas sobre determinadas vizinhanças e de gerarem ou reforçarem um excesso de policiamento nelas. Além disso, mesmo que não trabalhe com a criação automatizada de perfis criminais, essa prática permanece parte da discrição policial, que podem usar dados do sistema para suportar inferências sobre pessoas suspeitas em áreas de risco. Esse é o caso apontado por Egbert e Krasmann (2020) em relação ao software PRECOBS. Muito embora o software apenas proporcione predições relativas ao risco de roubos à residência dentro do período de uma semana, ocorre de policiais enviados para áreas "quentes", isto é, com maior chance de vitimização, usarem desta informação para complementar suspeita sobre transeuntes suspeitos. As nuances da predição baseada no local se tornam especialmente relevantes, na medida em que boa parte dos softwares de policiamento preditivo utilizados hoje por departamentos de polícia são dessa modalidade.

Tabela 2: Métodos de policiamento preditivo (predição baseada no local)

BASEADO EM FATORES DE RISCO	BASEADO NO HISTÓRICO DE EVENTOS
RTM	SEPP
--	KDE
--	NR

Fonte: elaborada pelos autores.

da lista, datando de junho de 2017, pode ser acessada no site GitHub, no link: [https://github.com/pjsier/strategic-subject-list].

Abaixo, exploramos a chamada "cacofonia"[11] entre pensamento criminológico e algoritmos de policiamento preditivo. Analisamos o modo como as quatro técnicas listadas (SEPP, KDE, NR e RTM) incorporam alguns dos pressupostos da criminologia ambiental que marcam as estratégias repressivas descritas na seção anterior. Esses pressupostos são apresentados em três postulados elaborados pelos autores com base em estudos científicos sobre as técnicas em questão.

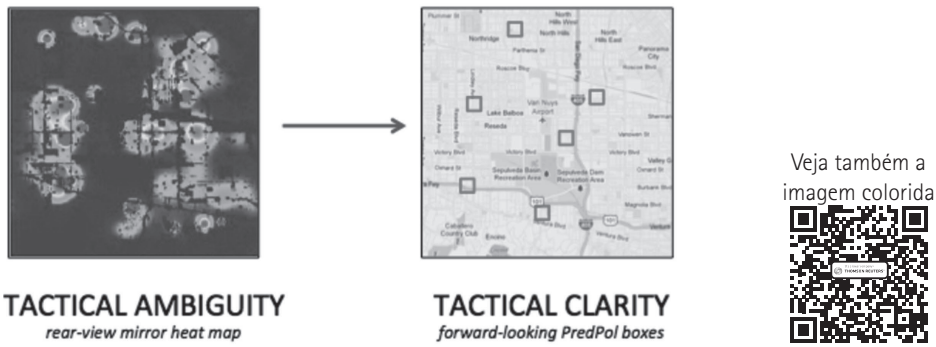
Postulado 1: O fenômeno criminal se concentra no tempo e no espaço. Concentrada também é a resposta que é dada a ele.

Um dos principais pressupostos da criminologia ambiental a respeito do fenômeno criminal é o de que este se concentra no espaço e no tempo. Isto é, uma maior quantidade de crimes tende a ocorrer em uma porção reduzida do espaço, o que inclui desde bairros até quarteirões, ruas, esquinas e endereços individuais, como, por exemplo, determinados tipos de comércio. Esse pressuposto informa a construção de mapas de manchas de calor e a resposta policial a eles. De forma resumida, baseados na premissa de que "os locais de eventos passados são bons preditores de eventos futuros" (HART; ZANDBERGEN, 2014, p. 306), mapas desta natureza permitem utilizar bases de dados contendo o histórico de crimes de uma dada área para visualizar locais onde há uma maior quantidade de ocorrências criminais dentro do perímetro urbano (ver figura 1). Apesar de não ser uma técnica preditiva em si, o precedente lançado pelo *CompStat* e sua reprodução em outros lugares fora dos Estados Unidos tornou a construção desse tipo de mapa uma parte da rotina do planejamento policial. Uma vez que as manchas de calor são utilizadas para se calcular o *risco* de ocorrências criminais em uma determinada área, configura-se o elemento preditivo. Mas que tipos de técnicas caracterizam um e outro caso?

Analisemos o caso da ferramenta PredPol. Principal desenvolvedora de softwares analíticos para agências de segurança, a PredPol Inc afirma que seus serviços são usados na proteção de 1 a cada 33 cidadãos norte-americanos (PREDPOL, s.d.). A função preditiva de sua ferramenta é representada em um mapa com quadrados vermelhos, os quais indicam o resultado do cálculo de um algoritmo que gera *hot spots*. De acordo com a empresa, os dados utilizados para geração destes *hot spots* dizem respeito apenas ao tipo, local e horário do crime.

11. Nosso uso da expressão cacofonia sugere a dificuldade de distinguir entre pressuposto (teoria) e técnica (funcionamento da tecnologia) na prática do policiamento preditivo.

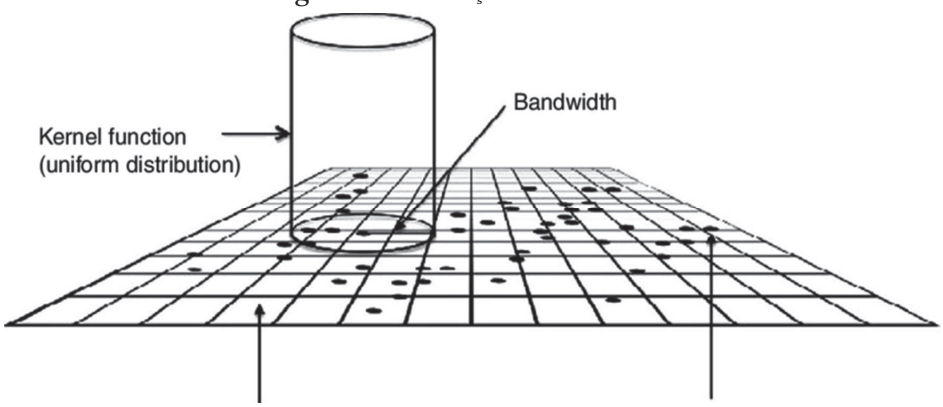
Figura 1: Diferença entre mancha criminal e predição (PredPol)



Fonte: PredPol.

Uma técnica comumente utilizada para gerar *hot spots* e utilizá-los para estimar o risco de ocorrências futuras é a *Estimativa de Densidade Kernel*, KDE. Esta técnica permite produzir superfícies de risco que indicam acúmulos passados de crimes, o que é ilustrado pela imagem à esquerda na figura 2 (ROSSER et al., 2017). A função KDE é hoje um atributo comum a diferentes softwares geoestatísticos. Hart e Zandbergen (2014) mostram que, no caso da análise criminal, essa função requer, primeiramente, criar uma superfície bidimensional de grades (ver figura 3) sobre as áreas onde foram reportados incidentes, em seguida, mensurar a distância entre o ponto central em cada célula da grade e cada incidente criminal e, após isso, criar pesos para essas distâncias por meio de métodos de interpolação, como funções kernel. O resultado final consiste em uma visualização de superfície de risco onde pontos de ocorrência criminal aparecem "suavizados" (ver exemplo da figura 1).

Figura 2: Ilustração de uma KDE



Fonte: Hart e Zandbergen (2014).

A função KDE frequentemente requer a definição de uma série de parâmetros pelo usuário, que, em si, são capazes de afetar a acurácia da predição.[12] Esses parâmetros compreendem, por exemplo, o tipo de técnica estimativa a ser utilizada,[13] o método para interpolação, a largura de banda (isto é, a extensão do raio de busca), e os formatos de saída, a exemplo do tamanho das células em grade, por meio dos quais os resultados da KDE serão gerados. Quando a função kernel usada para interpolação é colocada sobre o ponto central de uma grade, a quantidade de crimes compreendida pelo raio da função – que, na imagem acima, corresponde ao indicador *bandwidth* – ajudará a determinar a densidade para cada célula (HART; ZANDBERGEN, 2014; PERRY et al., 2013). Hart e Zandbergen (2014) chamam a atenção para o fato de que a teoria criminológica oferece indicações acerca de como estabelecer alguns desses parâmetros. Exemplos disso são o uso de *near-repeats* e o pressuposto apresentado acima, de que locais de risco estão geralmente alguns metros ou quarteirões de distância de um incidente. Entretanto, alguns apontam que, devido à KDE operar a partir de uma segmentação do espaço em grades, ela não considera as posições e concentrações de vias urbanas – ruas, estradas, rodovias, etc. –, que se configuram como principal meio de locomoção do patrulhamento (ROSSER et al., 2017).

Postulado 2: O crime se movimenta. No entanto, dentro de uma área, seja de alta criminalidade ou não, há uma evidente regularidade com relação a exatamente onde e quando crimes ocorrem.

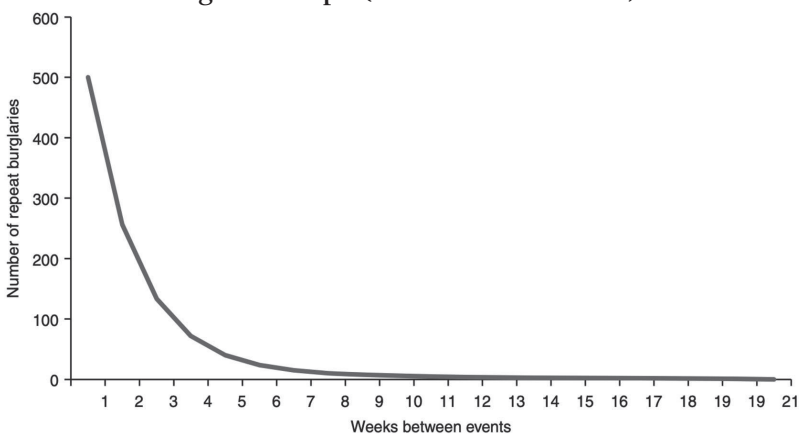
Além de se agregarem no espaço, o pensamento criminológico postula que incidentes criminais também se agrupam no tempo, de forma que se tornam mais prováveis em determinados momentos do dia, semana, mês ou ano. Além disso, crimes se agregam no tempo *e* espaço quanto à existência de uma ocorrência aumenta a probabilidade de outras ocorrências nas proximidades dentro

12. De modo geral, a acurácia de uma predição corresponde ao número total de predições corretas em um universo de todas as predições realizadas. A medida F1, por exemplo, é uma medida de acurácia calculada a partir da precisão e *recall* do teste. O cálculo da precisão implica dividir o número de resultados identificados corretamente como positivos pelo número total de resultados, incluindo aqueles não identificados corretamente, ao passo que o cálculo do *recall* corresponde ao número de resultados identificados corretamente como positivos, dividido pelo número de todas as amostras que deveriam ter sido identificadas como positivas. Dessa forma, agrega uma camada a mais de validação em torno da adequação e precisão de um determinado modelo.

13. As estimativas geradas através da KDE podem ser simples, quando são feitas em cima de uma única variável, p.ex., ocorrências criminais, ou duplas, quando se utiliza duas variáveis, a exemplo de ocorrências criminais e densidade populacional (PERRY et al., 2013).

de um período específico de tempo. Em outras palavras, a chance de incidência (ou reincidência) de determinados tipos criminais estaria associada a ocorrências prévias e recentes em um dado local ou em suas redondezas, p.ex., um furto à residência aumenta a chance de furtos nos arredores dessa residência, dentro dos 5, 7 ou 10 dias subsequentes ao primeiro evento. Inspirados pelo campo da sismologia, criminalistas ambientais incorporaram em suas hipóteses a ideia de que o crime segue padrões similares aos tremores secundários que se seguem à ocorrência de um terremoto (MOHLER et al., 2011). Nesse sentido, o fenômeno da dependência de eventos sobre o qual discutimos acima resultaria em um aumento, mesmo que temporário, do risco de vitimização após uma ocorrência (ROSSER et al., 2017). Com o tempo, porém, a tendência é de declínio, haja vista que a prática de um crime pode se tornar mais custosa, devido a reações de moradores locais e da polícia, ou mesmo devido à mudanças na ação de seus autores. Criminologistas ambientais denominam esse processo de repetição de ocorrências nas proximidades de um evento inicial como *near repeat*, ou repetição próxima (ver figura 4).

Figura 3: Chance de vitimização repetida ao longo do tempo (roubos a residências)



Fonte: Johnson e Bowers (2014).

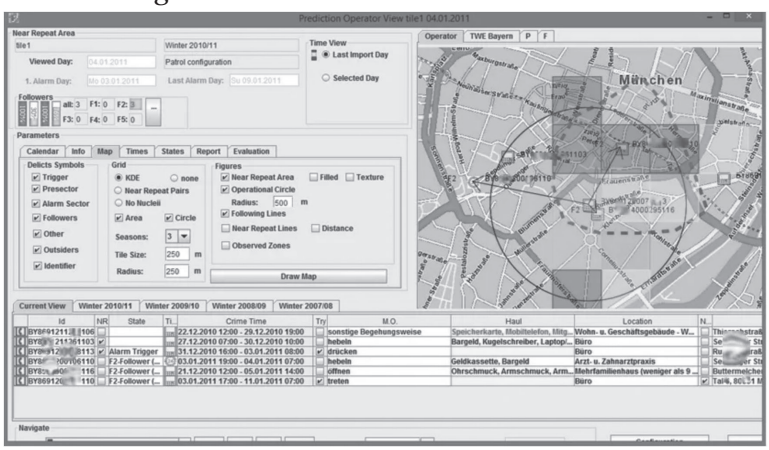
Em softwares de policiamento preditivo, os *near-repeats* também se traduzem em estratégias distintas de exploração de dependências espaço-temporais. Exemplos incluem (i) o software Near Repeat Calculator (NRC),[14] que permite

14. De acordo com He et al. (2020), o princípio do NRC é o chamado teste de Knox, por meio do qual se calcula a diferença entre pares de crimes repetidos observados em uma

identificar padrões de vitimização por repetição próxima dentro de um período e local especificados; (ii) métodos visando aprimorar este cálculo, como análise de redes e mineração de regras de associação espaço-temporal (HE et al., 2020); e (iii) métodos como o SEPP (MOHLER et al., 2011; PREDPOL, n.d; AZAVEA, 2015), além do próprio KDE. Comercialmente, todas as três ferramentas analisadas neste trabalho incorporam os pressupostos de crimes *near-repeat*, mas o fazem através de estratégias distintas.

Leese (2020) e Egbert e Krasmann (2020) mostram como este é o caso do PRECOBS, utilizado na Alemanha e na Suíça. De forma semelhante ao PredPol, o mapa fornecido pelo software apresenta quadrados de cor vermelha que indicam uma maior probabilidade de *near-repeats*. Contudo, diferente do PredPol, que abarca uma variedade de crimes contra a propriedade (furtos, roubos, roubos a carros, além de roubos a residências), o PRECOBS incide somente sobre eventos de roubos a residências.

Figura 4: Interface do software PRECOBS em Munique



Veja também a imagem colorida

Fonte: [www.sueddeutsche.de/digital/polizei-software-zur-vorhersage-von-verbrechen-gesucht-einbrecher-der-zukunft-1.2115086].

Na imagem acima, quadrados amarelos e verdes designam, respectivamente, probabilidades média e baixa de um evento subsequente. Ou seja, o software

faixa espaço-temporal com o número esperado por acaso. Com o uso crescente de *near repeats* na prevenção do crime, os autores notam que há uma divergência entre *hot spots* criminais e crimes repetidos, na medida em que estes não se co-localizam um com um outro e que agrupamentos espaço temporais de crimes não necessariamente indicam um problema de *near repeat*.

"*registers and analyses the time of the offense, the type of building where the burglary took place (e.g. single-family house or block of flats), the modus operandi (e.g. entry through the window by drilling or using a jemmy), and the stolen objects (money, jewellery etc.)*" (EGBERT; KRASMANN, 2020, p.908-909) e estima a probabilidade de futuros roubos baseado em dados sobre ocorrências passadas na mesma área. O método estatístico utilizado para desenhar os quadrados é o KDE e as predições geradas permanecem ativas por um período de sete dias, nos quais, de acordo com a teoria dos *near-repeats*, espera-se uma chance maior de infrações subsequentes (LEESE, 2020).

Empregando os pressupostos da criminologia ambiental discutidos até aqui, Lesse explica o funcionamento do software:

> *"In PRECOBS, future burglaries are predicted through an estimation of individual offender behaviour based on so-called trigger incidents. The functionality of the software package revolves around the notion that from these trigger incidents, a spatially and temporally connected occurrence of follow-up offences can be predicted. Underpinning here is the assumption that most burglaries are committed by professional criminals who identify profitable target areas, strike multiple times within a short time period, and then move on before the police can react and come up with adequate countermeasures. These professionals, so the rationale goes, can be distinguished from non-professionals through the characteristics of the offence (i.e. the modus operandi). Thus, if a reported burglary is characterized by non-violent and silent ways of gaining access to the dwelling, as well as easily transportable haul with a high resale value, the assumption would be that the offence was committed by professionals and that the same offenders would strike again in the same neighbourhood within a short timeframe."* (LEESE, 2020, p. 215-16)

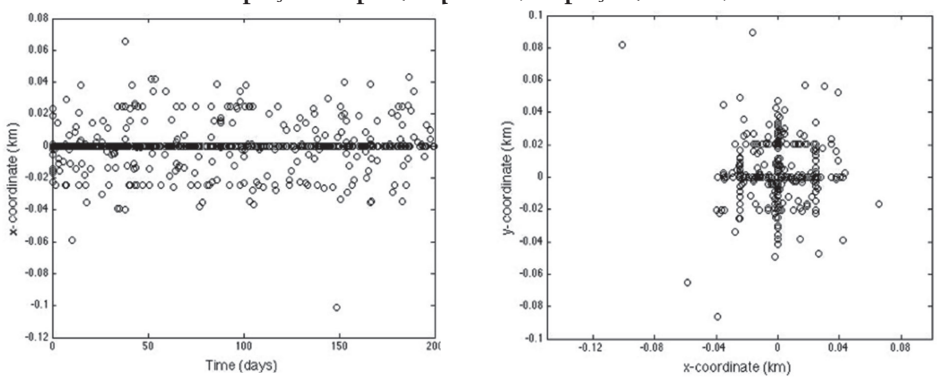
Ao utilizar dados históricos sobre roubos a residências, o software identifica áreas mais propensas a *near-repeats*, mas não sem antes se determinar padrões específicos de roubos para diferentes estações do ano e horas do dia. Como notam Egbert e Krasmann (2020), no contexto alemão e suíço, muitos roubos ocorrem logo após o pôr-do-sol, porém antes de os residentes daquela propriedade retornarem para casa, haja vista tal ausência ser fácil de identificar do lado de fora. O que se segue é um teste da validade da predição, onde dados de incidentes passados são confrontados entre si de modo a comparar os resultados das predições com o que consta na base de dados para um dado período.

O mesmo pressuposto também subsidia a aplicação do SEPP à predição de crimes (REINHART, 2018; REINHART; GREENHOUSE, 2018). O método, comum em modelos de contágio de doenças e de réplicas de terremotos, passou a ser empregado comercialmente na predição de crimes, baseando-se em dados

históricos sobre local e momento das infrações para modelar o risco de um evento se difundir no espaço e no tempo (MOHLER et al., 2011; PREDPOL, s.d.; AZAVEA, 2015). O modelo da PredPol, cujo software foi um dos primeiros a aplicar o SEPP, considera três aspectos do comportamento individual: (i) vitimização repetida, ou seja, o risco de uma residência "A" ser repetidamente alvo de roubos; (ii) vitimização próxima repetida, ou seja, a ideia de *near-repeats* discutida acima, segundo a qual não é apenas a residência "A" que sofre maior risco de ser alvo de roubos repetidos, como também outras residências no seu entorno; e (iii) o pressuposto de que quem comete crimes geralmente o faz em um raio próximo de seu local de residência, trabalho ou lazer (PREDPOL, s.d.).

De acordo com a PredPol, esses três aspectos consideram que o ato criminoso é um ato racional, ou seja, leva em consideração o custo-benefício do crime. Dessa forma, assume-se que "criminosos racionais" não agem de forma aleatória, mas tendem a retornar a locais onde um crime inicial foi bem-sucedido devido a uma maior familiaridade com esses locais, e consideram que, devido a padrões de comportamento similares entre vizinhos, a mesma fórmula utilizada para cometer um crime na residência "A" pode se aplicar às demais residências nos arredores.

Figuras 5 e 6: Modelo SEPP para roubos a residências – espaço/tempo (esquerda) espaço (direita)



Fonte: Mohler et al. (2011)

Os gráficos acima, desenvolvidos por Mohler et al. (2011), representam a distância entre pontos, correspondentes a 706 eventos de roubos a residências. O gráfico 5 (à esquerda) sobrepõe a coordenada x (km) contra o tempo decorrido entre as distâncias entre pontos, o que permite observar roubos repetidos a uma mesma residência (eixo x, pontos que ocupam uma mesma coordenada espacial). O gráfico 6 (à direita), mostra que o risco de crime pode viajar cerca de 50m a 100m da residência onde um primeiro roubo aconteceu, principalmente horizontal ou verticalmente entre ruas.

Em modelos que fazem uso do SEPP, infrações criminais se manifestam na forma de eventos distintos no espaço e tempo. Esses eventos são divididos entre aqueles de fundo (crime inicial) e os de desencadeamento (possíveis crimes subsequentes) de modo que a taxa de eventos em uma célula "i" e em um tempo "t" depende do histórico de eventos em um tempo anterior a "t". Como ilustra o caso da PredPol acima, esse histórico de eventos, somado à premissa de que o crime é um evento não-aleatório e segue um cálculo custo-benefício, serve de fundamento para a ideia de que que o Crime "C" desencadeará crimes semelhantes nas proximidades (figuras 6 e 7). Diferente da KDE, porém, a função usada no SEPP permite incorporar ao cálculo elementos como sazonalidade e covariações espaciais e temporais, que possibilitam considerar variáveis como heterogeneidade espacial e sazonalidade do crime (por exemplo, roubos residenciais tendem a ocorrer durante a semana). (Ver: MOHLER et al., 2011; REINHART, 2018). Notadamente, esse modo de operação baseado em eventos *near-repeat* levou a Azavea, responsável pelo desenvolvimento do HunchLab, a sugerir que o SEPP nada mais seria do que um *rebranding* de análises *near-repeat* (AZAVEA, 2015).

Postulado 3: Certos lugares são potencialmente mais "criminogênicos" do que outros e geram risco maior de eventos criminais no local ou no seu entorno.

Não é de um pressuposto apenas que se fazem predições baseadas em fatores ambientais. Muito embora rimem entre si, os métodos acima discutidos – SEPP e KDE – e o pressuposto de *near-repeat* incidem primariamente sobre o histórico de eventos (ver tabela 2 acima). Por essa razão, como já vimos, a ênfase recai em como as ocorrências se manifestam e se agrupam no espaço, no tempo e no espaço-tempo. No entanto, outra contribuição da criminologia ambiental para a predição de crimes recai sobre o método RTM e seu pressuposto de que há fatores ambientais que aumentam (ou reduzem) o *risco* de ocorrência de determinados crimes (CAPLAN et al., 2015). Temos, portanto, uma abordagem não mais baseada no histórico de eventos, mas em fatores geográficos considerados como de risco. Em artigo publicado pelos responsáveis pelo desenvolvimento da técnica, o RTM é descrito da seguinte maneira:

> *"RTM is an approach to risk assessment whereby separate map layers representing the spatial influence of features of a landscape are created in a Geographic Information System... Risk map layers of statistically validated features are combined to produce a composite risk terrain map with values that account for the spatial influences of all features at every place throughout the landscape. RTM offers a statistically valid way to articulate crime-prone areas at the microlevel according to the spatial influence of many features of the landscape, such as bars, parks, schools, foreclosures, or fast-food restaurants. Risk values in an RTM do not*

> *suggest the inevitability of crime. Instead, they point to locations where, if the conditions are right, the risk of illegal behavior will be high."* (CAPLAN et al., 2015).

Enquanto o SEPP e o KDE têm por ênfase a distribuição de crimes, o RTM propõe gerar estimativa a respeito de como certos locais podem favorecer a prática de crimes (CAPLAN et al., 2015). No lugar do histórico, fatores ambientais são considerados como "criminogênicos" (AZAVEA, 2015). Isso inclui a presença ou ausência de comércios diversos, escolas, lojas de conveniência, estacionamentos, postos de gasolina ou mesmo a presença ou ausência de iluminação pública adequada. De acordo com seus criadores, o RTM é um método de diagnóstico de fatores atrativos do comportamento criminal (RTM, s.d., s.p.). A predição, portanto, tem por foco identificar os locais onde é mais provável que o crime possa surgir e se agregar.

O método é usado nas predições geradas pelo software HunchLab 2.0. Segundo seus desenvolvedores, as previsões de risco fornecidas pelo software se baseiam em métodos variados de aprendizado de máquina, combinados a uma variedade de padrões criminais que incluem padrões *near-repeat*; RTM, mediante a proximidade e densidade de certos fatores ambientais e geográficos; indicadores socioeconômicos; ciclos temporais, incluindo dia do mês, semana e hora do dia; eventos temporais recorrentes, como feriados ou eventos esportivos; dados sobre o clima; e informações sobre as rotinas dos policiais, de infratores já conhecidos e de seus possíveis alvos (a partir de medidas de exposição como população ou veículos) (AZAVEA, 2015).

A predição em si faz uso de algoritmos de árvores de decisão para treinamento do modelo, onde se analisa dados como os locais onde o crime ocorreu ou não ocorreu. Uma possível decisão oriunda desse primeiro treinamento pode ser: "se um evento não aconteceu neste local no último ano, é provável que nenhum ocorra hoje" (AZAVEA, 2015, p. 17). Ainda dentro do mesmo conjunto de dados, segue-se construindo uma árvore orientada a descrever como e onde crimes ocorrem. Aplicando uma filosofia de aprendizado com erros passados, o processo é repetido com outra seleção aleatória do conjunto de dados de treinamento, construindo árvores para predizer os possíveis erros gerados na aplicação do primeiro modelo (AZAVEA, 2015).

Em relação ao método RTM, mensura-se a distância entre locais como o bar mais próximo ou então a densidade de bares presentes em cada célula, isto é, segmentação espacial para geração da predição. O sistema decide as combinações entre diferentes teorias criminais: "*if the near repeat pattern effect is stronger in areas with lots of historic crimes, the system can use that information to enhance the forecast. Or, for example, if assaults frequently happen on Friday evenings near bars,*

the system can model that effect" (AZAVEA, 2015, p.16). Nesse sentido, muito embora o RTM gere predições criminais baseadas em fatores de risco ambientais, sua utilidade maior – assim como, em diferentes medidas, também é o caso do KDE e SEPP – reside no fato de pertencer a uma composição mais ampla de técnicas e pressupostos criminais que possibilitam gerar hipóteses sobre como o crime se manifestará no tempo e espaço.

3.1. O problema de representações matemáticas sobre o crime

Representações matemáticas sobre o crime são como instrumentos de medição que, ao mesmo tempo em que se propõem a "capturar" um determinado aspecto da realidade, ajudam a produzi-lo (BARAD, 2007). Ao mesmo tempo em que se inspiram em teorias sobre uma suposta realidade objetiva do fenômeno criminal, esses modelos introduzem ou corroboram distorções importantes na rotina de policiamento, por exemplo, ao reforçarem como sinônimos de crime apenas uma quantidade limitada de eventos, como roubos, homicídios e agressões. Não por coincidência, são esses mesmos eventos que, antes mesmo da implementação de tais sistemas, já tendiam a ser priorizados no dia a dia do patrulhamento. Nesse sentido, é comum que crimes financeiros, como aqueles chamados "de colarinho branco", mais comumente associados à presença de classes sociais abastadas, ou outros crimes que escapem à competência do policiamento por patrulhamento, deixem de contar nesses sistemas.

Sem se desvencilhar do viés empirista que caracteriza o debate técnico em torno de sistemas de policiamento preditivo, Chainey e da Silva (2016) argumentam, ao analisar a adequação da teoria *near-repeat* no contexto brasileiro, que devido a diferenças importantes no urbanismo de países latino-americanos em relação aos países ocidentais onde essa teoria foi inicialmente desenvolvida e, por consequência, no modo como os supostos infratores tomam decisões sobre o que roubar e onde, a utilidade e eficácia de sistemas que se propõem a prever *near-repeats* tende a ser limitada. De acordo com os autores, isto se deve ao fato de tais especificidades urbanas tornarem eventos *near-repeats* significativamente menos recorrentes em grandes metrópoles latino-americanas se comparado, por exemplo, ao caso de áreas rurais do Reino Unido.

O estudo de Chainey e da Silva (2016) chama a atenção para as distorções que esses sistemas e suas teorias subjacentes podem efetuar sobre o fenômeno criminal e a rotina do policiamento. Debates em torno dos chamados *runaway feedback loops*, por meio dos quais patrulhas são reiteradamente enviadas pelo sistema para um mesmo local, independente da taxa real de crimes, mostram que essas distorções também advêm da forma como esses modelos agem sobre

os dados (ENSIGN et al., 2018). Na medida em que dependem de dados históricos sobre o crime, parte das distorções introduzidas ou reforçadas pelo policiamento preditivo à rotina policial está associada à disponibilidade de dados sobre uma localidade específica e ao modo como esses dados são produzidos (p.ex., ocorrências iniciadas pela polícia ou reportadas por terceiros), ao modelo de policiamento adotado em diferentes regiões (patrulhamento rotineiro ou compartilhado com agentes privados de segurança) e à localização geográfica que lhes é atribuída (divergências sobre divisão de bairros ou regiões em diferentes bases de dados podem gerar distorções nas informações geográficas de estatísticas criminais). Por exemplo, em locais onde há poucos dados ou onde a lógica do patrulhamento dá espaço para a lógica da incursão e do confronto (que dificilmente produz estatísticas criminais), é pouco provável que haja predição.

Um problema similar ocorre quando pensamos a aplicação de modelos como o RTM a crimes que não dependem das características espaciais supostamente criminógenas que este privilegia. O caso dos crimes financeiros acima é um exemplo, assim como também é o caso de crimes como feminicídio ou peculato. Em outras palavras, ao representarem o crime como dependente da ação racional e da presença ou ausência de certas características espaciais, como fazem o RTM (mediante a associação entre essas características e o risco do crime), o SEPP e o KDE (mediante pressupostos presentes nas teorias criminais que auxiliam em sua construção, como é o caso do *near-repeat*), tais modelos privilegiam não somente um grupo particular de eventos, mas também uma manifestação destes eventos cujos padrões possam ser traçados no tempo e espaço.

De modo quase tautológico, a lógica destes sistemas reforça (ou, no mínimo, não aborda) vieses já existentes de policiamento por patrulhamento, com a diferença sutil de que estes são agora validados por um sistema computacional tido por objetivo (EGBERT; KRASMANN, 2020). A preocupação não é, e dificilmente será, compreender as motivações sociais complexas em torno do fenômeno criminal, mas apenas aliviar seus sintomas, mediante a detecção de padrões espaço-temporais. Nesse sentido, o suposto viés empirista de modelos preditivos amparados no RTM, SEPP ou KDE confere um véu apolítico às ideologias sobre os quais seu uso no policiamento se apoia.

4. Policiamento preditivo e o aprofundamento de estratégias punitivas

Nas seções anteriores apresentamos o desenvolvimento de sistemas de policiamento preditivo dentro do contexto mais amplo da história do pensamento

criminológico e da evolução das práticas de análise criminal. Alertamos também para a necessidade de explorar as diferenças entre os sistemas disponíveis no mercado, uma vez que o termo "policiamento preditivo" funciona como uma espécie de guarda-chuva analítico sob o qual lógicas algorítmicas distintas são agrupadas. Nesse sentido, argumentamos que técnicas de predição, apesar de partirem da identificação de padrões de distribuição espaço-temporal do crime e correlações estatísticas entre os múltiplos parâmetros que incidem sobre a dinâmica criminal, têm pressupostos e implicações epistemológicas que podem variar.

Nesta seção, abordaremos o impacto de estratégias de gerenciamento de risco e antecipação de eventos no policiamento contemporâneo. Mapas de crimes futuros advêm da automatização de formas de classificar, mensurar e visualizar o fenômeno criminal. Estes, portanto, codificam e reproduzem muitos dos padrões de atuação já arraigados na cultura policial. Ainda assim, desenvolvedores de softwares preditivos e seus entusiastas nas forças de segurança parecem negligenciar críticas que dão conta da forma pela qual a discriminação social é inscrita nas bases de dados que alimentam sistemas de justiça criminal e o encarceramento de populações marginalizadas (HARCOURT, 2007; SAMPSON; LOEFFLER, 2010; ALEXANDER, 2010; FERGUSON, 2017; SCANNELL 2018; BENJAMIN 2019; JEFFERSON, 2020; BRAYNE, 2020). Como lembra Jefferson (2018, p. 2), "*official crime datasets shape predictive crime mapping and [...] the maps reciprocally legitimize those datasets through their ostensibly scientific presentation*". Ou seja, o uso de tecnologias preditivas empresta uma "autoridade algorítmica" à ação policial (GILLESPIE, 2014), ignorando que as representações do crime carregam vieses de origem e que táticas de patrulhamento proativo guardam estreita relação com formas punitivas de governo.

4.1. Transparência, accountability *policial e discriminação*

Como vimos na primeira seção, o investimento em tecnologias de mapeamento de crimes está, ao menos desde os anos 1980, ancorado em uma cultura de controle social cujo foco incide sobre a identificação de áreas e pessoas de risco, ajustando táticas de policiamento ostensivo e leis de execução penal para dissuadir a atividade criminal (GARLAND, 2008; WACQUANT, 2009). Há um conjunto de pressupostos que integra esta perspectiva, entre eles, a percepção de que o comportamento criminoso não advém de um desvio patológico, mas do cálculo racional de custos e benefícios. De modo que a alteração dos incentivos (mais risco de ser pego e, caso isso aconteça, penas mais longas) levaria à readequação do comportamento criminoso. Delitos teriam um custo maior e, portanto, seriam cometidos com menos regularidade. Nesse sentido, o avanço em técnicas

de análise criminal contribuiria com a redução do crime ao otimizar estratégias policiais dissuasórias. Ao invés de delegar ao policial na rua a decisão sobre onde concentrar esforços, a distribuição dos recursos repressivos se daria a partir de modelos matemáticos desenvolvidos pelas empresas que fornecem soluções estatísticas às forças de segurança.

No entanto, o uso de algoritmos preditivos por parte da polícia não se apoia somente em discursos conservadores e punitivistas. Se, por um lado, o aperfeiçoamento de técnicas de análise criminal responde a demandas para que as consequências penais do crime sejam rápidas e efetivas, por outro, novas tecnologias prometem mais *accountability* para as ações policiais. A lógica, conforme apresentada por Scannell (2018, p. 2), é a seguinte:

> "*The problem with policing (...) is a problem of a trust deficit between the police and the communities that they protect. The way to fix that deficit is to improve police departments' accountability and transparency. The way to improve accountability and transparency is for police agencies to provide meaningful, revealing analytics to their communities*."

Subjacente a este enunciado está a percepção de que representações quantitativas e cartográficas carregam uma autoridade epistemológica acerca da dinâmica criminal (HAGGERTY, 2001; DE LIMA, 2005). A coleta e o processamento de dados traduzem intrincados processos sociais em números, gráficos e mapas, produzindo visualizações do crime que, na maior parte do tempo, "*appears to be set apart from political interests and disputes, above the world of intrigue, and beyond debate*" (MILLER, 2001, p. 382). Ao contrário dos policiais, que tomam decisões a partir de sua experiência pessoal e inclinações subjetivas sobre os fatores ecológicos e morais do crime, modelos probabilísticos confeririam objetividade matemática para intervenções preventivas. Em outras palavras, o patrulhamento e as abordagens não seriam regidos por motivações racistas ou classistas, mas pela distribuição real do crime no território. Ou seja, quanto mais sofisticados forem os modelos de análise criminal, menos arbitrário será o padrão de policiamento. Deste modo, as estatísticas e extrapolações algorítmicas que conformam análises preditivas tornariam as dinâmicas criminais e as próprias instituições policiais mais suscetíveis a estratégias de governo que objetivam controlar determinados espaços e populações e, concomitantemente, gerenciar o sistema de justiça criminal.

De forma a subsidiar este argumento com evidências empíricas, os pesquisadores que desenvolveram o PredPol realizaram testes cegos (*randomized control trials*) que apontaram maior precisão nas abordagens policiais (MOHLER et al.,

2015; BRANTINGHAM et al. 2018). Mohler et al. (2015) afirmam que o sistema utilizado pela PredPol foi capaz de prever de 1.4 a 2.2 vezes mais crimes se comparado aos métodos utilizados até então por analistas criminais em Los Angeles (EUA) e Kent (RU). Além disso, o uso do software causou a queda média de 7.4% em crimes durante o período de 24 semanas de testes. Já Brantingham et al (2018) apontam que o uso do PredPol levou a números de prisões entre grupos minoritários igual ou menor nas áreas testes do que nas áreas de controle. Em resumo, o software otimizaria a ação repressiva da polícia, diminuindo as críticas acerca da natureza discriminatória de seu trabalho. De fato, a aplicação de modelos estatísticos na decisão sobre a alocação de patrulhas e na prevenção do comportamento criminal tem apresentado resultados satisfatórios em termos de redução da violência urbana. Pearsall (2010) indica, por exemplo, que um dos primeiros testes com algoritmos preditivos, realizado em Richmond (EUA) no dia do réveillon, levou à queda de 47% dos tiroteios.

Contudo, estas conclusões não são consensuais. Rachel Santos (2014) afirma que as evidências disponíveis impedem uma avaliação criteriosa acerca dos efeitos de sistemas preditivos. Outros autores apontam que estes sistemas apresentam ganhos pouco significativos em relação a métodos convencionais de análise criminal (PERRY, 2013; HUNT, SAUNDERS; HOLLYWOOD, 2014; MEIJER; WESSELS, 2019). De fato, avaliar o impacto destes softwares não é simples, uma vez que eles oferecem diagnósticos de incidência criminal, mas não determinam a estratégia policial em si (SANTOS, 2014). As avaliações, portanto, dependem de uma série de fatores, incluindo a disposição das patrulhas de seguir rigorosamente as recomendações. Contribui para esta incerteza o fato desses sistemas raramente serem implantados de forma avulsa, mas integrarem, em geral, uma panóplia de inovações. Este é o caso do *domain awareness system* de Nova York, que, além dos algoritmos preditivos, é composto por redes de câmeras, sensores acústicos e plataformas de gerenciamento de respostas de emergência (LEVINE et al., 2017).

Aos fatores elencados acima, soma-se uma deficiência aguda em termos de transparência. Muitos dos sistemas utilizados atualmente são serviços contratados de empresas privadas que não revelam detalhes dos modelos empregados. A opacidade dos softwares é central para garantir a vantagem competitiva das empresas e o valor comercial dos algoritmos. Logo, estes raramente são auditáveis por organizações da sociedade civil e agências reguladoras. Temos então um cenário em que as próprias instituições policiais são incapazes de avaliar a precisão dos sistemas ou a qualidade dos modelos que influenciam sua tomada de decisão. Na maioria das vezes, as únicas métricas sobre a qualidade dos algoritmos

são produzidas pelas próprias empresas que lucram com sua comercialização (SCHLEHAHN et al., 2015).

Ocorre, portanto, um efeito inverso ao esperado pelos entusiastas de sistemas preditivos. Na medida em que estes ganham centralidade em decisões operacionais, o déficit de transparência se torna, fundamentalmente, um problema de *accountability* policial. Como justificar a escolha por determinados setores de patrulha e a qualificação de comportamentos suspeitos? Quem será responsabilizado em caso de erros ou de abordagens abusivas? Sem que os algoritmos sejam auditáveis, não há como ter certeza de que os resultados não induzem a um policiamento discriminatório (BENNETT MOSES; CHAN, 2018). Nos poucos casos em que análises independentes foram feitas, os resultados encontrados geraram preocupação. Lum e Isaac (2016), por exemplo, avaliaram o impacto do PredPol em relação a crimes ligados ao consumo de drogas em Oakland (EUA). Segundo os autores, o sistema não apenas não corrigiu os vieses existentes nas bases de dados criminais, como acentuou o problema, levando ao policiamento desproporcional de minorias e populações mais pobres.[15]

A lógica dos sistemas preditivos é que o futuro se torna previsível a partir da apreciação de regularidades do passado, uma racionalidade tautológica segundo a qual certos lugares são criminógenos simplesmente porque crimes foram lá registrados (JEFFERSON, 2020). Portanto, quando usamos estatísticas condicionadas por padrões discriminatórios de policiamento, o que fazemos é reforçá-los.[16] Não há, como indicado por Lum e Isaac (2016), uma correção de rota.

15. Segundo o estudo, apesar de consumo de drogas na cidade ser bem distribuído geograficamente, áreas com maioria de negros são duas vezes mais propensas a serem destacadas como regiões de risco pelo PredPol do que áreas com maiorias de brancos. Além disso, áreas mais habitadas por "não-brancos" (latinos e outras minorias) são destacadas como regiões preferenciais para patrulha 1.5 vezes mais que áreas com maioria de brancos (LUM; ISAAC, 2016).

16. Ao negligenciar o processo de construção da objetividade estatística, desenvolvedores dos sistemas preditivos e profissionais de segurança acabam por ignorar as dinâmicas sociais que estes (re)produzem. As estatísticas criminais revelam mais sobre quem se quis punir e quais dinâmicas foram reprimidas pelas forças policiais do que do crime em si (HAGGERTY, 2001; DE LIMA, 2005). Em sociedades marcadas pela desigualdade social e pela criminalização de camadas pobres ou grupos populacionais específicos (sejam eles negros, latinos, imigrantes etc.), é provável que as estatísticas produzidas pelos sistemas de justiça reflitam um padrão punitivo desproporcional (algumas populações serão sobrerepresentadas). Portanto, quando sistemas preditivos extrapolam padrões identificados nas bases de dados criminais para indicar risco de crimes no futuro, o que eles fazem é identificar tendências nas políticas punitivas adotadas pelo Estado (RICHARDSON; SCHULTZ; CRAWFORD, 2019).

Pelo contrário, o racismo institucional ganha um verniz de modernidade tecnológica e objetividade estatística. Nesse sentido, o que os sistemas fazem é deslocar o problema para outros momentos de tomada de decisão: à discriminação do policial na ponta, soma-se agora a discriminação algorítmica. Especificamente, a tendência é que os sistemas antecipem onde é mais provável que a polícia registre crimes. Ou, dito de outra forma, "*predictive policing is aptly named: it is predicting future policing, not future crime*" (LUM; ISAAC, 2016, p. 16).

A opacidade dos sistemas também pode dificultar a interpretação dos analistas criminais, o que tem, em geral, dois efeitos inversos: policiais passam a ignorar os resultados, mantendo as práticas convencionais, ou a delegar a decisão, distribuindo recursos de forma acrítica e automática. O primeiro caso é bem documentado na literatura do campo. A introdução de novas tecnologias e projetos de transformação gerencial nas polícias não segue uma lógica linear e os impactos na prática policial não podem ser presumidos a partir dos manuais técnicos. Diversas pesquisas etnográficas demonstram que a cultura institucional e a rotina das operações acabam por transformar os usos de novas tecnologias, podendo gerar repercussões inesperadas ou, até mesmo, repercussões quase nulas (CHAN, 2003; MANNING, 2011; PERRY, 2013; BENNETT MOSES; CHAN, 2018; BRAYNE, 2020). Ao observar a implementação de ferramentas de mapeamento e análise estatística nos Estados Unidos, Manning (2011, p. 251), por exemplo, argumenta que, apesar das demandas por patrulhas mais eficientes, pouca coisa mudou, pois "*the penetration of technology into the contours of the job is almost entirely dependent on its perceived utility on the ground*". Ou seja, se os policiais não compreendem a racionalidade por trás destes dispositivos, tendem a evitar seu uso, resistindo às ordens de comando ou empregando estratégias em suas rotinas para adaptar a patrulha a outros padrões. Deste modo, a eficácia do sistema é reduzida.

A introdução destas tecnologias é, no entanto, um processo marcado por ambivalências e condicionado por disputas internas de poder. Em contextos nos quais os analistas criminais têm menor capacitação técnica, liberdade de escolha e poder de negociação, é possível que se tornem meros transmissores de informação, ditando às patrulhas os itinerários pré-definidos pelos softwares (SKLANSKY, 2011). Este processo reflete um fenômeno social mais amplo de alienação do trabalho a partir de inovações tecnológicas, o que anima o debate em torno da precarização do trabalho e da produção de novas hierarquias no ambiente laboral. Os problemas, contudo, não se limitam a relações trabalhistas. Na medida em que policiais perdem o conhecimento especializado que caracteriza o profissional de segurança pública, estes têm também menor capacidade de avaliar criticamente

sistemas preditivos e propor correções de rumo. Sem incorporar a experiência local, os sistemas algorítmicos podem apresentar mais dificuldade de adaptação. Isto é, não identificam padrões diversos, pois são incapazes de incluir novos parâmetros nos modelos preditivos. Uma disputa entre gangues ou mesmo estratégias concomitantes de policiamento impactam na dinâmica criminal e, se não se tornarem variáveis nos modelos matemáticos, podem gerar distorções. Há então o risco de os sistemas ficarem ultrapassados e produzirem resultados cada vez menos precisos, até se tornarem, porventura, obsoletos.

Portanto, o problema não é apenas que sistemas preditivos simplificam um fenômeno multicausal, podendo reforçar um padrão de policiamento discriminatório, mas que seus usuários não sabem como visualizações de crimes futuros são produzidas. Os policiais na ponta, em geral, ignoram como as escolhas e os dilemas éticos dos desenvolvedores influenciam a informação oferecida pelos softwares (BRAYNE, 2020). Uma vez que os sistemas são lançados no mercado, debates teóricos acerca dos pressupostos criminológicos, das dificuldades no tratamento e edição das bases de dados, das decisões acerca dos limiares de falso positivo e falso negativo – ou seja o que torna os resultados contingentes e maleáveis – são esquecidos. Os programas e seus cálculos de probabilidade se tornam "caixas-pretas" e como Amoore (2019, p. 148-9) argumenta: "*though this arrangement of probabilities contains within it a multiplicity of doubts in the model, the algorithm nonetheless condenses this multiplicity to a single output... [which] is rendered as a decision placed beyond doubt; a risk score or target that is to be actioned*."

4.2. Um novo senso comum criminológico que reflete velhos padrões punitivistas

Em que pesem os desvios e imprevistos nos processos de implementação, o uso de modelos matemáticos e a busca por correlações estatísticas tem levado a um progressivo abandono da noção de causalidade do crime e tende a gerar profundas alterações no trabalho policial e no pensamento criminológico. A busca pelas raízes do comportamento delinquente, tema tradicional da literatura no campo, e a tentativa de identificar situações criminógenas, o objetivo central do analista criminal, começam a ser substituídas por uma dinâmica em que a atividade policial se resume a coletar dados, produzir perfis estatísticos, traçar correlações e governar a partir de análises de risco.

De certa forma, o policiamento preditivo espelha alguns dos efeitos mais amplos da era da revolução informacional, entre eles o avanço de uma epistemologia empirista (KITCHIN, 2014). Defensores destas ferramentas argumentam que os dados falam por si e, potencialmente, capturam todas as dimensões relevantes

dos fenômenos que se quer analisar (os buracos nas bases de dados podem ser preenchidos por técnicas estatísticas, ou generalizações a partir de experiências passadas). A lógica inerente a este argumento é que hipóteses sobre porque alguém comete crimes são dispensáveis. Basta processar largas quantidades de dados, encontrar correlações e atuar sobre elas, pois, como nos lembra Weisburd (2015), leis gerais da dinâmica criminal são induções possíveis a partir dos dados coletados. Trata-se, portanto, de um processo de automatização do saber criminológico e da análise criminal que tem como pressuposto a ideia de que o conhecimento construído a partir dos dados não depende de contextos e interpretações. Ou seja, o analista não precisa entender a dinâmica específica do crime em determinado lugar, nem pesquisar a relação entre os múltiplos fatores que causam o crime. Se dados suficientes forem ofertados, a dinâmica criminal será revelada.[17]

O HunchLab, que, como vimos na seção anterior, utiliza modelos RTM alimentados com dados sobre o terreno, foi usado em Chicago para descobrir que casos de agressão grave diminuem em dias de ventania e que, na Filadélfia, carros tem mais chance de serem roubados próximos a escolas (CHAMMAH, 2016). No entanto, se o tempo fechado realmente causa a diminuição de agressões não importa para o software. Do mesmo modo, não é necessário para o cientista de dados entender o que leva jovens em idade escolar a roubar carros (e se há realmente uma relação de causalidade entre escolas e crimes de rua). A correlação basta para indicar à polícia como se comportar em dias de ventania e próximo a escolas. Decorre disso que o policial é, como vimos, potencialmente reduzido a um usuário de serviços digitais, a quem se demanda que visualize os mapas concebidos pelos programadores e atue sobre as regiões indicadas nos softwares (BENNETT MOSES; CHAN, 2018; ANDREJEVIC, 2017).

O fim do interesse pela causalidade tem uma implicação social mais profunda: a autoridade epistemológica dos modelos de correlação estatística e a forma como estes são introduzidos na rotina policial contribuem para a redução das

17. A primazia das correlações estatísticas sobre tentativas de teorização de mecanismos de causalidade já caracteriza alguns sistemas de policiamento preditivo que extrapolam o uso de dados criminais (denúncias e boletins de ocorrência) e incluem variáveis como: densidade populacional, dados censitários, localização de bares, escolas, parques, terrenos baldios, igrejas, áreas comerciais, pontos de ônibus, estações de metrô, tabelas de campeonatos esportivos, agenda de eventos empresariais e culturais, transações bancárias, uso de cartão de crédito, relatórios hospitalares, reservas de hotel, voos, pesquisas de internet, e-mails, redes sociais, ligações telefônicas e até fases da lua (ANDREJEVIC, 2017).

políticas de segurança pública à ação repressiva, ignorando um conjunto mais amplo de ações do Estado e da sociedade que podem levar à construção de cidades menos violentas. Dito de outro modo, estratégias de redução do crime acabam se tornando sinônimos de estratégias punitivas. Contudo, não apenas as externalidades negativas do policiamento preditivo são negligenciadas (i.e., encarceramento em massa e hipervigilância de perfis suspeitos e áreas de risco), mas também o interesse pelas raízes complexas do fenômeno criminal diminui. Na medida em que se consolida uma visão instrumental da polícia que apaga a responsabilidade social da lógica da segurança pública, reflexões holísticas sobre as causas do crime e agendas públicas com políticas sociais de amplo espectro são abandonadas. Como argumenta Wilson (2018, p. 119), há "*elective affinity between predictive techniques and asocial models of criminality*", e estas, em grande parte, ecoam os princípios amorais e tecnocráticos do populismo punitivo dos anos 1980 e 1990.

5. Conclusão

Conforme vimos ao longo deste artigo, estratégias de policiamento preditivo estão cercadas por controvérsias. Alguns estudos apontam que o uso de sistemas de predição representa um avanço na análise criminal e pode contribuir para a redução da criminalidade (MOHLER et al., 2015). Desenvolvedores destes sistemas apontam ainda que se trataria de uma forma mais justa de policiamento, uma vez que as patrulhas não seriam orientadas a abordar indivíduos aleatoriamente, mas a focar em dinâmicas específicas e em microrregiões designadas nos mapas (BRANTINGHAM et al., 2018). Ou seja, nessa perspectiva, a introdução de softwares preditivos tenderia a reduzir o risco do abuso policial. No entanto, o campo da criminologia crítica tem levantado evidências de que os algoritmos tendem a validar práticas discriminatórias de controle, induzindo medidas repressivas que incidem de forma desproporcional contra comunidades negras e pobres. De fato, em que pesem os argumentos contrários (BRANTINGHAM et al., 2018), análises transversais sobre o impacto destas ferramentas demonstraram que a maioria dos softwares no mercado aprofundam vieses policiais presentes nas bases de dados (RICHARDSON; SCHULTZ; CRAWFORD, 2019).

Para subsidiar estas críticas, demonstramos que tecnologias de previsão de crimes se articulam com estratégias policiais repressivas de duas formas. Por um lado, como visto na primeira seção, os avanços no campo das análises estatísticas e modelagem de crimes surgiram ancorados em discursos penalógicos conservadores. A noção de que o controle social se dá a partir da identificação de áreas de risco e repressão a pequenos comportamentos desviantes está na base da criminologia ambiental que, como vimos na segunda seção, informa muitos dos pressupostos

dos softwares preditivos. Por outro lado, ao inscrever esses postulados teóricos em modelagens matemáticas e algoritmos de decisão automatizada de áreas prioritárias de patrulhamento, os softwares acabam por naturalizar e legitimar parte do arcabouço teórico punitivista. Deste modo, sistemas de policiamento preditivo se tornaram engrenagens centrais na construção tecnocrática do populismo punitivo que alimenta práticas discriminatórias no sistema de justiça criminal desde os anos 1980. Em outras palavras, através de análises estatísticas e representações cartográficas, o racismo institucional e as práticas repressivas de controle social ganharam uma feição "apolítica". A crítica ao punitivismo contemporâneo passa, portanto, pelo questionamento da autoridade epistêmica dos algoritmos preditivos. Mostrar o que existe de "social" e "político" nos softwares e nas bases de dados que os alimentam é a estratégia que usamos para disputar a legitimidade de um policiamento voltado para a distribuição espaço-temporal de patrulhas e que tem como fim a contenção de comunidades vulneráveis.

Sistemas preditivos têm sido utilizados apenas para uma melhor alocação de recursos repressivos, negligenciado alternativas no campo de políticas públicas que poderiam contribuir para a redução da criminalidade. Resta saber se é possível pensar outros usos para estes programas que não a reprodução de práticas punitivas. A identificação de áreas de concentração de crimes poderia ser usada por agências do Estado para a formulação de políticas preventivas que não tenham na repressão o foco principal. Ao lado de outras cartografias, como distribuição de áreas de lazer, qualidade de escolas, capilaridade dos sistemas de saúde, e índices de desemprego e desenvolvimento humano em microrregiões, os softwares preditivos poderiam apoiar a retomada de um debate mais amplo sobre as causas sociais do crime, ajudando a guiar investimentos em equipamentos públicos, assistência social, melhorias em serviços básicos e inserção de jovens no mercado de trabalho. Ao invés de contribuir para a criminalização de populações já marginalizadas, poderia então servir como um diagnóstico de onde o Estado tem sido incapaz de fomentar o desenvolvimento. Nesse sentido, áreas onde há maior risco de crimes não seriam os alvos de mais patrulhas, mas sim de mais atenção aos fatores subjacentes do crime, suas causas menos imediatas e, por isso, mais difíceis de solucionar.

Referências

AGUIRRE, Katherine; BADRAN, Emile; MUGGAH, Robert. *Future crime:* Assessing twenty first century crime prediction. Strategic Note, n. 33. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé, Jul. 2019.

ALEXANDER, Michelle. *The New Jim Crow*: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness. New York, NY: The New Press, 2010.

ALVAREZ, Marcos. Teorias clássicas e positivistas. Em: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Ratton; AZEVEDO, Rodrigo de (eds.). *Crime, Polícia e Justiça no Brasil*. São Paulo: Editora Contexto, 2014, p. 51-59.

AMOORE, Louise. Doubt and the Algorithm: On the Partial Accounts of Machine Learning. *Theory, Culture & Society*, v. 36, n. 6, 2019, p. 147–169.

ANDREJEVIC, Mark. To Pre-Empt A Thief. *International Journal of Communication*, v. 11, 2017, p. 879-896.

ARADAU, Claudia; BLANKE, Tobias. Politics of prediction: Security and the time/space of governmentality in the age of big data. *European Journal of Social Theory*, v. 20, n. 3, 2017, p. 373-391.

AZAVEA. HunchLab: *Under the Hood. Philadelphia*, PA: Azavea, 2015. Disponível em: [https://cdn.azavea.com/pdfs/hunchlab/HunchLab-Under-the-Hood.pdf]. Acesso em: 10.03.2021.

BARAD, Karen. *Meeting the universe halfway*: quantum physics and the entanglement of matter and meaning. Durham and London: Duke University Press, 2007.

BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. Gerencialismo, estamentalização e busca por legitimidade: O campo policial militar no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 34, n. 101, 2019, p. 1-19.

BECKER, Gary. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, 1968, p. 169-217.

BECKER, Peter; WETZELL, Richard (Eds). *Criminals and their scientists*: The History of Criminology in International Perspective. Washington, DC: Cambridge University Press, 2006.

BENJAMIN, Ruha. *Race After Technology*: Abolitionist Tools for the New Jim Code. Cambridge: Polity Press, 2019.

BENNETT MOSES, Lyria; CHAN, Janet. Algorithmic prediction in policing: Assumptions, evaluation, and accountability. *Policing and Society*, v. 28, n. 7, 2016, p. 806-822. doi:10.1080/10439463.2016.1253695.

BLACK, David. Big Data on the Beat: Predictive policing has arrived. *City Journal*, 2016 Disponível em: [www.city-journal.org/html/big-data-beat-14125.html]. Acesso em: 22.02. 2021.

BRAGA, Anthony; BRUNSON, Rod; DRAKULICH, Kevin. Race, Place, and Effective Policing. *Annual Review of Sociology,* n. 55, 2019, p. 535-555.

BRAGA, Anthony; PAPACHRISTOS, Andreas.; HUREAU, D. The Effects of Hot Spots Policing on Crime: An Updated Systematic Review and Meta-Analysis. *Justice Quarterly*, v. 31, n. 4, 2012, p. 633-663.

BRANTINGHAM, Paul; BRANTINGHAM, Patricia. (eds.) *Environmental Criminology.* Beverly Hills, CA: Sage, 1990.

BRANTINGHAM, Jeffrey; VALASIK, Matthew; MOHLER, George. Does Predictive Policing Lead to Biased Arrests? Results From a Randomized Controlled Trial. *Statistics and Public Policy*, v. 5, n. 1, 2018, p. 1-6.

BRATTON, William; MALINOWSKI, Sean. Police Performance Management in Practice: Taking COMPSTAT to the Next Level. *Policing:* A Journal of Policy and Practice, v. 2, n. 3, 2008, pp. 259-265.

BRAYNE, Sarah. *Predict and Surveil*: Data, Discretion, and the Future of Policing. New York: Oxford University Press, 2020.

BRONSTEIN. Nathaniel. Police Management and Quotas: Governance in the CompStat Era. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, v. 48, n. 4, 2015, p. 543-581.

CAPLAN, Joe M.; KENNEDY, Leslie W.; BARNUM, Jeremy D.; PIZA, Eric L. Risk Terrain Modeling for Spatial Risk Assessment. *Cityscape:* A Journal of Policy Development and Research, v. 17, n. 1, p. 7-16, 2015.

CHAINEY, Spencer Paul; DA SILVA, Braulio Figueiredo Alves. Examining the extent of repeat and near repeat victimisation of domestic burglaries in Belo Horizonte, Brazil. *Crime Science,* vol. 5, n. 1, Dez. 2016. Disponível em: [https://doi.org/10.1186/s40163-016-0049-6]. Acesso em: 20.03.2021.

CHAMMAH, Maurice. Policing the future. *The Verge,* 3 de fevereiro de 2016. Disponível em: [www.theverge.com/2016/2/3/10895804/st-louis-police-hunch-lab-predictive-policingmarshall-project]. Acesso em: 20.03.2021.

CHAN, Janet. Police and New Technologies. Em: NEWBURN, Tim (ed). *Handbook of Policing*. Cullompton: Willan Publishing, 2003, p. 655-679.

CLARKE, Ronald (ed.). *Situational Crime Prevention*: Successful Case Studies. Albany, NY: Harrow and Heston, 1992.

COHEN, Lawrence E.; FELSON, Marcus. Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach. *American Sociological Review*, v. 44, n. 4, Ago. 1979. Disponível em: [https://doi.org/10.2307/2094589]. Acesso em: 20.02.2021.

COLDEWEY, Devin. Taser rebrands as Axon and offers free body cameras to any police department. *Tech Crunch*, 5 de abril de 2017. Disponível em: [https://techcrunch.com/2017/04/05/taser-rebrands-as-axon-and-offers-free-body-cameras-toany-police-department/]. Acesso em: 28.02.2021.

COURTRIGHT, Kevin; MUTCHNICK, Robert. Cartographic school of criminology. In: LEVINSON, David. (ed.). *Encyclopedia of crime and punishment*. Beverly Hills, CA: SAGE Publications, 2002, p. 176-178.

DE LIMA, Renato S. *Contando crimes e criminosos em São Paulo*: Uma sociologia das estatísticas produzidas e utilizadas entre 1871 e 2000. Tese de Doutorado, FFLCH/USP, 2005.

DEFLEM, Mathieu. Surveillance and Criminal Statistics: Historical Foundations of Governmentality. *Studies in Law*, Politics and Society, v. 17, 1997, pp. 149-184.

DODD, Vikram. Police force spends £25m on switch to technology-led crime-fighting. *The Guardian* [online], 21 de julho de 2014. Disponível em: [www.theguardian.com/uknews/2014/jul/21/west-midlands-police-technology-led-crime-fighting]. Acesso em: 23.02.2021.

ECK, John; WEISBURD, David. (eds.). *Crime and Place*. Monsey, NY: Criminal Justice Press, 1995.

EGBERT, Simon; KRASMANN, Susanne. Predictive policing: not yet, but soon preemptive? *Policing and Society*, v. 30, n. 8, 2020, p. 905-919.

EGBERT, Simon; LEESE, Matthias. *Criminal futures:* predictive policing and everyday police work. Londres: Routledge, 2020.

ENSIGN, Danielle; FRIEDLER, Sorelle A.; NEVILLE, Scott; SCHEIDEGGER, Carlos; VENKATASUBRAMANIAN, Suresh. Runaway Feedback Loops in Predictive Policing. In: 1st *Conference on Fairness*, Accountability and Transparency 2018, New York University, 23 e 24 de abril de 2018. Disponível em: [http://arxiv.org/abs/1706.09847]. Acesso em: 05.03.2021.

FEELEY, Malcolm; SIMON, Jonathan. The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications. *Criminology,* v. 30, n. 4, 1992, p. 449-474.

FERGUSON, Andrew. *The Rise of Big Data Policing*: Surveillance, Race, and the Future of Law Enforcement. New York: NYU Press, 2017.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território e população.* Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir:* Nascimento da prisão. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

GARLAND, David. The Criminal and his Science: A Critical Account of the Formation of Criminology at the End of the Nineteenth Century. *The British Journal of Criminology*, v. 25, n. 2, 1985, p. 109-137.

GARLAND, David. *A Cultura do Controle*: Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GARRETT, Ronnie. Better Than a Crystal Ball. *Police Magazine* [online], 6 de setembro de 2016. Disponível em: [www.policemag.com/342108/better-than-a-crystal-ball]. Acesso em: 25.02.2021.

GILLESPIE, Tarleton. The Relevance of Algorithms. In: Tarleton GILLESPIE; Pablo BOCZKOWSKI; Kirsten FOOT (eds.). *Media Technologies*: Essays on Communication, Materiality, and Society. Cambridge, MA: MIT Press, 2014, p. 167-194.

GREENFIELD, Adam. Shuck the Police: Are We Done with Traditional Law Enforcement? *Los Angeles Review of Books*, 2 de janeiro de 2018. Disponível em: [https://lareviewofbooks.org/article/shuck-the-police-are-we-done-with-traditional-law-enforcement/]. Acesso em: 24.02.2021.

HAGGERTY, Kevin. *Making Crime Count*. Toronto: University of Toronto Press, 2001.

HARCOURT, Bernard. *Against Prediction*: Profiling, Policing, and Punishing in the Actuarial Age. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

HARRIS, Keith. *Mapping Crime:* Principle and Practice. Washington, D.C.: National Institute of Justice, U.S. Department of Justice, 1999.

HART, Timothy; ZANDBERGEN, Paul. Kernel density estimation and hotspot mapping: Examining the influence of interpolation method, grid cell size, and bandwidth on crime forecasting. *Policing:* An International Journal of Police Strategies and Management, v. 37, 1 maio de 2014.

HE, Zhanjun; TAO, Liufeng; XIE, Zhong; XU, Chong. et al. Discovering spatial interaction patterns of near repeat crime by spatial association rules mining. *Scientific Reports*, v. 10, n. 1, dez. 2020.

HIRSCHFIELD, Alex; ARMITAGE, Rachel; EKBLOM, Paul; ROACH, Jason. Holding the line: The sustainability of police involvement in crime prevention. In: BROWN, Jennifer (ed.) *The Future of Policing*. Londres: Routledge, 2013, p. 299-316.

HOLLYWOOD, John. *Predictive Policing:* What It Is, What It Isn't, and Where It Can Be Useful. Arlington, Va: RAND Corporation and National Institute of Justice, 2012.

HUNCHLAB. HunchLab 2.0: The Future in Sight. [vídeo], 2013. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=7KMZ5JQt728]. Acesso em: 21.01.2019.

HUQ, Aziz. Racial equity in Algorithmic Criminal Justice. *Duke Law Journal*, v. 68, n. 6, 2019, p. 1043-1134.

JEFFERSON, Brian. *Predict and Surveil:* Data, Discretion, and the Future of Policing. New York, NY: Oxford University Press, 2020.

JEFFERSON, Brian. Computerizing carceral space: Coded geographies of criminalization and capture in New York City. *Environment and Planning A*: Economy and Space, v. 50, n. 5, 2018, p. 969-988.

JOHNSON, Shane D.; BOWERS, Kate J. Near Repeats and Crime Forecasting. In: BRUINSMA, Gerben; WEISBURD, David (Eds.). *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*. New York, NY: Springer New York, 2014. p. 3242-3254.

JONES, Trevor; NEWBURN, Tim. The Transformation of Policing? Understanding Current Trends in Policing Systems. *The British Journal of Criminology*, v. 42, n. 1, 2002, p. 129-146.

KAUFMANN, Mareile; EGBERT, Simon; LEESE, Matthias. Predictive Policing and the Politics of Patterns. *The British Journal of Criminology*, vol. 59, n. 3, 7 Dez. 2018, p. 674-692. Disponível em: [https://doi.org/10.1093/bjc/azy060]. Acesso em: 21.02.2021.

KITCHIN, Rob. Big Data, new epistemologies and paradigm shifts. *Big Data & Society*, v. 1, n. 1, 2014, p. 1-12.

KOUNADI, Ourania; RISTEA, Alina; ARAUJO, Adelson; LEITNER, Michael. A systematic review on spatial crime forecasting. *Crime Science*, v. 9, n. 1, Dez. 2020. Disponível em: [https://doi.org/10.1186/s40163-020-00116-7]. Acesso em: 21.02.2021.

LEVINE, E.S.; TISCH, Jessica; TASSO, Anthony; JOY Michael. The New York City Police Department's Domain Awareness System. *Interfaces*, v. 47, n. 1, 2017, p. 70-84. Disponível em: [https://doi.org/10.1287/inte.2016.0860].

LEESE, Matthias. We do that once per day: cyclical futures and institutional ponderousness in predictive policing. In: WENGER, Andreas; JASPER, Ursula; DUNN CAVELTY, Myriam (eds.). *The politics and science of prevision:* governing and probing the future. New York: Routledge, 2020.

LUM, Kristian; ISAAC, William. To predict and serve? *Significance*, v. 13, n. 5, 2016, p. 14-19.

MANNING, Peter. *The Technology of Policing*: Crime Mapping, Information Technology, and the Rationality of Crime Control. New York: New York University Press, 2011.

MEIJER, Albert; WESSELS, Martijn. Predictive Policing: Review of Benefits and Drawbacks. *International Journal of Public Administration*, v. 42, n. 12, 2019, p. 1031-1039. DOI: 10.1080/01900692.2019.1575664.

MERTON, Robert. Social Structure and Anomie. *American Sociological review*, v. 3, 1938, p. 672-682.

MILLER, Peter. Governing by Numbers: why Calculative Practices Matters. *Social Research*, v. 68, n. 2, 2001, p. 379-396.

MOHLER, George; SHORT, Martin; BRANTINGHAM, Jeffrey.; SCHOENBERG, Frederic; TITA, George. Self-Exciting Point Process Modeling of Crime. *Journal of the American Statistical Association*, v. 106, n. 493, Mar. 2011, p. 100-108. Disponível em: [https://doi.org/10.1198/jasa.2011.ap09546]. Acesso em: 22.02.2021.

MOHLER, George; SHORT, Martin; MALINOWSKI, Sean; JOHNSON, Mark; TITA, George; BERTOZZI, Andrea; BRANTINGHAM, Jeffrey. Randomized Controlled Field Trials of Predictive Policing. *Journal of American Statistical Association*, v. 110, n. 512, 2015, p. 1399-1411.

PARK, Robert; BURGESS, Ernest. *The City.* Chicago: Chicago University Press, 1925.

PEARSALL, Beth. *Predictive Policing*: The Future of Law Enforcement?NIJ Journal, n. 266, 2010, p. 16-19.

PERRY, Walt L.; MCINNIS, Brian; PRICE, Carter C.; SMITH, Susan; HOLLYWOOD, John S. *Predictive policing:* the role of crime forecasting in law enforcement operations. Santa Monica, CA: RAND, 2013.

POLICE EXECUTIVE RESEARCH FORUM. *COMPSTAT:* Its origins, evolution, and future in law enforcement agencies. Washington, DC: Bureau of Justice Assistance, 2013.

PORTER, Theodore. Making Things Quantitative. *Science in Context,* v. 7, n. 3, 1994, p. 389-407.

PREDPOL. s/d. Disponível em: [https://www.predpol.com/about/]. Acesso em: 03.03.2021.

RATCLIFFE, Jerry. *Intelligence-Led Policing*. Londres: Routledge, 2016.

REINHART, Alex; GREENHOUSE, Joel. Self-exciting point processes with spatial covariates: modeling the dynamics of crime. *Journal of the Royal Statistical Society*: Series C (Applied Statistics), v. 67, 2018, p. 1305-1329.

REINHART, Alex. A Review of Self-Exciting Spatio-Temporal Point Processes and Their Applications. *Statistical Science*, v. 33, n. 3, 1 Ago. 2018. Disponível em: [http://arxiv.org/abs/1708.02647]. Acesso em: 22.03.2021.

RICHARDSON, Rashida; SCHULTZ, Jason; CRAWFORD, Kate. Dirty Data, Bad Predictions: How Civil Rights Violations Impact Police Data, Predictive Policing Systems, and Justice. *New York University Law Review*, v. 94, n. 192, 2019, p. 192-233.

ROSSER, Gabriel; DAVIES, Toby; BOWERS, Kate J.; JOHNSON, Shane D.; CHENG, Tao. Predictive Crime Mapping: Arbitrary Grids or Street Networks? *Journal of Quantitative Criminology*, v. 33, n. 3, 2017, p. 569-594. Disponível em: [https://doi.org/10.1007/s10940-016-9321-x]. Acesso em: 22.03.2021.

SAMPSON, Robert; LOEFFLER, Charles. Punishment's place: the local concentration of mass incarceration. *Daedalus*, v. 139, n. 3, 2010, p. 8-19.

SANTOS, Rachel. *Crime Analysis with Crime Mapping*, 3rd ed. Los Angeles, CA: Sage Publications, 2013.

SANTOS, Rachel. The effectiveness of crime analysis for crime reduction: Cure or diagnosis? *Journal of Contemporary Criminal Justice*, v. 30, n. 2, 2014, p. 147-168.

SCANNELL, Joshua. *Electric Light*: Automating the Carceral State During the Quantification of Everything. Tese de doutorado, Graduate Faculty in Sociology, The City University of New York, 2018.

SCHLEHAHN, Eva; AICHROTH, Patrick; MANN, Sebastian; SCHREINER, Rudolf; LANG, Ulrisch; SHEPHERD, Ifan; WONG, William. Benefits and pitfalls of predictive policing. *European Intelligence and Security Informatics Conference*, Manchester, UK, 2015, p. 145-148. DOI: 10.1109/EISIC.2015.29.

SCOTT, James. *Seeing Like a State*: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed. New Haven: Yale University Press, 1998.

SHAW, Clifford; MCKAY, Henry. *Juvenile Delinquency and Urban Areas*. Chicago: The University of Chicago Press, 1942.

SKLANSKY, David. The persistent pull of police professionalism. *New Perspectives in Policing*. Washington, DC: Harvard Kennedy School/National Institute of Justice, 2011.

SMITH, Dennis; BRATTON, William. Performance Management in New York City: Compstat and the Revolution in Police Management. Em: FORSYTHE, Dall W. (ed.) *Quicker, Better, Cheaper*? Managing Performance in American Government. Albany, NY: Rockefeller Institute Press, 2001, p. 453-482.

WACQUANT, Loïc. *Punishing the Poor*: The Neoliberal Government of Social Insecurity. Durham: Duke University Press, 2009.

WEISBURD, David. McEWAN, Tom (eds.) *Crime Mapping & Crime Prevention*. Monsey, NY: Criminal Justice Press, 1998.

WEISBURD, David. *Reorienting Crime Prevention Research and Policy*: From the Causes of Criminality to the Context of Crime. Washington, DC: US National Institute of Justice, 1997.

WEISBURD, David. The law of crime concentration and the criminology of place. *Criminology*, v. 53, n. 2, 2015, p. 133-157.

WILSON, James; KELLING, George. Broken Windows: The police and neighborhood safety. *The Atlantic Monthly*, Março 1982. Disponível em: [www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/]. Acesso em: 24.02.2021.

WILSON, Dean. Algorithmic patrol: the futures of predictive policing. In: ZAVRŠNIK, Aleš (ed.). *Big Data, Crime and Social Control*. London and New York: Routledge, 2018, p. 108-128.

YANG, Sue-Ming; WEISBURD, David; GROFF, Elisabeth R. Criminal Careers of Places. Em: BRUINSMA, Gerben; WEISBURD, David (eds.). *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*. New York, NY: Springer, 2014. p. 808-816. Disponível em: [https://doi.org/10.1007/978-1-4614-5690-2_210]. Acesso em: 24.02.2021.

ZAVRŠNIK, Aleš (ed.). *Big data, Crime and Social Control*. New York, NY: Routledge, 2018.

ZEDNER, Lucia. Policing Before and After the Police: The Historical Antecedents of Contemporary Crime Control. *The British Journal of Criminology*, v. 46, n. 1, 2006, p. 78-96.

ZEDNER, Lucia. Pre-crime and post-criminology? *Theoretical Criminology*, v. 11, n. 2, 2007, p. 261-281. DOI: 10.1177/1362480607075851.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Viés e racismo no policiamento preditivo: casos estadunidenses e os reflexos de conexão com o Brasil, de Pedro Arthur Capelari de Lucena – *RDTec* 7 (DTR\2020\7806); e
- Dimensões do (bio)poder e discurso criminológico crítico: necropolítica e precarização na construção categórica da vulnerabilidade, de Gabriel Antinolfi Divan, Carolina Costa Ferreira e Mariana Chini – *RBCCrim* 180/235-263 (DTR\2021\8842).

Algoritmos de predição no sistema penal: as profecias tecnopolíticas que se autorrealizam no século XXI

Prediction algorithms in the criminal system: technopolitical prophecies that authoralize in the 21st century

Assista agora aos comentários do autor para este artigo



Felipe da Veiga Dias

Pós-Doutor em Ciências Criminais pela PUC/RS. 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 Faculdade Meridional (IMED) – Mestrado. Professor do Curso de Direito da Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo/RS – Brasil. Coordenador do Grupo de Pesquisa "Criminologia, Violência e Controle" certificado junto ao CNPq. Advogado.
ORCID: [http://orcid.org/0000-0001-8603-054X].
felipevdias@gmail.com

Recebido em: 22.02.2021
Aprovado em: 03.05.2021
Última versão do autor: 08.06.2021

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: A pesquisa parte do tema dos algoritmos preditivos adotados pelo sistema penal, dando especial atenção às experiências estrangeiras em comparativo com as possibilidades nacionais. Tem-se assim como problema de pesquisa: como operam os modelos de algoritmos preditivos aplicados ao sistema penal? Quais os riscos gerados na atuação estrangeira e que poderiam afetar o sistema penal brasileiro? O objetivo geral se concentra em compreender a forma de operação dos dispositivos preditivos, bem como ponderar os riscos oferecidos pelas ferramentas de predição na realidade brasileira. Os métodos utilizados para responder às indagações são o fenomenológico-hermenêutico, no tocante à abordagem, e o monográfico, em relação ao procedimento, contando

Abstract: The research starts with the theme of predictive algorithms adopted by the penal system, paying special attention to foreign experiences in comparison with national possibilities. Thus, there is a research problem: how do predictive algorithm models applied to the penal system operate? What are the risks generated in foreign operations and which could affect the Brazilian penal system? The general objective focuses on understanding the way in which predictive devices operate, as well as considering the risks offered by the prediction tools in the Brazilian reality. The methods used to answer the questions are the phenomenological-hermeneutic, with regard to the approach, and the monographic, in relation to the procedure, with the help of the

Dias, Felipe da Veiga. Algoritmos de predição no sistema penal: as profecias tecnopolíticas que se autorrealizam no século XXI. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 183. ano 29. p. 99-124. São Paulo: Ed. RT, setembro 2021.

ainda com o auxílio da técnica de pesquisa da documentação indireta. Conclui-se que o uso de algoritmos e outras tecnologias preditivas, alinhadas ao controle tecnopolítico e ao capitalismo de vigilância, operam de formas pouco transparentes, e intencionalmente ocultando seus erros/falhas na manutenção das discriminações produzidas pelo sistema penal. Com o auxílio discursivo-imagético, as tecnologias preditivas servem para reatualizar suportes punitivos e esconder inúmeros problemas já denunciados pelo pensamento criminológico, sendo tais fatores riscos consideráveis quando projetados ao contexto violento e desigual já vivenciado no Brasil.

Palavras-chave: Algoritmos preditivos – Criminologia crítica – Tecnopolítica – Capitalismo de vigilância – Sistema penal.

indirect documentation research technique. It is concluded that the use of algorithms and other predictive technologies, in line with technopolitical control and surveillance capitalism, operate in non-transparent ways, and intentionally hiding their errors/failures in maintaining the discriminations produced by the penal system. With the aid of discursive-imagery, predictive technologies serve to update punitive supports and hide numerous problems already reported by criminological thinking, such factors being considerable risks when projected into the violent and unequal context already experienced in Brazil.

Keywords: Predictive algorithms – Critical criminology – Technopolitics – Surveillance capitalism – Penal system.

Sumário: 1. Introdução. 2. Crítica criminológica na sociedade do controle. 3. Algoritmos e a predição no capitalismo de vigilância. 4. Predição no sistema penal: novos dispositivos, velhos problemas. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente estudo tem como tema os algoritmos preditivos utilizados no sistema penal. Em razão de que tais ferramentas ainda não estão inseridas no controle social formal pátrio, opta-se por não delimitar a sua observância neste âmbito, embora a leitura realizada pretenda estabelecer um diálogo entre locais externos e o Brasil, ao mesmo tempo que entende que, fatalmente, tais tecnologias serão importadas ao país em algum momento vindouro.

Com base em tal núcleo de pesquisa, se torna viável indagar os seguintes problemas: como operam os modelos de algoritmos preditivos aplicados ao sistema penal? Quais os riscos gerados na atuação estrangeira e que poderiam afetar o sistema penal brasileiro? Tais questionamentos não têm a pretensão de encerrar os debates, tampouco dar uma completude acerca do tema, mas intentam, em alguma medida, estabelecer um ponto crítico de reflexão.

Logo, o objetivo central está em compreender os modos de atuação e funcionamento de *softwares* preditivos inseridos na atuação criminal e suas possíveis ingerências. Para tanto, a leitura proposta parte de ao menos dois parâmetros teóricos: o viés crítico do pensamento criminológico acerca da atuação penal no

país, juntamente às relações de poder ligadas ao controle da população, enfatizando a tecnopolítica em operação.

Cabe mencionar que se toma como método da abordagem o fenomenológico-hermenêutico. Essa configuração parte do exame dos objetos de estudo, levando em conta a totalidade do seu entorno, o seu "como", o que implica em não ter qualquer pretensão de definir uma essência ou caráter elementar dos objetos estudados. Para alcançar suas finalidades enquanto método, não vislumbra a linguagem como um elemento exterior ou um terceiro fator que se encontra entre o sujeito e o objeto; isso significa que a linguagem é vista aqui como condição de possibilidade no mundo. Cooperam ainda como o método de abordagem o de procedimento, que no caso é o monográfico, pontuando o afastamento de uma analítica do tema ou de uma exposição similar a um manual acerca do assunto, delimitando aqui o foco pontual e crítico a respeito do tema escolhido. Ademais, traz contribuição a técnica de pesquisa da documentação indireta, a qual se utiliza de fontes bibliográficas, livros, artigos, pesquisas, a fim de compor o raciocínio e a dinâmica necessária à obtenção de respostas aos questionamentos da pesquisa.

2. Crítica criminológica na sociedade do controle

O tracejar das sociedades hodiernas e suas conexões com o sistema penal impõem uma observação que se desprenda das unidimensionalidades, de forma que a perspectiva crítica adotada no viés criminológico não se reduz unicamente à abordagem do plano econômico (embora este seja um aspecto essencial para o presente estudo) ou qualquer simplificação da realidade. Por isso, infere-se em alguma medida a postura multidimensional permitida pela assunção do papel político na construção desse conhecimento, ou seja, em alguma medida, uma política da criminologia que se entende por "fazer política por meio da criminologia" (AMARAL, 2020, p. 12).

Posiciona-se assim a crítica criminológica enquanto postura de exercício de um contrapoder, em um permanente estado de contestação presente e de não submissão aos ideais da penalogia brasileira.

Essa linha reconhece a valia pontuada historicamente pelo viés crítico, o qual esculpiu suas bases conectando o modo de produção capitalista à configuração de *status* negativos e positivos de determinados indivíduos e suas classes sociais (BARATTA, 2002, p. 108), auferindo também como perspectiva a superação do apego à normatividade como fator determinante para pensar o crime e suas correlações. A última afirmação aponta ainda para o fato de que há o descolamento

da via criminológico-crítica das respostas binárias (causa-efeito, problema-solução, crime-pena) que habitam a penalidade brasileira com suas produções contumazes direcionadas ao incremento de crimes, penas/sanções, reformas e vigilância (ANDRADE, 2012, p. 101).

A esfera de abrangência da linha crítica é reforçada pelo permanente estado de questionamento, o que permite enfrentar pressupostos pautados juridicamente, de acordo com o já aludido. Não obstante, tal abordagem também proporciona a ponderação sobre os seus objetos de estudo, conforme realizado por autores que propuseram a ruptura epistemológica do campo, para que pudessem abranger danos sociais que escapavam às lentes criminológicas (SARMIENTO *et al.*, 2014), ou na esteira das construções nacionais que indagaram acerca do papel dos criminólogos e criminólogas brasileiros (enquanto grupo de poder) em deixar às margens os debates sobre raça e gênero ou, simplesmente, adotá-los na superficialidade, sem, contudo, realizar os aprofundamentos necessários ao combate ao racismo no país (FREITAS, 2016, p. 491).

Registra-se que, além do desapego à normatividade básica, compõe-se uma dialética constante entre fatores micro e macrossociológicos que intercambia a amplitude com as contribuições das subjetividades presentes nas realidades observadas (LARRAURI, 1992, p. 121). Porém, reitera-se a visão de insubordinação aos ditames jurídico-penais ou possibilidades de "ajustes" que impõem a penalidade enquanto resposta do possível.

Nesse sentido, a crítica criminológica a que ora se filia tem na explicação da política da criminologia uma síntese satisfatória ao dizer que "a urgência e dificuldade de uma política da criminologia estão aí: tornar visíveis as práticas da penalidade e do poder punitivo que teimam se transformar perpetuamente e impedir outros modos de vida" (AMARAL, 2020, p. 38). Há, por isso, a inserção de um reposicionamento sobre o que significa a crítica, a partir de autores como Deleuze, Butler, Foucault (1978) e Chignola (2020, p. 190), para citar alguns, ao não assumir a função de ditar/prescrever um rumo determinado ao campo criminológico ou penal, já que a crítica "não deve legislar. Não diz aquilo que se deve fazer".

O significado da crítica indica que a ênfase deste texto criminológico está no desvelamento, de maneira que se possa compreender para além do enquadramento (*frame*) (HAYWARD; PRESDEE, 2010, p. 16), usualmente, disposto nas composições dessa espécie de tema. Igualmente, inexiste qualquer pretensão de ditar os caminhos da inserção tecnológica no sistema penal, já que esse papel não diz respeito a quem ora escreve.

Dito isso, a crítica criminológica que se intenta produzir carece ainda da observação das relações de poder envolvidas nos conjuntos das práticas punitivas

e, mais especialmente, no que se pode compreender pelas operacionalidades do controle social hodierno, e que tem nos componentes tecnológicos um ponto de transmutação.

Assim, parte-se da concepção do poder enquanto elemento em movimento/ação, não estático, ou seja, circula e não pode, por isso, ser tomado como se fosse um objeto. Vislumbra-se o poder enquanto produção e não somente repressão ou dominação, "o poder é um feixe de relações mais ou menos hierarquizadas, mais ou menos coordenadas, constantemente ameaçadas pela própria liberdade que procura domar e pelas formas de resistência que o atravessa" (CHIGNOLA, 2020, p. 29).

Por meio dessa concepção, percebe-se que a relação entre o poder e a seara penal vai além do mero exercício da violência "legítima", a qual se conecta diretamente ao poder soberano e sua potencialidade de ditar a morte ou permitir a vida (FOUCAULT, 2005, p. 287). Até mesmo porque não há dúvidas quanto à permanência da morte (tanatopolítica) como atuação contemporânea desse sistema. Portanto, "o sistema penal enquanto analisador do poder" (FOUCAULT, 2015, p. 12-13) não se limita à dimensão normativa (obedecer a lei do soberano), mas se progride na compreensão de suas formas mais insidiosas.

No transcorrer dos últimos séculos, somam-se novas faces ao desenvolvimento das relações de poder, tal como a disciplina. Essa dimensão marca a retirada do destaque da ritualística tipicamente soberana e sua visibilidade expositiva das punições, adotando uma maior intensidade sobre normas de comportamento ou condicionamento (FOUCAULT, 2015, p. 217). Compõe-se o ideal do corpo como máquina a ser adestrado por inúmeros sistemas, instituições (entre elas, a prisão – produzindo delinquência e controle disciplinar) (CASTRO, 2015, p. 69) e mecanismos que se inter-relacionam em microrrelações, formando uma anátomo-política dos corpos (FOUCAULT, 2018, p. 150).

A fim de servir à economia e moldar sujeitos úteis aos objetivos do capitalismo, deixa-se a prioridade da intervenção direta de força/violência soberana e passa-se a objetar a alma-corpo daqueles submetidos à disciplina.

Entretanto, o exercício disciplinar traz consigo limitações daquilo que pode obter das forças produtivas da sociedade, o que explica a inserção da biopolítica ou governamentalidade como forma de atuar sobre as populações (FOUCAULT, 2018, p. 28). Salutar dizer que todas essas formas de poder se articulam entre si, não sendo, de nenhuma maneira, uma sucessão, mas, sim, uma conjugação em constante transformação/circulação.

Neste norte, a biopolítica ou governamentalidade atua sobre o corpo-espécie para potencializar a vida, caracterizando-se por um "poder cuja função mais

elevada já não é mais matar, mas investir sobre a vida, de cima a baixo" (FOUCAULT, 2018, p. 150). Com isso, uma série de táticas e tecnologias são colocadas em prática no governo da população e seus comportamentos, gerando a previsibilidade necessária ao controle e segurança moldada aos interesses da extração ampliada da produtividade capitalista (REVEL, 2014, p. 148). Porém, é importante enunciar o caráter expansivo (ROSA; AMARAL, 2017, p. 35) que marca o biopoder, incrementando atuações sobre a vida em liberdade e consolidando a normalização dos comportamentos em sociedade.

Cabe enfatizar os traços iniciais da busca pela previsibilidade enquanto um objetivo da governamentalidade, de modo que a gestão almeja antecipar ações possíveis nos mais diversos planos de atuação, como práticas laborais, de consumo, sociais e, por óbvio, perspectivas de ordem penal e da segurança. Logo, o exercício do poder voltado à gestão ampla em liberdade traz consigo um arcabouço de dispositivos e tecnologias que segmentam partes de cada pessoa, delimitando a formação do "divíduo", o qual pode ser compreendido enquanto conjunto de dados compagináveis e que são alvo de ações de controle mais sutis para o condicionamento humano (subjetividade) (DELEUZE, 1992, p. 222).

Com base nisso, Deleuze (1992) delimita a ideia da sociedade do controle como o modelo preponderante no exercício das relações de poder contemporâneas (aludindo a sua ênfase quando comparada às ações soberanas e disciplinares). Todavia, o destaque do uso de tecnologias nas práticas voltadas ao controle indica a possibilidade de uma forma distinta na governamentalidade hodierna. Essa perspectiva conduz à tecnopolítica, a qual é apontada em virtude do papel de destaque assumido por tecnologias digitais no gerenciamento e na produção dos modos de vida contemporâneos (LAMA; SÁNCHEZ-LAULHÉ, 2020, p. 20).

O papel diferenciado por parte dos dispositivos tecnológicos no controle é afirmado como diferencial, sem ignorar que técnicas/tecnologias sempre fizeram parte das articulações de poder. Porém, na atualidade, tal saber-poder "assume a forma de um conjunto de automatismos tecnolinguísticos que moldam o comportamento futuro" (BERARDI, 2019, p. 22, tradução nossa), ou seja, os dispositivos em operação geram um certo determinismo, reiterando a previsibilidade como meta nesta sociedade.

No contexto dessas atuais relações humano-máquinas, a gestão das subjetividades não se sintetiza aos comportamentos, no tocante ao plano físico e social, mas assume igualmente o desejo de delimitar como pensar (BIGO; RUPPERT, 2019, p. 6). Ademais, se pode inferir que as relações estruturadas na composição da vida humano-máquina se dão em interconexão, ou seja, algoritmos, redes, *smartphones*, câmeras de vigilância etc. moldam as subjetividades e ao mesmo

tempo são alteradas por elas. Sintetiza-se assim um segundo fator para aqueles que defendem a tecnopolítica como essa nova vertente de controle, pois ela não apenas dá forma às tecnologias, como, igualmente, passa a compor ou a dar forma aos seres humanos (LAMA; SÁNCHEZ-LAULHÉ, 2020, p. 31).

O modelo de poder da tecnopolítica na sociedade de controle não significa nenhuma espécie de domínio absoluto, visto que os dispositivos operam baseados na liberdade e na delicadeza dessas articulações, mesmo com a manutenção das dimensões soberanas, disciplinares e biopolíticas. Isso conduz a relembrar que, mesmo com a preponderância de um controle tecnológico que aposte em atuações insidiosas, ainda haverá resistência, pois onde há poder sempre haverá resistência compondo novas linhas de força (BRUNO, 2018, p. 8).

Essa retomada é impositiva ao pensar as relações de poder baseadas em dispositivos tecnológicos vistos como "revolucionários" e o sistema penal, haja vista que inicialmente ações subversivas serão paulatinamente criminalizadas ou consideradas negativamente, em certo grau de similitude à estigmatização (CARVALHO, 2013) já denunciada pelo pensamento criminológico crítico. Em demonstração do fenômeno citado, está o debate sobre criptografia, a qual é, por vezes, indicada como forma de subterfúgio/ocultação ligado à criminalidade, quando em realidade faz parte de uma ideologia *cypherpunk* em prol da defesa de liberdades e direitos básicos dos seres humanos na utilização da internet, outras formas de acesso a informações e conteúdos digitais (ASSANGE *et al.*, 2013, p. 23).

Diante do contexto de controle tecnopolítico, atenta-se a dois enfoques por parte de uma contribuição criminológico-crítica nesse espaço: a) a primeira delas é evidenciar a falácia contida em discursos criminalizantes/punitivos que adotam a tecnologia como escudo, bem como fazem uso do sistema penal como lógica de proteção do funcionamento mercadológico capitalista, a fim de impedir práticas que subvertam simplesmente a sua operacionalidade[1]; b) o segundo,

1. A sintomática predileção brasileira pela punição pode ser observada no recente caso envolvendo o mercado de ações e a afetação de fundos de investimentos por ações articuladas de pequenos investidores que ocorreu nos Estados Unidos, envolvendo uma empresa de jogos eletrônicos e outros aparelhos de entretenimento tecnológico conhecida como *GameStop*. Afirma-se isso pois, enquanto fora do país isso abriu margem para debates acerca de regulamentação ou mesmo os limites de práticas como a realizada por pessoas comuns no mercado de ações (por causa da perda significativa de grandes corporações e fundos de investimento – algo sempre desagradável ao capitalismo), no Brasil, a resposta da Comissão de Valores Mobiliários foi simples: a tentativa de influir no "regular" funcionamento do mercado de ações pode configurar ilícito administrativo e

ainda na óptica da exposição, está em denunciar o funcionamento real de alguns dos dispositivos defendidos para o controle tecnopolítico e que acabam dispostos a serviço da penalidade como atendimento ao discurso da segurança e da proteção social contra os "inimigos sociais" (essa prática, conforme preleciona Zaffaroni, sempre um ato político-criminal) (ZAFFARONI, 2007, p. 16).

A partir dos núcleos delimitados se faz necessário apresentar as bases que ocultam discursivamente a tecnologia, considerando a totalidade dos efeitos que produz, bem como o papel dos algoritmos no capitalismo contemporâneo e suas práticas em busca da predição na sociedade do controle.

3. Algoritmos e a predição no capitalismo de vigilância

Parte da força da tecnologia enquanto proteção, ao inserir novos dispositivos nas práticas do sistema penal, está em seu discurso-imagem. A evidência inicial disso é percebida na terminologia contida nos debates sobre o tema, já que remetem sempre a ideais de progresso, desenvolvimento ou conhecimento, de modo a impedir qualquer sujeito de contestar tais pressupostos, pois ninguém iria obstar a "evolução" humano-tecnológica. Logicamente que esses discursos cerceiam a visão de aspectos econômicos e políticos que integram a reflexão acerca da tecnologia (MOROZOV, 2018, p. 29), causando no público uma dissociação entre os fatores que constituem, por exemplo, a discussão sobre proteção de dados pessoais e a necessidade de limitação/impedimento da comercialização/manipulação desses mesmos dados por parte de corporações ou Estados.

Ao segmentar o envolvimento de nuances sociais, políticas e econômicas, a população não observa que as tecnologias digitais têm íntima conexão com debates sobre o capitalismo ou neoliberalismo (no sentido de vislumbrá-lo como um *éthos* ou fato social e não meramente como um modelo econômico) (DARDOT; LAVAL; BERENGUER, 2018, p. 26). Isso reforça uma crença de que "a tecnologia digital tem superpoderes sobre a economia política" (MCCHESNEY, 2013, p. 15, tradução nossa).

Essa compartimentação do conhecimento (tipicamente cartesiana) compõe a narrativa tecnológica e que se aproveita da atualidade do *éthos* neoliberal como naturalização de modos de vida precarizados. Basta direcionar o olhar à ideia das tecnologias digitais e das inovações do campo como algo imparável, ou seja,

criminal. Em síntese, no plano nacional para qualquer pessoa que realize uma prática de resistência em semelhança ao ocorrido, algo que já vinha sendo articulado em redes sociais, terá como resposta ser considerado um criminoso (UOL, 2021).

como uma força da natureza, algo que se relaciona em simbiose óbvia com o mandamento neoliberal do "não há alternativa", sintetizado pelo "mantra 'TINA' ('there is no alternative' [não há alternativa]) como um princípio de realidade, de modo que as políticas pelas quais a racionalidade neoliberal guia a conduta do sujeito tornem-se incontestáveis" (BROWN, 2019, p. 78-79). Leva-se assim a aceitar o caráter implacável de dispositivos tecnológicos e abusos econômicos por instrumentos de fala-imagem semelhantes ou associados, direcionando a um ideal de naturalidade de tais movimentos.

Lazzarato (2014, p. 41, tradução nossa) explica que no modelo capitalista o que importa é controlar o que ele nomeia como dispositivos semióticos a-significantes, os quais agem sobre coisas. Isso atingiria processos econômicos, científicos e diversos outros, "através dos quais ele busca despolitizar e despersonalizar as relações de poder". Essas formas de atuação acabam automatizadas e integrando esferas distintas de poder, de modo a racionalizar a acumulação econômica. Em sentido diverso, as semióticas significantes "das mídias, dos políticos e dos especialistas são mobilizadas a fim de legitimar, de apoiar e de justificar, diante dos sujeitos individuados [...] o fato de que 'não há alternativa'", em clara referência aos pressupostos neoliberais e tecnológicos adotados nos discursos-imagens hodiernos.

Igualmente, diversos aplicativos/plataformas prometem a melhoria de atividades diversas, desde saúde, estudos até desempenho no trabalho, enquanto ocultam o fato de responsabilizar única e individualmente cada sujeito por qualquer espécie de falha nesse "desenvolvimento", reduzindo-o meramente à figura de capital humano (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 229-231). A desoneração estatal das dimensões sociais em atendimento a interesses mercadológicos opera segundo um controle que absorva cada vez mais a capacidade produtiva dos seres humanos, mesmo que isso leve ao adoecimento, sem olvidar que a inadaptação aos mecanismos tecnopolíticos contemporâneos pode sempre resultar na invocação do exercício de instrumentos disciplinares e soberanos do sistema penal que permanecem à disposição.

O discurso-imagem produzido pelas tecnologias digitais, devidamente alimentado pelas capilaridades neoliberais, se ampara na liberdade enquanto mantra de sedução. De acordo com Han (2014, p. 21), o contexto tecnológico atual converte a ideia de liberdade e comunicação vendidas como inovações em verdadeiro modelos de vigilância, construindo um novo panóptico (ou o banóptico, como dito por Bauman) focado no controle tecnológico, muito mais eficiente do que o de base disciplinar ou biopolítica, visto que a entrega de dados e informações se dá de forma livre por uma necessidade interna (e não por coação).

Revela-se desse modo que as articulações de poder abrigam a cooperação de Estados e mercados em prol de um capitalismo tecnológico, o qual se opera preferencialmente por meio de relações de controle em liberdade e alimenta-se de conteúdos antes ignorados ou nominados de imateriais. Logo, o chamado comércio de dados, metadados ou informações de forma geral passa a movimentar o interesse da arte de governar, independente do agente – público ou privado – que busque tal realização, pois "a arte de governar é, precisamente, a arte de exercer o poder na forma e segundo o modelo da economia" (FOUCAULT, 2008, p. 127).

A nova face assumida pelo capitalismo encontra algumas construções que buscam defini-lo, alguns apontando para o *Big Data*[2] ou utilizando numerais (quatro ponto zero ou assemelhados) e outros para dispositivos norteadores específicos, como o modelo de plataforma de Srnicek (2017). Entretanto, se dirige a atenção para a denominação de Zuboff (2019), a qual indica que atualmente o capitalismo estaria caracterizado pela centralidade da vigilância de dados/metadados, mais precisamente formatando o capitalismo de vigilância (*surveillance capitalism*).

> "O capitalismo da vigilância reivindica unilateralmente a experiência humana como matéria-prima gratuita para tradução em dados comportamentais. Embora alguns desses dados sejam aplicados à melhoria de produtos ou serviços, os demais são declarados como excedentes comportamentais proprietários, alimentados em processos avançados de fabricação conhecidos como "inteligência de máquina" e fabricados em produtos de previsão que antecipam o que você fará agora, em breve, e depois. Finalmente, esses produtos de previsão são negociados em um novo tipo de mercado para previsões comportamentais que eu chamo de mercados futuros comportamentais. Os capitalistas de vigilância ficaram imensamente ricos com essas operações comerciais, pois muitas empresas estão ansiosas para apostar em nosso comportamento futuro." (ZUBOFF, 2019, p. 14-15, tradução nossa.)

2. "Apesar de sua aceitação, big data é um termo ambíguo que significa coisas diferentes para pessoas diferentes. A definição técnica mais comumente citada é os "três Vs" – volume, velocidade e variedade. Big data representa grandes quantidades de informações (volume), observações de alta frequência e processamento rápido de dados (velocidade), e vem de uma ampla gama de sensores institucionais e envolve a fusão de fontes de dados anteriormente separadas (variedade). Em termos coloquiais, "big data" corresponde aproximadamente a grandes quantidades de dados que são processados por computadores com grande capacidade de computação e analisados para encontrar associações que as pessoas não poderiam encontrar de outra forma." (BRAYNE, 2021, p. 12, tradução nossa.)

Indica-se com isso que o capitalismo deseja saber acerca dos comportamentos humanos a fim de deter a possibilidade de influir, transformar, manipular e conduzir subjetividades afeitas as suas pretensões produtivas, surgindo novamente o anseio pela predição. Reafirma-se tal objetivo pelo enfoque no futuro, ou seja, não basta ditar ou governar o presente, é preciso dar ainda mais previsibilidade a comportamentos, pensamentos e modos de vida.

Visando demonstrar como tais enfoques alteram o capitalismo de vigilância, se observa que nos padrões econômicos anteriores os monopólios afetavam negativamente a concorrência e eram combatidos pelos agentes do mercado, porém, quando o assunto são dados, o comportamento corporativo é leniente em permitir práticas monopolistas (ainda que a concorrência faça parte do primado neoliberal). Evidencia-se desse modo a adaptação econômica a um novo padrão, o de encurralar a fonte da matéria-prima, ou seja, limitar quem pode extrair dados/metadados de toda ordem (ZUBOFF, 2019, p. 131).

Compreende-se em igual sentido a motivação por trás das diversas inovações de empresas ligadas à tecnologia (muitas vezes, indicadas como visionárias), já que com isso garantem novas formas de obtenção/captação de dados/metadados (ZUBOFF, 2019, p. 127), executando papel decisivo na tomada de espaço de privatização do social, de acordo com o giro neoliberal, acerca dos dados/informações dos sujeitos-cidadãos (BRAYNE, 2021, p. 15). Ao mesmo tempo, essa articulação em rede previne que legislações ou proibições signifiquem o encerramento das vias de obtenção (o que, segundo alguns autores, torna o debate sobre a legislação protetiva de dados obsoleta) (HAN, 2014, p. 25), sendo tratadas como um simples impedimento pontual e não a proibição do modelo de negócios.

Nesse sentido, os dispositivos tecnopolíticos atuam para além de somente ter conhecimento sobre os "divíduos" (DELEUZE, 1992, p. 222) no capitalismo de vigilância, porquanto sua pretensão está na automatização (ZUBOFF, 2019, p. 15), algo que não demanda ser fustigado contra os sujeitos, que clamam por entregar livremente suas informações e, seja na navegação *on-line* ou na exposição em redes sociais, julgam estar meramente ofertando a exposição da sua individualidade (quando em realidade estão moldando a sua subjetividade) (CHIGNOLA, 2015, p. 14).

Assevera a articulação de poder realizada em prol deste novo capitalismo a simples observação humana perante os *smartphones*/celulares como objeto de devoção digital (relembrando Benjamin ao dizer que o capitalismo é o culto da culpabilização do sujeito e não da expiação) (BENJAMIN, 2015, p. 11), servindo tanto ao autoexame quanto ao controle de si mesmo, o que delega a vigilância a cada um dos seus usuários (HAN, 2014, p. 26). Outrossim, a padronização

comportamental e psíquica composta alimenta constantemente corporações e Estados com dados/metadados dos usuários, os quais navegam crendo em uma suposta liberdade, enquanto entregam a mercadoria-chave: subjetividade (LAZZARATO, 2014, p. 55).

Conforme já referendado no aspecto discursivo-imagético, o capitalismo de vigilância reforça o ideal de que se entendam as suas ações como consequências inevitáveis da tecnologia e não como parte de sua lógica de ações. Isso mascara que diversas decisões, como o armazenamento "indefinido" de dados (no caso de empresas ou Estados), não são efeitos da tecnologia e sim opções tomadas com base neste modelo de controle (ZUBOFF, 2019, p. 21).

Em semelhante sentido, práticas regulares como a intensiva inserção publicitária em plataformas (NOBLE, 2018, p. 28) e a pretensão de aumento constante de novos usuários são ações motivadas para o incremento do volume e especificidade de dados (aprimoramento da gestão preditiva) e, por conseguinte, da lucratividade. Isso leva diretamente ao delírio causado pelo excesso de dados desconexos, sobre os quais se tem a crença (em sentido sacro-tecnológico) que um dia terão sentido ou poderão ser associados, mesmo que no momento não o façam, gerando inconvenientes anúncios do *Google* e *Facebook*, mas igualmente sendo capazes de direcionar uma patrulha, drone ou viagem à prisão, pela mesma "confusão" nas mãos de agências de segurança (MOROZOV, 2018, p. 39).

Há, desse modo, na combinação entre o capitalismo de vigilância e a governamentalidade tecnopolítica da vida em sociedade, tanto a possibilidade do aprimoramento de sistemas de compras ou indicações de viagens quanto a premissa de que "ao nos expormos, tornamos isso tão fácil, tão tentador, tão barato nos vigiar, nos monitorar, nos atingir, bem como nos localizar, nos deter e, para alguns, nos extrair e nos punir" (HARCOURT, 2015, p. 14, tradução nossa).

Partindo da inserção de ferramentas tecnológicas (baseadas no mercado de dados e vigilância) nas práticas do sistema penal, abre-se outra linha de questionamento, a qual abarca o funcionamento desses dispositivos. Em geral, aponta-se que a maior parte desses elementos utiliza, em alguma medida, algoritmos como base (sendo algumas vezes também relacionados a discussões sobre inteligência artificial[3]), os quais não podem ser expostos por razões comerciais, ou

3. "La inteligencia artificial no constituye una innovación más entre otras, sino que representa más bien un "principio técnico universal" basado sobre una misma sistémica: el análisis robotizado – generalmente operado en tiempo real – de situaciones de diverso orden, la formulación instantánea de ecuaciones, supuestamente las más acordes, y en general con vistas a emprender las acciones adecuadas correspondientes, sea por medio

seja, a legislação é posta como barreira protetiva enquanto se deve aceitar dispositivos tecnológicos sem o entendimento de seus cálculos, critérios ou ações, como se fossem caixas-pretas inacessíveis (PASQUALE, 2015).

Corrobora esse entendimento a explicação de Brayne sobre a maximização no uso de dados/metadados na atuação do sistema de justiça penal americano, tendo realizado estudos em cidades como Washington, Nova York, Chicago e Los Angeles. A autora explana que as atividades voltadas ao campo criminal/segurança são realizadas em parceria com empresas, as quais podem se valer da proteção de sigilo comercial e acordos de confidencialidade para vedar o acesso aos seus conteúdos, práticas e possíveis falhas, inviabilizando a transparência inerente ao setor público (especialmente quando se discute a esfera penal) ou qualquer espécie de estudo, crítica e oposição aos modelos algorítmicos aplicados (BRAYNE, 2021, p. 15-16).

Assim, valioso determinar, para o debate pretendido, o que são algoritmos. Os elementos em análise são dispostos como mecanismos de cálculo automatizados, sendo capazes de projetar riscos, probabilidades, predições, sempre a partir de uma listagem controlada para executar determinada função, "uma diretiva passo a passo que permite processamento ou raciocínio automatizado que comanda a máquina para produzir determinada saída/*output* a partir de uma certa entrada/*input*" (DIJCK, 2016, p. 57, tradução nossa).

O funcionamento exige uma série de manejos de dados por parte dos algoritmos, indo desde a coleta, armazenamento, até a produção de conhecimento e a ação sobre determinados comportamentos (ROUVROY; BERNS, 2015). Porém, a alimentação para o devido funcionamento dos algoritmos é facilitada tanto pelo padrão capitalista que envolve Estados e mercados em cooperação quanto pelos próprios sujeitos que devem ser analisados e promovem o constante fluxo de informações sobre suas atividades, pois, conforme já aludido, o controle tecnopolítico é menos invasivo, de modo que a "engenharia social moderna opera tornando a vigilância o mais implícita, oculta e invisível possível, sem que uma pessoa observada esteja ciente disso" (TUFEKCI, 2014, tradução nossa).

Nesse sentido, o uso de algoritmos se populariza na tentativa de antecipar ou mesmo prever margens de risco atreladas a fenômenos criminais. Seja na antecipação de crimes ou na atuação preventiva de reincidência, gera-se um clamor por práticas atuariais. Motiva-se novamente a ideia do progresso como catalisador de

de intervenciones humanas o de modo autónomo por los sistemas mismos." (SADIN, 2020, p. 20.)

dispositivos algorítmicos por parte das agências de controle penal, enquanto se ignoram os equívocos que estes sistemas possam produzir (HARCOURT, 2005, p. 3), bem como desconhece-se o seu funcionamento.

Os desvios do olhar sobre os efeitos indesejados desses "sistemas algorítmicos podem ser um Cavalo de Tróia: os algoritmos posicionados como um presente para a sociedade na verdade trazem consigo todos os tipos de preconceitos, suposições e motivadores da desigualdade" (BRAYNE, 2021, p. 16, tradução nossa).

Dito isso, algumas das ferramentas tecnológicas difundidas para a atuação penal merecem atenção, haja vista que críticas e problemas apontados em outros algoritmos ou modelos inteligentes (parte deles incidindo nos campos da inteligência artificial, outros adentrando também na aprendizagem de máquina/*machine learning* e *deep learning*) são igualmente encontrados naqueles que vêm sendo defendidos para a atuação jurisdicional penal ou de segurança pública. Com fulcro na continuidade dessa reflexão crítica, passa-se a observar os mecanismos preditivos que estão em operação e, especialmente, quais são os problemas apontados nas suas aplicações de controle/vigilância.

4. Predição no sistema penal: novos dispositivos, velhos problemas

De acordo com os parâmetros anteriores, é inegável que a obtenção de excedentes comportamentais baseados na economia de dados, metadados ou informações de forma ampla capazes de permitir as predições comportamentais futuras formatam um novo imperativo do capitalismo: "o imperativo da previsão" (ZUBOFF, 2019, p. 192). Com fulcro nisso, a vigilância articula-se por meio de dispositivos tecnopolíticos para ofertar instrumentais (sendo alguns deles importados das experiências realizadas nas zonas limítrofes de conflito/guerra – conforme os exemplos do reconhecimento facial ou do uso de *drones*) capazes de permitir a construção de subjetividades em diversos aspectos, além de potencializar as dinâmicas operacionais do exercício do poder punitivo, que incluem práticas soberanas, disciplinares e de controle das populações.

Com o objetivo de atender aos ditames preditivos, é salutar mencionar a existência de inúmeras iniciativas por parte das forças de segurança pública que, para tanto, utilizam a obtenção e o armazenamento de dados por entes privados (casos do PredPol, HunchLab, Coplink, IBM, i2, Mark 43, e Palantir) (BRAYNE, 2021, p. 39), demonstrando o interesse capitalista evidentemente conectado ao controle tecnopolítico almejado. Porém, diante da infinidade de projetos em operação, torna-se inviável a apreciação da sua totalidade, o que justifica a amostra de alguns desses instrumentos.

Um dos primeiros instrumentos de predição, já contando com análises externas, é o LSI-R – "*Level of Service Inventory – Revised*", o qual serve como um teste, aplicado nos Estados Unidos, para determinação das margens de risco de reincidência. Essa espécie de tecnologia é baseada no risco, de modo que tem seu centro na antecipação dos acontecimentos, tentando trazer o futuro antes incerto para o campo da previsibilidade (AMOORE, 2013, p. 7).

O LSI-R adota perguntas bastante discutíveis ao olhar criminológico crítico, como: quando o indivíduo teve o primeiro contato com as forças de segurança pública ou se ele já teve alguma espécie de envolvimento com a polícia, incutindo um maior risco caso isso tenha ocorrido em períodos mais iniciais da vida da pessoa. Essa linha de raciocínio é inserida no suporte algorítmico, o que implica em ignorar a seletividade e o recorte racial contidos naquele país (O'NEIL, 2017, p. 15; HARCOURT, 2005), os quais se repetem em maior medida e com substancial violência nas regiões marginais da América Latina, conforme poder-se-ia antever principalmente nas periferias do Brasil.

Assim, modelos estatísticos criados como o LSI-R podem ser categorizados como armas matemáticas de destruição, gerando processos de *loops* com seus *feedbacks*, pois, de acordo com as sentenças dadas aos indivíduos, estes são postos em determinados perfis que os colocam nos ambientes delimitados e geram um círculo vicioso no sentido de que as suposições do perfil são reforçadas no ambiente imposto (O'NEIL, 2017, p. 16). Complementando o argumento supra, O'Neil pontua aludindo, mesmo de forma mais atrelada aos alicerces jurídico-democráticos, o caráter absolutamente injusto que se esconde na aplicação do LSI-R, ao dizer que:

> "Isso é injusto. O questionário inclui as circunstâncias do nascimento e da criação de um criminoso, incluindo sua família, vizinhança e amigos. Esses detalhes não devem ser relevantes para um caso criminal ou para a sentença. De fato, se um promotor tentasse acusar um réu mencionando o histórico criminal de seu irmão ou a alta taxa de criminalidade em sua vizinhança, um advogado de defesa decente rugiria: "Objeção, meritíssimo!" E um juiz sério sustentaria isso. Esta é a base do nosso sistema legal. Somos julgados pelo que fazemos, não por quem somos. E, embora não saibamos os pesos exatos que estão ligados a essas partes do teste, qualquer peso acima de zero não é razoável." (O'NEIL, 2017, p. 15, tradução nossa.)

A apreciação desse dispositivo preditivo revela não somente a permanência das discriminações enunciadas pelo saber criminológico a largo tempo (e que os questionamentos deixam clara a permanência), mas outras duas nuances restam

inequívocas: a) a suposta neutralidade das tecnologias é um discurso mítico que serve tanto aos interesses econômicos do capitalismo quanto, nesse caso, para ocultar o incremento das dinâmicas de persecução e punição; b) ao adicionar uma ferramenta às práticas do sistema penal, a sua aplicação é cooptada à reprodução da penalogia, de maneira que não há como depositar em novos instrumentos a "salvação" do sistema penal, algo que indica também o pensamento ligado ao que Morozov (2013, p. 9) chama de solucionismo tecnológico.

Outro instrumento preditivo que já é bastante conhecido, o Compas, acaba por reiterar os mesmos problemas apontados no LSI-R. A ferramenta em questão foi criada pela empresa Northpointe, que depois de receber algumas críticas sobre o comportamento do algoritmo e dos resultados produzidos, alegou, basicamente, que seus cálculos estariam devidamente calibrados, o que se provou ser uma alegação verdadeira. Portanto, quando demandado a produzir respostas sobre riscos de reincidência, os quais auxiliavam juízes nas decisões acerca da determinação ou não da liberdade provisória, por exemplo, o *software* produzia resultados semelhantes quando comparados os perfis sociais e raciais dos réus (SUMPTER, 2019, p. 68).

Todavia, a questão principal residia nos falsos positivos e negativos produzidos pelo *software*, e não na sua calibragem, ou seja, o ponto fulcral estava no maior número de "erros" ou "*glitch*" quando os réus eram pessoas negras (SUMPTER, 2019, p. 66-67). Novamente, se repete o equívoco do instrumento anterior, pois se opta por ignorar os parâmetros raciais e sociais na perpetuação da seletividade do sistema penal[4] e na produção de punições agora escondidas por critérios questionáveis e por algoritmos nada transparentes (por causa dos proprietários do segredo algorítmico) (BRAYNE, 2021, p. 105), já que pouco se sabe como eles consideram tais margens de risco.

Apesar dos aspectos indicados, alguns poderiam aludir que o Compas, ainda assim, seria mais preciso do que um juiz criminal em toda sua subjetividade. No entanto, nem esse frágil argumento se sustenta, haja vista o relato de Sumpter sobre o experimento de Dressel, em que a autora realizou um teste para determinar

4. A título de curiosidade, Sumpter (2019, p. 74) explica que o posicionamento jurídico da Suprema Corte ainda impede as compensações para o melhor equilíbrio dos algoritmos como o Compas, a fim de impedir a discriminação, alegando que, por questões constitucionais, eles devem ter equidade entre raças, de modo que o Direito é adotado enquanto fundamentação que mantém processos discriminatórios na operacionalidade do sistema penal, mas devidamente justificados pelo dogma da (suposta) neutralidade ou imparcialidade da tecnologia.

o índice de acerto do *software*, quando rivalizado com agentes humanos. A conclusão é que pessoas com informações e dados reduzidos, quando comparados ao Compas (que utiliza testes e inúmeras perguntas para sua realização), obtiveram índices de acerto sobre o risco de reincidência na mesma média do que o dispositivo algorítmico, cerca de 63%, isso ainda sem considerar uma variante importante, os sujeitos que se dispuseram à experiência da autora não tinham nenhuma formação da área do Direito (SUMPTER, 2019, p. 86-87), o que significa que, muito provavelmente, alguém habilitado poderia ter resultados ainda melhores.

A experiência e os resultados fracos desses dispositivos algorítmicos ou "inteligentes" deveriam impor a reflexão da adoção jurídica de forma ampla, e não apenas no campo criminal. A quem servem esses *softwares* ou inovações tecnológicas? Somente para atender primados de efetividade e eficácia típicos da governança neoliberal (BROWN, 2018, 21)? Exclusivamente para "facilitar" a vida dos agentes envolvidos nas atividades jurisdicionais? Indaga-se isso levando-se em consideração os altos investimentos realizados pelo Poder Judiciário brasileiro em diversas iniciativas de inteligência artificial (conforme relatório dos projetos em desenvolvimento entre 2019-2020)[5] ou outros mecanismos de ordem tecnopolítica para obter melhorias pífias em matéria de bem-estar social ou dos serviços ofertados à população.

Entretanto, há mais um demonstrativo (também iniciado nos Estados Unidos) sobre a predição aplicada ao sistema penal e que foi ofertada pelo *software* conhecido como PredPol (apenas para conhecimento, Nova York utiliza um mecanismo similar conhecido como CompStat). O dispositivo partia da análise de dados históricos (sendo essa análise baseada em *machine learning* e *deep learning* a partir de *Big Data*) (LUCENA, 2020, p. 5), mais precisamente, dez anos em dados de ocorrências criminosas (onde crimes mais recentes acabam tendo um peso maior do que aqueles mais antigos) (BRAYNE, 2021, p. 87), para antever os horários e locais de maior probabilidade de novos atos criminosos que eram enquadrados (*boxes*/caixas) em um mapeamento constante, o que direcionava os patrulhamentos para tais pontos. Na localidade de Reading, por exemplo, a aplicação do dispositivo gerou o resultado inicial de cerca de 23% de queda no índice de roubos (O'NEIL, 2017, p. 35).

Os agentes policiais envolvidos realizam relatos das ocorrências e atas nos seus computadores, mantendo uma produção de dados para o aprimoramento

5. Os projetos jurisdicionais estão analisados no recente estudo publicado pela FGV, coordenado pelo prof. Luis Felipe Salomão, e que teve os resultados da primeira fase compartilhados no ano de 2021 (SALOMÃO, 2021).

da ferramenta. "Esses dados são integrados ao Palantir[6] para medir a associação entre a 'dosagem' ou o tempo gasto em caixas preditivas e as taxas de crime em locais preditivos específicos" (BRAYNE, 2021, p. 89, tradução nossa), a fim de com isso dar maior eficiência à alocação das patrulhas e à repressão da criminalidade.

"PredPol, por exemplo, é baseado em software sísmico: ele analisa um crime em uma área, incorpora-o a padrões históricos e prevê quando e onde ele pode ocorrer em seguida." Geram-se assim correlações simples: "se ladrões baterem na casa do seu vizinho, feche as janelas", portas, etc. (O'NEIL, 2017, p. 35, tradução nossa). Segundo o criador do *software*, ele seria "cego" para aspectos raciais ou étnicos, já que não estaria concentrado em indivíduos, diferindo assim dos instrumentos anteriores citados, por estar focado em uma abordagem geográfica e da espécie de crime cometido nas comunidades.

Antes mesmo de um aprofundamento acerca do PredPol ou assemelhados como o ComStat, é perceptível que as descrições utilizadas alegam imparcialidade por parte das predições realizadas (remetendo de forma específica à amplitude discursivo-imagética da neutralidade tecnológica), sendo esse o discurso que permeia qualquer alegação contrária que implique aspectos discriminatórios no policiamento preditivo, enquanto ao mesmo tempo se escondem espaços de discricionariedade contidos nas suas operações e afastam questionamentos mais contundentes sobre o reforço da criminalização em determinados bairros ou contra pessoas/grupos sociais específicos com recorte étnico-racial (JOH, 2014, p. 58)[7].

Joh argumenta na direção de outro problema na correlação entre *softwares* preditivo e a atividade policial ao afirmar que:

> "Em segundo lugar, os modelos de previsão podem impulsionar os julgamentos da polícia a favor da detenção investigativa em casos limítrofes porque a polícia depende muito de informações probabilísticas. Se, por exemplo, um modelo preditivo instrui a polícia a examinar um determinado quarteirão em busca de roubos, então pode encorajar a polícia a "ver" um comportamento suspeito, quando pode não haver nenhum. O perigo aqui é que o excesso de confiança na objetividade da previsão – que na verdade é uma suposição probabilística

6. Plataforma que funciona como aglutinador e organizador de grandes quantidades de dados.

7. Sobre o tema, se poderia remeter a outros estudos como de Ferguson (2015), bem como abordagens nacionais que igualmente expõem os problemas verificados no plano externo feitas por Eilberg, Albuquerque e Dutra (2021).

> informada – seja determinante, em vez de um suplemento às avaliações independentes feitas pela polícia." (JOH, 2014, p. 58-59, tradução nossa.)

Cientes dos aspectos supramencionados, o relato dos idealizadores ainda remete a inserção do PredPol como algo puramente positivo, porém, tal consideração demanda ignorar os pontos citados e o não entendimento da sua dupla camada. Em síntese, o manejo do dispositivo possui duas partes: a primeira atenta a crimes violentos e a segunda parte observaria pequenas infrações ou desvios de conduta (vadiagem, mendicância, consumo de drogas), e é nesta mistura de partes que surgem novos problemas. Inicialmente, as condutas da segunda parcela, em geral, não seriam registradas se não houvesse no local uma patrulha policial, o que reforça a criminalização periférica, haja vista o caráter contumaz dessas ações em bairros mais pobres. Em tom de registro, é salutar considerar a herança criminológica administrativa contida na elaboração dessas ações contra pequenos desvios, remontando às janelas quebradas de Wilson e Kelling (1982) e os ideais político-criminais da tolerância zero (YOUNG, 2002, p. 183), devidamente atualizados sob as vestes ocultas da tecnologia preditiva.

Adiciona-se ainda a falha fulcral do sistema, pois, ao inserir esses dados pouco significativos, compromete-se a capacidade do algoritmo de conter ações violentas contra a população, visto que o *software* ficaria concentrado em certos bairros em um *loop* pernicioso contra as mesmas pessoas e sem necessariamente dar conta de condutas graves. "O policiamento em si gera novos dados, o que justifica mais policiamento [...] mesmo que um modelo seja daltônico, o resultado é tudo menos isso. Em nossas cidades amplamente segregadas, a geografia é um proxy altamente eficaz para a raça." (O'NEIL, 2017, p. 36, tradução nossa.)

Portanto, assiste razão a Amoore (2013, p. 51) ao dizer que a atuação de segurança pública interna ou na justiça penal com base em algoritmos, utilizando decisões em rede (ou árvore, como explana a autora), realiza diversas suposições sobre comportamento e características, o que leva a, por exemplo, delimitar perfis raciais, fisionômicos, religiosos e, como explicado por O'Neil, também de ordem geográfica e de organização das cidades. Dito isso, a lógica matemática de risco-previsão não tem em si (no cálculo ou na calibragem) uma conotação discriminatória (embora não exista tecnologia neutra), mas as perguntas projetadas, os itens utilizados como referência, os parâmetros estipulados, juntamente aos dados que alimentam esses instrumentos foram historicamente construídos com processos de desigualdade, discriminação, violência, punitivismo e servem, assim, como justificação para sua continuidade e aprofundamento.

Outra falha observável nos chamados modelos preditivos mencionados é que, em geral, esses instrumentos adotam os dados oficiais de crimes (registros

de ocorrência, chamadas, processos etc.) para estabelecer suas predições; porém, isso ignora a cifra oculta (CASTRO, 1983, p. 68) que representa um grande número de crimes não registrados ou sancionados, e ainda expõe que crimes menos denunciados (conforme ocorre em situações, por exemplo, de violência sexual ou doméstica), bem como condutas criminosas de agentes poderosos (BARAK, 2015, p. 106) sejam simplesmente ignoradas por apresentarem resultados pouco evidentes/visíveis a tais tecnologias (MOROZOV, 2013, p. 185).

Em sentido complementar, se pode afirmar que as promessas tecnológicas aplicadas ao crime e ao controle social remontam fantasias do passado criminológico, atualizando com o auxílio dos algoritmos o desejo antecipado pelo crime (pré-crime) ou pela punição, predizendo quem seriam os agentes desviantes (em uma verdadeira etiologia-tecnológica) antes mesmo que suas condutas sejam realizadas, conforme se observa em programas de *heat list/hotlist* (LUM; ISAAC, 2016, p. 15; ZEDNER, 2007), a exemplo do Strategic Subject Lists utilizado em Chicago[8]. Tal afirmativa se confirma pois alguns desses mecanismos não estão simplesmente, como no caso de outro *software,* o *ShotSpotter,* captando sons (esse dispositivo consegue perceber, por exemplo, disparos de armas de fogo) para reações rápidas de agentes de segurança pública, mas sim tentando com seus algoritmos determinar quais sons são produzidos antes das condutas criminosas, em outras palavras: a previsão/antecipação do futuro almeja a origem de condutas criminosas, o que se enquadra dentro dos modelos de policiamento preditivo ou de forma ampla de predição aplicada ao sistema penal (MOROZOV, 2013, p. 182).

Diante dos problemas, erros e incoerências apresentados, algumas questões devem servir de base antes da defesa ou adoção de qualquer tecnologia preditiva ao sistema penal brasileiro (embora se tenha ciência de que inúmeros estados da federação já estão adotando testes de modelos policiais-penais preditivos) (LUCENA, 2020, p. 7). A primeira objeção já foi mencionada: não se pode ter em operação mecanismos baseados em caixas-pretas de algoritmos, sem que se

8. O *software* em questão, conforme explica Lucena (2020, p. 6), tem viés discriminatório já verificado: "O SSL basicamente ranqueia indivíduos, em pontuações de 0 a 500, entre maior conexão ou não, ao 'crime'. Pouquíssimas informações são livres, de acordo com o uso da lista, mas se sabe que há pontuações àqueles que têm filiações a gangues ou grupos particulares, aos que já foram presos ou que têm dados de uso de armas, de drogas ou participações em atos contrários ao Governo. A polícia diz que não usa a lista para prender pessoas, mas documentos oficiais demonstram o contrário. Mesmo com a pouca divulgação de dados, ativistas pelos direitos de rede descobriram que em Chicago mais de 50% das pessoas negras, em idade de 20 a 29 anos, estão na lista, e que apenas 2% de pessoas brancas estão na mesma."

saibam seus erros, critérios e funcionamento (PASQUALE, 2015, p. 9), a fim de evitar a repetição das profecias que se autorrealizam por parte do sistema penal (ZAFFARONI, 2001, p. 129), devidamente ocultadas por suportes tecnológicos.

Nesse sentido, qualquer instrumento disposto no sistema penal, seja para calcular penas ou prazos na execução penal, seja para as fantasias preditivas, qualquer algoritmo desses *softwares* deve ser passível de ser auditado (MOROZOV, 2013, p. 186). Embora seja um primado básico, ainda mais em ambientes (em tese) democráticos, o Direito e a segurança pública não podem se valer de articulações insidiosas e sem transparência para aplicar persecuções e punições ao estilo da obra de Kafka.

O segundo ponto diz respeito às perguntas ou aos questionamentos que orientam esses sistemas de dados. Em especial para que se observe que, para determinar a reincidência de consumidores, empresas como a *Amazon* utilizam *softwares* preditivos com uma infinidade de perguntas constantemente atualizadas (O'NEIL, 2017, p. 39), o que leva a deduzir que adotar nas práticas penais modelos com poucas perguntas e que acabam reforçando a seletividade, desigualdade e ações violentas é uma opção, e não um erro por parte dos desenvolvedores e, por conseguinte, daqueles que aderem a tais tecnologias preditivas sabendo dessas informações.

Outrossim, infere-se, em terceiro lugar, que qualquer dispositivo preditivo que tome dados históricos como referência tem a tendência ao fracasso quando se fala da esfera penal, já que as marcas denunciadas pelo pensamento criminológico crítico, devidamente atualizadas ao controle tecnopolítico e do capitalismo de vigilância, não irão desaparecer. Em resumo, quando se observa o histórico nacional da intervenção penal, as marcas autoritárias e punitivas são evidentes e já foram denunciadas há bastante tempo, sendo muitas delas permanentes na atualidade, o que leva a concluir que não existe possibilidade de inserção tecnológica preditiva que se baseie em dados viciados pelo racismo, discriminação e violência para "melhorar" (no sentido da eficiência ou eficácia neoliberal) a atuação estatal de controle social.

Assim, podem-se mencionar alguns conteúdos que tornam imperiosa uma reflexão crítica apurada sobre os modelos preditivos adicionados à penalidade, buscando com isso evitar a aplicação alienada de instrumentais tecnológicos, sem a devida compreensão dos seus efeitos quando projetados sobre o território brasileiro. Ademais, é salutar afirmar que as ponderações realizadas funcionam como abertura ao debate, e não como um encerramento, de maneira que se assume a crítica como dito inicialmente, enquanto ato de posicionamento contestativo do presente, algo inerente à produção e ao diálogo criminológico sobre a atualidade.

5. Conclusão

O estudo proposto delimita-se na abordagem de algoritmos preditivos, ou seus modelos, quando projetados para adoção por parte do sistema penal, e, por isso, partiu das indagações acerca do modo como operam tais instrumentos e quais seriam os riscos contidos na sua aplicação no tocante à realidade brasileira. A partir de tais enfoques, foram estabelecidos os pressupostos teóricos de partida da reflexão, mais precisamente, os alicerces criminológicos críticos e a leitura das relações de poder.

Tais bases ainda receberam a contribuição dos conteúdos ligados ao capitalismo de vigilância, o qual foi utilizado como referencial da atualidade econômica ligada aos conteúdos imateriais e aos dados/metadados como forma de gestão das subjetividades. As práticas do controle contemporâneo, com a inserção de articulações tecnopolíticas, conectam-se aos padrões econômicos elegidos na governamentalidade humano-tecnológica, e que tem nos algoritmos a concentração de inúmeras ferramentas adotadas.

Posto isso, a compreensão dos algoritmos inseridos no contexto explanado almejava a localização ampla e sua possibilidade de observação crítica, quando expostas as suas incorreções, devidamente superados os arcabouços discursivos que vedavam tal análise. Logo, a leitura sobre a predição como mote do capitalismo de vigilância e do papel dos algoritmos tem seu sentido aprofundado antes da reflexão acerca da adoção penal de instrumentos preditivos, sob pena de manter o diálogo no nível estritamente jurídico-legal ou tecnicista.

Diante do exposto, a apreciação de modelos preditivos em operação em outros países evidenciou variados defeitos, erros, ocultação e, por vezes, dissimulação por parte dos dispositivos ditos inteligentes (sejam eles baseados em inteligência artificial ou não), revelando que parte desses elementos atualizam dinâmicas punitivas ou escondem tecnologicamente a manutenção dos processos discriminatórios/seletivos já realizados pelas agências penais. Demonstrativos de dados históricos viciados, perguntas em questionários discutíveis ou tendenciosas, vícios de recorte racial já verificados, são alguns dos problemas apresentados e que não podem ser ignorados pelos adoradores da vigilância futurista ou da salvação baseada em dados/metadados, especialmente em um país como o Brasil.

Com fulcro nos aspectos apresentados, as objeções encontram respaldos diversos para denunciar falhas constantes dos mecanismos preditivos adotados para o campo penal, ofertando núcleos sensíveis e merecedores de atenção quando projetados no cenário nacional. Não obstante, as camadas do debate se estendem às relações econômicas e de poder, de modo a permitir um olhar aberto sobre as motivações que impulsionam a lógica atuarial como a nova panaceia capaz de

salvar a sociedade, trazendo a segurança idealizada e prometida há bastante tempo por parte do pensamento penal-criminológico. Significa que as promessas não cumpridas da seara penal permaneceram intactas, independente de quantas ferramentas tecnológicas sejam somadas às suas ações, sendo todas elas devidamente cooptadas para sua manutenção do viés punitivo.

As objeções apontadas durante o estudo demonstram os riscos e problemas latentes que se debruçariam sobre o sistema penal brasileiro, isso somado ao fato de que se impõe o desvelar da carga discursiva que invisibiliza parcela das questões levantadas e traz consigo dificuldades no debate crítico sobre o assunto. Dito isso, o solucionismo tecnológico contido nas predições precisa ser superado para que o controle tecnopolítico não sirva para nublar a capacidade de atualização punitiva e permita a continuidade das discriminações e desigualdades sociais alimentadas pelas práticas penais no país.

6. Referências bibliográficas

AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da Criminologia*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

AMOORE, Louise. *The politics of possibility* – Risk and security beyond probability. London: Duke University Presse, 2013.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia* – O controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ASSANGE, Julian et al. *Cypherpunks* – Liberdade e o futuro da internet. São Paulo: Boitempo, 2013.

BARAK, Greg. The crimes of the powerful and the globalization of crime. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 11, n. 2, p. 104-114, jul.-dez. 2015.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BENJAMIN, Walter. *O capitalismo como religião*. São Paulo: Boitempo, 2015.

BERARDI, Franco (Bifo). *Futurabilidad*: la era de la impotencia y el horizonte de posibilidad. Buenos Aires: Caja Negra, 2019.

BIGO, Didier; ISIN, Engin; RUPPERT, Evelyn. *Data politics*: Worlds, Subjects, Rights. Oxon/New York: Routledge, 2019.

BRAYNE, Sarah. *Predict and surveil* – Data, discretion, and the future of policing. New York: Oxford University Press, 2021.

BROWN, Wendy. *Cidadania sacrificial* – Neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade. Rio de Janeiro: Zazie, 2018.

BROWN, Wendy. *Nas ruínas do neoliberalismo* – A ascensão da política antidemocrática no ocidente. São Paulo: Filosófica Politeia, 2019.

BRUNO, Fernanda et al. *Tecnopolíticas da vigilância* – Perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018.

CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, n. 104, 2013.

CASTRO, Edgardo. *Introdução a Foucault*. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CHIGNOLA, Sandro. A vida, o trabalho, a linguagem: biopolítica e biocapitalismo. *Cadernos IHU*, São Leopoldo, ano 13, n. 228, v. 13, 2015.

CHIGNOLA, Sandro. *Foucault além de Foucault* – Uma política da filosofia. Porto Alegre: Criação Humana, 2020.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian; BERENGUER, Enric. *El ser neoliberal*. Barcelona: Gedisa, 2018.

DELEUZE, Gilles. ´Post-scriptum´ sobre as sociedades de controle. *L'Autre Journal*, extraído de *Conversações* (1972-1990), São Paulo, 1992.

EILBERG, Daniela Dora; ALBUQUERQUE, Laura Gigante; DUTRA, Luiza Correa de Magalhães. Policiamento ostensivo e as novas tecnologias: ensaio sobre o policiamento preditivo. In: SALLES, Eduardo Baldissera Carvalho; VECHI, Fernando; SANTOS, Jádia Larissa Timm dos. *Criminologias, Controle e Tecnologias Emergentes*. Porto Alegre: Editora Fi, 2021.

FERGUSON, Andrew Guthrie. Big Data and Predictive Reasonable Suspicion. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 163, n. 2, 2015.

FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva* – Curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Martins Fontes, 2015.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade* – Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1*: vontade de saber. 7 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.

FOUCAULT, Michel. *O que é a crítica? (Crítica e Aufklärung)*. Conferência proferida em 27 de maio de 1978. Disponível em: [http://michel-foucault.weebly.com/uploads/1/3/2/1/13213792/critica.pdf.] Acesso em: 08.01.2021.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, Território, População*. Curso do Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FREITAS, Felipe da Silva. Novas perguntas para criminologia brasileira: Poder, racismo e direito no centro da roda. *Cadernos do CEAS: Revista crítica de humanidades*, n. 238, p. 488-499, 2016.

HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica*. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder. Barcelona: Herder, 2014.

HARCOURT, Bernard E. *Exposed*: Desire and disobedience in the digital age. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015.

HARCOURT, Bernard E. Against prediction: Sentencing, policing, and punishing in an actuarial age. *Public Law Working Paper*, Chicago, n. 94, 2005.

HAYWARD, Keith J.; PRESDEE, Mike. *Framing crime* – Cultural criminology and the image. New York: Routledge, 2010.

JOH, Elizabeth E. Policing by numbers: Big Data and the Fourth Amendment. *Washington Law Review*, v. 89, 2014.

LAMA, José Pérez de; SÁNCHEZ-LAULHÉ, José. Consideraciones a favor de un uso más amplio del término tecnopolíticas. Sobre la necesidad de la crítica y las políticas del conocimiento y las tecnologías. In: SABARIEGO, Jesús; AMARAL, Augusto Jobim do; SALLES, Eduardo Baldissera Carvalho. *Algoritarismos*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. 2. ed. Madrid: Siglo XXI Editores España, 1992.

LAZZARATO, Maurizio. *Signs and machines* – Capitalism and the production of subjectivity. Los Angeles: Semiotext(e), 2014.

LUCENA, Pedro Arthur Capelari de. Viés e racismo no policiamento preditivo: casos estadunidenses e os reflexos de conexão com o Brasil. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*. v. 7, abr.-jun., 2020 (versão digital). Disponível em: [https://revistadostribunais.com.br/]. Acesso em: 10.02.2021.

LUM, Kristian; ISAAC, William. To predict and serve? *Significance*, 2016.

MCCHESNEY, Robert M. *Digital disconnect*. New York/London: The new press, 2013.

MOROZOV, Evgeny. *Big tech*: a ascensão dos dados e a morte da política. São Paulo: Ubu, 2018.

MOROZOV, Evgeny. *To save everything, click here* – The folly of technological solutionism. New York: Public Affairs, 2013.

NOBLE, Safiya Umoja. *Algorithms of oppression* – How search engines reinforce racism. New York: NYU Press, 2018.

O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction* – How big data increases inequality and threatens democracy. Portland: Broadway Books, 2017.

PASQUALE, Frank. *The black box society* – The secret algorithms that control money and information. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015.

REVEL, Judith. *Foucault, un pensamiento de lo discontinuo*. Buenos Aires – Madrid: Amorrortu Editores, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. *Cultura da punição* – A ostentação do horror. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SADIN, Éric. *La inteligencia artificial o el desafío del siglo*: anatomía de un antihumanismo radical. Buenos Aires: Caja Negra, 2020.

SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). *Inteligência artificial*. Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2021.

SARMIENTO, Camilo Ernesto Bernal; CABEZAS, Sebastián; FORERO, Alejandro; RIVERA, Iñaki; VIDAL, Iván. Más allá de la criminología. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados. In: RIVERA, Iñaki (Coord.). *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social* – Debates en criminología crítica y sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthropos, 2014.

SRNICEK, Nick. *Platform capitalism*. Cambridge: Polity Press, 2017.

TÜFEKÇI, Zeynep. Engineering the public – Big Data, surveillance and computational politics. *First Monday*, Chicago, v. 19, n. 7, jul. 2014.

UOL. *GameStop*: CVM avisa que atuação combinada de investidores pode ser crime. 29 de janeiro de 2021. Disponível em: [https://economia.uol.com.br/financas-pessoais/noticias/redacao/2021/01/29/cvm-avisa-que-atuacao-combinada-de-investidores-pode-ser-crime.htm]. Acesso em: 04.02.2021.

WILSON, James Q.; KELLING, George L. Broken Windows: the police and neighborhood safety. *Atlantic Monthly* (Digital edition). March. 1982.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente* – Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas* – A perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZEDNER, Lucia. Pre-crime and post-criminology? *Theoretical criminology*, Los Angeles/London, v. 11, n. 2, 2007.

ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism* – The fight for a human future at the new frontier of Power. New York: PublicAffair, 2019.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Dimensões do (bio)poder e discurso criminológico crítico: necropolítica e precarização na construção categórica da vulnerabilidade, de Gabriel Antinolfi Divan, Carolina Costa Ferreira e Mariana Chini – *RBCCrim* 180/235-263 (DTR\2021\8842); e
- Transformações democráticas do direito penal moderno?, de Klaus Günther e Raphael Boldt – *RBCCrim* 180/49-70 (DTR\2021\8819).

A criminalização do "stalking" e do assédio moral no Brasil: uma lacuna (quase) colmatada

The criminalization of "stalking" and moral harassment in Brazil: a(n) (almost) colmated gap

Gisele Mendes de Carvalho

Pós-doutora (2010) e Doutora (2007) em Direito Penal pela Universidade de Zaragoza, Espanha. Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá (2003). Professora Associada de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá (UEM). Diretora do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Maringá.
ORCID: [0000-0002-2307-7217].
giselemendesdecarvalho@yahoo.es

Hamilton Belloto Henriques

Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (2013). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá (2011). Professor Assistente de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá (UEM). Advogado criminalista.
ORCID: [0000-0001-7737-1713].
bellotoadv@yahoo.com.br

Recebido em: 30.03.2021
Aprovado em: 03.05.2021
Última versão dos autores: 18.06.2021

Áreas do Direito: Penal; Processual; Direitos Humanos; Digital

Resumo: O presente artigo tem por finalidade tratar de um delito inédito e ainda muito pouco trabalhado pela doutrina e pela jurisprudência nacional: o crime de perseguição, referido pela doutrina estrangeira como *stalking*, e inserido pela nova Lei 14.132/2021, no artigo 147-A do Código Penal brasileiro. Para tanto, a análise arranca da lacuna legislativa existente em relação a um importante bem jurídico, já tutelado em outros países e ainda carente de proteção pela legislação nacional: a integridade moral da pessoa

Abstract: The purpose of this article is to deal with an unprecedented crime and still very little dealt with by Brazilian doctrine and jurisprudence: the crime of persecution, referred to by foreign doctrine as stalking, and inserted by new Law 14,132/2021 in article 147-A of the Brazilian Penal Code. Therefore, the analysis starts from the existing legislative gap in relation to an important legal asset, already protected in other countries and still in need of protection by national legislation: the moral integrity of the

Carvalho, Gisele Mendes de; Henriques, Hamilton Belloto. A criminalização do "stalking" e do assédio moral no Brasil: uma lacuna (quase) colmatada.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 183. ano 29. p. 125-170. São Paulo: Ed. RT, setembro 2021.

humana, que concretiza o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) em matéria penal, e que só encontrava guarida na Lei de Tortura (Lei 9.455/1997) no Brasil. Partindo do conceito e análise deste novel bem jurídico, o texto destaca as principais características do assédio moral, como forma geral de atentado à integridade moral da pessoa humana, com particular destaque para a sua reiteração ou habitualidade. Outro ponto trabalhado é a figura do *cyberstalking* como modalidade especialmente mais grave de assédio moral, potencializada pelos meios informáticos de comunicação, embora olvidada pelo legislador na Lei 14.132/2021. Por fim, o presente artigo analisa o tipo do novo artigo 147-A, saudando a inovação legislativa, ao mesmo tempo em que traça críticas e reparos à sua redação, de forma a contribuir, ainda que de forma tão prematura quanto inovadora, para a interpretação e aplicação deste importante novo tipo penal.

Palavras-chave: Assédio moral – Perseguição – *Stalking* – *Cyberstalking* – Integridade moral.

human person, which concretizes the principle of respect for the dignity of the human person (art. 1º, III, CF) in criminal matters, and which was only found in the Torture Law (Law 9,455/1997) in Brazil. Starting from the concept and analysis of this very legal novel, the text highlights the main characteristics of moral harassment, as a general form of attack on the moral integrity of the human person, with particular emphasis on its reiteration or habituality. Another point worked on is the figure of cyberstalking as an especially serious form of moral harassment, enhanced by the computerized means of communication, although forgotten by the legislator in Law 14,132/2021. Finally, this article analyzes the type of the new article 147-A, saluting the legislative innovation, at the same time that it draws criticisms and repairs to the its wording, in order to contribute, albeit as prematurely as it is innovative, to the interpretation and application of this important new crime.

Keywords: Moral harassment – Pursuit – Stalking – Cyberstalking – Moral integrity.

Sumário: 1. Considerações introdutórias. 2. Conceito de assédio moral. 3. Assédio moral e *stalking* do ponto de vista criminológico: características principais. 4. Bem jurídico protegido. A tutela da integridade moral no direito penal brasileiro. 5. Valoração da tutela penal. Caráter pluriofensivo do *stalking* e outros tipos penais afetados. 5.1. Participação em suicídio e lesões corporais. 5.2. Maus-tratos. 5.3. Crimes contra a honra. 5.4. Constrangimento ilegal e ameaça. 5.5. Assédio sexual. 5.6. Perturbação do sossego ou da tranquilidade. 6. Análise do novo crime do art. 147-A. *Stalking* e assédio moral no Código Penal brasileiro. 7. Conclusões principais. 8. Referências.

1. Considerações introdutórias

Nos últimos anos, o assédio moral, especialmente quando praticado nas relações de trabalho, transformou-se em fenômeno altamente noticiado e comentado pelos meios de comunicação. Todavia, não se trata de uma novidade nas relações humanas, pois existe desde tempos imemoriais. Contudo, só recentemente os pesquisadores começaram a perceber os malefícios que esse processo causa nas vítimas e passaram a estudá-lo com mais atenção, especialmente em virtude de sua facilitação pelo uso das redes sociais e pela internet em geral. Por

isso é que existe tão escassa literatura sobre o tema, que ainda não possuía sequer uma disciplina legal expressa no Brasil, até a recente proposta de criminalização do chamado *stalking* pela Lei 14.132, de 31 de março de 2021. Mesmo em outros países, a iniciativa de regulamentação é bastante recente, existindo apenas alguns ordenamentos que tratam expressamente a questão do ponto de vista criminal (Espanha, França e Bélgica).

Trata-se de um comportamento que põe em risco um direito fundamental do ser humano: sua integridade moral, tutelada pela Constituição Federal por meio da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF) e da expressa proibição da submissão a tratamentos desumanos ou degradantes (art. 5º, III, CF). Este bem jurídico resulta lesionado sempre que a vítima seja obrigada a suportar continuamente sentimentos de humilhação e degradação no ambiente em que se encontre (escola, família, trabalho), contrários à sua vontade e com o objetivo de provocar a sua desestabilização e, inclusive, sentimentos de depressão e de tendência ao suicídio.

A reiteração ou habitualidade, aliás, é o que acarreta uma agressão muito mais grave e definitiva à integridade moral do assediado, legitimando a intervenção punitiva[1]. No presente artigo, tem-se por objetivo estudar as principais características do assédio moral nos diferentes ambientes em que se encontra, identificando e trabalhando esse novo bem jurídico constante da recente incriminação – a integridade moral da pessoa humana –, além de se analisar a recente tipificação deste famigerado fenômeno no art. 147-A do Código Penal brasileiro, tudo a partir do emprego do método dedutivo ou lógico-abstrato, baseado na leitura e análise da literatura nacional e estrangeira sobre o tema.

2. Conceito de assédio moral

"Assediar" significa estorvar, perseguir, hostilizar, importunar, molestar. O adjetivo "moral" situa essa forma de assédio como algo relacionado à ética e oposto, em princípio, às moléstias físicas, adquirindo o significado de causação de sentimentos humilhantes, aviltantes e degradantes no sujeito assediado. O adjetivo "moral" serve ainda para diferenciar o assédio moral do assédio psíquico ou psicológico[2], que só se configura naquelas hipóteses em que a conduta do

1. Vide RUFINO, R. C. P. *Assédio moral no âmbito da empresa*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 74.
2. Vide PEREZ MACHIO, A. I. Concreción del concepto jurídico de *mobbing*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 6, 2004, p. 03.

assediador gere em sua vítima um sentimento profundo de estresse, depressão ou trauma ou transtorno de estresse pós-traumático que requeiram tratamento psiquiátrico, o que nem sempre ocorre, a depender da resistência psicológica da vítima, e que, portanto, faz com que o assédio psíquico não deva confundir-se com o fenômeno aqui estudado, pois o Código Penal brasileiro já tutela de forma adequada o bem jurídico integridade psíquica por meio do delito de lesões corporais (art. 129), que protege tanto a saúde física quanto mental dos indivíduos.

Além disso, é importante ter em conta que o fenômeno do assédio moral não se encontra restrito ao âmbito laboral (*mobbing)*, podendo manifestar-se em diferentes esferas da vida social (família, escola, trabalho) e não apenas nas empresas, de modo que o *mobbing* é apenas uma espécie da qual o assédio moral é o gênero, que abarca também, além do assédio laboral, o assédio relacionado à violência intrafamiliar, que obteve um tratamento jurídico especial a partir da entrada em vigor da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) e a tipificação expressa do delito de violência doméstica (art. 129, § 9º, CP, inserido pela Lei 10.886/2004), o assédio escolar ou *bullying,* no qual crianças ou adolescentes, geralmente estudantes, humilham sistematicamente colegas de classe[3], e o assédio imobiliário ou *blockbusting*[4]*,* em que vizinhos de apartamentos, inquilinos ou proprietários de imóveis desempenham atos tendentes a dificultar ou a tornar impossível a convivência em uma determinada residência, geralmente com o fim de provocar a saída de um dos moradores[5].

3. Sobre esse fenômeno, vide, entre outros, Mir Puig, C. El acoso moral en el trabajo (*mobbing*) y en la escuela (*bullying*) y el Derecho penal. In: MIR PUIG, C. (Dir.). *El* mobbing *desde la perspectiva social, penal y administrativa.* Barcelona: Consejo General del Poder Judicial, 2007. p. 230 e ss;. e CADENA SERRANO, F. A. Las lesiones psíquicas y el *mobbing*. In: BOLDOVA PASAMAR, M. A.; Rueda Martín, M. A. (Coord.). *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, p. 202 e ss. *Bullying* é o termo utilizado especificamente pelos ingleses para retratar o assédio moral nas escolas. A palavra *bullying,* sem correspondente na língua portuguesa, vem do inglês *bully*, que quer dizer "alguém que usa sua força ou poder para assustar ou machucar alguém que é mais fraco" (LONGMAN. *Dictionary of contemporary English.* 3. ed. Londres: Longman diccionaries, 1995. p. 166). Fante delimita o *bullying* como a vontade consciente de maltratar alguém, colocando-o sob constante tensão ao fazer uso de comportamentos agressivos e antissociais, o que incrementa o quadro da violência escolar (vide *Fenômeno 'Bullying'*: como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz*,* p. 27).

4. Vide, sobre o tema, LAFONT NICUESA, L. *El delito de acoso moral en el trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 75 e ss.

5. Destacam esse caráter unitário do assédio moral, independentemente da esfera em que se produza, LAFONT NICUESA, L. Op. cit., p. 27; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I.;

Assim, o assédio moral aparece como o gênero do qual essas formas de agressão, que, como visto, variam de acordo com o local em que se verificam, figuram como espécies. Na realidade, todas essas formas de assédio moral apresentam certas pautas comuns, como o exercício de uma violência compulsiva de uma pessoa ou um grupo de pessoas contra outra com o fim de subjugá-la e humilhá-la, perseguindo-a continuamente e submetendo-a a um grave e constante atentado à sua dignidade ou integridade moral. Nos diferentes contextos em que tem lugar – escola, família, trabalho, condomínios, relações afetivas ou familiares –, o assédio moral pode se manifestar diretamente por meio de insultos, ameaças e atos violentos ou, de forma sutil, por meio de atos reiterados que submetem o sujeito assediado a um constante estado de angústia e depressão[6].

No que diz respeito particularmente ao assédio que se perfaz por intermédio da perseguição contra alguém, e que deu lugar recentemente à aprovação da Lei 14.132/2021 pelo Congresso Nacional, que criminaliza esta nova conduta no Código Penal brasileiro (art. 147-A), de forma absolutamente inédita no ordenamento nacional, a expressão inglesa empregada é o *stalking*. Trata-se de conduta até o momento atípica e carente de regulamentação, dada a sua gravidade[7]. A palavra *stalk* significa seguir ou andar furtivamente, e geralmente remete à ação de andar à espreita da vítima, fazendo analogia com "o comportamento animal de acompanhar escondido e sorrateiro a sua presa, para, ao perceber o momento

MENDOZA CALDERÓN, S. El acoso en Derecho penal: una primera aproximación al tratamiento penal de las formas de acoso. *Revista penal La Ley,* n. 18, julio 2006. p. 188; e MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.) *La tutela penal frente al acoso moral*: laboral, escolar, familiar e inmobiliario. Del silencio a la palabra de la ley penal. Pamplona: Aranzadi, 2006. p. 20.

6. Vide MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I.; MENDOZA CALDERÓN, S. Op. cit., p. 188.

7. Segundo a (rara) doutrina especializada no tema, "existisse a legislação de combate ao *stalking* e ao *cyberstalking,* as vítimas de hoje poderiam estar amparadas. Existisse a consciência da gravidade da conduta e as estatísticas representariam melhor a realidade social, as vítimas estariam mais bem amparadas e a polícia, mais bem preparada para reagir" (CASTRO, Ana Lara C.; SYDOW, Spencer T. *Stalking e Cyberstalking*: obsessão, internet, amedrontamento. Belo Horizonte, De Plácido, 2019. p. 45). Na mesma linha, vide também BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. *Crimes contra Mulheres (Lei Maria da Penha, Crimes Sexuais, Feminicídio)*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 101, que destacam: "Porque altamente subnotificado, o fenômeno não desperta o interesse de pesquisas e estudos mais aprofundados, que poderiam auxiliar na construção de estratégias para seu enfrentamento. A ausência de tipificação legal contribui ainda mais para a invisibilidade dessa modalidade de violência, dificultando a implementação de políticas de repressão e prevenção".

adequado, dar o bote, matá-la e devorá-la"[8]. Cuida-se de uma forma específica de assédio, ligada à perseguição e limitação da liberdade da vítima pelo *stalker*, seja essa liberdade física ou virtual, no mundo digital. Nesse sentido, o *cyberstalking* aparece como uma modalidade de *stalking* em que o assediador utiliza um meio específico de perseguição, com uso de informação e tecnologia da comunicação para assediar a vítima[9]. Trata-se então do "assédio moral virtual", cada vez mais frequente nos dias de hoje, a partir do incremento do uso das redes sociais e dos aplicativos de mensagens instantâneas, que tanto facilitam a comunicação entre as pessoas, como também, infelizmente, a disseminação das diversas formas de assédio moral[10]. Do ponto de vista histórico, também o *stalking,* como de resto o próprio assédio moral do qual ele é espécie, não constitui conduta nova, embora seja o seu tratamento legal algo ainda inédito na maioria esmagadora dos países do mundo[11].

De modo geral, podem-se identificar três características comuns a todas as formas de assédio moral, aí incluído o *stalking,* o *mobbing,* o *bullying,* o *blockbusting* e o assédio moral intrafamiliar, entre outras. São elas[12]:

8. CASTRO, Ana Lara C.; SYDOW, Spencer T. Op. cit., p. 48.
9. Vide BRITO, Auriney. *Direito Penal Informático*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 145. Em idêntico sentido, o *bullying,* estudado desde a década de 1980 pelo norueguês Dan Olweus, pode assumir também a forma de *cyberbullying,* forma de assédio que pode inclusive implicar alterações no rendimento escolar dos estudantes, e abarca entre as suas consequências o isolamento dos colegas da escola, ausência às aulas, automutilação, dores de cabeça (enxaqueca), depressão, dificuldades de concentração, ansiedade, tristeza, medo, apresentação de sintomas de nervosismo ao ter que ir à escola, insônia, pesadelos frequentes, baixa autoestima (RIBEIRO, Neide Aparecida. *Cyberbullying*: práticas e consequências da violência virtual na escola. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 126).
10. Assim, por exemplo, "um usuário que manteve uma conversa erótica com outro usuário pode desenvolver obsessão pela vítima. Assina seu canal no *Youtube*, compartilha todos os vídeos, comenta em suas *timelines*, segue suas redes sociais, tenta manter contato por *inbox, e-mail, direct messages*, faz vídeos e postagens em sua atualização de *status*, cria páginas de admiração, envia presentes virtuais e assim sucessivamente, sufocando sua vida *online*" (CASTRO, Ana Lara C.; SYDOW, Spencer T. Op. cit., p. 121).
11. "Então, embora o *stalking* seja uma conduta atemporal – já muito bem identificada nos Estados Unidos desde a década de 1980, com especial destaque após a tentativa de assassinato do Presidente Ronald Reagan pelo *stalker* John Hinckley Jr., que buscava despertar a atenção da atriz Jodie Foster – no Brasil o debate legal sobre o tema ainda está bastante atrasado" (CASTRO, Ana Lara C.; SYDOW, Spencer T. Op. cit., p. 93).
12. Vide LAFONT NICUESA, L. Op. cit., p. 28.

a) uma *lesão à dignidade pessoal ou integridade moral do indivíduo assediado* (bem jurídico protegido). O assédio moral é muito mais do que uma mera perturbação da tranquilidade ou do sossego, ele constitui uma forma de atentado à dignidade ou integridade moral da pessoa humana. Como já sinalizado *supra,* a integridade moral, cuja proteção pelo ordenamento penal brasileiro resulta atualmente lacunosa, não se identifica com a saúde psíquica da vítima assediada, de modo que, para impedir a impunidade de muitas condutas de assédio, o mais correto é evitar identificar esse conceito exclusivamente com a "violência psicológica"[13]. De fato, toda forma de assédio moral, ao comprometer gravemente a dignidade humana, se identifica com um trato degradante, expressamente vedado pela Constituição Federal (art. 5º, III);

b) um *elemento objetivo*, que é o *comportamento hostil do assediador*, caracterizado por sua habitualidade[14] e aptidão para perseguir e/ou humilhar a vítima assediada. Nesse sentido, importante salientar que os comportamentos constitutivos de assédio geralmente consistem em uma série de atuações hostis que, consideradas de forma isolada, poderiam parecer insignificantes, mas cuja repetição é justamente o que gera efeitos perniciosos[15]. Não existe, porém, um número mínimo de atos que configurarão o assédio, tudo depende de apreciação judicial. Todavia, não resta dúvida de que, como bem destaca a doutrina, a reiteração de uma série de atos de menor gravidade muitas vezes é justamente o que os reveste da importância suficiente para configurar o assédio[16], de modo que a reiteração ou *habitualidade* constitui um requisito importante deste comportamento delitivo;

13. Vide PÉREZ MACHÍO, A. I., Op. cit., p. 19.
14. Segundo HIRIGOYEN, o termo "assédio moral" não é o ideal para qualificar uma atitude agressiva pontual do empregador, mesmo que a agressão tenha provocado consequências especialmente graves para a vítima (vide *Mal-estar no trabalho.* Redefinindo o assédio moral, p. 30). A autora lembra que "pode acontecer, entretanto, que uma agressão aparentemente solitária, mas particularmente humilhante, como é o caso de certas demissões desumanas (sala trancada, pertences pessoais no corredor, atitudes de evitação), possa ser considerada assédio moral", mas destaca que, "às vezes, analisando detalhadamente essas situações, percebemos que pequenos indícios de rejeição ou hostilidade não admitidos pela vítima haviam precedido a dispensa" (op. cit., p. 31).
15. Vide PEREZ MACHIO, A. I. Op. cit., p. 02.
16. Como salienta CORREA CARRASCO, M. El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo. In: CORREA CARRASCO, M. (Coord.). *Acoso moral en el trabajo.* Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños. Pamplona: Thomson/Aranzadi, 2006. p. 57.

c) um *elemento subjetivo*, que genericamente deve ser entendido como o *propósito de subjugar a vontade da vítima* com a finalidade específica de persegui-la, aviltá-la e não deixá-la em paz[17], e que de forma específica pode assumir contornos mais precisos de acordo com o meio em que o assédio moral se manifeste: assim, por exemplo, no assédio imobiliário, geralmente – embora não necessariamente – as humilhações do assediador vão unidas ao fim de expulsar o inquilino ou vizinho do prédio comum; no assédio moral laboral, a finalidade principal das agressões tende a ser a demissão do funcionário assediado; no assédio afetivo ou intrafamiliar, o agressor tende a provocar covardemente a ruptura do relacionamento por parte da vítima assediada, ao invés de ele mesmo pedir o divórcio ou colocar fim à relação amorosa[18].

Por derradeiro, pode-se citar como uma característica não essencial do assédio moral, mas fundamental para a definição do assédio, a situação geográfica onde este tem lugar, isto é, o ambiente de trabalho, escolar, familiar etc., pois, embora nem sempre o assediador esteja fisicamente nestes locais, ou a agressão se dê dentro deles, é imprescindível que elas se verifiquem *em virtude de* ou *no contexto de* uma relação laboral, escolar, de vizinhança, familiar ou afetiva[19]. Assim, o elemento geográfico é justamente o elemento que especifica o *mobbing* como

17. Vide PÉREZ MACHÍO, A. I. Op. cit., p. 30.

18. Como registram Villegas Fernández e Lafont Nicuesa, o assédio moral intrafamiliar é precisamente aquele em que fica mais evidente que o propósito do assediador não é em absoluto desfazer-se da vítima, pois na maioria das vezes seu objetivo é justamente o de mantê-la subjugada à sua vontade o maior tempo possível. Tanto é assim que, muitas vezes, é o desejo da vítima de fugir da prisão emocional em que se encontra o que faz despertar a ira assassina de seu agressor. Os autores ressaltam que, "tal como piolhos parasitas, (eles) sabem que, se matam o hospedeiro, se acaba o subministro de sangue fresco" (VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M.; LAFONT NICUESA, L. Acoso moral. In: MARCOS GONZÁLEZ, J. I. (Coord.). *La tutela frente al acoso moral*: laboral, escolar, familiar e inmobiliario. Del silencio a la palabra de la Ley Penal. Pamplona: Thomson/Aranzadi, 2006. p. 101).

19. Como asseveram com razão Villegas Fernández e Lafont Nicuesa, a relativização do cenário em que o assédio tem lugar poderia restar importância ao componente geográfico do comportamento; contudo, os autores relembram que o assédio é sempre uma forma de violência entre sujeitos vinculados de alguma forma entre si, o que na prática o diferencia essencialmente da violência cometida contra um desconhecido (p. ex., um transeunte). Tal relação vai além da mera adição de elementos, pois os sujeitos do assédio interagem de tal forma a constituir uma verdadeira comunidade. Assim, p. ex., um homem e uma mulher que moram juntos e mantêm uma relação amorosa não se encontram na mesma situação de dois companheiros de trabalho que compartilham um apartamento apenas para atenuar os gastos. Um mero conglomerado de pessoas não é uma comunidade (op. cit., p. 89).

uma forma de assédio derivado das relações laborais, por exemplo, e o diferencia das demais formas de assédio moral, tornando possível uma eventual causa de aumento de pena derivada do abuso das relações laborais. Do mesmo modo, nas relações afetivas, em que muitas vezes é a mulher a vítima da perseguição após o fim de um relacionamento, o contexto da relação doméstica, familiar ou íntima de afeto (art. 5º da Lei 11.340/2006) é o que pode tornar o assédio especialmente mais grave, aumentando-se a pena do assediador quando pratica a perseguição em razão da condição de mulher (elemento ligado à reprovabilidade ou culpabilidade do réu), conforme adiante se verá[20].

Tendo em vista a totalidade dos elementos antes assinalados, é possível conceituar o assédio moral como o ato de infligir de forma habitual e reiterada sofrimentos de caráter moral que, no âmbito de uma relação laboral, escolar, familiar, afetiva ou de vizinhança, ou como consequência deste, geram na vítima assediada sentimentos de humilhação, perseguição e aviltamento de especial intensidade, contrários à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

3. Assédio moral e *stalking* do ponto de vista criminológico: características principais

Do ponto de vista criminológico, o assédio moral, do qual o *stalking* é uma espécie, consiste em uma prática sutil e repetitiva de um agressor em posição de dominação com relação à vítima, que, por meio de palavras, gestos e atitudes, importuna-a até que logre destruir sua autoconfiança, o que se dá por um processo de aprisionamento e mitigação gradativa de importantes feições de sua personalidade[21].

Conforme destacado, há bem pouco tempo o assédio moral tornou-se objeto de discussões acadêmicas, embora não seja um fenômeno novo, uma vez que sua prática é ínsita à própria natureza humana. De qualquer forma, as abordagens perfilhadas a respeito da temática costumam lançar mão de suas características básicas, sempre na tentativa de publicizar o conceito e, sobretudo, estabelecer suas delimitações. Isso com o fim de ressaltar a gravidade que representa e a fim de obstaculizar a banalização do conceito[22].

20. Vide, *infra,* item 6.
21. VIDE RUIZ, I. A.; MACHADO, I. V. Tutelas de urgência e preventivas: aplicabilidade em casos de assédio moral. *Revista de Processo*, n. 146, p. 132-150, 2007.
22. Vide CARVALHO, G. M.; CARVALHO, É. M.; MACHADO, I. V.; SILVA, L. M. M. *Assédio moral no ambiente de trabalho: uma proposta de criminalização.* Curitiba: J. M. Editora, 2013. p. 31 e ss.

Nesse sentido, a obra "*Assédio moral*: a violência perversa no cotidiano", de autoria de Marie-France Hirigoyen, é considerada paradigmática. Foi a primeira vez que se fixou o perfil do assediador como uma pessoa perversa e narcisista. Nessa primeira obra da psiquiatra e psicanalista francesa, define-se que o assédio moral é praticado por indivíduos essencialmente perversos. O assediador tem traços de caráter e comportamento que variam entre a crueldade e a malignidade, além de acreditar, insistentemente, que está acima de tudo e de todos. Nessa linha, Hirigoyen classifica a personalidade do sujeito ativo do assédio moral como narcísica, para tanto, reforça sua proposição usando o mito de Narciso[23]. Quer dizer, o agente se enquadra em um perfil perverso-narcisista que se comporta de modo antissocial, falso, mentiroso e irritável. Além de se apresentar como alguém desprovido de remorso, incapaz de considerar os outros e com a característica de se achar único, especial. Tem dificuldades de se autorresponsabilizar e sustenta a certeza de que tudo lhe é devido[24].

O mesmo estereótipo é reforçado por Carmona Salgado[25], que apresenta o assediador como alguém egocêntrico, carente de empatia pelos semelhantes, intolerante a críticas alheias e, até mesmo, dotado de uma personalidade patologicamente psicopata. Em regra, seriam profissionais medíocres, com complexo de inferioridade, inseguros e portadores de problemas psicológicos.

O esforço comum empreendido pelos pesquisadores que se dedicam ao estudo do assédio moral parece ser pela busca da melhor maneira de blindar a vítima assediada do processo destrutivo. As consequências geradas pelo assédio podem ser tão atrozes, que a personalidade tolhida, em certos casos, jamais retoma seu *status quo ante*[26].

Assim como se propala a ideia de que o assediador pode ter um perfil próprio, em geral de um perverso-narcisista, também procura-se enquadrar a vítima em um estereótipo propenso a sofrer com o processo de agressão velada. Há quem empreenda tentativas de balizar os assediados em potencial.

---

23. "Sua vida consiste em procurar seu reflexo no olhar dos outros. O outro não existe enquanto indivíduo, apenas enquanto espelho" (HIRIGOYEN, M. F. *Assédio moral*: a violência perversa no cotidiano. Trad. Maria Helena Kühner. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. p. 143).
24. Vide CARVALHO, G. M.; CARVALHO, É. M.; MACHADO, I. V.; SILVA, L. M. M. Op. cit., p. 44.
25. CARMONA SALGADO, C. Op. cit., p. 217.
26. Vide CARVALHO, G. M.; CARVALHO, É. M.; MACHADO, I. V.; SILVA, L. M. M. Op. cit., p. 50.

Martínez González e Mendonza Calderón[27] apontam que, entre pesquisas empíricas espanholas já realizadas sobre a temática, as mulheres com idade entre 35 e 45 anos são as principais vítimas. Como características mais destacadas dessas vítimas tem-se o brilhantismo, o alto grau de preparo, a capacidade acurada de decisão, a atitude de alguém que se esforça para agradar aos demais, o senso de responsabilidade e um perfil trabalhador. Creem essas autoras que o assédio tem lugar justamente em razão dessa caracterização da vítima, que é invejada e temida pelo assediador. Por sua vez, Conesa Ballestero e Sanahuja Vidal[28] entendem que os sujeitos passivos do assédio moral podem se enquadrar em três possíveis grupos: as pessoas brilhantes, atrativas e sedutoras (portanto invejáveis e ameaçadoras, em razão de seu protagonismo); as pessoas vulneráveis ou depressivas (em quem o assediador pode descarregar suas frustrações); as pessoas eficazes e trabalhadoras, que propõem reformas e mudanças (então vistas pelo assediador ou perseguidor como um perigo ao seu *status*).

Assim é que, para Hirigoyen[29], a vítima é vítima porque assim quis o assediador. Por consectário, converte-se em "bode expiatório", escolhida apenas porque "estava à mão" e tornara-se incômoda. Ou seja, é escolhida pois nela se identifica algo de interesse para o algoz. No entanto, a vítima só servirá ao autor se se rende ao seu processo de enredamento[30]. Em seguida à escolha da vítima, dá-se início a uma fase de sedução, com o uso de mecanismos como linguagem indireta, frases distorcidas, piadas de mau-gosto etc. De maneira a atacar o seu ponto fraco, vulnerável. A princípio, a doutrina fala de uma vítima ainda dotada de vitalidade – característica da qual o assediador ou perseguidor, em geral, quer se apropriar – que se entrega à violência, na esperança de modificar o assediador[31].

Por fim, Hirigoyen afirma que "a vítima ideal é uma pessoa conscienciosa que tenha propensão natural a culpar-se"[32]. É justamente deste sentimento que o assediador irá se aproveitar, incitando ainda mais a crença de que a culpa é da própria

27. Vide MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I.; MENDONZA CALDERÓN, S. Op. cit., p. 188.
28. Vide CONESA BALLESTERO, J.; SANAHUJA VIDAL, M. Acoso moral en el trabajo: tratamiento jurídico (*mobbing*). *Actualidad Laboral,* n. 30, 2002. p. 645.
29. HIRIGOYEN, M. F. *Assédio moral*... Op. cit., p. 152-153.
30. Vide CARVALHO, G. M.; CARVALHO, É. M.; MACHADO, I. V.; SILVA, L. M. M. Op. cit., p. 52.
31. "Se elas se deixaram enredar no jogo perverso, por vezes durante longos períodos, é porque estão bem vivas e querem dar vida, inclusive empenhando-se na impossível tarefa de dar vida a um perverso: 'Comigo ele vai mudar'" (HIRIGOYEN, M. F. *Assédio moral*... Op. cit., p. 156-157).
32. Idem.

vítima[33]. Muito comum no assédio intrafamiliar praticado por maridos, companheiros e namorados (ou ex-maridos, ex-companheiros e ex-namorados) contra as mulheres, esse sentimento de "autoculpabilização" da vítima é a porta de entrada para o fenômeno da "criminalização" ou "culpabilização" da vítima pela própria sociedade, como se fosse ela, com o seu comportamento, a responsável pela ocorrência do crime[34]. Assim, é frequente a justificação do assédio moral como uma atitude do perseguidor que é desencadeada pelo modo de agir afetuoso, tolerância ou mesmo gentileza da vítima assediada, que com o seu comportamento dá azo ou supostamente "alimenta falsas esperanças" na mente do criminoso[35].

Nesse sentido, cabe frisar a frequência com que o *stalking,* que é uma forma de assédio moral, atinge as vítimas do sexo feminino, até o ponto de merecer, no § 1º, II, do novo art. 147-A do Código Penal brasileiro, a criação de uma causa de aumento de pena quando a perseguição atinja essas pessoas[36]. Em casos extremos, a obsessão corresponde a uma psicopatologia denominada

33. Vide CARVALHO, G. M.; CARVALHO, É. M.; MACHADO, I. V.; SILVA, L. M. M. Op. cit., p. 53.

34. Vide PABLOS DE MOLINA, A. G.; GOMES, L. F. *Criminologia...* Op. cit., p. 92-93, os autores citam inclusive uma "técnica de neutralização" em favor do agressor, muito comum nos delitos sexuais ("algo terá feito para que lhe aconteça o que ocorreu", "mereceu por tê-lo provocado" etc.). Ademais, nas fases iniciais do assédio, a perseguição "confunde-se com comportamentos absolutamente corriqueiros, inocentes e carinhosos, de modo que a pessoa acha que pode estar enganada ou reagindo exageradamente às abordagens [...], a validação é penosa, já que o meio social costuma responder com gracejos, baixíssima credibilidade e não reconhecimento da gravidade" (CASTRO, Ana Lara C.; SYDOW, Spencer T. Op. cit., p. 85).

35. A esse respeito, explica-se que "a vítima, em razão do vínculo preexistente, de sentimentos mal resolvidos ou por culpa, muitas vezes adota postura conciliatória e tenta apaziguar o agressor, mantendo contato ou com ele se encontrando, e tal proximidade incrementa o risco de escalada da violência" (CASTRO, Ana Lara C.; SYDOW, Spencer T. Op. cit., p. 62). Em outra oportunidade, destacam os autores que, "muitas vezes, em casos de extremo abuso ou de efetiva violência física ou sexual, a vítima é condicionada, por cobranças sociais ou dependência emocional, a relevar o comportamento criminoso. Assim, seja pela felicidade dos filhos, pelo sustento financeiro, pela mera presença do homem em casa, pela queda do padrão de vida, pela cobrança social ou por dependência emocional a vítima, não raro, recorre à culpa, à minimização ou à negação da gravidade dos fatos" (CASTRO, Ana Lara C.; SYDOW, Spencer T. Op. cit., p. 97).

36. Vide, *infra,* comentários ao art. 147-A (item 6). Não assim, porém, até o ponto de se assinalar que o *stalking* seja um crime cometido apenas pelos homens contra as mulheres, como defende JESUS, Damasio E. de. *Stalking*. Jus Navigandi, 2008. Disponível: [jus.com.br/artigos/10846/stalking]. Acesso em: 27.03.2021. Não raras vezes, o assédio moral praticado pela ex-mulher ou ex-companheira contra o antigo parceiro assume a forma de *alienação parental,* por meio de perseguições, difamações e outros crimes

"erotomania"[37], sendo o erotomaníaco "aquele cujo tema central do delírio é a ideia fixa e falsa de que determinada pessoa corresponde paixão ou amor, crença persistente mesmo diante de evidências contrárias"[38].

São exemplos de *stalking* e *cyberstalking,* do ponto de vista do *modus operandi* do autor do assédio, as seguintes condutas: coleta de informações sobre o alvo, seja por meio da internet, de amigos, da escola, do emprego; repetidos contatos não ameaçadores, sejam cibernéticos, por telefone ou pessoais; persistentes tentativas de aproximação e/ou convites para encontros; notas, objetos ou flores deixados no veículo; vigilância para aparecimento "acidental" no local onde a vítima se encontra ou trabalha; espera em frente à casa, trabalho da vítima ou junto a seu carro em estacionamento; comunicação falsa de crime; dano à reputação, ameaças, *sexting*[39] e crimes contra a honra[40]. Em casos mais raros, a perseguição pode escalar para danos ao patrimônio, lesões corporais e até mesmo homicídio.

---

contra a honra e a liberdade do ex-parceiro, com a clara intenção de afastá-lo física e psicologicamente de seus filhos.

37. Correspondente ao F22 do Manual Diagnóstico e Estatístico dos Transtornos Mentais (DSM-5) do CID-10.

38. CASTRO, Ana Lara C.; SYDOW, Spencer T. Op. cit., p. 57. Os autores alertam que o erotomaníaco "torna-se obcecado por alguém inatingível, pode desenvolver ilusão de ser correspondido, embora na maioria das vezes o *stalker* – de personalidade psicopática – seja um completo estranho para a vítima" (Op. cit., p. 58).

39. "O *sexting* é a denominação atribuída à prática de transferir arquivos de conteúdos pornográficos, por meio da tecnologia de telefones celulares. O envio de mensagens de textos (SMS) é conhecido como *texting,* mas, juntando essa expressão com o conteúdo pornográfico (*Sex*), resultou na expressão *sexting*" (BRITO, A. Op. cit., p. 148). A conduta é também denominada por alguns como *cyberflashing* (SYDOW, S. Toth. *Curso de Direito Penal Informático,* Parte Geral e Parte Especial... Op. cit., p. 521-522). Observe-se que a transmissão das mensagens contra a vontade do destinatário gera incômodo e constrangimento nas vítimas assediadas, mas a conduta não guarda qualquer relação com o registro ou a divulgação não autorizados de cenas íntimas das próprias vítimas, que já configuram os delitos dos arts. 216-B e 218-C, respectivamente, do Código Penal brasileiro (crimes contra a dignidade sexual). A doutrina especializada destaca com razão que a revogação da vetusta contravenção do art. 61 do Decreto-lei 3.688/41 (*Importunação ofensiva ao pudor*) pela Lei 13.718/2018, que criou o novo delito de importunação sexual (art. 215-A) no Código Penal, deixou descoberto este comportamento, que só poderia receber amparo, a nosso ver, pela criminalização do *cyberstalking* como forma de assédio moral, já que o crime de importunação sexual assume conteúdo claramente físico e não virtual ("Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave").

40. Vide CASTRO, Ana Lara C.; SYDOW, Spencer T. Op. cit., p. 65.

4. Bem jurídico protegido. A tutela da integridade moral no direito penal brasileiro

O assédio moral possui uma vertente jurídico-penal pouco tratada pela doutrina, já que em tais casos a perspectiva do Direito do Trabalho assume, na maioria das vezes, maior protagonismo. No presente artigo, tem-se por objetivo demonstrar que o Direito Penal é sem dúvida o ramo do ordenamento jurídico mais importante no combate ao *stalking,* pois é o único capaz de oferecer uma resposta jurídica eficaz diante destas formas de assédio consideradas mais graves. Assim, portanto, pode-se afirmar que a atuação preferente do Direito Penal nesses casos não é quantitativa, mas sim qualitativa: em respeito aos princípios da intervenção mínima (Direito Penal como a *ultima ratio legis* do ordenamento) e da exclusiva proteção de bens jurídicos, a sanção penal só deverá atuar diante daqueles casos de assédio moral considerados mais hostis e que inflijam à pessoa humana sofrimentos intoleráveis, deixando-se ao Direito Civil (indenização por danos morais, físicos e profissionais) ou às leis trabalhistas a competência exclusiva para atuar nos casos reputados menos graves de assédio moral no trabalho[41].

Na esfera criminal, é necessário um *plus* na constatação da magnitude do *stalking* que torne insuficientes as respostas dos outros ramos do ordenamento jurídico, não bastando, portanto, a mera comprovação de que existe um assédio moral no âmbito familiar, doméstico, laboral ou escolar para que se configure automaticamente a responsabilidade criminal do assediador[42]. Como se verá, a delimitação das formas mais graves de assédio dar-se-á precisamente quando reste intoleravelmente vulnerado o bem jurídico protegido pelo Direito Penal nesses casos, isto é, a integridade moral do indivíduo acossado ou perseguido[43].

---

41. Abertamente contrário à criminalização do *stalking* no Brasil, em atenção ao princípio da intervenção mínima, e encontrando nos delitos contra a liberdade e a honra guarida para esta conduta, vide ROSA, Alexandre Moraes da. *Stalking e a criminalização do cotidiano*. Disponível em: [www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2013/01/Stalking-e-a-criminaliza%C3%A7%C3%A3o-do-cotidiano.pdf]. Acesso em: 21.03.2021.

42. Vide LAFONT NICUESA, L. Op. cit., p. 23.

43. Como destaca com acerto Pérez Machío, não deverão assumir relevância jurídico-penal aqueles comportamentos isolados e pontuais de diversa natureza que não ostentam entidade suficiente para que se torne necessária a intervenção do Direito Penal, a não ser que os mesmos se reiterem com o tempo e ajudem a criar um clima constante de humilhação e aviltamento da dignidade humana. Assim, não seria *mobbing,* por exemplo, a atitude pontual do companheiro de trabalho que ignora o outro; o fato de o chefe solicitar que o empregado desempenhe eventualmente atividade distinta daquela para

O *stalking* identifica-se com um tratamento degradante na medida em que o agressor empreende ações obsessivas, humilhantes e hostis, contrárias à autoestima de sua vítima, e dirigidas à sua aniquilação psicológica e moral. Contudo, é imprescindível destacar que a graduação dos níveis de perseguição, humilhação e degradação não poderá depender de valorações subjetivas, pois tal coisa poderia fazer com que duas situações de assédio moral recebessem tratamentos distintos de acordo com a fortaleza ou fragilidade moral do assediado. A configuração do tratamento degradante consistente no *stalking,* portanto, deverá atender a critérios exclusivamente objetivos, independentemente do concreto sentimento de perseguição e sofrimento experimentado pela vítima[44].

A identificação do assédio moral com um tratamento degradante leva um setor da doutrina a interpretar que o bem jurídico protegido por meio da criminalização do *stalking* seria o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Contudo, não se pode olvidar que a dignidade humana não deve ser considerada um bem jurídico específico e diferenciado, pois ela constitui uma "síntese da totalidade de dimensões físicas e espirituais específicas da pessoa humana que inspira e fundamenta todos os direitos fundamentais"[45]. Assim, a proteção da dignidade humana, por si só, já implica a tutela de todos os demais direitos e liberdades fundamentais do indivíduo, visto que é impossível pensar que a lesão de bens jurídicos tão relevantes como a vida e a integridade física e moral não implicasse também, ainda que indiretamente, um atentado à sua dignidade

qual foi designado; a brincadeira entre companheiros em que um terceiro é por uma vez chamado de "tonto" etc. (Op. cit., p. 27-28).

44. Nesse sentido, entre outros, PÉREZ MACHÍO, A. I. Op. cit., p. 17; MIR PUIG, C., op. cit., p. 187; PIÑUEL Y ZABALA, I. Op. cit., p. 22; e JURADO SEGOVIA, A. Op. cit., p. 173. Este último autor destaca que "não parece conveniente centrar-se nas experiências e reações da possível vítima se se quer evitar uma concepção subjetiva do assédio que possa transformar as denúncias a respeito em 'armas de efeitos incalculáveis'. Além disso, poderia dar-se o paradoxo de se outorgar maior proteção àquelas pessoas mais sensíveis pelo mero fato de estarem em melhor posição para opor-se ou por serem mais reivindicativas" (op. cit., p. 175). Em sentido contrário, considerando o especial sentimento de humilhação da vítima em concreto, e acrescentando ao tipo, a nosso ver, uma noção contrária à legalidade penal e às exigências de segurança jurídica, vide VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M. Presente y futuro del delito de acoso laboral (Comentario a la Sentencia de 27 de septiembre de 2006 del Juzgado de lo Penal número 1 de Jaén). *Actualidad Jurídica Aranzadi,* n. 731, 28 de junio de 2007. p. 09.

45. GRACIA MARTÍN, L.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*… Op. cit., p. 419.

pessoal[46]. Daí porque se diz, com razão, que a proteção da dignidade humana absorve a tutela de todos os direitos fundamentais[47] e, dada sua condição de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sua consagração implica sem dúvida a proteção da integridade física e moral (art. 5º, III, da CF) não só dos assediados, como de todos os indivíduos.

Ante o exposto, a relação entre os conceitos de dignidade humana e integridade moral resulta evidente. O reconhecimento constitucional da dignidade pessoal implica uma determinada concepção de ser humano, isto é, supõe a consagração de sua qualidade de ser humano em si mesmo, pelo mero fato de sê-lo. Desta afirmação se deduz não apenas a incondicional superioridade do homem frente aos demais seres e objetos da natureza, como também sua condição de igualdade em relação aos demais seres humanos, características que possui toda pessoa e que lhe hão de ser reconhecidas independentemente de circunstâncias pessoais e sociais, de suas capacidades físicas ou mentais, de seu estado de saúde ou de sua própria conduta[48]. A proteção da integridade moral pela Constituição Federal é, portanto, um reflexo ou manifestação primária da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III)[49]. Dado o caráter geral da dignidade hu-

46. Vide MUÑOZ SÁNCHEZ, J. *Los delitos contra la integridad moral...* Op. cit., p. 22-23, que esclarece ainda que "um atentado à dignidade humana só é possível por meio da agressão a algum dos direitos fundamentais em que ela se manifesta, sem que haja espaço para uma lesão à dignidade que não implique também um atentado a algum outro bem jurídico".

47. Vide CADENA SERRANO, F. A. Op. cit., p. 191-192.

48. Vide GONZÁLEZ PÉREZ, J. *La dignidad de la persona…* Op. cit., p. 94.

49. Vale lembrar que a Constituição Federal brasileira não acolhe um reconhecimento expresso do direito à integridade moral do ser humano como direito fundamental reconhecido a todos com caráter geral, mas apenas o menciona com respeito aos detentos (art. 5º, XLIX: "É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral"). Contudo, como tratar-se-á de demonstrar, a consagração da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), aliada à proibição de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), é indício suficiente da preocupação do legislador constituinte com a proteção da integridade moral no Brasil. Além disso, do ponto de vista do Direito Internacional, cabe recordar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto 678/92, estabelece expressamente em seu art. 5º que "toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral", e que tal previsão resulta plenamente compatível com os direitos e garantias já previstos na Constituição, conforme dita o art. 5º, § 2º, da CF.

mana, portanto, será a integridade moral, como seu corolário, que figurará como bem jurídico protegido pela eventual criminalização do assédio moral e, o que é mais importante, de todas as formas de assédio moral antes destacadas e não somente do *stalking*, já que por meio de sua tutela o Direito Penal protege a autonomia ou liberdade de decisão pessoal e o respeito devido a todos os indivíduos como seres humanos[50].

No que diz respeito especificamente à proteção penal da integridade moral, faz-se mister destacar que esta não se confunde com a integridade física, objeto de proteção do delito de lesões corporais (art. 129, CP), que, por sua vez, tutela modernamente a saúde em geral, ou seja, tanto a integridade física como a psíquica, entendida essa última como saúde mental. Os conceitos de integridade moral e psíquica não se identificam em absoluto, já que não é difícil imaginar lesões à integridade moral que não impliquem necessariamente uma violação da saúde mental ou psíquica do indivíduo, especialmente em relação àqueles sujeitos inimputáveis ou portadores de alguma enfermidade psíquica, ou, ainda, em relação a quem possua uma extraordinária capacidade de resistência psicológica[51].

Como visto anteriormente, a integridade moral aproxima-se dos conceitos de dignidade humana e de incolumidade anímica ou espiritual, entendida esta como ausência de submissão a humilhações e vexações, enquanto a integridade psíquica é sinônimo de saúde mental ou de ausência de doenças psíquicas. A proteção à integridade moral, portanto, encontra-se relacionada muito mais com a proibição de degradar e humilhar constante do art. 5º, III, da Constituição ("ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante"), do que com a tutela da saúde psíquica propriamente dita[52].

50. Vide LAFONT NICUESA, L. Op. cit., p. 101. Em outra oportunidade, esse autor registra acertadamente que "a integridade moral é a dignidade convertida em direito" (VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M.; LAFONT NICUESA, L. Op. cit., p. 139).

51. Como destaca GARCÍA ARÁN, M. La protección penal de la integridad moral. In: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C. M.; GRACIA MARTÍN, L.; HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (Eds.). *La Ciencia del Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*… Op. cit., p. 1245.

52. Vide, nesse sentido, por exemplo, MUÑOZ SÁNCHEZ, J. Op. cit., p. 24. Este autor conceitua a integridade moral como "o direito de toda pessoa a não sofrer sensações de dor ou sofrimentos físicos ou psíquicos humilhantes, vexatórios ou aviltantes"; a referência aos sofrimentos físicos, contudo, não me parece adequada quando do que se trata é da proteção da integridade *moral* do sujeito, sendo mais correto situar os casos citados por este autor (p. ex., o médico que propositadamente não ministra a medicação correspondente ao enfermo terminal, aumentando sua dor) no conceito mais amplo e grave de *tortura*.

Importante destacar, porém, que nem todo atentado à integridade moral será necessariamente um tratamento degradante. Como salienta com razão García Arán, a referência ao tratamento degradante nos obriga a situar a discussão em um nível de gravidade superior ao mínimo em relação aos atentados à integridade moral, de modo que a repressão penal das agressões a este bem jurídico, tal como ocorre com o *stalking*, estaria sempre condicionada à constatação da natureza "degradante" da conduta punível[53].

Por outro lado, a doutrina salienta acertadamente que a proteção da integridade moral do indivíduo deve constituir-se a partir de uma perspectiva mais ampla do que o mero conteúdo *negativo* do citado art. 5º, III, da CF, isto é, a proibição de submissão a tratamentos desumanos ou degradantes. Tal afirmação supõe a construção de um conceito *positivo* de integridade moral[54], que se estrutura com base na tutela da incolumidade moral e espiritual do ser humano, que há de ser tratado sempre como um fim em si mesmo, e nunca como instrumento ou meio para a consecução de objetivos que lhe sejam alheios. Tal conteúdo é o que particulariza este direito fundamental, dotando-lhe de um conteúdo próprio, distinto da proteção constitucional da integridade física e psíquica do ser humano. De qualquer modo, importa asseverar que um setor da doutrina costuma inserir o direito fundamental à integridade moral no contexto mais amplo do *direito à integridade ou inviolabilidade pessoal*, junto aos direitos à integridade física e psíquica, conceito que abarca a pessoa humana em suas dimensões física e imaterial, ou como uma realidade moral dotada de um substrato físico, de modo que é possível argumentar que se afeta a integridade moral quando se trata o ser humano como uma coisa, quando se lhe reduz puramente à sua realidade física, rompendo com a inseparabilidade entre o físico e o moral, que lhe é inerente[55].

Do anterior, cabe concluir que não procede exigir a comprovação de qualquer lesão psíquica ou psicológica à vítima assediada ou perseguida, pois, conforme já assinalado, uma coisa é a proteção da integridade moral do indivíduo e outra muito distinta é a tutela de sua saúde física ou mental, que tem lugar por meio do delito de lesões corporais (art. 129)[56]. Tal afirmação não supõe ignorar que em muitos casos o assédio moral provocado pelo *stalking* poderá gerar uma lesão

53. García Arán, M. Op. cit., p. 1252.

54. Vide CADENA SERRANO, F. A. Op. cit., p. 193 e PÉREZ MACHÍO, A. I. Op. cit., p. 33-36.

55. Vide GARCÍA ARÁN, M. Op. cit., p. 1251 e VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M.; LAFONT NICUESA, L. Op. cit., p. 92-93; MUÑOZ SÁNCHEZ, J. Op. cit., p. 23.

56. Vide CARVALHO, G. M.; CARVALHO, É. M.; MACHADO, I. V.; SILVA, L. M. M. Op. cit., p. 71-72.

psíquica na vítima assediada, como transtornos de comportamento, depressão grave, transtornos de estresse pós-traumáticos e outros graves quadros clínicos extremos com intensas lesões psíquicas e inclusive urticárias, alergias e outras manifestações de intolerância física, mas não parece apropriado exigir a comprovação médica de tais lesões para a configuração de uma agressão à integridade moral, pois, como já dito, isso não seria justo para com aqueles indivíduos que possuem uma elevada resistência psíquica a ponto de não apresentar qualquer alteração psicológica, apesar das agressões sofridas, embora sua dignidade resultaria incontestavelmente lesionada[57].

Ante o exposto, resta evidente que se o assédio moral submete a vítima a uma situação de degradação e humilhação pessoal constantes, consistente em perseguições, que somente por meio da tutela do bem jurídico integridade moral será possível lograr a proteção eficaz contra essa classe de condutas. Portanto, sendo a integridade moral o bem jurídico protegido por intermédio de uma possível criminalização do *stalking,* a necessidade de criação de uma figura típica específica que sancione essa classe de comportamentos só existirá quando constatada a inexistência de tipos penais que protejam de forma adequada esse bem jurídico no ordenamento pátrio.

De fato, o que se constata, no Brasil, é que, até o momento da promulgação da Lei n. 14.132/2021, não existia absolutamente nenhum tipo penal destinado à proteção da integridade moral dos indivíduos que pudesse ser também utilizado pelo intérprete para sancionar adequadamente o *stalking* e o *cyberstalking*. Em realidade, uma rápida análise do panorama legislativo brasileiro demonstra a absoluta ausência de um tipo penal que proteja a integridade moral contra toda e qualquer forma de assédio moral, não apenas o *stalking*, como também o assédio laboral, o intrafamiliar, o escolar, o imobiliário etc. Assim, a entrada de uma figura como o art. 147-A no seio do Código Penal brasileiro constitui um grande alento.

Em primeiro lugar, o tipo do delito de lesões corporais pelo *caput* do art. 129, CP, não é o lugar adequado para situar a proteção penal da integridade moral no ordenamento brasileiro, pois as lesões são descritas como "ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem", e, conforme assinalado anteriormente, a integridade moral não se identifica nem com a integridade corporal, nem com a saúde

57. Como destacam Pablos de Molina e Gomes, "o conceito de lesão psíquica em nosso ordenamento jurídico e na prática pericial é muito recente, primando, ainda, a repercussão somática ou corporal da vitimização sobre a incidência psicológica desta na saúde mental do sujeito passivo" (op. cit., p. 73).

física ou psíquica, mas sim com a inviolabilidade anímica dos indivíduos, que não devem ser submetidos a tratamentos desumanos ou degradantes, consoante proibição ditada pelo próprio texto constitucional.

No que tange ao delito de violência doméstica no art. 129, § 9º, do Código Penal, inserido pela Lei 10.886/2004, e cujas penas foram alteradas pela Lei 11.343/2006 (Lei Maria da Penha), constata-se que o mesmo resulta igualmente insuficiente para a tutela da integridade moral das vítimas de assédio moral no âmbito intrafamiliar e doméstico, pois a lei fala literalmente na causação de uma "lesão" pelo sujeito ativo do delito, o que, como já se sabe, significa a alteração desfavorável do bem jurídico integridade física ou psíquica da vítima (saúde física e mental), o que nem sempre ocorrerá nos casos de assédio moral.

A Lei Maria da Penha, porém, desde a alteração promovida pela Lei 13.772/2018, conceitua a violência psicológica contra a mulher como

> "[...] qualquer conduta que lhe cause *dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz*, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, *ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir* ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à *autodeterminação*" (art. 7º, II) (grifo nosso).

E inclui claramente dentro deste conceito o assédio moral e o *stalking* contra o gênero feminino[58], embora timidamente mais tarde conceitue a violência moral apenas como "qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria", cingindo-a exclusivamente aos crimes contra a honra (art. 7º, V), o que não nos parece adequado.

Do anterior, deduz-se que o Direito Penal brasileiro não albergava, até o momento da inserção do novel art. 147-A no Código Penal brasileiro pela Lei 14.132/2021, nenhuma figura compatível com a tutela da integridade moral do ser humano contra o assédio moral em todas as suas manifestações[59], mas con-

58. Nesse sentido, vide BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. *Crimes contra Mulheres (Lei Maria da Penha, Crimes Sexuais, Feminicídio)*... Op. cit., p. 103. A respeito do conceito de violência psicológica na Lei 11.340/2006, vide, por todos, MACHADO, Isadora V. *Da dor no corpo à dor na alma*... Op. cit., p. 82 e ss.

59. Importante esclarecer que com tal afirmação não se ignora a existência, no Código Penal brasileiro, de crimes em que o bem jurídico integridade moral resulta lesionado

ta tão somente com uma proteção contra aqueles atos mais graves (torturas) que atentem contra a dignidade humana mediante um tratamento desumano ou degradante e sanciona aquelas formas de assédio que cheguem a provocar uma lesão psíquica ou mesmo física na vítima, por meio do delito do art. 129, CP. Todavia, nada diz sobre o assédio moral corriqueiro, do dia a dia, em que o assediador submete o assediado a um clima constante de aviltamentos e perseguições, seja no ambiente de trabalho, na escola ou em sua própria casa, sem, contudo, chegar a provocar-lhe lesão alguma, e sem que seus atos se revistem da gravidade e da especificidade dos comportamentos punidos pela Lei 9.455/97 (Lei de Tortura)[60].

Como bem lembra a doutrina especializada,

> "[...] nem todo atentado à integridade moral deve comportar necessariamente um atentado a outros bens jurídicos, podendo conceber-se comportamentos típicos que lesionem unicamente a integridade moral sem que haja dano algum a outros bens personalíssimos."[61]

---

de forma reflexa ou em conjunto com outros bens jurídicos; contudo, resulta evidente que a especificidade dos mesmos impede desde logo qualquer subsunção das condutas de assédio moral a estas figuras típicas. É o que ocorre, por exemplo, com o delito de tráfico de pessoas (art. 149-A, CP), em que a doutrina vislumbra o atentado a algo mais que a mera liberdade individual, uma vez que a vítima dos mesmos é reduzida à condição de objetos de exploração econômica ou intercâmbio comercial, o que supõe um grave atentado à sua integridade moral (nesse sentido, vide GARCÍA ARÁN, M. Op. cit., p. 1254). Como assevera com acerto a autora citada, o que ocorre é que a criação de um tipo penal especificamente destinado à proteção da integridade moral desempenharia uma função similar à do delito de constrangimento ilegal (art. 146, CP), que reprime os atentados básicos à liberdade, independentemente da existência de outros delitos que tutelam igualmente este direito (p. ex., sequestro, extorsão, estupro etc.). Tal função seria uma função residual que não implicaria a negação da autonomia de um delito específico contra a integridade moral, da mesma forma como o delito de constrangimento ilegal se mantém como figura subsidiária, porque resulta perfeitamente coerente com o marco constitucional que confere à dignidade humana (e à autonomia pessoal dela derivada) uma função de valor básico e fundamental sobre o qual se erige a proteção de muitos bens jurídicos (vide GARCÍA ARÁN, M. Op. cit., p. 1254-1255).

60. Pouquíssimos doutrinadores brasileiros já se deram conta dessa lacuna legislativa, entre eles Luiz Luisi, que oportunamente já salientava que "a maior falha da Lei 9.455/97 está em não ter incluído entre os sofrimentos capazes de configurar a tortura, os sofrimentos morais sabiamente previstos na tipificação do delito de tortura do Código Penal espanhol" (Considerações sobre a tortura. *Revista da Faculdade de Direito UniCruz,* ano 4, 1º sem. 1999. p. 20).

61. LAFONT NICUESA, L. Op. cit., p. 258.

Para alguns autores, entre a escassa doutrina que trata do tema, no caso específico do assédio moral praticado por meio do *stalking,* a intimidade e a vida privada (art. 5ª, X, CF) são componentes essenciais do bem jurídico de natureza complexa dos delitos de *stalking* e de *cyberstalking*[62]. Ademais, assinala-se ainda que a integridade psíquica e a liberdade ingressariam como direitos ofendidos por este delito pluriofensivo. De fato, visualizamos aqui claramente um componente mais fortemente ligado ao cerceamento da liberdade e autonomia da vítima perseguida[63], mas não a ponto de se alterar o bem jurídico protegido pelo novel delito. Isso porque, conforme se verá no tocante à eficácia do consentimento do ofendido no crime de assédio moral, o respeito à dignidade humana pressupõe o reconhecimento da autonomia individual, de modo que a tutela da integridade moral abarcaria a proteção da liberdade, que resulta mais especificamente lesionada pelo *stalking.* Daí porque o delito de *stalking* é em tudo mais grave do que o mero crime de ameaça (art. 147, CP), conforme se destacará no item a seguir, mas não a ponto de se tornar um crime complexo, que lesiona bens jurídicos plúrimos, posto que o correto entendimento do conceito de integridade moral e de seu alcance torna prescindível a aplicação de delitos como os de ameaça, constrangimento ilegal e inclusive dos crimes contra a honra em alguns casos.

Já no que diz respeito ao assédio moral virtual ou *cyberstalking*, não se vislumbra a necessidade de que este ganhe a autonomia de um tipo em separado, pois os bens jurídicos violados cingem-se igualmente à liberdade e à integridade moral da vítima, que se vê perseguida e ameaçada em sua vida *online*. Bastaria que figurasse como uma causa de aumento de pena, pela especificidade do meio

62. Nesse sentido, vide CASTRO, Ana Lara C.; SYDOW, Spencer T. Op. cit., p. 135. O posicionamento dos autores, do qual respeitosamente discordamos, é de que o "bem jurídico desses delitos é complexo, e a violação à integridade psíquica está sempre presente. Mas, no *stalking,* trata-se, sobretudo, da proteção à liberdade de ir e vir, à integridade física, à intimidade e à privacidade do mundo físico (casa, trabalho, rotinas); enquanto no *cyberstalking*, ocupa-se da imagem, da fama e honra virtuais, do direito à manifestação livro do pensamento *online,* da confidencialidade dos dados, da disponibilidade dos acessos, entre outros da mesma natureza" (op. cit., p. 142).

63. "A vítima deixa de se deslocar livremente, de se expressar publicamente. Deixa de fazer postagens em redes sociais, muda de *e-mail* e telefone (e, com isso, perde contatos, amizades e relacionamentos), rompe relacionamentos afetivos por receio do parceiro ser prejudicado, tem gastos para repor bens danificados ou mudar de residência" (CASTRO, Ana Lara C.; SYDOW, Spencer T. Op. cit., p. 136).

empregado, que facilita a comissão e o alcance do delito (maior gravidade do injusto) e torna mais difícil a identificação e a persecução do autor do crime (razões de política criminal), como majorante do próprio *stalking*[64]. Outra solução, assinalada pela doutrina especializada, é que o emprego de meios cibernéticos de comissão do assédio moral, nos chamados crimes impropriamente informáticos[65], figure como agravante genérica constante do art. 61 da Parte Geral do Código Penal brasileiro, já que as razões supramencionadas em tudo justificam o agravamento da pena não só neste, como em vários outros delitos em que a internet facilite a sua execução e amplie a lesão aos bens jurídicos tutelados (crimes contra a honra, ameaça, furto, extorsão, estelionato etc.)[66].

5. Valoração da tutela penal. Caráter pluriofensivo do *stalking* e outros tipos penais afetados

Em que pese a ausência de uma figura penal que tipificasse expressamente o assédio moral no Código Penal brasileiro, tal coisa não implica dizer necessariamente que as condutas mais frequentemente relacionadas à prática do *stalking* e outras formas de assédio resultem totalmente atípicas, pois, em princípio, seria possível enquadrar algumas das manifestações do assédio moral entre tipos penais já existentes, como os delitos de lesões corporais (art. 129, Código Penal), difamação (art. 139, CP), injúria (art. 140, CP), constrangimento ilegal (art. 146, CP), ameaça (art. 147, CP), assédio sexual (art. 216-A, CP), entre outros. O que falta investigar, porém, é se tal tutela já resulta satisfatória ou se se faz realmente necessária a criação de um tipo penal incriminador do assédio moral no ordenamento brasileiro. Cumpre analisar, portanto, cada um desses tipos, sua eficácia na repressão do *stalking* e a possibilidade de um eventual concurso entre esses crimes e o novo delito de perseguição (art. 147-A, CP).

64. Nesse sentido, vide BRITO, Auriney. Op. cit., p. 148.

65. A respeito, vide CRESPO, Marcelo X. F. *Crimes Digitais*... Op. cit., p. 87. Enquanto *os crimes informáticos próprios* são aqueles que só podem ser praticados por meio do computador, como a invasão de dispositivo informático do art. 154-A, os *crimes informáticos impróprios* são aqueles crimes de forma livre que também admitem os meios digitais de comissão do delito.

66. Nesse sentido, vide CASTRO, Ana Lara C.; SYDOW, Spencer T. Op. cit., p. 125. Segundo os autores, "isso se dá por sua imaterialidade, sua ubiquidade, sua arquitetura descentralizada e a anonimidade padrão presumida aos usuários, que se sentem protegidos pelo escudo da tela".

5.1. Participação em suicídio e lesões corporais

Como já salientado, não é incomum que as vexações que acompanham o assédio moral laboral gerem na vítima assediada um estado de depressão profunda capaz de fazer-lhe desenvolver uma tendência suicida[67]. De qualquer modo, para que o *stalking* possa integrar-se ao delito de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122, CP), faz-se necessário provar o fato de que o autor da perseguição quis ou aceitou como possível que a vítima chegasse ao ponto de provocar a própria morte (dolo direto ou eventual), o que nem sempre resulta fácil[68]. Contudo, não é impossível imaginar que o assediador, ainda que de forma indireta, assume o risco de participar do suicídio da vítima quando, consciente de sua fragilidade emocional (p. ex., conhecendo seu histórico de anteriores intentos de suicídio), a submete continuamente a um tratamento humilhante, degradante e incompatível com o respeito devido à sua integridade moral[69]. Provado, ademais, que o autor sabia que a vítima se encontrava em situação de depressão profunda ou em qualquer outra condição que diminuísse a sua capacidade de resistência, a pena do delito de participação em suicídio, que é de seis meses a dois anos de reclusão, para o tipo básico; de dois a seis anos de reclusão, se o suicídio se consuma, ou de um a três anos de reclusão, se da tentativa de suicídio resultam

67. Segundo Lafont Nicuesa, na Espanha, dados recentes apontam que cerca de 20% dos suicídios consumados podem ter sua possível causa no assédio moral laboral ou *mobbing* (op. cit., p. 229).

68. Não é imprescindível, porém, a prova da relação de causalidade entre a participação do assediador e a morte do suicida, como estima um setor da doutrina, pois comparte-se aqui o entendimento de que a morte, no delito do art. 122, CP, não é resultado da conduta do sujeito ativo, mas tão somente uma condição objetiva de punibilidade (sobre o tema, vide, por todos, CARVALHO, E. M. *Punibilidade e Delito*... Op. cit., p. 304-305). Isso restou mais evidente a partir da modificação promovida pelo chamado "Pacote Anticrime" (Lei 13.964/2019) no delito do art. 122, cujo tipo básico continuou a ter a estrutura de um crime de mera conduta, enquanto os §§ 1º e 2º previram os eventos morte e lesões corporais graves ou gravíssimas como condições objetivas de maior punibilidade, mas não como resultados do delito, que agora é punível mesmo em caso de causação de lesões leves ou vias de fato pela vítima que tentou o suicídio.

69. A respeito do assédio moral nas escolas (*bullying*) e sua repercussão no crime do art. 122, CP, destaca-se que "a vítima tem dificuldades de encontrar a solução e, por essa razão a agressão torna-se insuportável ao ponto de suicidar-se. [...] O receio de que os *nudes* cheguem até o conhecimento da família pode levar a pessoa até o suicídio, fato relatado pelo pai de uma vítima, uma adolescente de 15 anos, residente em Mato Grosso do Sul" (RIBEIRO, Neide Aparecida. *Cyberbullying*: práticas e consequências da violência virtual na escola... Op. cit., p. 126).

lesões corporais de natureza grave ou gravíssima, deverá ser aplicada em dobro (art. 122, § 3º, II, CP).

O delito de lesões corporais (art. 129, CP) poderá ter relação com o *stalking* sempre que em virtude do mesmo a vítima assediada venha a padecer alguma lesão física ou psíquica. Conforme já destacado anteriormente quando da análise do bem jurídico integridade moral, embora essa última não se confunda com a integridade física e psíquica da vítima assediada, isso não nos impede de admitir que, na maioria das vezes, a submissão aos tratos degradantes e a perseguição causem concretamente uma enfermidade que atinge a saúde mental do ofendido (transtornos de comportamento, ansiedade, depressão)[70], quando não também sua saúde física (úlcera gástrica, insônia, alergias cutâneas etc.). Cabe lembrar que as lesões psíquicas, que são as mais frequentes nessas hipóteses, ao não se confundirem com a lesão à integridade moral, deverão ter uma determinada transcendência para que possam restar comprovadas, superando os meros desequilíbrios afetivos ou emocionais que a vítima eventualmente venha a padecer, pois o delito do art. 129 é um delito de resultado, e não de perigo[71].

De qualquer modo, para que possa restar comprovado o nexo de causalidade nesses casos, a lesão da saúde mental deverá ter origem inequívoca no assédio moral ou *stalking*, e não em causas anteriores[72]. Todavia, vale destacar que o juiz não deve descartar automaticamente a configuração do delito de lesões quando os problemas de saúde da vítima persistam após o encerramento da relação afetiva, ou quando tais problemas só se manifestem após o término dessa relação, pois não é completamente impossível que a enfermidade psíquica só tenha lugar depois que a ação hostilizadora tenha cessado, embora sua causa seja precisamente a humilhação provocada pela perseguição. O importante é a prova do nexo de causalidade entre ação e resultado mediante laudo psiquiátrico. Assim, quando a perícia médica ateste uma lesão à integridade psíquica da vítima assediada, por exemplo, por meio de uma depressão aguda, ou da cronificação ou agudização de um quadro depressivo já existente[73], configurar-se-á a responsabilidade do *stalker* pelo delito do art. 129, CP.

Certo é, porém, que a fortaleza psicológica pessoal difere muito em cada indivíduo, e que os efeitos de uma mesma agressão sobre distintas pessoas podem

70. Como destaca MORALES GARCÍA, O. La relevancia jurídico penal del *mobbing*. *La Ley Penal,* n. 19, año II, sept. 2005. p. 78.

71. Vide MORALES GARCÍA, O. Op. cit., p. 78.

72. Vide LAFONT NICUESA, L. Op. cit., p. 231.

73. Vide MORALES GARCIA, O. Op. cit., p. 78.

ser diversos. Para que se mantenha o critério objetivo referido anteriormente, seria prudente avaliar os efeitos que um comportamento similar gera sobre outras pessoas. Caso fique comprovado que o que se alega ser "assédio" não tenha produzido os mesmos efeitos de humilhação e degradação sobre outras pessoas na família submetidas a idêntico tratamento, haveria que negar-se, em princípio, o dolo do autor. Contudo, também estariam abarcados pelo dolo do autor – neste caso, dolo eventual – aquelas hipóteses em que o autor do *stalking* conheça as particulares circunstâncias psicológicas da vítima (p. ex., seu histórico de depressões anteriores), podendo prever que, diante de tal quadro, os efeitos da perseguição se multiplicariam, vencendo uma resistência psicológica cuja debilidade ele já conhece[74].

Por fim, resta analisar as relações concursais entre o delito de lesões corporais físicas ou psíquicas e o tipo de atentado contra a integridade moral, caso esse venha a integrar nosso ordenamento jurídico, como aqui sugerido. A solução mais acorde com uma proteção autônoma do bem jurídico integridade moral é a de que, caso concorram no assediador a vontade de lesionar ao lado do propósito de ultrajar ou humilhar a vítima, deve-se reconhecer um concurso formal de crimes entre o delito de lesões e o atentado à integridade moral, afastando-se qualquer possibilidade de que o desvalor deste último seja absorvido pelo primeiro[75]. E para que a proteção da integridade moral não se desvaneça, o mais prudente seria o reconhecimento do concurso formal imperfeito, em que, provados que o *stalker* atuou com desígnios autônomos (isto é, o dolo de lesionar a integridade moral somado à consciência e vontade de atentar contra a integridade física ou psíquica da vítima), as penas de ambos os delitos fossem aplicadas cumulativamente (art. 70, 2ª parte, CP).

5.2. Maus-tratos

Em seu art. 136, o Código Penal brasileiro prevê a pena de detenção de dois meses a um ano, ou multa, para quem exponha a perigo a vida ou a saúde de outrem submetendo-o a maus-tratos. A simples leitura desse dispositivo, porém, evidencia a impossibilidade de que o *stalking*, bem como qualquer outra forma de assédio moral, possa inserir-se dentro dessa figura típica, pois exige a lei penal

74. Vide, neste sentido, a respeito do assédio moral no trabalho (*mobbing*). LAFONT NICUESA, L. Op. cit., p. 237-238.

75. Nessa linha, vide, entre outros, MUÑOZ SÁNCHEZ, J. Op. cit., p. 49 e LAFONT NICUESA, L. Op. cit., p. 254.

que o ofendido esteja sob a autoridade, guarda ou vigilância do sujeito ativo, para fins de educação, ensino, tratamento ou custódia. Como bem destaca a doutrina, amoldar-se-iam a este tipo legal os clássicos exemplos de filhos em relação aos pais, alunos e seus professores, enfermos com respeito aos profissionais sanitários e presos em relação aos que os mantêm sob sua custódia (carcereiros, diretores de estabelecimentos penitenciários etc.). No caso do assédio moral, contudo, bem se sabe que a vítima não se encontra ligada ao seu agressor por uma relação tão estreita a ponto de ser este um delito especial, o que por si só já impossibilitaria o enquadramento legal do assédio como maus-tratos. Inclusive não se reconhecem os maus-tratos entre marido e mulher ou entre os pais em relação aos filhos maiores de 18 anos. Além disso, impõe recordar que este delito está entre aqueles que causam perigo à vida ou à saúde das pessoas, e no assédio moral o que se visa a proteger é a integridade moral da vítima assediada. Com efeito, o bem jurídico protegido pelo art. 136, do CP, resta evidenciado pelas próprias formas como este delito pode se configurar, expressamente elencadas pelo tipo (delito de forma vinculada): privação de alimentos ou cuidados indispensáveis, sujeição a trabalho excessivo ou inadequado ou abuso dos meios de correção ou disciplina. Protege-se a integridade física e/ou a vida da vítima contra os eventuais perigos que se lhes possa causar por meio de abusos ou maus-tratos como os descritos pelo tipo. Nada além.

Por outro lado, vislumbra-se na Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) uma forma de proteção à integridade moral das vítimas menores de 18 anos, já que o art. 232 pune o ato de submeter criança ou adolescente sob a autoridade, guarda ou vigilância do autor a vexame ou constrangimento. O delito em questão possui o inconveniente de ser crime especial e de proteger exclusivamente pessoas que predominantemente se encontram em idade escolar, daí sua pouca utilidade no que diz respeito à repressão do assédio moral. Além disso, a referência a um "vexame" pontual parece muito limitada com respeito à noção de assédio, que implica a habitualidade das humilhações e aviltamentos à pessoa da vítima, e, por outro lado, "constrangimento" é expressão que se relaciona à coação da liberdade, em moldes semelhantes aos do art. 146, CP. Por derradeiro, cumpre notar que a pena de seis meses a dois anos de detenção poderia ser considerada excessivamente rigorosa para um ato isolado de vexame ou constrangimento, não fosse pela evidente vulnerabilidade da vítima.

O art. 99 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), por sua vez, sanciona com pena de dois meses a um ano de detenção e multa uma forma específica de maus-tratos praticada contra a pessoa maior de 60 anos, em que o sujeito ativo, que tem o dever de cuidar do idoso, o submete a "condições desumanas ou degradantes".

Dando cumprimento à proibição constitucional do art. 5º, III, da CF, o tipo se inicia com uma referência expressa ao bem jurídico protegido nesses casos: a "integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso", o que, desde logo, já é digno de aplausos, pois a menção à integridade como algo diferente da saúde física ou psíquica só pode ser entendida como o propósito de se tutelar expressamente a integridade *moral* do maior de 60 anos. Ambas as iniciativas, tanto a do ECA como a do Estatuto do Idoso, são muito válidas, e só demonstram a necessidade de que o legislador estendesse, o quanto antes, essa proteção da integridade moral de forma autônoma (e não dentro do tipo de maus-tratos) aos indivíduos de todas as idades, e independentemente do seu grau de sua vinculação com o autor do assédio.

5.3. Crimes contra a honra

Os arts. 138 a 145 do Código Penal sancionam os delitos contra a honra (calúnia, difamação e injúria). Tais preceitos serão aplicáveis aos casos de *stalking* quando o autor do assédio difunda rumores, falsos ou não, a respeito da vítima assediada, muitas vezes perseguindo-a pela internet, como no caso da modalidade de *cyberstalking*.

Em primeiro lugar, faz-se mister distinguir entre o bem jurídico integridade moral e a honra, já que na hipótese da eventual criação de uma figura penal específica que proteja aquele bem jurídico, como é o caso do novo art. 147-A proposto pela Lei 14.132/2021, essa distinção resultará imprescindível para a correta interpretação e aplicação destes tipos penais. É certo que honra e integridade moral possuem muito em comum, pois normalmente o sentimento de humilhação, que acompanha toda lesão penalmente relevante à integridade moral, também costuma aparecer associado ao conceito de honra. Ao tratar dos delitos contra a honra, a doutrina costuma diferenciar entre *honra subjetiva* (bem jurídico lesionado pelo delito do art. 140, do CP, injúria), entendida como autoestima e consideração por si mesmo, e *honra objetiva* (bem jurídico protegido por meio das figuras dos arts. 138 e 139, do CP, calúnia e difamação, respectivamente), que se refere ao reconhecimento ou reputação individual de cada um perante a comunidade. Assim, tem-se que o conceito de honra subjetiva aproxima-se em grande parte do conceito de integridade moral, pois ambos são expressões diretas da dignidade humana[76], e tanto é assim que o próprio Código Penal define a injúria no art. 141, *caput*, como

76. Nesse sentido, vide DÍAZ PITA, M. M. El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral. *Estudios Penales y Criminológicos,* vol. XX, 1997. p. 88.

um delito que fere "a dignidade ou o decoro" do sujeito passivo. Desse modo, uma lesão à integridade moral pode assumir com frequência a forma de um atentado à honra subjetiva do sujeito assediado, e é justamente isso o que costuma ocorrer no assédio moral, seja ele na modalidade de *stalking* ou não, que muitas vezes irá unido à prática reiterada de calúnias, difamações e injúrias contra o sujeito assediado. Em tais casos, com vistas a resolver o concurso de infrações que uma ofensa simultânea à honra e à integridade moral poderia causar, a doutrina aponta como solução que, naqueles casos em que a lesão à honra mediante desqualificações contínuas contra a vítima implique também, ao mesmo tempo, o aviltamento ou a humilhação de sua pessoa, será preferível a aplicação exclusiva das penas do delito contra a integridade moral, pois o tratamento degradante, sendo mais grave e reiterado, absorverá o desvalor do delito de injúria[77].

Por outro lado, os conceitos de integridade moral e honra objetiva diferenciam-se na medida em que nem todo atentado à honra objetiva de alguém configurará necessariamente uma lesão à sua integridade moral. Tome-se como exemplo a repercussão que terá a prática de um fato delitivo sobre a honra objetiva de alguém: certamente sua fama e reputação perante a sociedade sofrerão uma depreciação, mas a repercussão da comissão de um delito sobre a integridade moral do criminoso é nula[78] (tanto é assim que a Constituição Federal declara expressamente em seu art. 5º, XLIX, que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral"). Isso porque os ataques à integridade moral não dependem das características circunstanciais da vítima, como costuma ocorrer com as agressões à honra (p. ex., se o sujeito é maior de idade ou inimputável, se é um personagem público ou anônimo etc.), mas serão objetivamente lesivos em qualquer circunstância, provocando um sentimento de humilhação que ultrapassa as meras características particulares da pessoa ofendida. Daí porque nesses casos a solução mais correta é que o responsável por um atentado à integridade moral da vítima que cometa, ademais, um delito de calúnia ou difamação contra a mesma pessoa responda por ambas as infrações, em concurso de crimes[79].

Não raras vezes, porém, tem-se que as agressões à integridade moral da vítima assumirão a forma de humilhações pontuais, isoladas, e não reiteradas, e que, por essa razão, não se identificam com o conceito de assédio moral aqui partilhado. Em tais casos, estima-se que o desvalor do injusto de tais comportamentos estaria

77. Vide, nessa linha, DÍAZ PITA, M. M. Op. cit., p. 92; LAFONT NICUESA, L. Op. cit., p. 259.

78. Vide DÍAZ PITA, M. M. Op. cit., p. 89-90.

79. Nesse sentido, vide LAFONT NICUESA, L. Op. cit., p. 259.

abarcado pelo tipo do delito de injúria real (art. 141, § 2º, CP), que prevê pena de três meses a um ano de detenção e multa, além da pena correspondente à violência, para os casos em que a injúria consista em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes. Estariam aqui enquadradas aquelas hipóteses isoladas de degradação moral que não chegam a constituir assédio, precisamente por seu caráter pontual, tais como abandonar momentaneamente um idoso acamado, deixando-o desatendido e imerso em sujeira; obrigar alguém a comer imundícies; desnudar alguém, colocando-lhe um preservativo que o agressor afirma conter sêmen contaminado pelo vírus HIV etc.[80] O mesmo é possível afirmar sobre os trotes violentos praticados contra "calouros" de universidades no primeiro dia de aula, em tudo diferente do *bullying* que acompanha alguns deles ao longo de toda a carreira acadêmica – este, sim, uma forma de assédio moral[81]. O assédio moral, nunca é demais recordar, consiste em um ataque reiterado e habitual à integridade moral da vítima, não devendo confundir-se o conteúdo do seu injusto com o de uma humilhação avulsa e isolada que, no ordenamento jurídico brasileiro, adéqua-se melhor ao tipo e às penas do delito de injúria real do art. 140, § 2º, do CP.

5.4. Constrangimento ilegal e ameaça

Não raras vezes, o bem jurídico liberdade também se encontra de alguma forma cerceado no contexto do assédio moral, pois especialmente o *stalking* pode vir acompanhado de constrangimentos e ameaças constantes contra a vítima perseguida, atentando contra a sua liberdade individual.

Em tais casos, a primeira questão a ser resolvida diz respeito à distinção entre os bens jurídicos que podem resultar lesados por estes comportamentos, quais

80. Os exemplos são extraídos de BARQUÍN SANZ, J. *Delitos contra la integridad moral...* Op. cit., p. 80. Registre-se que na Espanha, porém, tais comportamentos enquadram-se no já citado delito contra a integridade moral do art. 173.1, já que o mesmo, ao não tipificar necessariamente uma forma de assédio, não exige o requisito da habitualidade para sua configuração, e tendo-se ainda em conta ainda o fato de que, naquele país, o delito de injúria não prevê a modalidade "real", como ocorre no Brasil.

81. Episódio ocorrido no início do ano de 2010, envolvendo estudantes veteranos da 37ª turma de Medicina da Universidade de Mogi das Cruzes-SP, demonstrou o quão agressivas essas humilhações podem ser. Durante o trote, jovens "calouros" foram obrigados a ficar com fígado de boi estragado na cabeça e chegaram a lambê-lo. Em outro momento, um veterano encheu a boca de cerveja e cuspiu no "calouro", repetindo o gesto três vezes (vide [https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/trote-violento-em-mogi-das-cruzes-3046223]. Acesso em: 28.07.2021).

sejam a liberdade e a integridade moral. Assim, embora os atentados contra a integridade moral costumem implicar também um constrangimento da vontade individual, já que o sujeito assediado muitas vezes se vê obrigado a fazer o que não gostaria ou a deixar de fazer aquilo a que tem direito, tem-se que no assédio laboral, escolar, imobiliário ou familiar, como na maioria das formas de assédio moral, as agressões se dirigem não só a alterar a livre configuração da vontade do sujeito passivo, mas também, e principalmente, a produzir um sentimento de humilhação ou vexação em quem as sofre[82]. O *stalking,* por sua vez, é uma modalidade de assédio marcada pela perseguição física ou virtual, cerceando especialmente a liberdade e a vontade da vítima, mas que não deixa de ter também um importante componente de humilhação, na medida em que restringe a autonomia pessoal cujo respeito integra o próprio conceito de dignidade humana[83]. A coisificação do ser humano, que é tratado tal qual um brinquedo nas mãos do assediador, elimina por completo a liberdade ou autonomia pessoais, aniquilando a dignidade pessoal da vítima.

Assim, pode-se dizer que, mais do que a liberdade individual, o assédio moral lesa a própria dignidade da pessoa humana, que abarca sua autodeterminação e, nesse sentido, assume uma dimensão bem mais ampla no contexto dos direitos e garantias individuais. Do ponto de vista do concurso de crimes, o ideal seria que, se a ameaça ou o constrangimento não são pontuais, mas reiterados, e assumem o caráter aviltante inerente ao *stalking,* a pena a ser aplicada seja tão somente a do delito contra a integridade moral (art. 147-A), que por si só já alberga o desvalor do injusto cometido contra a liberdade de autodeterminação pessoal[84].

Além disso, insta recordar que o constrangimento no *stalking* assume a forma de graves e constantes perseguições que o injusto do delito do art. 146 não

82. Vide DÍAZ PITA, M. M. Op. cit., p. 83.

83. "A partir disso é possível fizer que a autonomia seja o princípio da dignidade da natureza humana, enquanto ser racional, e a liberdade é a chave da autonomia da vontade" (HUPFER, Haide Maria. O princípio da autonomia na ética kantiana e sua recepção na obra Direito e Democracia de Jürgen Habermas. Disponível em: [anima-opet.com.br/pdf/anima5-Seleta-Externa/Haide-Maria-Hupffer.pdf]. Acesso em: 27.03.2021).

84. Daí porque a pena prevista para o delito de atentado à integridade moral deverá ser sempre mais severa que a dos delitos de constrangimento ilegal e ameaça; a doutrina espanhola, no entanto, critica severamente o fato de que no Código Penal daquele país exista uma inversão no marco punitivo desses delitos (vide DÍAZ PITA, M. M. Op. cit., p. 84, 86, 98 e 99). Para evitar essa contradição, defende a aplicação das penas dos delitos de constrangimento ilegal e de assédio moral, em concurso ideal de crimes, MUÑOZ SÁNCHEZ, J. Op. cit., p. 50.

encerra, o que faria com que a pena aplicada não correspondesse à magnitude da lesão ao bem jurídico atingido[85]. Assim, embora em geral as agressões à integridade moral alberguem quase sempre uma contrariedade à vontade do sujeito passivo, o componente essencial de todo assédio moral não é o atentado à liberdade individual, mas sim o aviltamento ou coisificação da pessoa humana, de modo que todo tratamento degradante ou humilhante que não implique ao mesmo tempo um atentado à liberdade individual resultará atípico[86].

Aliás, com respeito à relação entre liberdade individual e integridade moral, também resulta importante destacar que uma lesão à integridade moral como o *stalking* não perderá sua relevância penal, inclusive diante do consentimento do titular desse bem jurídico. Trata-se, assim, a integridade moral de um bem jurídico indisponível, cuja lesão, de forma objetiva, há de ser avaliada independentemente da concreta sensação de perseguição que possa sentir a vítima em concreto[87]. Sendo um bem jurídico indisponível, que põe em risco a dignidade de toda a espécie humana, não poderia a vítima perseguida, embora dispondo de sua liberdade, permitir que os ataques à sua dignidade pessoal prosseguissem sem colocar em risco a integridade moral do ser humano, coisificando-se nas mãos de seu perseguidor. Haveria, inclusive, dificuldades em se aceitar a validez de um consentimento do ofendido nestes casos, já que a anulação da autonomia pessoal aniquila o próprio pressuposto da validez deste consentimento[88]. Daí decorre a problemática da ação penal condicionada à representação da vítima do

85. Assim, ilustra com acerto Mir Puig que, "precisamente nos casos de assédio moral no trabalho em que o sujeito ativo só quer humilhar a vítima, tornando sua vida insuportável, sem que busque a saída do sujeito passivo da empresa ou da organização contra a sua vontade, é clara a afetação da integridade moral sem a afetação da liberdade do sujeito passivo" (op. cit., p. 185).

86. Como destaca com acerto MUÑOZ SÁNCHEZ, J. Op. cit., p. 24, nota 41, recordando o exemplo, antes citado, de quem dá a outrem, com o propósito de gerar aflição, a falsa notícia de que um ente querido acaba de falecer.

87. Por essa mesma razão, é possível afirmar que o sujeito passivo dos atentados contra a integridade moral poderá ser qualquer pessoa, independentemente de sua concreta capacidade de vontade (inclusive menores de idade e incapazes em geral) e de sua capacidade, em concreto, de experimentar um sentimento de humilhação. Vide, a respeito, MUÑOZ SÁNCHEZ, J. Op. cit., p. 39.

88. Nesse sentido, vide a obra filosófica de John Stuart Mill, para quem nenhuma atitude paternalista pode ser admitida ou tolerada, sendo plena a liberdade individual no que diz respeito a comportamentos autolesivos ou heterolesivos consentidos; exceção feita aos "contratos de escravidão", em que o escravo, ao consentir em renunciar à própria liberdade, renuncia ao pressuposto do exercício da sua autonomia (*On Liberty*, p. 102).

stalking, como consta no § 3º do art. 147-A introduzido pela Lei 14.132/2021, já que, sob profunda perseguição, ela poderia ver-se obrigada a retratar-se antes do oferecimento da denúncia pelo agressor (art. 102, CP).

Além do mais, como assinala acertadamente a doutrina, os tipos dos arts. 146 e 147, do CP, contêm uma referência ao elemento de "ilegalidade" do constrangimento ou à "injustiça" do mal relativo à ameaça que complicam excessivamente a adequação dos mesmos aos casos de *stalking,* enquanto que a redação do tipo de atentado à integridade moral, como já se destacou, não faria qualquer alusão à eventual legitimidade do comportamento (adultério, rupturas de relacionamento etc.), porque, desde logo, é possível afirmar que ninguém, em hipótese alguma, estaria legitimado para atentar gravemente contra a integridade moral de um ser humano[89] (nem mesmo, conforme dito anteriormente, quando assim o consentisse o ofendido).

5.5. Assédio sexual

Muito importante diferenciar o assédio moral nas relações afetivas, que muitas vezes assume a condição específica de *stalking* após o término do relacionamento, do assédio sexual, já que as duas condutas encontram-se intimamente relacionadas, mas não se identificam. A Lei 10.224, de 15 de maio de 2001, inseriu no texto do Código Penal brasileiro uma importante alteração, relativa à expressa criminalização do delito de assédio sexual em nosso País. Em que pesem as críticas doutrinárias que a inserção dessa nova figura recebeu à época da promulgação da citada lei[90], ou os reparos que se pode fazer à sua redação, não restam dúvidas de que essa opção do legislador não só reforçou a proteção da liberdade sexual da vítima assediada frente ao conteúdo genérico do injusto do delito de constrangimento ilegal, como também serviu de certa forma à proteção da integridade pessoal da mesma contra essa forma específica de assédio, já que o tipo do art. 216-A, do CP, requer expressamente que o agente se prevaleça "da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função". Aparece aqui, portanto, um componente relativo ao propósito de submeter a vítima à vontade do assediador (elemento subjetivo do assédio) e que põe em evidência ademais a hostilidade, a habitualidade e a perseguição que costumam acompanhar esses comportamentos (elemento objetivo do assédio).

89. Como lembra com razão LAFONT NICUESA, L. Op. cit., p. 202-203.

90. Nesse sentido, vide, por exemplo, BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*... Op. cit., p. 25-27 e 38.

A especificidade do propósito do assediador sexual, contudo, impede que se confundam esses comportamentos com o assédio moral nas relações infrafamiliares, domésticas ou íntimas de afeto, pois o legislador aqui visa proteger primordialmente a dignidade sexual da vítima, determinando expressamente que o constrangimento se dá "com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual". Assim, a integridade moral, embora também possa resultar comprometida pelo assédio sexual, é apenas tutelada de forma secundária por esse preceito, que protege primordialmente a liberdade sexual da vítima assediada[91]. Daí porque resultaria perfeitamente possível o concurso de crimes entre o assédio sexual e o assédio moral ou *stalking*, já que protegem bens jurídicos de natureza distinta.

A doutrina criminológica assinala, inclusive, que as duas infrações costumam aparecer enlaçadas e muito frequentemente se sucedem no tempo, sendo não raro o assédio moral uma forma de "represália" do autor do assédio sexual contra a vítima do gênero feminino, quando aquele não logra a satisfação de seus objetivos em relação a esta. Assim, verifica-se que quando o perseguidor desenvolve inicialmente um processo de assédio reiterado visando obter favores sexuais da vítima e esta, por sua parte, não cede aos seus desejos, é comum que sucessivamente o assediador sexual dirija contra ela todo o seu despeito e ânimo de vingança, passando a persegui-la e a humilhá-la sistematicamente no ambiente de trabalho ou em qualquer outro onde sua relação se desenvolva[92]. O assédio sexual frustrado, portanto, é uma "porta de entrada" para o assédio moral frequentemente praticado contra vítimas mulheres[93]. Mas ambas as formas de assédio,

91. Como relembram VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M.; LAFONT NICUESA, L. Op. cit., p. 127. Imperioso diferenciar, assim, o assédio do art. 216-A, que tem objetivo claramente sexual, do *assédio moral amoroso*, em que a obsessão muitas vezes manifestada pelo indivíduo erotomaníaco não tem diretamente uma motivação sexual, mas sim romântica, de conquistar a vítima e participar de seu mundo. Na maioria dos casos, o obsessivo amoroso não manteve relacionamento anterior com a vítima, mas almeja tê-lo, como acontece com os *stalkers* de celebridades (CASTRO, Ana Lara C.; SYDOW, Spencer T. Op. cit., p. 59).

92. Nesse sentido, vide CARMONA SALGADO, C. Op. cit., p. 237 e PIÑUEL Y ZABALA, I. Op. cit., p. 32.

93. "O rejeitado vem do contexto de ruptura relacional, usualmente erótico-afetiva, mas também familiar ou de amizade. As motivações desse tipo são reconciliação ou retaliação, que se podem apresentar de forma ambivalente, alternando o desejo de ratar o relacionamento e ira. Em certos casos, o *stalker* mantém o comportamento como forma de substituição ao vínculo rompido, de forma a continuar a se sentir próximo da vítima; em outros, o comportamento persecutório é uma forma de compensação à perda da autoestima" (CASTRO, Ana Lara C.; SYDOW, Spencer T. Op. cit., p. 61-62).

embora próximas, não se confundem, o que só reitera a necessidade da criação de um delito de assédio moral que proteja com caráter geral a integridade moral da pessoa humana.

5.6. Perturbação do sossego ou da tranquilidade

Tendo em conta a especificidade do bem jurídico protegido nos casos de *stalking,* bem como a gravidade da conduta incriminada, resultam desde logo insuficientes previsões legais como o art. 42 da Lei de Contravenções Penais (Dec.-lei 3.688/41), que sanciona a perturbação do trabalho ou do sossego alheios:

> "Perturbar alguém, o trabalho ou o sossego alheios: I – com gritaria ou algazarra; II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais; III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos; IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem guarda: Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa",

ou o art. 65 do mesmo diploma legal, que pune com caráter geral a perturbação da tranquilidade alheia ("Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável: Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa").

Várias são as razões para a insuficiência da proteção outorgada por estas figuras em relação ao assédio moral e ao *stalking,* em particular. A principal delas está ligada ao bem jurídico integridade moral, cuja essência, como já destacado oportunamente, em muito supera a mera tranquilidade ou sossego da vítima. Ademais, as contravenções reprovam atitudes pontuais, e não reiteradas, como o assédio moral pressupõe, e, por fim, a motivação específica do agressor ("por acinte ou motivo reprovável") nem sempre se faz presente e resta comprovada, sendo mesmo irrelevante em alguns casos, pois mesmo quando o autor é movido por amor, paixão, obsessão ou ciúmes o crime de *stalking* ou de *cyberstalking* se configurará igualmente[94].

94. Nesse sentido, a crítica de CASTRO, Ana Lara C.; SYDOW, Spencer T. Op. cit., p. 146. Destacam os autores que "o *stalker* muitas vezes é pessoa que age de modo doce, gentil, cuidadoso, enviando, insistentemente, presentes, flores, joias, agrados para a sua vítima. A vítima se incomoda sobremaneira com tais gentilezas que, apesar de, aparentemente, ocorrerem com a melhor das intenções, migram para uma obsessão que a história já mostrou diversas vezes terminar em tragédia" (op. cit., p. 150).

Pelo art. 3º da Lei 14.132/2021, a contravenção do art. 65 da Lei de Contravenções Penais restou revogada. No entanto, antes da aprovação da nova Lei, os poucos doutrinadores que trabalhavam o tema do *stalking* não raras vezes encontravam aqui a única oportunidade de incriminação desta conduta[95]. O mais correto, porém, é entender que a gravidade das condutas associadas ao assédio moral, e em específico ao *stalking*, merece maior proteção por meio de um crime específico, e não de uma mera contravenção penal genérica e que não faz a correta referência ao bem jurídico a ser protegido por intermédio da incriminação[96].

6. ANÁLISE DO NOVO CRIME DO ART. 147-A. *STALKING* E ASSÉDIO MORAL NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Dentro do Título I da Parte Especial do Código Penal brasileiro, dedicados aos Crimes contra a Pessoa, inclui a Lei 14.132/2021 um novo crime, entre os crimes contra a liberdade individual (Capítulo VI, Seção I), e logo após o dispositivo dedicado ao delito de ameaça (art. 147, CP), a seguinte conduta:

> "*Perseguição*
>
> Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade:
>
> Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
>
> § 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:
>
> I – contra criança, adolescente ou idoso;
>
> II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;

95. Nesse sentido, vide, entre outros, JESUS, Damásio. Stalking. *Jus Navigandi*, 2008. Disponível em: [jus.com.br/artigos/10846/stalking]. Acesso em: 27.03.2021; RIBEIRO, Neide Aparecida. *Cyberbullying*... Op. cit., p. 138 e ss.; BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. *Crimes contra Mulheres*... Op. cit., p. 104 e ss.

96. "É um tipo penal *catch-all*, ou seja, que de fato pode englobar as práticas de *stalking*, eis que não há dúvida de que tais condutas incomodam a paz das vítimas por motivos, provocativos ou bizarros, inquestionavelmente não aceitáveis. Entretanto, é uma tipologia defasada, redigida para um contexto social muito distinto, diga-se, a década de 1940, que não contempla a real gravidade atual desse comportamento, suas consequências e a probabilidade de resultar em violência sexual ou física" (CASTRO, Ana Lara C.; SYDOW, Spencer T. Op. cit., p. 94).

> III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.
>
> § 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.
>
> § 3º Somente se procede mediante representação."

Deste modo, o Direito Penal brasileiro dá um importante passo e avança no sentido da legislação internacional que já tutela a integridade moral da pessoa humana, tal como ocorre, p. ex., com o art. 173.1 do Código Penal espanhol de 1995, que criou de forma inédita um delito contra a integridade moral naquele país[97], dentro de um Capítulo dedicado integralmente à tutela desse bem jurídico e do qual fazem parte também o assédio moral intrafamiliar, o laboral e o crime de tortura.

"Perseguir" significa seguir continuamente. Melhor teria sido o emprego do verbo "assediar", já que a perseguição traz um sentido físico de cerceamento da liberdade de ir e vir, o que nem sempre ocorre[98]. A referência a restrição da liberdade de locomoção no tipo reforça esta interpretação. Esse verbo não leva implícita a referência à habitualidade, daí a necessidade de que o tipo mencione expressamente esse elemento, imprescindível para a configuração do assédio: "reiteradamente", o que se afigura correto do ponto de vista dogmático, sendo este um delito habitual, que não admite tentativa.

Cumpre observar que este é um delito de mera atividade e de perigo abstrato, para cuja consumação não se exigiria a causação de nenhuma modificação

97. Código Penal espanhol, art. 173.1: "Quem infligir a outrem um tratamento degradante, menosprezando gravemente sua integridade moral, será punido com a pena de prisão de seis meses a dois anos". A doutrina espanhola costuma tratar o referido delito como um tipo residual, aplicável a fatos não facilmente subsumíveis a outros tipos, ou que, mesmo quando o sejam, constate-se que tais tipos não abarcam de forma suficiente o conteúdo do desvalor vexatório ou humilhante que encerram os atentados à integridade moral. Assim, por exemplo, citam-se como hipóteses subsumíveis ao delito do art. 173.1 os atos de cortar o cabelo de alguém com máquina zero, ou de obrigá-lo a despir-se publicamente, de dar-lhe óleo de rícino, de meter-lhe um objeto pelo ânus, de dar-lhe a falsa notícia de que um ser querido faleceu, ou de simular em tom jocoso o disparo de uma arma de fogo, apontando-a contra a testa do ofendido (os exemplos são de MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, Parte Especial*... Op. cit., p. 186). No Direito brasileiro, porém, dado o seu caráter pontual, e não habitual, entende-se que algumas dessas situações encaixar-se-iam melhor no tipo do delito de injúria real (art. 140, § 2º, do CP), não merecendo a maior gravidade das penas que o assédio moral impõe.

98. Críticos nesse sentido, CASTRO, Ana Lara C.; SYDOW, Spencer T. Op. cit., p. 148.

espaciotemporal que comportasse um determinado resultado de lesão ao bem jurídico, mas apenas a conduta que provoca um clima de degradação e perseguição compatível com o tratamento degradante constitucionalmente proibido[99], ao contrário do que sucede com o delito de lesões corporais (art. 129, CP), que é sempre um delito de resultado. Assim, a própria submissão ao tratamento degradante já contém em si mesma, implicitamente, o menosprezo à integridade moral da vítima, de modo que a provocação adicional de uma lesão física ou psíquica implicaria o recurso ao delito do art. 129, utilizando-se as regras do concurso de delitos.

No entanto, erra o legislador ao exigir que a conduta ameace a "integridade física ou psicológica da vítima, restringindo-lhe a capacidade de locomoção" – o que insere novos bens jurídicos na análise, de forma desnecessária –, ou, de qualquer forma, "invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade" –, expressão que nos parece redundante diante da lesão à integridade moral, conforme assinalado durante a análise do bem jurídico lesionado pelo *stalking,* já que a mesma pressupõe igualmente uma agressão à liberdade ou autonomia individuais[100].

Destaque-se, ademais, que a Lei 14.132/2021 ignorou complemente a figura do assédio moral virtual ou *cyberstalking,* seja como majorante, seja como crime autônomo, desconsiderando a já destacada facilidade e a virulência com que os meios de comunicação informáticos podem colocar em risco ou lesionar o bem jurídico em questão[101].

---

99. Vide, nesse sentido, com respeito ao art. 173.1 do Código Penal espanhol, PÉREZ MACHÍO, A. I. Op. cit., p. 51-52 e TAMARIT SUMALLA, J. M. Las torturas y otros delitos contra la integridad moral. In: QUINTERO OLIVARES, G. *Comentários a la Parte Especial del Derecho Penal*... Op. cit., p. 265. Contrários, CASTRO, Ana Lara C.; SYDOW, Spencer T. Op. cit., p. 155, para quem o delito "quanto ao resultado, trata-se de crime material. Isso significa que as condutas devem necessariamente gerar um impacto na vítima, especialmente um dano à sua integridade psicológica ou emocional de modo a perturbar-lhe no seu desenvolvimento normal, suas atividades rotineiras, sua autoconfiança, sua liberdade de ir e vir e sua privacidade".

100. Contrários, por entenderem – a nosso juízo, incorretamente – que a referência à integridade moral "é relativa às regras de conduta e costumes de uma sociedade e, no caso do delito, se trata de ataque à vítima e seus valores individuais e não à sociedade" (CASTRO, Ana Lara C.; SYDOW, Spencer T. Op. cit., p. 151). Os autores preferem a alusão à *integridade psíquica*, mas, por entendermos ser este um crime de perigo, e não de dano; de mera conduta, e não de resultado – classificação da qual os autores também discordam (op. cit., p. 155) –, não podemos concordar com este parecer, pelas inúmeras razões expostas no texto quando da análise do bem jurídico *integridade moral,* que muito melhor resumiria todos os bens jurídicos citados no tipo do novel art. 147-A.

101. Nesse mesmo sentido, vide a crítica de BRITO, Auriney. Op. cit., p. 148. Nessa linha, cumpre registrar que não concordamos com a postura de Sidow no sentido de que o

A inserção de um delito como o do art. 147-A, como cláusula geral de proteção da integridade moral, constitui certamente um importante primeiro passo para a repressão não só do *stalking*, como também de todas as formas de assédio moral (no trabalho, na escola, na família, no condomínio) que, como visto, até o momento resultavam atualmente atípicas no Brasil.

No que diz respeito às causas de aumento de pena, três importantes circunstâncias aparecem no § 1º do novo art. 147-A, elevando a pena do delito de perseguição da metade:

I – *se o crime é praticado contra criança, adolescente ou idoso*, o que denota maior desvalor do injusto, em razão da vulnerabilidade da vítima, e a princípio poderia abarcar o assédio moral que assume a forma de *bullying* escolar, praticado contra os indivíduos menores de 18 (dezoito) anos, como também o assédio intrafamiliar contra os maiores de 60 (sessenta) anos, muito comum quando parte de familiares ou cuidadores que molestam a dignidade ou integridade moral de tais vítimas;

II – *contra mulher por razões da condição do sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código*: a importante menção à condição do sexo feminino, que já consta do conteúdo da qualificadora do delito de feminicídio (art. 121, § 2º, VI, CP), é acertada majorante aplicável nas hipóteses em que sejam as mulheres as vítimas do *stalking* ou perseguição. São muitos os dados estatísticos criminológicos que apontam a maior incidência deste delito contra vítimas do sexo feminino, seja por sua maior vulnerabilidade, seja pela tendência à autoculpabilização ou à criminalização da vítima pela sociedade, antes referidas, seja porque a perseguição física ou virtual após o término de um relacionamento afetivo costuma acometer mais o sexo feminino do que o masculino, que tende a aceitar menos a frustração do fim de um casamento ou namoro e não tolera que a mulher refaça a sua vida com outro(a) parceiro(a)[102]. Importante recordar que no art. 121, § 2º-

cyberstalking "atinge valores jurídicos que também só existem na virtualidade", pois entendemos que lesiona a mesmíssima integridade moral da pessoa humana, razão pela qual defendemos que esse *modus operandi* conste apenas como circunstância agravante ou majorante e não como crime autônomo em relação ao *stalking* (*Curso de Direito Penal Informático*... Op. cit., p. 549).

102. Nesse sentido, salienta-se que "o *stalking* é conduta criminosa que sofre influência direta das expectativas sociais de gênero. Os perpetradores são em maioria do sexo masculino, até porque, em maioria, os *stalkers* são ex-parceiros íntimos que nutrem sentimento de posse sobre o corpo da mulher. E mesmo quando rompido o relacionamento, sentem-se feridos na masculinidade, diante da simples ideia de que a ex mantenha relações com outros homens, motivo pelo qual tentam manter o controle sobre ela. Não é questão de

A, I, incluem-se as referências contidas na Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) a respeito do âmbito de aplicação da violência de gênero[103], contidas no art. 5º da referida Lei:

> "I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação."

Todas as hipóteses muito aplicáveis aos casos de perseguição contra o sexo feminino, pelas razões criminológicas supra apontadas. Ademais, também agravam a pena do novo crime de perseguição o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher, nos termos do art. 121, § 2º-A, II, que retratam o preconceito ou desprezo em relação ao sexo feminino, como pode ocorrer no caso de um empregado ressabiado com a assunção da condição de chefe por uma mulher na empresa.

III – *mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma*: aumento de pena idêntico à majorante do § 1º do art. 146 (constrangimento ilegal), embora de escassa aplicação no caso do *stalking,* já que a perseguição, seja ela física ou virtual, costuma ser exercida de forma sutil, discreta aos olhos de terceiros e não violenta, raramente apontando para as lesões corporais ou homicídio, e, na imensa maioria dos casos, é exercida pelos chamados "lobos

---

amor, muitas vezes o *stalker* não tem qualquer predisposição para reatar o vínculo, mas, de qualquer forma, não aceita que a ex constitua nova união" (CASTRO, Ana Lara C.; SYDOW, Spencer T. Op. cit., p. 88).

103. Assim como ocorre no delito de feminicídio (art. 121, § 2º, VI), a menção à palavra "sexo" e não "gênero" resulta mais uma vez estreita e inadequada na criação da majorante. A doutrina majoritária lamenta este fato, destacando que "gêneros diversos e demais situações de vulnerabilidade permanecerão na luta pela proteção penal até que a história opressiva se demonstre de tamanha magnitude a reclamar atuação diferenciada pelo Direito Penal" (D'ELIA, Fabio Suardi. Feminicídio: uma via legal de proteção de gênero e de determinadas situações de vulnerabilidade. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais,* São Paulo: IBCCRIM, n. 272, julho/2015. p. 09). A própria Ela Wiecko, porém, salienta que "na aplicação da Lei 13.104 não se poderá fugir totalmente do conceito de gênero, uma vez que a 'condição do sexo feminino' é uma construção social tal como o papel social atribuído às mulheres na sociedade e que constitui o chamado gênero feminino" (CASTILHO, Ela Wiecko. Sobre o feminicídio. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais,* n. 270, maio/2015. p. 05).

solitários", sendo raríssimo o concurso de agentes nas variadas modalidades de assédio moral[104]. Mas acredita-se que fez bem o legislador em prever tais hipóteses, principalmente a segunda, porque, no caso de emprego de arma (própria ou imprópria), a melhor subsunção legal para o comportamento do perseguidor é mesmo o *stalking* com penas majoradas, e não o delito de ameaça (art. 147, CP), que, conforme já destacado, restará absorvido pelo novel crime mais grave.

Sobre o concurso de crimes entre o atentado à integridade moral e as lesões corporais, cumpre, para logo, salientar que andou bem o legislador nacional ao prever no novo art. 147-A, § 2º, a possibilidade do cúmulo material das penas da perseguição com as penas da violência. Na mesma linha, para evitar o esvaziamento da proteção da integridade moral, o Código Penal espanhol prevê expressamente uma regra especial de aplicação das penas no concurso de crimes em seu art. 177, que dispõe:

> "Se nos delitos descritos nos artigos precedentes, além do atentado à integridade moral, produz-se também uma lesão ou dano à vida, integridade física, saúde, liberdade sexual ou aos bens da vítima ou de um terceiro, os fatos serão punidos separadamente com a pena que lhes corresponda pelos delitos ou contravenções cometidos, exceto quando aquele seja expressamente punido em lei."

Assim, tem-se que inclusive nos casos de concurso formal de crimes, quanto aos bens jurídicos citados, as penas correspondentes à lesão à integridade moral e a estes bens jurídicos deverão ser sempre somadas. Quanto aos demais bens jurídicos (ex.: liberdade, honra etc.), valerá a normativa concursal prevista com caráter geral, devendo o delito de perseguição absorver os crimes mais leves (ameaça, injúria), em homenagem ao princípio da subsidiariedade penal.

Sobre a ação penal pública condicionada à representação (art. 147-A, § 3º), estima-se aqui inapropriado que a vítima fique totalmente à mercê do assediador, que, ao cercear a sua liberdade, pode também aproveitar-se de ameaças para obrigá-la a desistir do procedimento penal contra ele. Daí porque defendemos que a ação penal relativa a esse delito deveria ser pública incondicionada, e não ficar a cargo da pessoa assediada, pois tal fato certamente daria margens a manipulações e ameaças por parte do autor do *stalking*[105]. Esse entendimento, ademais, iria ao encontro do que já foi dito anteriormente a respeito do caráter indisponível do

104. Nesse sentido, vide CASTRO, Ana Lara C.; SYDOW, Spencer T. Op. cit., p. 156.

105. Como recorda LAFONT NICUESA, L. Op. cit., p. 412.

bem jurídico integridade moral, e da necessidade de que a persecução penal tenha lugar independentemente da concreta sensação de humilhação que tenha experimentado a vítima do assédio, que é crime de mera conduta, e não de resultado.

7. Conclusões principais

A integridade moral é um direito fundamental derivado do respeito à dignidade humana (art. 1º, III, CF), cuja proteção não pode resultar indiferente ao Direito Penal. A proibição constitucional de submissão a tratamentos desumanos ou degradantes (art. 5º, III, CF) põe em evidência a necessidade de uma adequada proteção penal desse bem jurídico no Brasil. Até o momento da aprovação da Lei 14.132/2021 pelo Congresso Nacional, trazendo a criminalização da perseguição (*stalking*) no novo art. 147-A do Código Penal, a integridade moral encontrava-se tutelada apenas no âmbito da Lei 9.455/97, que institui o crime de tortura, mas não com respeito a outro tratamento degradante grave: o assédio moral, cuja prática, infelizmente, é comum em muitas esferas (laboral, escolar, familiar, afetiva), e lesa a integridade moral do ser humano independentemente de qualquer agressão à sua integridade física ou psíquica.

Do ponto de vista dogmático, o assédio moral – e em particular o *stalking,* uma modalidade daquele – consiste no ato de submeter alguém, de forma habitual e reiterada, a sofrimentos de caráter moral que, no âmbito de uma relação familiar, afetiva, laboral, escolar, de vizinhança ou como consequência da mesma, geram na vítima assediada sentimentos de humilhação, degradação e aviltamento de especial intensidade, contrários à dignidade humana ou, mais especificamente, à integridade moral do ser humano. É possível que, como resultado desse processo, a vítima venha a padecer patologias físicas e principalmente psíquicas, razão pela qual haveria que recorrer às regras do concurso de crimes entre o atentado à integridade moral e o delito de lesões corporais (art. 129, CP), e quando se encontrem em jogo outros bens jurídicos já protegidos pelo Código Penal brasileiro (vida, honra, liberdade individual, dignidade sexual etc.).

A respeito da criminalização do *stalking* ou perseguição no Direito Penal brasileiro, argumenta-se, com razão, que o princípio da intervenção mínima deverá ser utilizado em sua justa medida: não se pode ignorar sua vigência, arrogando-se o Direito Penal o papel que nesta matéria a outros ramos do ordenamento jurídico cabe desempenhar, e nem se deve empregar tal princípio como escusa para renunciar à aplicação da lei penal nos casos mais graves de perseguição e de lesão à integridade moral da pessoa humana. A gravidade, habitualidade e intensidade dessa prática no âmbito das relações humanas, particularmente familiares

e afetivas, destaca a imperiosa necessidade de intervenção jurídica por parte do Direito Penal, como um intento de reprimir e, se possível, erradicar essa degradante classe de comportamentos. Daí porque sugere-se a criação de novas figuras típicas que criminalizem expressamente todas as formas de assédio moral, e não apenas o *stalking,* de forma a conceder uma proteção autônoma ao bem jurídico integridade moral nessa e em todas as demais esferas em que possa resultar afetado. A lacuna existente quanto à proteção desse bem jurídico no ordenamento penal brasileiro foi em parte colmatada pela inserção do novo art. 147-A no Código Penal brasileiro, ainda que algumas críticas possam ser feitas quanto à sua redação. Mas outras graves formas de assédio ainda restam atípicas.

Em síntese, a luta eficaz contra o assédio moral exige, além das necessárias reformas legislativas assinaladas anteriormente, a implantação de uma nova cultura social sobre as pautas de comportamento no âmbito das relações humanas, baseada no respeito à dignidade e aos direitos fundamentais de todas as pessoas, independentemente de seu gênero, sexo, idade, cargo, moradia ou condição social, aliada ao rechaço unânime a todas as formas de perseguição, hostilidade e humilhação que lesem a integridade moral de alguém.

8. Referências

BARQUÍN SANZ, J. *Delitos contra la integridad moral*. Barcelona: Bosch, 2001.

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. *Crimes contra Mulheres (Lei Maria da Penha, Crimes Sexuais, Feminicídio)*. Salvador: JusPodivm, 2020.

BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal.* Parte Especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4.

BRITO, Auriney. *Direito Penal Informático*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CADENA SERRANO, F. Las lesiones psíquicas y el *mobbing*. Breve referencia al *bullying*. In: BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A. *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*. Barcelona: Atelier, 2006.

CARMONA SALGADO, C. Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo (*mobbing*). In: TOLEDO Y UBIETO, E. O.; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E. (Coord.). *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004.

CARVALHO, E. M. *Punibilidade e Delito*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

CARVALHO, G. M.; CARVALHO, É. M.; MACHADO, I. V.; SILVA, L. M. M. *Assédio moral no ambiente de trabalho: uma proposta de criminalização.* Curitiba: J. M. Editora, 2013.

CASTILHO, Ela Wiecko. Sobre o feminicídio. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, n. 270, maio/2015.

CASTRO, Ana Lara C.; SYDOW, Spencer T. *Stalking e Cyberstalking*: obsessão, internet, amedrontamento. Belo Horizonte, De Plácido, 2019.

CONESA BALLESTERO, J.; SANAHUJA VIDAL, M. Acoso moral en el trabajo: tratamiento jurídico (*mobbing*). *Actualidad Laboral,* n. 30, 2002.

CORREA CARRASCO, M. El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo. In: CORREA CARRASCO, M. (Coord.). *Acoso moral en el trabajo.* Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños. Pamplona: Thomson/Aranzadi, 2006.

CRESPO, Marcelo X. F. *Crimes Digitais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

D'ELIA, Fabio Suardi. Feminicídio: uma via legal de proteção de gênero e de determinadas situações de vulnerabilidade. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais,* São Paulo: IBCCRIM, n. 272, julho/2015.

DÍAZ PITA, M. M. El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral. *Estudios Penales y Criminológicos,* vol. XX, 1997.

FANTE, C. *Fenômeno 'Bullying'*: como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz. 2. ed. rev. e ampl. Campinas: Verus, 2005.

GARCÍA ARÁN, M. La protección penal de la integridad moral. In: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C. M.; GRACIA MARTÍN, L.; HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (Eds.). *La Ciencia del Derecho Penal*. Libro Homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Madri: Tecnos, 2002.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. *La dignidad de la persona*. Madri: Civitas, 1986.

GRACIA MARTÍN, L.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

HIRIGOYEN, M. F. *Mal-estar no trabalho*: redefinindo o assédio moral. Trad. Rejane Janowitzer. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

HIRIGOYEN, M. F. *Assédio moral*: a violência perversa no cotidiano. Trad. Maria Helena Kühner. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

HUPFER, Haide Maria. O princípio da autonomia na ética kantiana e sua recepção na obra Direito e Democracia de Jürgen Habermas. Disponível em: [anima-opet.com.br/pdf/anima5-Seleta-Externa/Haide-Maria-Hupffer.pdf]. Acesso em: 27.03.2021.

JESUS, Damasio E. de. Stalking. *Jus Navigandi*, 2008. Disponível em: [jus.com.br/artigos/10846/stalking]. Acesso em: 27.03.2021.

JURADO SEGOVIA, A. *Acoso moral en el trabajo*: análisis jurídico-laboral. Madri: La Ley, 2008.

LAFONT NICUESA, L. *El delito de acoso moral en el trabajo.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

LONGMAN. *Dictionary of contemporary English.* 3. ed. Londres: Longman diccionaries, 1995.

LUISI, L. Considerações sobre a tortura. *Revista da Faculdade de Direito UniCruz,* ano 4, 1º sem. 1999.

MACHADO, Isadora V. *Da dor no corpo à dor na alma*: uma leitura do conceito de violência psicológica na Lei Maria da Penha. Belo Horizonte: De Plácido, 2017.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I.; MENDOZA CALDERÓN, S. El acoso en Derecho penal: una primera aproximación al tratamiento penal de las formas de acoso. *Revista penal La Ley,* n. 18, julio 2006.

MILL, John Stuart. *On Liberty.* Dover: Dover Thrift Editions, 2002.

MIR PUIG, C. El acoso moral en el trabajo (*mobbing*) y en la escuela (*bullying*) y el Derecho penal. In: MIR PUIG, C. (Dir.). *El* mobbing *desde la perspectiva social, penal y administrativa*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006.

MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.) *La tutela penal frente al acoso moral*: laboral, escolar, familiar e inmobiliario. Del silencio a la palabra de la ley penal. Pamplona: Aranzadi, 2006.

MORALES GARCÍA, O. "Mobbing": ¿un hecho penalmente relevante o um delito específico? In: MIR PUIG, C. (Dir.). *El* mobbing *desde la perspectiva social, penal y administrativa*. Madrid: Consejo General Del Poder Judicial, 2006.

MORALES GARCÍA, O. La relevancia jurídico penal del *mobbing*. *La Ley Penal,* n. 19, año II, sept. 2005.

MUÑOZ SÁNCHEZ, J. *Los delitos contra la integridad moral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

PABLOS DE MOLINA, A. G.; GOMES, L. F. *Criminologia*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

PÉREZ MACHÍO, A. I. Concreción del concepto jurídico de *mobbing*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 6, 2004.

PIÑUEL Y ZABALA, I. El *mobbing* o acoso psicológico en el trabajo. In: MIR PUIG, C. (Dir.). *El* mobbing *desde la perspectiva social, penal y administrativa*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006.

RIBEIRO, Neide Aparecida. *Cyberbullying*: práticas e consequências da violência virtual na escola. Salvador: JusPodivm, 2019.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Stalking e a criminalização do cotidiano*. Disponível em: [www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2013/01/Stalking-e-a-criminaliza%C3%A7%C3%A3o-do-cotidiano.pdf]. Acesso em: 21.03.2021.

RUFINO, R. C. P. *Assédio moral no âmbito da empresa*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

RUIZ, I. A.; MACHADO, I. V. Tutelas de urgência e preventivas: aplicabilidade em casos de assédio moral. *Revista de Processo*, São Paulo, Ed. RT, n. 146, ano 32, p. 132-150, abr. 2007.

TAMARIT SUMALLA, J. M. Las torturas y otros delitos contra la integridad moral. In: QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 5. ed. Madrid/Pamplona: Thomson/Aranzadi, 2005.

VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M. Presente y futuro del delito de acoso laboral (Comentario a la Sentencia de 27 de septiembre de 2006 del Juzgado de lo Penal n. 1 de Jaén). *Actualidad Jurídica Aranzadi,* n. 731, 28 de junio de 2007.

VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M.; LAFONT NICUESA, L. Acoso moral. In: MARCOS GONZÁLEZ, J. I. (Coord.). *La tutela frente al acoso moral*: laboral, escolar, familiar e inmobiliario. Del silencio a la palabra de la Ley Penal. Pamplona: Thomson/Aranzadi, 2006.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Os fenômenos do *bullying* e do *stalking* à luz do instituto da responsabilidade civil, de Fabíola da Motta Cezar Ferreira Laguna – *RDFam* 3/95-112 (DTR\2015\2787);
- Privacidade e internet: o direito de não ser exposto na rede, de Eduardo Mingorance de Freitas Gouvêa – *RDPriv* 97/19-44 (DTR\2019\97); e
- Sextorsão, de Spencer Toth Sydow, de Ana Lara Camargo de Castro – *RT* 959/167-182 (DTR\2015\12620).

Veja também Legislação relacionada ao tema

- Art. 147-A do CP (LGL\1940\2).

Bitcoin y su uso en el lavado de activos: una mirada a la experiencia euro-brasileña

Bitcoin and its use in money laundering: a look at the Euro-Brazilian experience

Jhonatas Péricles Oliveira de Melo

Doutorando em Estado de Direito e Governança Global pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca – USAL, Espanha. Mestre em Direito Penal (2020) pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca – USAL, Espanha. Especialista em Direitos Humanos e Estudos Críticos do Direito pelo Conselho Latino-Americano de Ciências Sociais – CLACSO, Argentina (2018). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA (2018). Especialista em Teoria Jurídica do Delito pela Universidade de Salamanca – USAL, Espanha (2015). Bacharel Interdisciplinar em Humanidades pela Universidade Federal da Bahia – UFBA (2013). Advogado Criminalista.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-4676-5995].
jhonatasmelo@usal.es

Recebido em: 24.03.2021
Aprovado em: 03.05.2021
Última versão do autor: 16.06.2021

Áreas do Direito: Penal; Financeiro e Econômico; Digital

Resumen: Las criptomonedas son un tema bastante debatido en la actualidad. Junto al interés creciente de la población en la novedad de esta tecnología, surgen discusiones por parte de los países y las autoridades estatales con respecto a las medidas de regulación y la posibilidad de utilizar las criptomonedas como medio para cometer el delito de lavado de activos. En este artículo, hago una aproximación al bitcoin, la criptomoneda más conocida y utilizada en la actualidad, y a la manera como sus características pueden definir su posible empleo como medio para el delito de lavado de activos. Esta investigación hace una mirada a las herramientas de *soft law* y *hard law* creadas en el ámbito de la Unión Europea, para comprender cómo los países que la componen

Abstract: Cryptocurrencies are a hotly debated topic nowadays. In addition to the growing interest of the population in the novelty of the technology, there are discussions by countries and state authorities regarding regulatory measures and the possibility of using cryptocurrencies as a means to commit money laundering. In this article I make an approach to bitcoin, the most known and used cryptocurrency nowadays, and how its personal characteristics can define its possible use as a means for money laundering. The research takes a look at the soft law and hard law tools created in the European Union to understand how those countries are approaching the regulation of cryptocurrencies, highlighting elements of the Spanish and Brazilian

Melo, Jhonatas Péricles Oliveira de. Bitcoin y su uso en el lavado de activos: una mirada a la experiencia euro-brasileña. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 183. ano 29. p. 171-198. São Paulo: Ed. RT, setembro 2021.

están planteando las medidas de (des)regulación de las criptomonedas, puntuando elementos de la experiencia española y brasileña. También se evidencia, a través de algunos ejemplos, la plena posibilidad de uso de bitcoins en el delito de lavado de activos y los desafíos de regulación del sector, aclarando la irracionalidad y desproporcionalidad de propuestas legislativas que aboguen por su criminalización.

PALABRAS CLAVE: Criptomonedas – Bitcoin – Lavado de activos – Criminalización – Regulación.

experience in this field. It also shows through some examples the full possibility of using bitcoins in the crime of money laundering and the challenges of regulating the sector, clarifying the irrationality and disproportionality of legislative proposals that advocate its criminalization.

KEYWORDS: Cryptocurrencies – Bitcoin – Money laundering – Criminalization – Regulation.

SUMÁRIO: 1. Introducción. 2. Conceptos fundamentales. 3. Principales características del bitcoin. 4. Algunos instrumentos internacionales de *soft law* y *hard law* con relación al bitcoin en la Unión Europea. 5. Análisis de la legislación de España y Brasil con respecto a las criptomonedas. 5.1. El escenario de las criptomonedas en España. 5.2. Propuestas de regulación de las criptomonedas en Brasil. 6. El uso indebido de las criptomonedas y el lavado de activos. 6.1. El caso *Silk Road* (ruta de la seda). 6.2. El caso Virus de la Policía en la llamada "Operación Ramsomware". 7. Breves conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Las criptomonedas ya son una realidad en todo el mundo. Desde el surgimiento del bitcoin en 2008, con el artículo intitulado "*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*" de autoría atribuida a Satoshi Nakamoto[1], cada vez más la sociedad escucha hablar sobre las criptomonedas en los medios de comunicación. En el comercio, muchos la utilizan ya como medio de inversión o incluso como medio de cambio, es decir, como moneda en un sentido amplio. El trabajo de NAKAMOTO ha sido publicado en un foro de criptografía de Internet, generando una serie de discusiones por parte de los expertos en tecnología. Desde entonces, se puede decir que es un marco en la historia de las criptomonedas.

El bitcoin surge, por casualidad o no, después de una gran crisis financiera que empezó en los Estados Unidos, en agosto de 2007, con las hipotecas "*subprime*" (de bajo precio y gran riesgo) y en septiembre de 2008, con la quiebra del Banco Lehman Brothers[2] que generó problemas socioeconómicos en todo el mundo.

1. NAKAMOTO, 2008.
2. El Banco Lehman Brothers era el cuarto más grande de inversión en EE.UU. y tenía cerca de 680 mil millones de dólares estadounidenses custodiados. Para comprender qué pasó con Lehman Brothers y la crisis de 2008 véase: RAMONET, 2008, pp. 05-28.

La llamada *Crisis del siglo*[3] generó consecuencias y daños en varios países, cómo la quiebra de algunos de los bancos de inversión más grandes del mundo, aumentos absurdos de las tasas de desempleo, hambre, problemas económicos y sociales. Lo que empezó como una crisis financiera en EE.UU., poco tiempo después se convirtió en un problema de proporciones internacionales que no se ha restringido al ámbito financiero.

En un intento de simplificar al máximo el contenido del bitcoin, en este momento, se puede decir que su creación buscaba una moneda independiente que no sufriera intervenciones de los Estados ni de los bancos, ya que es totalmente administrada y desarrollada por sus usuarios, sin la necesidad de terceros para mediar el proceso. Se puede decir también que fue un intento claro de no sufrir los mismos daños que las monedas de curso legal sufrieron en la gran crisis de 2008.

En ese sentido, los defensores de las criptomonedas, que en general son favorables a una desreglamentación económica y financiera en el mercado, afirman que una de las cosas que quedaron claras después de la crisis de 2008 es que las personas no tienen ningún control sobre su dinero y se mantienen como verdaderos rehenes de los gobiernos y los grandes sistemas bancarios que dictan la valoración o desvalorización de las monedas[4].

Pasados más de diez años de la creación del bitcoin, hoy en día ya existen cerca de 6000 (seis mil) criptomonedas en el mundo. Sin embargo, el bitcoin sigue siendo el más aceptado y utilizado, teniendo un dominio de 67% del mercado y 154,55 mil millones de dólares en capitalización. Las otras criptomonedas (altcoins) juntas representan 23% del mercado y 76,12 mil millones de dólares en capitalización[5].

Con el desarrollo tecnológico y la utilización cada vez mayor de las criptomonedas, el escenario financiero empieza a cambiar su forma de actuación en el mundo. En la actualidad, con el uso de tarjetas de crédito y débito, los pagos con el móvil y las cuentas digitales, la utilización del dinero en su forma tradicional (en efectivo) parece disminuir día tras día[6]. Es decir, poco a poco, estamos

3. *Op cit.* p. 11.
4. En ese sentido véase ULRICH, 2014, pp. 39-40.
5. Los datos presentados están disponibles en el sitio "https://coinlib.io/" y fueron accesados el 17.11.2019.
6. En ese sentido, es importante percibir que "poco más de 90% de la totalidad del dinero ya circula de manera virtual", comprobando que el dinero físico es utilizado en una pequeña cantidad. Cf. PARANÁ, p. 83.

reemplazando la manera como nos relacionamos con el dinero en su forma tradicional y en nuestros bolsillos empezamos a llevar solo tarjetas de crédito o débito y nuestro móvil. En un futuro próximo, tal vez llevaremos solo el móvil o apenas un pequeño chip bajo la piel para hacer pagos en restaurantes, farmacias, etc.[7]

Las criptomonedas se presentan como una tecnología del futuro y ya vemos algunos reflejos de su utilización en la actualidad, los pequeños cambios en el ámbito financiero. Todavía no podemos garantizar o delimitar su alcance o influencia en los próximos años, sobre todo por los avances aún desconocidos en ese ámbito.

Esto provoca diversas discusiones en torno de las criptomonedas, especialmente con relación a los riesgos de su utilización y su empleo indebido para cometer crímenes, más específicamente delitos financieros como el lavado de activos, teniendo en cuenta las características específicas particulares que forman parte de esta tecnología.

Varios países y sectores de la sociedad ya se han manifestado con respecto a la utilización de las criptomonedas – en especial el bitcoin – y los riesgos de su empleo en el lavado de activos. Las posiciones son muy diversas y varían desde una concepción más liberal de completa imposibilidad de reglamentación o criminalización de las criptomonedas por sus características particulares a otras propuestas más conservadoras que abogan por la prohibición del bitcoin o la criminalización de las criptomonedas por sus riesgos inherentes u otras más moderadas que aceptan su utilización con algún tipo de reglamentación estatal.

Se añade al escenario de inseguridad y descreencia las noticias que salen en los medios de comunicación sobre algunos casos donde ocurrieron fraudes, estafas y utilización de bitcoins en el lavado de activos. Estos casos se pueden encontrar desde el surgimiento del bitcoin en 2008 hasta los días de hoy. Por lo tanto, las autoridades en el mundo están en constante preocupación con esta nueva tecnología que, por su propia naturaleza, suele avanzar de manera más rápida que la comprensión social sobre su complejidad, sus riesgos y la mejor manera de utilizarla.

7. Lo que puede parecer futurista ya es una tecnología utilizada en pequeña escala en la actualidad. El microchip NFC (*Near Field Communication*) del tamaño de un grano de arroz y que funciona como las tarjetas de proximidad o *contactless* ha sido implantado en más de 4000 personas para la realización de tareas, cómo hacer pagos, comprar alimentos o abrir puertas. En ese sentido véase: https://www.abc.es/sociedad/abci-chip-autoimplantado- mano-permite-convertirse -ciborg-60-euros-201806080248_noticia.html. Acceso en 07.06.2021.

En ese contexto, el tema de las criptomonedas todavía es algo que se presenta como novedoso para las personas en general y su posibilidad de utilización indebida como medio para el lavado de activos genera bastante discusión y dudas, máxime por el desconocimiento sobre el funcionamiento y las características específicas de esta tecnología.

2. Conceptos fundamentales

Es necesario exponer algunos conceptos fundamentales sobre el funcionamiento de las criptomonedas y del bitcoin, específicamente, para comprender mejor el fenómeno que se va a presentar; y posteriormente discutir si esta nueva tecnología puede ser utilizada o no como medio para el lavado de activos.

La primera criptomoneda surgió en 2008, hoy en día ya hay una gran variedad de tipos y cada vez son más aceptadas por parte de la sociedad, que busca distintas maneras de utilizar esta nueva tecnología. Existe cierta discusión por parte de los especialistas con relación al carácter de monedas, en sentido estricto, de las criptomonedas. Pero, adentrarse en esa discusión no sería posible ni necesario para los objetivos de este artículo. Sin embargo, es importante presentar algunas concepciones importantes sobre esta temática.

Las criptomonedas han sido definidas por el Banco Central Europeo como una "*representación digital de valor, no emitida por un banco central, institución de crédito o emisor de dinero electrónico, que, en algunas ocasiones, puede ser utilizada como una alternativa al dinero*"[8]. Es decir, pueden ser utilizadas como alternativa al dinero pero no son consideradas dinero de curso legal[9].

El Banco Central de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores presentaron un informe en 2018, opinando que las criptomonedas no están respaldadas por un Banco Central u otras entidades públicas, aunque se puedan presentar como una alternativa al dinero legal, pero con características muy distintas. O sea: "*1) No es obligatorio aceptarlas como medio de pago de deudas u otras obligaciones; 2) Su circulación es muy limitada; 3) Su valor oscila fuertemente, por lo que no pueden considerarse un buen depósito de valor ni una unidad de cuenta estable*[10]".

A su vez, el legislador europeo ha emitido una primera definición normativa, mediante la Directiva 2018/843, de 30 de mayo, presentando el concepto de las criptomonedas como una:

8. EUROPEAN CENTRAL BANK, 2015, p. 25.
9. MIRANDA; VIANNA, 2020, p. 277.
10. CNMV & BDE, 2018.

> "representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda establecida legalmente, que no posee el estatuto jurídico de moneda o dinero, pero aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos."[11]

Analizando ahora el ámbito brasileño, el Banco Central emitió en 2017 el Comunicado n. 31.379 de 16.11.2017[12], siguiendo en cierta medida, y correctamente, la misma postura adoptada por la Directiva 2018/843 de la Unión Europea, en el que se afirma que las criptomonedas:

> "No son emitidas ni garantizadas por ninguna autoridad monetaria, por lo que no se garantiza que se conviertan a monedas de curso legal, ni están respaldados por activos reales de ningún tipo, siendo todo el riesgo soportado por sus usuarios. Su valor deriva exclusivamente de la confianza dada por los individuos a su emisor."

En el mismo comunicado, el Banco Central brasileño también ha afirmado que las criptomonedas no se confunden con la definición de moneda electrónica de la Ley 12.865, de 09 de octubre de 2013[13], ya que no tienen respaldo en Real – moneda de curso legal en Brasil – o en otras monedas de curso legal de gobiernos soberanos.

De esa manera, se pueden adoptar las concepciones anteriores y añadir que las criptomonedas son medios de cambio que pueden ser centralizadas o descentralizadas, que utilizan la tecnología *Blockchain* –o cadena de bloques– con herramientas criptográficas y operaciones matemáticas para validar y garantizar la privacidad y seguridad en todas las transacciones efectuadas.

Después de presentar las líneas generales sobre el concepto de las criptomonedas, me centro ahora en el bitcoin, por ser el más conocido y utilizado en la actualidad. Así pues, es importante exponer su concepción y funcionamiento por tratarse de una nueva tecnología, así como los aspectos más relevantes desde una mirada jurídico-penal.

---

11. DIRECTIVA 2018/843 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, 2018.
12. BRASIL. Banco Central, 2017.
13. En ese sentido establece el art. 6º, VI de la Ley 12.865, de 09 de octubre de 2013 que "Art. 6 A los efectos de las normas aplicables a los arreglos y a las instituciones de pago que pasen a formar parte del Sistema Brasileño de Pagos (SPB), en virtud de la presente Ley, se consideran: VI - moneda electrónica: recursos almacenados en un dispositivo o sistema electrónico que permiten al usuario final realizar una operación de pago.

En este sentido, se puede conceptuar el bitcoin como un tipo de criptomoneda, que funciona exclusivamente en el ámbito digital, descentralizada (no regulada ni emitida por ningún gobierno), cuyo valor lo determinan los usuarios en el mercado, sin intermediarios, con una cantidad limitada[14]. Las operaciones se realizan directamente entre los usuarios (*peer-to-peer o P2P*) en un sistema de autenticación y validación de las transacciones basado en un registro público y distribuido, que se puede proyectar como un libro de contabilidad (*ledger)*[15], denominado *Blockchain* (o cadena de bloques) *y* contiene el historial de todas las transacciones efectuadas.

A su vez, la *blockchain* es la tecnología que está por detrás del bitcoin, cuya posibilidad de utilización no se restringe a las criptomonedas[16]. La *blockchain* es como un libro de contabilidad pública y distribuida en el que todas las transacciones de los usuarios quedan registradas eternamente[17]. Estas transacciones son transmitidas a través de programas "*software*" y son confirmadas por los mineros[18]. Después de la confirmación de las transacciones, las operaciones son agregadas al "*bloque*" de la *Blockchain* y es casi imposible que sean borradas o sustituidas. Todas las transacciones con bitcoin son grabadas en la *Blockchain* con un número de referencia específico, así como su fecha y la cantidad, pudiendo ser consultadas por todos en cualquier momento.

Las personas pueden hacer transacciones con bitcoins a través de programas o aplicaciones instalados en sus dispositivos electrónicos, como computadora,

14. El Bitcoin tiene una emisión limitada a 21 millones de unidades, pero puede ser fraccionada en unidades más pequeñas para facilitar su comerciabilidad. Para una profundización en el tema, véase: BEDECARRATZ SCHOLZ, 2018.
15. PEREZ LOPEZ, 2019, p. 79.
16. La tecnología Blockchain puede ser utilizada en una multitud de campos, como en el campo de las criptomonedas, en el campo de sistemas de notarios de registro de nombres, para desarrollo de sistema de pagos, mejorar las transacciones bancarias, etc. Para profundizar en el tema véase: VALARROIG MOYA; PASTOR SEMPERE, 2018.
17. En ese sentido, se afirma que "a modo de ejemplo, sería como el libro inventario de una empresa donde se contabilizan todas las cuentas de activo y pasivo". Cf. GUAITA MARTÍNEZ; CARRACEDO GARNATEO. 2019, pp. 41-60.
18. Los mineros son un grupo de personas que resuelven problemas matemáticos de complejidad creciente con sus computadoras y softwares específicos y, con ello, desarrollan los registros, la validación de las transacciones y crean nuevos bitcoins. Por las resoluciones de los problemas, los mineros obtienen una recompensa, es decir, ganan una fracción de bitcoin por el trabajo realizado y por poner a disposición de la red sus recursos computacionales. Para profundizar en el tema véase: NAVARRO CARDOSO, 2019, pp. 4-6.

Tablet, móvil, etc. Cada usuario posee una clave privada – es como la contraseña secreta de acceso a una cuenta bancaria – y una clave pública – dirección única e irrepetible. Eso es lo que genera el control sobre los bitcoins que se almacenan en una cartera - también llamada monedero o *wallet*.

Una cuestión muy relevante es que las claves públicas de las transacciones son almacenadas en la *Blockchain*, es decir, todos pueden tener acceso a las transacciones desarrolladas en determinada clave pública. Sin embargo, el problema para los agentes de seguridad es que es muy difícil vincular la dirección de una cartera a su propietario, porque para eso es necesario tener la clave pública y la clave privada. Esta característica genera cierta preocupación por parte de las autoridades por el riesgo de anonimato en la utilización indebida de bitcoins con la finalidad de lavado de activos, por ejemplo. Por eso, es imprescindible presentar algunas de sus características más relevantes para aclarar algunas cuestiones que generan dudas sobre el tema.

3. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL BITCOIN

Las principales características del bitcoin que generan discusión en la doctrina[19] sobre la posibilidad de su utilización para el lavado de activos, y que se puede afirmar que parten de cierto consenso por parte de la doctrina son: a) La descentralización; b) El carácter transfronterizo; c) el pseudoanonimato.

De inicio, la descentralización de bitcoins comprende la completa ausencia de un control o fiscalización por parte de las instituciones estatales, como bancos centrales, instituciones fiscalizadoras, controladoras y reguladoras, y también de instituciones privadas, como los bancos, por ejemplo. De esa manera "la creación, transferencia y control de las monedas virtuales se efectúa con total independencia"[20] y para que eso ocurra, solo es necesario que las transacciones sean validadas por los mineros – que están dispersos en todas partes del mundo – y grabadas posteriormente en la cadena de bloques.

Se puede decir que el bitcoin y las criptomonedas, en general, tienen un carácter transnacional, siendo otro de sus importantes elementos, ya que permiten que sus usuarios efectúen operaciones en todo el mundo, transfiriendo libremente

19. En ese sentido véase: PEREZ LOPEZ, 2019. SILVEIRA, 2018, 2020. BOTTINO; TELLES, 2018.

20. BEDECARRATZ SCHOLZ, 2018, p. 87.

cualquier cantidad de monedas virtuales, de forma rápida[21], barata[22] y tan sencilla como enviar un correo electrónico. No existen fronteras para las criptomonedas y estas no están vinculadas o ubicadas en ningún territorio soberano[23].

Eso conlleva al surgimiento de riesgos en la utilización indebida de bitcoins con la finalidad de transferir activos provenientes de actividades ilícitas e incluso de lavado de activos. Además, está el hecho de que, por ser una tecnología exclusivamente digital, el uso de las criptomonedas como medio para cometer delitos presenta las características de la ciberdelincuencia. Es decir, son efectuadas por transacciones rápidas, con real posibilidad de distanciamiento entre el infractor y el local del delito, por la ausencia de fronteras en Internet, y por las dificultades para definir la jurisdicción competente para juzgar la infracción e indispensable cooperación jurídica internacional para perseguir los hechos y facilidad de eliminación u ocultación de las pruebas del delito.[24]

La tercera característica que se suma a las anteriormente presentadas es el pseudoanonimato. Existe cierto ruido con relación al anonimato del bitcoin, ya que se atribuye el uso indebido de las criptomonedas como medio para cometer delitos principalmente a este aspecto. Pero, sigo parte de la teoría que entiende que el bitcoin no es anónimo, sino pseudoanónimo o parcialmente anónimo. Me explico. Las operaciones con bitcoins no son anónimas, en el sentido estricto de la expresión, pues se puede descubrir los datos del emisor y receptor de la moneda virtual (claves públicas) bien como la fecha y la hora de la transacción, puesto que todo es almacenado de manera pública y transparente en la Blockchain[25]. Las

21. CONESA LAREO, 2019, p. 04. En el artículo, el autor cuestiona la idea de rapidez de las transacciones con las criptomonedas, aclarando que tardan en media 10-50 minutos.
22. CONESA LAREO. *Op cit*. p. 05. El autor afirma que las criptomonedas tienen un bajo coste de transacción para grandes cantidades y un coste proporcionalmente más grande para pequeñas cantidades y que no se puede garantizar que en el futuro seguirán presentando esa característica por las dificultades cada vez más desafiadoras en el proceso de la minería.
23. SILVEIRA, 2020, pp. 02-14. En el artículo el autor llama la atención para la virtualidad de las criptomonedas, que generará uno de los principales problemas para el Derecho penal económico -"*trilema penal econômico*"- específicamente en los delitos de lavado de activos, fraude fiscal y evasión de capitales.
24. PEREZ LOPEZ, 2019, p. 96-97.
25. En ese sentido, se dice también que se puede obtener información sobre "historial de transacciones, así como del flujo del dinero, *cash-out,* conectividades, zona horaria y geolocalización aproximada del dueño" NAVARRO CARDOSO, 2019. pp. 4-6. Otra

transacciones quedan eternamente grabadas en la cadena de bloques y el acceso a las informaciones es público y libre a todos los interesados.

Se puede afirmar, sin embargo, que existe una gran privacidad en las transacciones con bitcoins por el uso de seudónimos, lo que genera un gran interés por parte de los criminales. Pero la identidad de una persona puede ser vinculada a una clave pública "*bitcoin adress*" a través de las plataformas de negociación de criptomonedas[26], disminuyendo así el ámbito del anonimato del bitcoin. En ese sentido, así como los intermediarios financieros tradicionales, que son los bancos y las casas de cambio, las *exchanges* de criptomonedas deberán ser obligadas a cumplir con los reglamentos que exigen medidas de identificación de los nuevos usuarios "*Know Your Costumer*", prácticas de diligencia debida, programas de cumplimiento, manutención de las transacciones en la base de datos y reporte de operaciones sospechosas a las autoridades reguladoras, adoptando así las actuales medidas utilizadas en el mundo con relación a la prevención del lavado de activos, a lo que me referiré detenidamente a continuación.

Con la presentación del funcionamiento de las criptomonedas y de las características más relevantes del bitcoin, es necesario presentar otras cuestiones que siguen generando bastante duda y aprehensión por parte de las autoridades nacionales e internacionales, principalmente con relación a la utilización indebida en actividades delictivas, como el lavado de activos.

4. ALGUNOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE *SOFT LAW* Y *HARD LAW* CON RELACIÓN AL BITCOIN EN LA UNIÓN EUROPEA

La preocupación de las autoridades internacionales con relación a las criptomonedas, y en especial con relación a la utilización del bitcoin como herramienta para el lavado de activos, ha suscitado un estudio por parte del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) que desarrolla y promueve políticas y acciones para proteger el sistema financiero mundial contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo, estudia medidas de refuerzo a la cooperación jurídica internacional[27], y desde 2014, presenta informes sobre las criptomonedas,

forma es a través de la dirección IP "*internet protocol*" que identifica específicamente el dispositivo conectado en la red mundial de computadores.

26. Las casas de cambio de criptomonedas o exchanges son entidades privadas que prestan servicios de compraventa, cambio e incluso almacenamiento de criptodivisas. En ese sentido véase: GUAITA MARTÍNEZ; CARRACEDO GARNATEO, 2019. p. 62.

27. En ese sentido véase LÓPEZ BARRERO, 2019. pp. 64-96.

exponiendo los riesgos de esta nueva tecnología y una serie de recomendaciones para los países en este ámbito.

En ese sentido, en 2014, el GAFI emitió un informe sobre las monedas virtuales y sus principales riesgos[28]. De inicio, el informe presenta una serie de definiciones y términos técnicos con relación a esta nueva tecnología para facilitar la discusión sobre el tema y el análisis de sus riesgos y beneficios potenciales. El GAFI también ha afirmado, en síntesis, que las criptomonedas representan una práctica de riesgo en su utilización como medio para el lavado de activos y la financiación terrorista porque preservan un mayor anonimato de sus usuarios, por su alcance transnacional y por la actual falta de reglamentación, regulación y fiscalización por parte de los países.

Casi un año después, el GAFI presentó, en junio de 2015, las "Directrices para un enfoque basado en riesgo para monedas virtuales" con un análisis más amplio y profundizado sobre las criptomonedas y sus riesgos para el lavado de activos y la financiación del terrorismo. La directiva tuvo como principal objetivo identificar las entidades que participan de actividades relacionadas con las criptomonedas, aclararles a los cambiadores de monedas virtuales las recomendaciones del GAFI y ayudar a las autoridades nacionales a desarrollar propuestas de reglamentación o proyectos de ley en el ámbito de las criptomonedas[29]. El GAFI desarrolló una evaluación de riesgo en la directiva de 2015 y llegó a la conclusión de que las plataformas de negociación de criptomonedas "*exchanges*" o cualquier otra institución en que las criptomonedas se cruzan con las monedas de curso legal deben ser reguladas bajo las recomendaciones de antilavado de activos establecidas por el GAFI y por las normativas internacionales[30].

La directriz de 2015 del GAFI presenta, en síntesis, las siguientes medidas de prevención al lavado de activos y financiación del terrorismo a través de la utilización de las criptomonedas: La inclusión de las *exchanges* en el elenco de sujetos obligados establecidos por el artículo 2.1.3 de la Directiva 215/849 del Parlamento Europeo y Del Consejo[31]; la necesidad de que las *exchanges* funcionen bajo un

28. GAFI, 2014.

29. GAFI, 2015.

30. BOTTINO; TELLES, 2018, p. 172. Los autores proponen también ampliar el rol de los sujetos obligados a los programas antilavado de activos a las grandes corporaciones transnacionales que acepten criptomonedas, como Apple, Microsoft, Amazon, etc.

31. DIRECTIVA (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, 2015. Relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, establece en su art. 2.1.3 que "Art. 2: 1. La presente

registro y una licencia de los países en los que están ubicadas, que exijan datos fiables de sus clientes y mantengan los registros de las transacciones y, cuando sea necesario, reporten las actividades sospechosas; el desarrollo de cooperación y coordinación nacional en el ámbito de la prevención al lavado de activos con las Unidades de Inteligencia Financiera de los países "UIF"; que los países tengan sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas en el ámbito penal, civil o administrativo para los sujetos obligados que dejan de cumplir con los requisitos impuestos; y la necesidad de prácticas de cooperación internacional eficiente y eficaz para ayudar a otros países a combatir el lavado de activos en ese ámbito.

Las recomendaciones anteriormente presentadas por la directriz de 2015 del GAFI prometen reducir, en gran medida, los riesgos de lavado de activos con las criptomonedas por centrarse en las obligaciones de las *exchanges* y en las medidas de cooperación nacional e internacional.

Siguiendo las recomendaciones del GAFI y una serie de estudios desarrollados por las autoridades internacionales, en mayo de 2016, el Parlamento Europeo publicó una Resolución sobre las monedas virtuales en la que habló de los riesgos de su utilización por las características que presentan y de la necesidad de pensar en la posibilidad una reglamentación y de establecer un marco jurídico de las criptomonedas que pudiera acompañar los avances tecnológicos en este ámbito y garantizar una respuesta oportuna y proporcionada a su utilización indebida[32].

Directiva se aplicará a las siguientes entidades obligadas: 1) las entidades de crédito; 2) las entidades financieras; 3) las siguientes personas físicas o jurídicas, en el ejercicio de su actividad profesional: a) los auditores, contables externos y asesores fiscales; b) los notarios y otros profesionales del Derecho independientes, cuando participen, ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria, ya asistiendo en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a: i) la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, ii) la gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente, iii) la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores, iv) la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas, v) la creación, funcionamiento o gestión de fideicomisos, sociedades, fundaciones o estructuras análogas; c) los proveedores de servicios a sociedades y fideicomisos que no estén ya contemplados en las letras a) o b); d) los agentes inmobiliarios; e) otras personas que comercien con bienes únicamente en la medida en que los pagos se efectúen o se reciban en efectivo y por importe igual o superior a 10 000 EUR, ya se realicen en una transacción o en varias transacciones entre las que parezca existir algún tipo de relación; f) los proveedores de servicios de juegos de azar».

32. Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de mayo de 2016, sobre monedas virtuales. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0228_ES.pdf. Acceso en: 08.06.2021.

Dos años después de la Resolución de 26 de mayo sobre monedas virtuales, se publicó la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018 por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, así como las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE. También llamada "Quinta Directiva", es la primera herramienta de *hard law* en el ámbito de la Unión Europea sobre las criptomonedas, es decir, ha sido la primera acción legislativa que impone obligaciones de implementación en ese sentido a sus países miembros[33].

La Quinta Directiva presenta, en materia de lavado de activos, una serie de disposiciones sobre las criptomonedas, adoptando las recomendaciones anteriores formuladas por el GAFI y las autoridades internacionales. En ese sentido, se incluye la definición ya mencionada de lo que se entiende por "moneda virtual" y se establece, en síntesis, la obligación de las *exchanges* de registrarse ante los estados miembros para realizar sus actividades, así como la obligación de hacer la identificación de los clientes e informar actividades sospechosas a las autoridades.[34] También determina la inclusión de las *exchanges* y de los proveedores de servicios de custodia de monederos o *wallets* en la lista de sujetos obligados a la diligencia debida y a deberes de información que antes eran atribuidos exclusivamente a las instituciones financieras, conforme dispone el art. 2.1.3 de la Dir. 2015/849[35].

El legislador europeo, por lo tanto, ha comprendido los avances que pueden ser generados por esta nueva tecnología y, con base en los estudios y discusiones

33. DIRECTIVA (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018 por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, así como las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE.

34. En ese sentido véase: LÓPEZ BARRERO, 2019. pp. 91 y ss.

35. PEREZ LOPEZ, *Op cit.,* p. 108-114. El autor hace un análisis crítico sobre la propuesta de extensión del rol de sujetos obligados relacionados con las criptomonedas en la Directiva 2018/849 del Parlamento Europeo y su posible inefectividad en el combate al lavado de activos. Comprendiendo la cuestión, RUANO MOMOCHALES, 2018, p. 25, entiende que "La premisa sobre la que se asienta la inclusión de estos nuevos sujetos obligados es que, si bien este problema no se va a erradicar, las autoridades competentes resultan facultadas, a través de las entidades obligadas, para vigilar su uso, obtener información que les permitan asociar las direcciones de las monedas virtuales a la identidad del propietario y favorecer, en su caso, la posibilidad de que los usuarios realicen autodeclaraciones a las autoridades designadas".

generados anteriormente, presentó medidas de control y reglamentación de la actividad en el sentido de disminuir los riesgos del empleo indebido de las criptomonedas para la utilización en actividades ilegales, como el lavado de activos y la financiación del terrorismo.

En junio de 2019, el GAFI presentó una nueva publicación con relación a las criptomonedas, intitulada "Orientación para un enfoque basado en el riesgo para los activos virtuales y proveedores de servicios de activos virtuales"[36] en la que recomienda que los llamados proveedores de servicios de activos virtuales[37] sean obligados a reglamentación y licencia por parte de los países y que sean sometidos a un sistema eficaz de supervisión. También recomendó que exijan y mantengan las informaciones de los clientes en todas las transacciones financieras, como el nombre y el número de cuenta del remitente y el nombre y número de cuenta del beneficiario. Estas medidas tienen el potencial de disminuir el grado de anonimato en las transacciones e intentan mitigar los riesgos de utilización de las criptomonedas con la finalidad de lavado de activos.

El GAFI, desde su primera directriz sobre las criptomonedas en 2014, viene acompañando la evolución de los estudios sobre esta tecnología y cada vez más establece medidas efectivas para la reducción de los riesgos de la utilización indebida de las monedas virtuales como medio para el cometimiento de lavado de activos y financiación del terrorismo. Pero, hasta el momento, no ha recomendado directamente la criminalización de las criptomonedas por parte de los países, por entender la dificultad de legitimación y efectividad de esa medida y también por la posibilidad de utilización de las criptomonedas exclusivamente en la clandestinidad, lo que convertiría el Derecho penal en una herramienta meramente simbólica y sin efectos prácticos[38].

En ese sentido, lo que se recomienda a los países es un enfoque constante basado en el riesgo y adopción de medidas para regular a los proveedores de

36. FATF, 2019.

37. Según la definición del GAFI, *Op. Cit*. p. 57: "los proveedores de servicios de activos virtuales son cualquier persona física o jurídica que no está cubierta en otra parte de las Recomendaciones y, como empresa, realiza una o más de las siguientes actividades u operaciones para o en nombre de otra persona física o jurídica: (i) intercambio entre activos virtuales y monedas fíat; ii) intercambio entre una o más formas de activos virtuales; iii) transferencia de activos virtuales; iv) custodia y / o gestión de activos virtuales o instrumentos que permiten el control sobre activos virtuales; y v) participación y provisión de servicios financieros relacionados con la oferta de un emisor y / o venta de un activo virtual".

38. SILVEIRA, 2018. p. 173.

servicios de activos virtuales, así como la supervisión y el monitoreo de las actividades. El GAFI también ha afirmado que continuará desarrollando un estudio anual de la actividad y que presentará recomendaciones direccionadas a las autoridades policiales y de operación sobre medidas de identificación y formas de investigación de actividades ilegales con relación a las criptomonedas[39].

5. Análisis de la legislación de España y Brasil con respecto a las criptomonedas

5.1. El escenario de las criptomonedas en España

En la actualidad, todavía no existe ningún tipo de medida legislativa o reglamentaria con relación a las criptomonedas. Pero, algunas autoridades regulatorias del país ya se han pronunciado sobre el tema y han emitido informes con relación a la utilización de esta nueva tecnología, sobre la naturaleza de las criptomonedas y los riesgos que pueden generarse por el uso indebido para el lavado de activos.

El Banco de España, por ejemplo, emitió un informe en enero de 2014 intitulado "Divisas o Monedas Virtual: El caso de Bitcoin"[40] en el que señalaba una serie de riesgos en la utilización del bitcoin, como su posible utilización para la financiación de actividades ilícitas – especialmente el lavado de activos – por su carácter descentralizado, su anonimato y su aspecto transnacional, así como los riesgos de desestabilización del sistema financiero, de fraude a los consumidores y otros, lo que representaba en este momento una toma de postura de cierta desconfianza con relación a la utilización de esta criptomoneda por parte de la autoridad financiera española.

En enero de 2018, el Banco de España ha publicado una nota en conjunto con la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre las criptomonedas y las ofertas iniciales de criptomonedas "ICOs" en la que advertía a las personas con relación su utilización como inversión, por sus riesgos de variación de precio y por sus patrones que más parecían una burbuja especulativa. En el comunicado conjunto también se llamaba la atención sobre las "ICOs" que pueden ser la emisión de nuevas monedas virtuales o emisión de derechos de divisa "*tokens*" que se ponen a la venta a cambio de criptomonedas, por la completa ausencia de registro, autorización o verificación por los organismos de supervisión en España,

39. FATF, 2018.

40. GORJÓN, 2014.

lo que, como se ha dicho, podría generar una serie de riesgos de fraude para los consumidores[41].

En el ámbito jurisprudencial, en 2019, el tema de las criptomonedas ha llegado por primera vez al Tribunal Supremo de España – Sala de lo Penal –, que ha confirmado la Sentencia n. 326/2019 de la Audiencia Provincial de Madrid. En el caso, el autor ha sido condenado a dos años de prisión por un delito de estafa con bitcoins, así como a la obligación de indemnizar a la víctima en euros por el valor correspondiente a los bitcoins estafados, en el momento de la finalización del contrato.

La decisión del Tribunal Supremo llama la atención hacia algunos aspectos importantes: a) Se ha afirmado, en síntesis, que "bitcoin no es algo susceptible de retorno, puesto que no se trata de un objeto material, ni tiene la consideración legal de dinero"; b) Que el bitcoin no es sino un "activo patrimonial inmaterial, en forma de unidad de cuenta definida mediante la tecnología informática y criptográfica denominada Bitcoin, cuyo valor es el que cada unidad de cuenta o su porción alcance por el concierto de la oferta y la demanda en la venta que de estas unidades se realiza, a través de las plataformas de trading Bitcoin"; c) y por último, que "el Tribunal de instancia no puede acordar la restitución de los bitcoins, siendo adecuado reparar el daño e indemnizar los perjuicios en la forma que se indicó en la sentencia de instancia, o sea, retornado a los perjudicados el importe de la aportación dineraria realizada (daño)".[42]

Los argumentos expuestos en la decisión del Tribunal Supremo, de que el bitcoin no es un objeto material, ni tiene el estatus legal de dinero pueden considerarse acertados, teniendo en cuenta las características de la tecnología que garantizan su inmaterialidad y virtualidad. Tampoco puede considerarse dinero, desde una perspectiva legal, ya que no cumple con los requisitos establecidos por la teoría estatal de la moneda, adoptada en la mayoría de los países en la actualidad. No obstante, determinados aspectos de la decisión relacionados a la tecnología de las criptomonedas son pasibles de críticas, por ejemplo, la afirmación de que la venta de bitcoins ocurre exclusivamente en las "plataformas de *trading*", o que se ya han creado 21 millones de bitcoins. Dichas afirmaciones seguramente serán objeto de modulación en el futuro, ya que no corresponden con la realidad.

Lo cierto es que, hasta el momento, salvo algunas manifestaciones de las autoridades financieras, de entidades privadas o de decisiones judiciales, como la

41. BDE Y CNVM, 2018.

42. En este sentido, véase: TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Sala de lo Penal, Sección 1ª. Sentencia núm. 326/2019 de 20 junio. RJ 2019\2925.

que se ha expuesto anteriormente, no existe ningún tipo de reglamentación, Ley o normativa específica con relación a las criptomonedas y el bitcoin en España, generada por una actitud de cautela del legislador nacional frente a los aspectos todavía nuevos de esta tecnología. En la práctica, esto hace que las monedas virtuales sigan siendo permitidas y utilizadas por las personas físicas y jurídicas como un medio de cambio, inversión y, desafortunadamente, también en contextos de utilización indebida, siendo usada como medio para el lavado de activos y otros delitos.

5.2. Propuestas de regulación de las criptomonedas en Brasil

Brasil es uno de los países que actualmente intenta reglamentar las criptomonedas. En 2015 se ha propuesto el Proyecto de Ley 2303[43] disponiendo la inclusión de las criptomonedas y los programas de millas aéreas en la definición de "medios de pago" bajo la supervisión del Banco Central de Brasil (BACEN), que hasta el momento sigue en tramitación en el Congreso.

Con relación al PL 2.303/2015 se afirma que el uso de las criptomonedas es cada vez más frecuente en las operaciones financieras y que a pesar de no tener, en general, una reglamentación nacional o internacional, existe una creciente preocupación de las autoridades con respecto a las transacciones efectuadas que se basan exclusivamente en la criptografía y la tecnología *Blockchain*[44].

Por ello, propone en el art. 1º del proyecto una modificación del inciso I del art. 9º de la Ley 12.865/2013 con respecto a los "medios de pago" y la inserción de las monedas virtuales y los programas de millas aéreas en la lista de los que están bajo la reglamentación del BACEN. También propone en el art. 2º que se añada un párrafo al art. 11 de la Ley 9613/1998 - que dispone sobre el lavado de activos en Brasil- en el sentido de que las monedas virtuales y los programas de millas aéreas estén en rol de personas obligadas que deben tener una especial atención por los riesgos presentados por las operaciones financieras.

Se ha formado una comisión especial destinada a emitir un parecer sobre el PL n. 2.303/2015 y el 13 de diciembre de 2017 se ha presentado un parecer

43. BRASIL. Câmara de Deputados. Projeto de Lei n. 2303/2015, 2015.

44. Según GUAITA MARTÍNEZ y GARRACEDO GARNATEO, *Op. Cit*. p. 48. "*Blockchain* o cadena de bloques es una tecnología que permite la transferencia de datos digitales con una codificación muy innovadora y segura" y se basa en cálculos matemáticos y utilización de criptografía para las transacciones. Se puede decir que esta tecnología tiene como elementos principales la descentralización, transparencia, abertura, autonomía, inmutabilidad y el anonimato.

sustitutivo al Proyecto inicial afirmando ser contrario a la comercialización, intermediación y aceptación de las criptomonedas como medio de pago para liquidación de obligaciones en el país. Para eso, propone la creación en el Código Penal de un tipo específico que criminaliza la utilización de criptomonedas en Brasil[45].

En el parecer sustitutivo se ha afirmado que "*cabe a nosotros, apenas, evitar que tales monedas sean ofertadas a la población, causando serios problemas en el ámbito de la defensa de la economía popular y de la defensa del consumidor*"[46] y cree que las criptomonedas presentan riesgos por su descentralización, por el desconocimiento de la identidad real del creador del bitcoin[47], por el proceso de especulación en torno de las criptomonedas y por último, el riesgo de fraude o estafa en los negocios del tipo pirámide.

En el parecer sustitutivo también se ha afirmado que el Banco Central brasileño emitió el Comunicado n. 31.379 de 2017 en el que expone los "*riesgos derivados de operaciones de almacenamiento y negociación con las criptomonedas*"[48] y que el Banco Central Europeo ha afirmado que las criptomonedas son como aventuras y que, por eso, incumbe a los bancos centrales de los países la emisión de monedas locales para contener el avance de las tecnologías alternativas[49].

Y, por último, el referido parecer sustitutivo afirma, con respeto a las criptomonedas, que "*decidimos tomar posición por la prohibición de su emisión, en territorio nacional, así como vedar su comercialización, intermediación e incluso su aceptación como medio de pago para liquidación de obligaciones en el País*"[50]. Para

45. *Op. Cit*. En particular véase el Parecer del Diputado Expedito Netto en la comisión especial del Proyecto de Ley n. 2.303 de 2015.
46. *Op. Cit,* p. 10-11 del Parecer del Diputado Expedito Netto en la comisión especial del Proyecto de Ley n. 2.303 de 2015.
47. Todavía no se conoce la verdadera identidad de la persona por detrás del seudónimo Satoshi Nakamoto. Algunas teorías dicen que es una persona, otros que es un grupo de criptophunks o criptoanarquistas, pero en realidad nadie ha probado la identidad del posible creador del bitcoin.
48. BRASIL. Banco Central do Brasil. Comunicado nº 31.379 de 16/11/2017 que alerta sobre los riesgos derivados de operaciones de guarda y negociación de las denominadas monedas virtuales. 2017.
49. *Op. Cit*. En particular, véase el Parecer del Diputado Expedito Netto en la comisión especial del Proyecto de Ley n. 2.303 de 2015. p. 10.
50. *Op. Cit*. Parecer del Diputado Expedito Netto en la comisión especial del Proyecto de Ley n. 2.303 de 2015. p. 10-11.

ello, propone un sustituto al Proyecto de Ley inicial en el que contiene un tipo penal específico, criminalizando las criptomonedas[51].

Es decir, si se aprueba el substituto del Proyecto de Ley 2303/2015, la legislación penal brasileña pasará a criminalizar la conducta del que, sin autorización legal, emita, intercambie, almacene para terceros o efectúe cambio de criptomonedas por moneda de curso legal en el país o de moneda extranjera, afectando así a todos los usuarios de criptomonedas, las plataformas de negociación –*exchanges*–, diversos establecimientos que aceptan las monedas virtuales como medio de pago por bienes, servicios y otros.

El tipo penal propuesto en el parecer de la Comisión Especial del Proyecto 2303/2015 se encuentra en el rol de los delitos contra la fe pública, Título X (arts. 289 a 311-A), más específicamente en el capítulo primero de los crímenes de moneda falsa (arts. 289-292) del Código Penal Brasileño. Se puede decir que el intento de criminalización de las criptomonedas presentado se muestra como una decisión extrema e, incluso, irracional, una vez que considera el uso delictivo como una característica intrínseca de las criptomonedas[52] y crea un delito de peligro abstracto con la tipificación. En ese sentido, entiendo que esa no es la mejor opción adoptada por el poder legislativo brasileño ya que no se puede considerar que las criptomonedas tienen una exclusiva finalidad de cometimiento de delitos.

Es importante poner de relieve que, desde la perspectiva del Derecho comparado, la Unión Europea no ha tomado ninguna medida en el sentido de recomendar a sus países miembros la criminalización de las criptomonedas y el GAFI tampoco sugiere la necesaria criminalización de las monedas virtuales. Es decir, la decisión del legislador brasileño se presenta como irracional desde una perspectiva tanto interna como internacional.

51. "Art. 292. El que emita, sin permiso legal, nota, billete, tarjeta, cupón o título que contenga una promesa de pago en efectivo al portador o en la que falte indicación del nombre de la persona a que se deba pagar: Pena: detención, de uno a seis meses o multa. § 1º La misma pena se aplica a aquellos que, sin permiso legal, emitan, medien el intercambio, almacenen para terceros, efectúen cambio por moneda de curso legal en el país o moneda extranjera, moneda digital, moneda virtual o criptomoneda no emitida por el Banco Central de Brasil. § 2º No incurre en la conducta prevista en el § 1º de este artículo aquel que emita, medie el intercambio, almacene para terceros o realice cambio por moneda de curso legal en el país en un entorno restringido, en la red mundial de computadoras, en forma de sitio web o aplicación, ambas bajo responsabilidad del emisor, con el único fin de compra de bienes o servicios propios o de terceros. (…)"

52. En ese sentido, véase PEREZ LOPEZ, *Op. Cit*. p. 93.

El sustituto del PL n. 2303/2015 también desconsidera las manifestaciones de las autoridades brasileñas con relación a las criptomonedas, como el Banco Central de Brasil que, en 2014, publicó el Comunicado n. 25.306 de 19.02.2014 en el que esclareció el nuevo escenario de esta tecnología y los riesgos provenientes de la adquisición de las llamadas monedas virtuales y de la posibilidad de su utilización indebida en actividades ilegales, bien como los riesgos de fraude en las transacciones en este ámbito. También ha afirmado que las monedas virtuales en aquel momento no representaban un riesgo para el sistema financiero brasileño, por lo que la posición adoptada por el BACEN sería la de acompañar la evolución de la utilización de las criptomonedas y las discusiones y estudios en el ámbito internacional con relación a su naturaleza, propiedad y funcionamiento[53].

En 2017, el BACEN publicó o un nuevo informe, el Comunicado n. 31.379 de 16.11.17, en el que presenta un alerta sobre los riesgos del almacenamiento y las negociaciones con las monedas virtuales, ya que en ese periodo el órgano percibió el interés cada vez mayor de los actores socioeconómicos con relación a las criptomonedas. El BACEN reiteró los riesgos de la compraventa con fines de especulación, así como la posibilidad de utilización indebida de criptomonedas en actividades ilegales como el lavado de activos. También afirmó su compromiso con el apoyo a las innovaciones financieras basadas en nuevas tecnologías que puedan generar un ambiente con una mayor eficiencia y seguridad para los usuarios. Y una vez más, aseguró que las monedas virtuales no representaban, en aquel momento, riesgos para el sistema financiero brasileño, por lo que la posición adoptada sería la misma presentada en el Comunicado n. 25.306 de 19.02.2014[54].

Es importante mencionar también que la Comisión de Valores Mobiliarios (CVM)[55] y el Consejo Administrativo de la Defensa Económica (CADE)[56], hablan de la necesidad de un modelo de reglamentación específico para las criptomonedas, que sea capaz de inhibir su uso indebido como medio para prácticas ilegales, especialmente el lavado de activos y de que las plataformas de negociación sean sometidas al rol de sujetos obligados y a las normas de *compliance*[57]

53. BRASIL, 2014.

54. BRASIL. Banco Central do Brasil. Comunicado 31.379 de 16/11/2017. 2017.

55. Véase: La materia confeccionada por la CVM puede ser accedida en el siguiente sitio web: https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/initial-coin-offering--ico--a0e4b1d10e5a47aa907191d5b6ce5714. Acceso el 09.06.2021.

56. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Inquérito n. 08700.003599/2018–95.

57. Sobre la necesidad de implementación del *Compliance* en las plataformas de negociación de criptomonedas véase: BELLO; SAAVEDRA, 2018, pp. 251-272.

establecidas por la Ley n. 9.613 de 03.03.1998[58]. Pero, en ningún momento abogan o recomiendan la criminalización de las criptomonedas, ya que el hecho de que un mercado sea nuevo y no tenga reglamentación no puede significar que sea un mercado ilícito[59]. Estas son posiciones, como se percibe, en sentido distinto a la propuesta existente en el proyecto sustitutivo del Proyecto de Ley n. 2303/2015 que intenta criminalizar las criptomonedas.

Además del Proyecto de Ley n. 2303/2015, Brasil posee otras iniciativas posteriores en el ámbito legislativo con relación a las criptomonedas, pero hasta el momento no hay ninguna medida efectiva para la regulación de la actividad, por lo que la compra, venta, inversión e intermediación de criptomonedas sigue siendo una actividad legal en el país.

Como se ha dicho, las criptomonedas presentan sus riesgos, beneficios y maleficios, como toda tecnología, lo que sigue siendo objeto de discusión y estudio en todo el mundo. Pero, la tutela de bienes jurídicos y la fiscalización de los riesgos se puede hacer a través de mecanismos de control estatales menos invasivos y más eficaces que el Derecho penal, respetando así las garantías y los derechos fundamentales en un Estado Democrático de Derecho. Eso también garantiza el respeto a los avances tecnológicos y los cambios positivos que pueden ser generados con su utilización, siguiendo el ejemplo de otros países que están desarrollando en el ámbito administrativo la reglamentación de las criptomonedas y a través de la cooperación internacional constante, que puede disminuir sobremanera los problemas de la utilización indebida del bitcoin y de otras criptomonedas en el lavado de activos y otras actividades ilegales.

6. El uso indebido de las criptomonedas y el lavado de activos

Gran parte de las discusiones internacionales y cierto miedo expresado por una parte de la sociedad con relación a las criptomonedas, con énfasis en el bitcoin, pueden ser explicados por el hecho de que, pasados poco más de diez años desde su surgimiento en 2008, ya ocurrieron diversos casos en todo el mundo en

58. BRASIL. Lei n. 9.613 de 03.03.1998, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Los sujetos obligados están en el art. 9 y las obligaciones son presentadas en los artículos 10 y 11 de la referida ley.

59. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Inquérito n. 08700.003599/2018–95.

que las monedas virtuales fueron utilizadas en un contexto de actividades ilícitas, especialmente como medio para el lavado de activos.

6.1. El caso Silk Road *(ruta de la seda)*

El caso más famoso de utilización de criptomonedas en un contexto delictivo es el llamado *Silk Road*, o ruta de la seda, que ocurrió entre 2011 y 2013. *Silk Road* fue un sitio web creado por el estadounidense Ross William Ulbricht, conocido en el mundo virtual por el seudónimo de "Dread Pirate Roberts".

Operado desde la *deep web* (a través de red oculta *TOR*[60]), el sitio intermediaba miles de transacciones anónimas de compraventa de bienes y fue utilizado por varios narcotraficantes y otros vendedores de contrabando de sustancias ilícitas. Los productos eran comercializados entre los compradores y vendedores en la *Silk Road* por medio del bitcoin y cientos de millones de dólares fueron lavados por los propietarios del sitio web mediante estas transacciones ilegales.

A finales de 2013, Ross Ulbricht fue arrestado por la policía y acusado de ser el creador y administrador de la *Silk Road*. En 2015, fue condenado a cadena perpetua por los delitos de lavado de activos, hackeo de ordenadores y conspiración para el narcotráfico. También fueron condenados Robert M. Faiella, más conocido por el seudónimo "BTCKing", y Charlie Shrem, fundador de la casa de cambio "Bitinstant" por su participación en el esquema de lavado de activos por medio de bitcoins en el sitio web[61].

6.2. El caso Virus de la Policía en la llamada "Operación Ramsomware"

Otro caso conocido en el que se han utilizado las criptomonedas como medio para el lavado de activos es el denominado Virus de la Policía. Ese virus de tipo *"ramsonware"* empezó a infectar los ordenadores de las víctimas en 2011, mostrando un mensaje para que estas creyesen que se trataba de una acción punitiva de bloqueo del ordenador generada por la policía, como resultado de una supuesta conducta ilícita cometida por las víctimas en Internet, en cuanto hacían clic en un sitio web infectado con el virus[62].

60. La Red TOR es un sistema que encripta datos enviados a través de Internet, usando servidores intermediarios para encubrir la dirección IP «*internet protocol*» de una persona o sitio web.

61. En ese sentido véase: SILIPRANDI; LOPES, 2019. pp. 87-88.

62. En el cuerpo de los mensajes, por ejemplo, aparecía, en síntesis: "Atención. Fue detectado un caso de actividad ilegal. ¡El sistema operativo fue bloqueado por violación

Existió un gran número de víctimas en España, pero en realidad el ataque con el virus afectó personas en varios países del mundo[63]. Para desbloquear los ordenadores, según el mensaje del virus, las víctimas tenían que pagar 100 euros mediante un código de prepago que, en seguida, era lavado por los criminales y convertido en criptomonedas, en especial, bitcoins. Y para que la víctima creyese que su ordenador estaba siendo rastreado, se mostraba la dirección IP en la pantalla, el país y la ciudad en que estaba, por medio de la geolocalización. En 2013, la Policía Nacional de España arrestó parte de la red criminal y en 2016 la policía, en un operativo junto a la Europol y Eurojust, detuvo a treinta personas de la red criminal en ciudades de España. El proceso contra la red criminal aún está en tramitación pero, desde luego, se puede percibir el alto grado de competencia técnica, informática y de organización de los criminales, así como el ámbito transnacional de los crímenes que generaron víctimas en todo el mundo.

Los casos de crímenes en los que se utilizaron las criptomonedas como medio para el lavado de activos o para la realización de otros delitos, obviamente, no se agotan en los ejemplos presentados en este trabajo, existiendo, por supuesto, otros tantos en todo en el mundo. Pero, no se puede creer que las criptomonedas son utilizadas exclusivamente con fines ilícitos, lo que ya fue demostrado en el transcurso de este artículo. La tecnología de las criptomonedas presenta un gran potencial de cambio financiero para el futuro, generando más rapidez, seguridad, transparencia y reducción de costes en las transacciones y, como toda nueva tecnología, tiene sus riesgos inherentes, que con el tiempo, serán más conocidos y poco a poco reducidos por herramientas efectivas de control e instrumentos estatales de reglamentación.

Es importante considerar que las principales características de las criptomonedas – el anonimato, la desreglamentación y la transnacionalización – que

---

de las leyes de España! Desde su dirección IP número (…) fue efectuado un acceso a páginas de Internet que contienen pornografía, pornografía infantil, zoofilia, asimismo con violencia sobre los menores. En su ordenador fueron encontrados archivos de video que contienen pornografía, elementos de violencia y pornografía infantil…El bloqueo del ordenador se realiza para suprimir la posibilidad de acciones ilegales por su parte. Para quitar el bloqueo del ordenador, usted debe pagar una multa de 100 euros…". Disponible en: https://www.xataka.com/criptomonedas/silk-road-a-operacion-kampuzo-incautaciones-criptomonedas-importantes-para-perseguir-al-crimen-organizado. Acceso en: 07.06.2021.

63. En ese sentido, véase el mensaje de alerta en el sitio web del FBI en agosto de 2012 sobre los casos del Virus de la Policía: https://www.fbi.gov/news/stories/new-internet-scam. Acceso el: 09.06.2021.

hacen que parezcan interesantes para los criminales para el lavado de activos y otros delitos, no permitió que exista la impunidad de los crímenes presentados. De esa manera, ya se puede afirmar que las criptomonedas y en especial, el bitcoin, no están completamente blindadas a un rastreo por parte de las autoridades, como se imaginaba en su surgimiento[64]. En ese sentido, es necesaria una capacitación continua de los actores policiales y judiciales para hacer frente a la utilización indebida de las criptomonedas como medio para cometer actividades ilegales, aliada a una cooperación internacional permanente y efectiva, ya que ningún país puede abordar en solitario los problemas complejos presentados por nuevas tecnologías como las criptomonedas.

7. Breves conclusiones

El fenómeno de las criptomonedas se presenta como una innovación financiera del porvenir, que aún no ha demostrado toda su capacidad de transformación ni todo su potencial de utilización en la sociedad. Se añaden a este escenario de incertidumbre los riesgos que pueden generarse con el empleo indebido de las monedas virtuales en un contexto de actividades ilegales. Pero, en la actualidad, es minoritaria la consideración de que las criptomonedas son un medio exclusivo para la realización de crímenes o un riesgo *per se*. En ese sentido, los países tienen la tarea de evaluar los riesgos de la utilización de las criptomonedas desde la perspectiva práctica de su contexto y realidad para elaborar medidas de reglamentación y herramientas efectivas de control.

También es imprescindible una mayor comprensión sobre las nuevas tecnologías, para capacitar a los actores judiciales y policiales sobre estas nuevas herramientas, creando medios de fiscalización para la utilización indebida de las criptomonedas con fines ilegales. Los países tienen que evaluar la posibilidad de implementar las recomendaciones del GAFI con respecto a las monedas virtuales, así como las medidas antilavado de activos establecidas por las autoridades internacionales para reducirlos riesgos delictivos desde una perspectiva de cooperación jurídica global.

Por su arquitectura técnica, el bitcoin y las otras criptomonedas, en general, son un fenómeno transnacional y pueden ser indebidamente empleadas como medio para el lavado de activos, pero hasta el momento, son mayoritariamente utilizadas como inversión por los usuarios, sobre todo por su alta volatilidad de precio.

64. SILVEIRA, 2018, p. 115.

Con relación al Proyecto de Ley 2303 de 2015 de Brasil y los subsecuentes, el mejor camino es que los legisladores opten por la reglamentación de las criptomonedas y no por propuestas de criminalización, en observancia a las normativas internacionales sobre el tema, ya que la nueva tecnología no tiene una utilización exclusivamente delictiva, obviamente presentando riesgos como toda tecnología.

Respeto a las políticas antilavado de activos, los países van a necesitar medidas de cooperación internacional eficaces y permanentes en el ámbito financiero y penal con relación al empleo indebido de las criptomonedas y del bitcoin, ya que, por sus características, es poco probable que un país en solitario pueda desarrollar medidas efectivas para hacer frente a estas conductas ilegales. Los países deben apostar a una reglamentación conjunta de las criptomonedas, por medio de una normativa de mínimos a nivel internacional, obviamente, respetando los distintos ordenamientos jurídicos, así como adoptar las prácticas antilavado de activos recomendadas por las organizaciones internacionales.

Bibliografía

BEDECARRATZ SCHOLZ, Francisco. Riesgos delictivos de las monedas virtuales: Nuevos desafíos para el derecho penal. 2018. En: *Revista Chilena de Derecho Penal*. VOL. 7 NÚM. 1. pp. 79-105. DOI 10.5354/0719-2584.2018.48515.

BELLO, Douglas Sena; SAAVEDRA, Giovani Agostini. A necessária reflexão acerca da expansão legislativa do compliance decorrente da relação de criptomoedas como os bitcoins e a lavagem de dinheiro. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 147. ano 26. São Paulo: Ed. RT, setembro, 2018.

BOTTINO, Thiago; TELLES, Christiana Mariani da Silva. Lavagem de dinheiro, bitcoin e regulação. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 148. ano 26. São Paulo: Ed. RT, outubro, 2018.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *Comunicado 25.306 de 19/02/2014*. Disponible en: https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=25306.

_____. Banco Central. *Comunicado n° 31.379 de 16/11/2017 que alerta sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais*. 2017. Disponible en: https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=31379.

_____. Câmara de Deputados. *Projeto de Lei n. 2303/2015*. Disponible en: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470.

_____. Comissão de Valores Mobiliarios (CVM). 2017 http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171011-1.html.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Inquérito n. 08700.003599/2018–95.

_____. Lei n. 9.613 de 03.03.1998, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.

CNMV & BDE. *Comunicado conjunto de la CNMV y del Banco de España sobre "criptomonedas" y "ofertas iniciales de criptomonedas" (ICOs)*, feb de 2018. Disponible en: https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/18/presbe2018_07.pdf.

CONESA LAREO, Carlos. *Bitcoin*: ¿una solución para los sistemas de pago o una solución en busca de problema? Banco de España. Documentos Ocasionales, nº 1901, 2019, p. 04. Disponible en:https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeriadas/DocumentosOcasionales/19/Fich/do1901.pdf.

DIRECTIVA (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. 2015.

DIRECTIVA (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. 2018.

EUROPEAN CENTRAL BANK. *Virtual currency schemes*: A further analysis. Feb de 2015. Disponible en http://bit.ly/2lez4Oh.

FATF. *Regulation of virtual assets*, FATF, Paris. 2018. Disponible en: https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/regulation-virtual-assets.html.

_____. *Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*, FATF, Paris. 2019. Disponible en: www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/Guidance-RBA-virtual-assets.html.

GAFI: *Directrices para un enfoque basado en riesgo para monedas virtuales*, junio de 2015. Disponible en: www.fatf-gafi.org.

_____. Informe del GAFI. *Monedas Virtuales. Definiciones Claves y Riesgos Potenciales de LA/FT*, junio 2014. Disponible en: www.fatf-gafi.org.

GORJÓN, Sergio. *Divisas o Monedas Virtual*: El caso de Bitcoin. Dirección General de Operaciones, Mercados y Sistemas de Pago. Banco de España, 2014. Disponible en: https://www.in-diem.com/wp-content/uploads/2017/12/Nota_informativa_Bitcoin_enero2014.pdf.

GUAITA MARTÍNEZ, José Manuel; CARRACEDO GARNATEO, Patrícia. Análisis del mercado. p. 62. En: GUAITA MARTÍNEZ, José Manuel (coord.). *Las criptomonedas*: Digitalización del dinero 2.0. Navarra: Editorial Aranzadi, 2019.

LÓPEZ BARRERO, Esther. Lucha contra el blanqueo de capitales: perspectiva desde la normativa internacional. En: *El blanqueo de capitales y su relación con la cibercriminalidad*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2019.

MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Bitcoin e lavagem de dinheiro: como as criptomoedas podem revolucionar o crime de lavagem de dinheiro. En: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 163, ano 28. São Paulo: Ed. RT, janeiro, 2020.

NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin*: a Peer-to-Peer Electronic Cash System, 2008. Disponible en: https://bitcoin.org/bitcoin.pdf .

NAVARRO CARDOSO, Fernando. Criptomonedas (en especial, bitcoin) y blanqueo de dinero. En. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2019, núm. 21-14, pp. 4-6. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-14.pdf.

PARANÁ, Edemilson. *Bitcoin*: a utopia tecnocrática do dinheiro apolítico. São Paulo: Autonomia Literária, 2020.

PARLAMENTO EUROPEO. *Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de mayo de 2016, sobre monedas virtuales*. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0228_ES.pdf.

PEREZ LOPEZ, Xesus. Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas com fines de blanqueo. In: FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel (dir.). *Blanqueo de Capitales y TIC*: Marco jurídico nacional y Europeo, Modus Operandi y Criptomonedas. Ciberlaundry. Informe de situación. España: Editorial Aranzadi, 2019.

RAMONET, Ignacio. *La crisis del siglo. El fin de una era del capitalismo financiero*. Venezuela: Fundación Editorial elperroy larana, 2008.

RUANO MOMOCHALES, Teresa. *Claves Prácticas. Blanqueo de capitales*: responsabilidad penal y compliance. Madrid: Francis Lefebvre. 2018.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Bitcoin e suas fronteiras penais*: em busca do marco penal das criptomoedas. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

_____. "Criptocrime": considerações penais econômicas sobre criptomoedas e criptoativos. En: *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*. Thomson Reuters. vol. 1. jan.–mar. 2020. Disponible en: https://bit.ly/2RTvEkK.

SIPRILANDI, Adriana; LOPES, Fernando. *Blockchain, bitcoin e smart contracts*: a revolução dos ativos digitais. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Sala de lo Penal, Sección 1ª. Sentencia núm. 326/2019 de 20 junio. RJ 2019\2925.

ULRICH, Fernando. *Bitcoin*: a moeda na era digital. São Paulo: Ed. Mises, 2014.

VALARROIG MOYA, Ramón; PASTOR SEMPERE, Carmen (dir.). *Blockchain*: Aspectos tecnológicos, empresariales y legales. Navarra; Editorial Aranzadi, 2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Criptomoedas e evasão de divisas: (a)tipicidade, de Isabela Maria Stoco e Pedro Henrique Nunes – *RDPec* 5/99-121 (DTR\2021\3320);
- "Criptocrime": considerações penais econômicas sobre criptomoedas e criptoativos, de Renato de Mello Jorge Silveira – *RDPec* 1/79-100 (DTR\2020\3822);
- Bitcoin e lavagem de dinheiro: como as criptomoedas podem revolucionar o crime de lavagem de dinheiro, de Lucas Miranda e Túlio Vianna – *RBCCrim* 163/265-309 (DTR\2019\42602);
- Bitcoin e o trilema penal econômico: a (im)prescindibilidade de uma regulação internacional, de Yuri Rangel Sales Feliciano – *RDPec* 2/155-186 (DTR\2020\7590);
- Criptomoedas e direito penal econômico: uma análise à luz do crime de lavagem de dinheiro, de Amanda Paparoto Assis – *RDPec* 3/65-82 (DTR\2020\10207);
- Cryptocoin e moeda legal. Aproximações e distanciamentos, notas para uma compreensão jurídica, de Maria Eugênia Finkelstein e Jarbas Andrade Machioni – *RDB* 89/171-191 (DTR\2020\8461);
- Dinheiro: do pretérito ao futuro, do material ao imaterial, de Felipe Bizinoto Soares de Pádua – *RDB* 92/209-223 (DTR\2021\8105);
- Financiación en la era digital. Documentos involucrados en las financiaciones digitales y perspectivas de futuro, de María del Pilar Galeote Muñoz – *RDB* 88/61/68 (DTR\2020\7384); e
- Ocultar o oculto: apontamentos sobre a lavagem de dinheiro em tempos de criptomoedas, de Renato de Mello Jorge Silveira e Beatriz Corrêa Camargo – *RBCCrim* 179/19-67 (DTR\2021\7797).

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- *RT* 1016/480 (JRP\2020\124787), *RT* 1001/443 (JRP\2018\1185823).

Compreendendo algoritmos aplicados ao sistema de justiça criminal – ilegibilidade, acesso, compreensão, verdade e computabilidade no 'eu' identificado por algoritmos

Understanding algorithms in the criminal justice system – illegibility, access, understanding, truth and computability of the 'self' in algorithms

Rafael de Deus Garcia

Mestre em Direito pela UnB e aluno de doutorado (2018-2021) no PPGD-UnB, sob orientação de Evandro Piza Duarte. É professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na UNIDESC e pesquisador-bolsista no IPEA.
ORCID: [0000-0001-7985-521X].
rafaeldedeusgarcia@gmail.com

Evandro Piza Duarte

Mestre em Direito pela UFSC. Doutor em Direito pela UnB. É professor de Direito Processual Penal e Criminologia na Universidade de Brasília. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq – Nível 2.
ORCID: [0000-0002-0077-0297].
evandropiza@gmail.com

Recebido em: 30.03.2021
Aprovado em: 03.05.2021
Última versão dos autores: 17.06.2021

Área do Direito: Penal

Resumo: Este artigo parte do problema da opacidade e da dificuldade de compreensão dos algoritmos no âmbito da segurança pública e da justiça criminal. A simples compreensão descritiva do que consiste um algoritmo ou até mesmo o mero acesso ao "interior" de um algoritmo tampouco parece contribuir para uma compreensão efetiva das possíveis utilizações e dos efeitos dessa tecnologia. Muito tem se falado sobre algoritmos e sua previsibilidade, mas pouco se discute

Abstract: Opacity and technical complexity are major problems when it comes to understanding an algorithm, especially in the area of public security and criminal justice system. The mere technical description of what an algorithm is or even the simple access to the "interior" of an algorithm does not seem to contribute to an effective understanding of the possible uses and effects of this technology. Much has been said about algorithms and their function of predictability,

Garcia, Rafael de Deus; Duarte, Evandro Piza. Compreendendo algoritmos aplicados ao sistema de justiça criminal – ilegibilidade, acesso, compreensão, verdade e computabilidade no 'eu' identificado por algoritmos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 183. ano 29. p. 199-226. São Paulo: Ed. RT, setembro 2021.

que sentidos podem a eles ser atribuídos, como efetivamente acessá-los, e como podem ser enfim compreendidos. É o que se pretende abordar neste artigo. Seu objeto não são os algoritmos em si, mas a compreensão que pode ser atribuída a eles. Metodologicamente, parte-se de conceitos como ilegibilidade e fluxo oculto de informações, elementos já existentes nos estudos sobre documentos do Estado. Em seguida, pela revisão de literatura especializada, são abordadas as seguintes questões: o que é algoritmo? É possível compreender um algoritmo? É possível acessar um algoritmo? Quão verdadeiros são os resultados de um algoritmo? O eu é computável?

Palavras-chave: Sistema de Justiça Criminal – Algoritmos – Ilegibilidade – Fluxo de informações – Computabilidade do eu.

but little is discussed about which meanings can be attributed to them, how to effectively access them, and how they can be finally understood. This is what we intend to address in this article. Its object is not the algorithms themselves, but the understanding that can be attributed to them. Methodologically, it starts with concepts such as illegibility and hidden information flow, elements that already exist in studies on documents of the State. Then, by reviewing the specialized literature, the following questions are addressed: What is an algorithm? Is it possible to understand an algorithm? Is it possible to access an algorithm? How true are the results of an algorithm? Can the self be computable?

Keywords: Criminal Justice System – Algorithms – Illegibility – Informational flow – Computability of the self.

Sumário: 1. Introdução. 2. Algoritmos são documentos?. 3. O que é algoritmo?. 4. É possível compreender um algoritmo?. 5. É possível acessar um algoritmo? 6. Quão verdadeiros são os resultados dos algoritmos?. 7. Considerações finais: o "eu" é "computável"?. 8. Referências.

1. *Informação relevante:* Este trabalho é uma conclusão parcial da pesquisa de doutorado em andamento no PPGD-UnB, sob orientação do prof. Dr. Evandro Piza Duarte.

2. *Agradecimentos:* Agradecemos à professora Camila Cardoso de Mello Prando pelas sugestões de bibliografia quanto aos estudos sobre documentos. Agradecemos ao CNPq pela concessão da Bolsa de Produtividade em Pesquisa do CNPq – Nível 2, que permitiu o desenvolvimento de parte da presente pesquisa.

1. Introdução

Distopias como a de George Orwell em *1984* mostram um regime de poder de natureza vertical, um totalitarismo burocrático em que a colaboração direta ao sistema imposto fica restrita aos entusiastas e políticos, enquanto aos demais cabe a submissão ao controle e à vigilância permanente. No mundo do *Big Data*, ao contrário, a colaboração ativa das pessoas é fundamental, e há incentivos psicológicos muito fortes, nauseantes, como coloca Zuboff, para impedir eventual resistência. Além da conveniência permitida pelo consumo personalizado, a rastreabilidade permanente e a produção de dados aptos à mineração passam a ser naturalizadas no cotidiano, quando não enaltecidos (ZUBOFF, 2015, p. 84).

Morozov é mais catastrófico em sua previsão:

> "A regulação algorítmica, independentemente de seus benefícios imediatos, nos dará um regime político no qual todas as decisões serão tomadas pelas empresas de tecnologia e pelos burocratas estatais" (MOROZOV, 2018, p. 101).

Se não podemos afirmar que *todas* as decisões serão tomadas a partir de processos algorítmicos, podemos tranquilamente dizer que a automatização dos processos decisórios é uma realidade iminente para muitos dos âmbitos de atuação estatal.

Safiya Noble, em *Algorithms of Oppression,* fez uma pesquisa sobre preconceito, viés racista e de gênero, presente nos serviços e mecanismos de busca (*search engines*). Aponta que "há vários casos que demonstram como racismo e machismo são parte da arquitetura e linguagem da tecnologia, uma questão que precisa de atenção e remediação" (NOBLE, 2018, p. 21)[1].

Se é verdade que há significativa sofisticação positiva dos mecanismos de busca ao longo dos anos[2], é também verdade que só há esse processo de melhoramento porque há um esforço positivo nesse sentido, com atendimento devido de demandas. Ou seja, o percurso "natural" dos algoritmos pode simplesmente ser um reflexo justamente daquilo que é mais problemático na sociedade. Isso não é difícil de supor, pois se os algoritmos utilizam dados produzidos pela sociedade, seus resultados não irão simplesmente mostrar uma realidade diferente. Não haverá resultado sem viés ou livre de preconceitos em uma sociedade que se coloca, a todo o tempo, ao contrário disso.

Ao mesmo tempo, parece haver certa presunção de acurácia e objetividade em processos algorítmicos, desviando a atenção de suas possíveis consequências (FERGUSON e LOGAN, 2016, p. 543). É como se eles nos salvassem do subjetivismo humano e, com isso, dos erros. "Delega-se à visão algorítmica a função de filtrar, interpretar e detectar irregularidades que devem ser controladas, orientadas e conjuradas" (BRUNO, 2018, p. 245).

"Vivemos em uma era de profunda assimetria epistêmica", diz Morozov (2018, p. 113). Os novos processos tecnológicos garantem a hipervisibilidade

1. Tradução livre de: *There are several cases that demonstrate how racism and sexism are part of the architecture and language of technology, an issue that needs attention and remediation.*
2. Por exemplo, hoje, uma busca com o verbete *black girls* (garotas negras) resulta em muito menos conteúdo pornográfico que em 2011 (NOBLE, 2018, p. 22).

das pessoas ao mesmo tempo em que crescem em sua hiperinvisibilidade. "Os governos continuam a classificar mais documentos, delegando suas funções a empresas privadas que não precisam se adequar às leis de liberdade de informação", e quem desenvolve essas novas tecnologias nem sempre é honesta em seus possíveis e reais impactos (MOROZOV, 2018, p. 113).

A opacidade[3] é sem dúvida um dos ingredientes principais das novas tecnologias nessa era informacional. Muito se fala sobre algoritmos e sua previsibilidade, mas pouco se discute o que efetivamente são os algoritmos, que sentidos podem a eles ser atribuídos, como acessá-los, e como podem ser compreendidos.

É o que se pretende abordar neste artigo. Seu objeto não são os algoritmos em si, mas a compreensão que pode ser atribuída a eles nos estudos das humanidades, com a delimitação temática em: algoritmos aplicados ao sistema de justiça criminal.

Em síntese, identificamos os problemas principais apontados nos estudos sobre algoritmos como sendo: a) a possibilidade de reprodução ou intensificação de vieses racistas e de preconceito geográfico e de gênero nos processos decisórios; b) a opacidade quanto ao funcionamento dos algoritmos, o que inclui a dificuldade de lhes atribuir transparência e de se compreender como seus resultados são alcançados; e c) a expectativa de neutralidade e objetividade dos processos algorítmicos, como se fossem capazes de suplantar os erros advindos da subjetividade humana.

Partindo-se desses problemas gerais, o específico a ser trabalhado é o da própria compreensão de algoritmos quando aplicados no sistema de justiça criminal. Assim, objetivamos trazer contribuições teóricas e estratégias para subsidiar a compreensão crítica dos algoritmos, no sentido de que: a) o novo fenômeno tecnológico não irá inaugurar um novo sistema de justiça criminal, o qual já nos fornece alguns elementos essenciais para se compreender como se darão as novas adesões tecnológicas e, quais, portanto, devem ser as preocupações mais importantes a serem tratadas; b) é possível compreender e acessar algoritmos desde que se adotem estratégias adequadas para tanto, sem a expectativa de imediação analógica ou de compreensão técnico-operacional, o que escapa até mesmo às próprias pessoas que desenvolvem algoritmos supercomplexos; e c) algoritmos não são o caminho a uma pretensa verdade universal ou a uma narrativa neutra e objetiva da realidade, tampouco do "eu".

3. Cf., sobre o assunto: BURREL, 2016; ESLAMI, 2019; STROBEL, 2019 e PAUDYAL & WONG, 2018; BRUNO, 2016, p. 244.

Metodologicamente, portanto, optou-se pelo seguinte caminho. De início, é feita uma aproximação contextual a partir da ideia de documentos em sua relação ao Estado, com conceitos como ilegibilidade e de comunicação institucional por documentos. Essa opção se justifica pela seguinte razão: A compreensão desse novo fenômeno tecnológico aplicado ao sistema de justiça criminal exige-nos compreender o contexto material sobre o qual estará inserido. Se é fato que algoritmos são uma novidade, é também uma realidade que sua utilização não vai simplesmente fazer sucumbir velhas práticas e racionalidades. Assim, entendemos que o primeiro passo para entender algoritmos aplicados ao sistema de justiça criminal seja compreender como ele lida e se situa em relação à gestão da informação.

Em seguida a esse panorama inicial, pela revisão de literatura, são abordadas as seguintes questões: o que é algoritmo? É possível compreender um algoritmo? É possível acessar um algoritmo? Quão verdadeiros são os resultados de um algoritmo? O eu é computável?

Por fim, propõe-se refletir sobre os algoritmos e seus usos cada vez mais crescentes no âmbito do sistema de justiça criminal, valendo-se da categoria de novos "regimes de visibilidade", ou seja, procedimentos que "estabelecem socialmente aquilo que deve ser visto, as condições e os valores que devem ser julgados" e, nesse contexto, podem ser pensados como instituidores de novos "regimes de verdade", ou seja, "sobre quem está autorizado a falar, o tipo de discurso que é aceito como verdadeiro e os mecanismos que permitem distinguir o falso e o verdadeiro" (GOMES, 2013, p.51-52).

Neste contexto, propõe-se, além de uma descrição crítica sobre o que os algoritmos são "como cultura" SEAVER (2017), a crítica ao seu suposto objetivismo (MERLEAU-PONTY, 2013) e, ao final, diante dos efeitos atuais e potenciais de controle, propõe-se a necessidade de regulamentação social e jurídica, quando pretende-se como tecnologia individualizada de comportamentos, ou seja, defende-se neste texto a compreensão da ilegibilidade, acesso, compreensão, verdade do "eu", por meio de algoritmos ou sua "incomputabilidade" (HILDEBRANDT, 2019)

2. Algoritmos são documentos?

Documentos, como o Inquérito[4] e outros expedientes burocráticos, como aqueles por quais as instituições trabalham (laudos, pareceres, peças processuais,

4. O sentido de documentos é amplo, e cito como exemplo, para fins de entendimento, a análise que Misse (2010 e 2011) faz do Inquérito Policial. Conferir também Farias (2009).

sentenças etc.), podem ser compreendidos como partes de uma engrenagem governamental (FARIAS, 2009). O Estado não são seus documentos, mas o Estado, de uma maneira ou de outra, se materializa e se formaliza por meio de seus documentos, que são operados por seus agentes e que geram os mais diversos efeitos na população, compreendidos por ela de diversos modos.

Segundo Matthew Hull, documentos podem gerar formas de sociabilidade em larga escala, desde organizações até Estados, não somente como instrumentos de controle, mas também como veículos de imaginação. Ainda segundo o autor, citando, entre outros, Viena Das, o "Estado, não existe simplesmente enquanto burocracia de regulação, mas também 'como uma espectral presença materializada em documentos'" (HULL, 2012, p. 260).

Para Veena Das, parte importante do processo de governabilidade por meio dos documentos é decorrente de sua condição de ilegibilidade. Para a autora, essa ilegibilidade de regras e regulamentos por qual o Estado opera é que permite que o elemento definidor do Estado em sua relação com suas margens seja uma oscilação entre o racional e o mágico (DAS, 1991, p. 234). Em outras palavras, a atuação e legitimação do Estado não decorrem exatamente da clareza e força de seus documentos, mas, especialmente em relação às margens, em relação à condição mágica[5] e simbólica que decorre dessa documentação, que, em grande medida, é permeada, não por acaso, de ilegibilidade.

Margem não se refere a algo fora do Estado ou a um lugar onde a soberania ou a lei estão a ser alcançadas ou suspensas. Se o Estado não é o local da racionalização, da legalidade, estatutos, possibilidades de nomeação, qualificação (VIANNA, 2013, p. 17), as margens do Estado não são o contrário disso. Além de "locais" de denúncias e lutas por direitos, as margens podem ser compreendidas como constitutivas do próprio Estado, cuja relação indeterminada permite-nos a compreensão do exercício do poder e da resistência (DAS POOLE, 1991, p. 30).

5. Eu uso a noção de magia aqui não para sugerir que o Estado engana o público [...]. Em vez disso, eu gostaria de apontar quatro elementos específicos sobre o que chamo de magia. Primeiro, a magia tem consequências que são reais; consequentemente, eu prefiro falar em termos de magia do estado e não de ficções do estado. Embora eu esteja perfeitamente ciente de que as ficções pertencem à vida, ao caracterizar a magia como tendo consequências que são reais, estou tentando me aproximar das representações que encontrei no campo. Em segundo lugar, as forças mobilizadas para a realização da magia não são transparentes. Em terceiro lugar, práticas mágicas estão fortemente alinhadas a forças de perigo, devido à combinação de obscuridade e poder. Por fim, envolver-se em magia é colocar-se em uma posição de vulnerabilidade (DAS, 1991, p. 226).

A intensificação de processos tecnológicos no âmbito da política criminal pode afastar não só o público em geral dos processos de decisão, seja no nível do entendimento ou da participação deliberativa, como pode afastar também os próprios burocratas. Esses processos não são transparentes, ao mesmo tempo em que são compreendidos, por premissa, como *racionais* e corretos. Nesse sentido, a premissa de infalibilidade do processo tecnológico aliada à incompreensão generalizada a respeito de seu funcionamento pode ampliar a atuação "mágica" do Estado, no sentido dado por Das (1991, p. 226).

Farias aponta como "o problema da (i)legibilidade da documentação do Estado é encarado como uma das bases de consolidação do controle estatal sobre populações, territórios e vidas" (2015, p. 87). Em sua pesquisa, demonstra como a inscrição de termos ou sinais em um laudo cadavérico pode marcar o destino burocrático da apuração de uma morte. Ao mesmo tempo, ainda que o sinal identificador no laudo esteja visível e disponível ao acesso do público, o documento não se torna necessariamente legível, até mesmo porque seu significado *no* laudo não é explícito com seu significado *após* o laudo, ou seja, que caminho aquele marcador abre e fecha.

Uma ficha de antecedentes criminais (FAC), que pode conter as passagens de alguém pela polícia, pode parecer não ter um efeito imediato e visível em uma sentença condenatória. Afinal, a Súmula 444 do STJ veda "a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base". No entanto, a FAC pode ser utilizada para fins de afastamento do tráfico privilegiado, pois a ficha indica a dedicação do sujeito a atividades criminosas, o que impediria o benefício da redução de pena. Ainda assim, é difícil saber até que ponto juízes não se utilizam da FAC para formar sua convicção após um conjunto probatório pouco consistente.

Para a polícia, no mesmo sentido, o registro serve como um carimbo. É um sinal identificador que se presta não só a manter o sujeito sob atenção especial, para identificação futura, como até meio de justificação para suas ações e escolhas, como no momento de uma abordagem ou quando questionados. A FAC não pode ser compreendida como um documento no qual estão presentes os registros policiais de um sujeito, mas também como um instrumento de gestão de informação direto entre o poder policial e o judicial, cujo significado real não é explícito nem legal, mas sub-reptício na operação do sistema de justiça criminal.

Em pesquisa empírica com policiais militares, Piza Duarte et al. mostraram como se dá a construção da condição de suspeito nos crimes de drogas, apontando, que "o encaminhamento do usuário à delegacia para registro e incriminação

seria indispensável à política de prevenção ao consumo e tráfico de drogas" (DUARTE et al., 2014, p. 93):

> "O usuário eu também levava, porque no mínimo ele ia ficar sujo lá, com uma entrada. E a probabilidade dele virar um traficante, um avião é muito grande (depoimento de um PMBA);
>
> Eu levo mesmo, porque eu sei pode até não ficar, mas tem o registro. Quando ele comete um delito aí a mãe diz: 'meu filho não tem uma entrada'. Porque futuramente ele vai dar trabalho pra gente. Ele tá cometendo um ilícito. Se tivesse trabalhando eu não levava ele preso. Futuramente a gente vai ser vítima, os filhos do senhor [...]. Eu acho que se tivesse uma punição maior tinha que ser pra quem compra. Ou então a justiça obrigar a ele ir para um centro de recuperação. Eu li uma matéria que nos Estados Unidos ou ia pro centro ou ia preso (depoimento de um PMBA)."

Não se trata somente de um carimbo identificador que permite à polícia construir sua narrativa sobre um indivíduo, mas um instrumento de validação de suas ações por meio da produção de um dado.

Ainda que pouco sistematizadas, as questões de quando se acionar a burocracia policial e judicial, de quando se abordar e até o limite, *de quando atirar*, fazem parte da gestão de informações disponíveis à polícia. As decisões tomadas por policiais na atuação ostensiva podem frequentemente não advir de um único indivíduo. Ao contrário, o fluxo de informações interno é boa parte do processo decisório, em que a central de inteligência da PM municia os demais para decisões quanto à atuação.

> "Há decisões que são construídas no fluxo interno de informações das polícias militares, seguem padrões hierarquizados das instituições militares, mas há outras que são marcadas por fluxos transversais de informação entre policiais e entre policiais e sociedade, e, por fim, outras que decorrem da inciativa direta do policial que pode, também, interagir com os demais executores da ação de policiamento" (DUARTE et al., 2014, p. 89).

Frequentemente, documentos são utilizados para garantir ou justificar a atuação policial, como boletim de ocorrência, a ficha de antecedentes, os autos de resistência. Os documentos podem ter o condão de validar ou esconder a atuação policial de outras esferas de controle (administrativo, judicial, social etc.). A ausência de registro em si é uma informação, na medida em que a presunção de legitimidade da ação policial inviabiliza o escrutínio judicial, garantindo a liberdade de atuação policial (DEUS GARCIA, 2017).

Ocorre que documentos, além de comporem um fluxo operacional, geram informação disponível em determinadas circunstâncias. A construção de arquivos desde as práticas de controle social e seu uso em uma dinâmica de racionalização foi um tema central nas transformações do controle social moderno, como demonstrou Michel Foucault (2005), prontuários, fichas técnicas, boletins, laudos etc. estiveram na base de construção das ciências humanas, tais como a Criminologia, a Psiquiatria, a Pedagogia etc. A transformação crescente do suporte físico para a digital marca também a produção de novas realidades, provocando inclusive uma nova dinâmica entre informação registrada e informação disponível. O documento-arquivo, capaz de reunir mais informações que as necessárias exclusivamente para um único procedimento (encadeamento de ações e tomada de decisões), é uma nova realidade, toda informação torna-se disponível e passível de utilização desde o registro, bastando resolver essencialmente como gerenciá-la.

Esse vir-a-ser da informação era algo latente nos primeiros registros utilizados nas ciências humanas, porém a crescente velocidade de coleta de informações, a disponibilidade no formato digital, seu volume e o fato que essas informações são cada vez mais vinculadas a populações fora dos muros institucionais traz novos problemas, na medida em que o saber que será gerado sequer passam por filtros mais públicos das instituições universitárias, sendo compreendidos como problemas técnicos de gestão que devem ser "resolvidos" desde o uso da inteligência artificial.

O ponto é que a ilegibilidade de documentos e a compreensão das lógicas de arquivamento por parte do Estado pode ser potencializada pelo uso dos algoritmos que, pretensamente, serviriam para resolver esses problemas de gestão. Para Fernanda Bruno,

> "A opacidade da visão algorítmica e a incomensurabilidade sensorial e cognitiva da escala tornam extremamente difícil saber precisamente onde incide o controle ou a vigilância sobre a minha ação. Impede também que eu aprenda o efeito ou a consequência de minha própria ação nessa rede de controle" (BRUNO, 2016, p. 244).

A discussão sobre documentos (e seus arquivos) e sobre o exercício do poder não manifesto operado por meio deles pelo Estado se justifica na medida em que *ilegibilidade* e *fluxo oculto de informações* não são elementos novos ou típicos de uma tecnologia mais avançada. Parte-se, portanto, dessa constatação para primeira compreensão de algoritmos e seus possíveis impactos no sistema de justiça criminal. Como compreender a utilização em massa de dados pessoais por meio de algoritmos gerados? Para tanto, algumas perguntas orientadoras serão

trabalhadas a seguir: O que é algoritmo? É possível compreender um algoritmo? É possível acessar um algoritmo? Quão verdadeiros são os resultados dos algoritmos? O eu é "computável"?

3. O QUE É ALGORITMO?

Seaver (2017, p. 1) conta que, em uma conferência sobre algoritmos na área de humanas, um senhor mais experiente questionou: "Com toda essa conversa sobre algoritmos, eu não ouvi ninguém falar de um algoritmo *de fato*", e então mencionou o algoritmo chamado do tipo *bubble sort*, um algoritmo de ordenação que, aparentemente, é um dos mais simples possíveis. Será que é possível a nós, das humanidades, estudar algoritmos se mal conseguimos compreendê-los?

> "Talvez não entendamos o que sejam algoritmos, afinal. A ansiedade com a terminologia é um dos pontos mais marcantes do estudo crítico de algoritmos. Porém, como pesquisadores que ousam sair de suas áreas, isso não ocorre porque somos tecnicamente ineptos. Pelo contrário, ansiedades com terminologias técnicas de outras áreas são os primeiros sintomas, e o próprio alcançar, das fronteiras entre os campos de conhecimento, e os estudos críticos sobre algoritmos são, essencialmente, fundados em uma transgressão disciplinar"[6] (SEAVER, 2017, p. 02).

Há algoritmos muito simples, que não exigem conhecimento aprofundado em matemática ou em computação para serem compreendidos. Um exemplo disso é o *crivo de Erastóstenes*, que criou um algoritmo para identificação rápida e precisa de números primos. Ele indicou uma sequência de passos, como um conjunto de regras que, se seguidas corretamente, facilitam o processo de descoberta dos números primos.

Os algoritmos vêm justamente cumprir essa função de facilitar e automatizar a resolução de problemas, e fazem isso, como regra, construindo etapas intermediárias executáveis, precisas e sem ambiguidades. Com isso, o caminho entre o primeiro passo da resolução de um problema e o último é facilitado, automatizado ou reduzido. Nas palavras de Doneda e Almeida, "Algoritmos são

6. Tradução minha de: *Maybe we don't understand what algorithms are, after all. I take terminological anxiety to be one of critical algorithm studies' defining features. But this is not because, as disciplinary outsiders, we are technically inept. Rather, it is because terminological anxieties are first and foremost anxieties about the boundaries of disciplinary jurisdiction, and critical algorithm studies is, essentially, founded in a disciplinary transgression.*

basicamente um conjunto de instruções para realizar uma tarefa, produzindo um resultado final a partir de algum ponto de partida" (2018, p. 141).

Há algoritmos supercomplexos, que não são sequer "humanamente" compreensíveis, pois são a soma de vários processos complexos demais para permitir uma mensuração humana. Um exemplo é o sistema de busca do Google. Chamemos de *input* [entrada] a palavra que você deseja buscar. Em menos de um segundo, há sugestões de páginas que podem lhe ser úteis, o *output* [saída]. O sistema de busca do Google é uma combinação imensa de algoritmos diversos, e passa por varreduras, análise de palavras e de contexto, classificação e *ranking* de páginas alcançadas, detecção de perfil que busca etc.

Esse processo não precisa ser estático. Ao contrário, a inteligência artificial pode ser entendida a partir do mecanismo de atualização automática dos algoritmos integrados no serviço de busca do Google. Assim, se a grande maioria das pessoas que digita uma determinada palavra acaba acessando o *site* A e não acessando o *site* B, o sistema pode parar de sugerir o *site* B e dar espaço ao C, que pode vir a "competir" melhor com o A na "preferência" dos usuários. Para o usuário, há uma percepção de aumento da qualidade do serviço de busca, e sua atualização constante não é resultado direto de uma ação humana, mas a partir dessa interação entre os usuários e o próprio sistema operacional. Esse é o "aprendizado de máquina", o *machine learning,* característica da inteligência artificial.

No entanto, isso pode ser um problema. O fato de muitas pessoas buscarem pela expressão *lesbian porn* parece ter ensinado o sistema de busca a fazer uma relação entre a homossexualidade feminina com a pornografia, fazendo com que o sistema sugerisse *links* pornográficos mesmo quando o usuário só buscasse pela palavra *lesbian*. A questão foi reportada ao Google por um site francês, que compreendeu o problema e determinou que seus engenheiros alterassem manualmente os algoritmos[7].

Os engenheiros não "re-ensinaram" o sistema, mas aparentemente criaram uma exceção à regra algorítmica de associação entre palavras que não deveria ser trazida à luz. O ponto não é, portanto, somente da computação, mas também da ética.

4. É possível compreender um algoritmo?

Algoritmo, portanto, para um engenheiro do *Facebook* ou do *Google*, do sistema de segurança de um Estado nacional ou para um marqueteiro político, pode

7. OGLES, Jacob. *Advocate*. Disponível em: [www.advocate.com/news/2019/8/07/google-tweak-stops-lesbian-searches-returning-so-much-porn. Acesso em: 07.08.2019.

ter significados bastante diferentes, e o objeto de trabalho de cada um deles pode ser pouco assimilável para o outro, mesmo com *common ground*, pontos de partida em comum.

Assim, mais preciso e mais importante é questionar as possíveis implicações dos algoritmos, e não exatamente se é possível compreendê-los.

Em reportagem[8], levantou-se que uma empresa de segurança e vigilância doméstica chamada *Ring* fechou parceria com mais de 400 departamentos de polícia nos Estados Unidos. Isso significa que milhares de imagens pessoais dos usuários do *software/hardware* (programa e câmera) poderão ser utilizadas pela polícia para investigação e vigilância criminal. A cessão das imagens não é obrigatória pelos usuários, mas a empresa utiliza-se de propagandas com termos de apelo ao ideal de segurança e combate à criminalidade.

O material disponível pode ser imenso, sendo absolutamente inviável a busca humana por suspeitos ou condutas suspeitas em cada vídeo cedido. Por isso, as polícias locais provavelmente usam um banco de dados para "cruzar" com as novas imagens cedidas, em busca de identificações. Esses cruzamentos em busca de relações e "*matches*" são realizados por meio de algoritmos supercomplexos, dispostos em várias camadas. Obviamente, erros ocorrem.

Em Hong Kong, movimentos sociais estão protestando duramente contra a instalação massiva de câmeras de reconhecimento facial, ora derrubando os postes que sustentam a câmera, ora utilizando-se de *lasers* para quebrar o sistema de identificação facial[9]. No Brasil, no carnaval de 2019, um homem com mandado de prisão aberto foi reconhecido pelo sistema de vigilância em Salvador, tendo sido preso em seguida. Para essa única identificação, mais de três milhões de rostos foram reconhecidos pelo sistema[10].

Compreender algoritmo enquanto objeto de estudo, portanto, muito mais do que ser capaz de entender o passo a passo tomado pelos desenvolvedores técnicos, é compreender suas dinâmicas e possíveis implicações. "Os limites do termo

8. HARWELL, Drew. *Washington Post*. 28.08.2019. Disponível em: [www.washingtonpost.com/technology/2019/08/28/doorbell-camera-firm-ring-has-partnered-with-police-forces-extending-surveillance-reach/].
9. VIBES, John. *The mind Unleashed*. Watch: Hong Kong Protesters Use Lasers to Disrupt Facial Recognition. Ago/2019. Disponível em: [themindunleashed.com/2019/08/hong-kong-protesters-use-lasers-disrupt-facial-recognition.html].
10. GAZETA ONLINE. 06.03.2019. *Homem é preso no Carnaval após reconhecimento facial na Bahia*. Disponível em: [www.gazetaonline.com.br/noticias/brasil/2019/03/homem-e-preso-no-carnaval-apos-reconhecimento-facial-na-bahia-1014170960.html].

algoritmo é mais determinado pelos seus engajamentos/compromissos sociais do que propriamente das suas restrições materiais ou tecnológicas" (DOURISH, 2016, p. 03).

A propósito, algoritmos no estudo teórico da ciência da computação podem ser bastante diferentes de sua criação prática por quem os desenvolve. Para os mega-algoritmos, desenvolvidos a muitas mãos, sequer há a possível identificação subjetiva entre a pessoa *desenvolvedora* e o algoritmo. Ao entrevistar desenvolvedores de algoritmos, SEAVER (2017, p. 3) ouviu: "É basicamente magia negra (sic) o que acontece; mesmo que você que tenha codificado muito de um algoritmo, muito lhe escapa à compreensão"[11]. Como produto de um trabalho coletivo, é comum que os próprios desenvolvedores sejam estranhos ao algoritmo, até porque o trabalho de construção envolve o uso de bibliotecas (de funções algorítmicas) que estão disponíveis na internet.

Raramente tem se usado termos técnicos como "*bubble sort*" para designar o que são algoritmos (SEAVER, 2017, p. 3). Ao contrário, parece que o termo tem se permeado cada vez mais no entendimento comum, e está menos vinculado a um termo exclusivo de quem sabe efetivamente desenvolvê-los.

A questão é que passou da obviedade que algoritmos são também de interesse político e jurídico. O ponto é que tampouco se pode observar os algoritmos como uma espécie de "influente externo" na política ou na cultura. Os algoritmos de segurança pública não serão apenas uma novidade externa às atividades criminais, influenciando-a para lá ou para cá. Seaver refuta essa noção de algoritmo, chamando-a de *algorithms in culture* (algoritmos na cultura) e, ao contrário, ele defende a ideia de *algorithms as culture* (algoritmos enquanto cultura).

> "Nenhuma verdade intrínseca ao algoritmo determinou essas interações, e pessoas comuns sem domínio técnico mudaram a função do algoritmo: os sistemas de aprendizado de máquina mudaram em resposta à atividade do usuário, e os engenheiros incorporaram as propensões do usuário em seus códigos.
>
> Trata-se de uma disposição de *algoritmos enquanto cultura* [*algorithms as culture* position]: algoritmos não são rochas técnicas em um fluxo cultural, mas apenas mais água. Como outros aspectos da cultura, os algoritmos são executados em práticas que não atendem a uma distinção evidente entre questões técnicas e não técnicas, mas as misturam. Nesse ponto de vista, algoritmos não são objetos técnicos singulares que entram em muitas interações culturais

11. Tradução minha de: "It's very much black magic that goes on in there; even if you code a lot of it up, a lot of that stuff is lost on you".

> diferentes, mas objetos instáveis, culturalmente representados pelas práticas que as pessoas usam para se envolver com eles" (SEAVER, 2017, p. 4 e 5).

Isso evidencia os diferentes olhares que pode se destinar aos algoritmos. No caso da parceria entre a empresa *Ring* e as polícias locais no compartilhamento de imagens privadas dos usuários, temos vários atores: os empresários da *Ring*, os investigadores da polícia, os usuários e os pesquisadores. Trata-se de um possível novo modelo de parceria privada com o serviço público de vigilância, uma parceria de natureza preventiva e investigativa que usa dados pessoais voluntariamente cedidos. Os *cidadãos* pagam *impostos* ao *Estado*, que serão revertidos em câmeras. Os *usuários* pagam pelos *serviços* de uma *empresa privada*, que então faz um acordo contratual com as polícias locais para intensificar a vigilância. As pessoas contribuem diretamente no policiamento por meio da cessão de dados pessoais/privados produzidos a partir de uma contratação de serviços com uma empresa.

A acumulação de dados se insere como lubrificante na lógica capitalista de acumulação de bens, e a sociedade adere a vigilância como ingrediente de cultura, não perdendo sua vinculação com o mercado participativo ativo (ZUBOFF, 2015, p. 77). A possibilidade de mediação da segurança pública por meio de algoritmos alimentados por dados cria novas mentalidades e práticas de vigilância, fazendo superar o papel de espectador do cidadão, tornando-o ativo e consciente (LYON, 2018, p. 159).

5. É POSSÍVEL ACESSAR UM ALGORITMO?

Enquanto documentos podem estar associados a comandos com assinaturas de autoridades ou a atestados de situações de fato, como registro de concepções de verdades, permitindo-se quase sempre a construção de uma narrativa entre autoridade e a informação do documento, o algoritmo pode não conter nada disso. Sua assinatura pode ser múltipla e quem os criou ou desenvolveu são agentes de TI e não autoridades.

O acesso ao documento, como dito, já não é garantia nenhuma de uma via direta à informação. Como diz Hull, documentos têm sido subestimados por sua aparência de imediatidade e materialidade, sem que se reconheça, contudo, que a *invisibilidade* dos documentos também compõe parte importante de sua qualidade fenomenológica (HULL, 2012, p. 253). Algoritmos potencializam os elementos de obscuridade dos documentos, e os reflexos de seus resultados podem ser ainda mais difíceis de ser compreendidos por conta de sua apresentação, que não dispõe de uma autoridade legitimadora visível, materialidade e linguagem acessível. Afinal, de que adianta a alguém o acesso aos códigos e programações

do algoritmo se eles vêm em uma linguagem computacional e muitas vezes absolutamente indecifrável à pessoa leiga e, às vezes, até à técnica?

Seaver indica táticas etnográficas [*ethnographic tactics*] para pesquisar algoritmos, nos lembrando que não são só algoritmos que possuem a característica da opacidade para etnógrafos (SEAVER, 2017, p. 06). Além disso, a etnografia nos permite enxergá-los no âmbito cultural (*as culture* e não *in culture*).

O estudo etnográfico de algoritmos, portanto, pode se dar por um trabalho de (a) *Escavação*, no qual se busca os diferentes alcances prévios e posteriores que circundam o objeto de estudo, o que implica em buscar locais e pessoas que, a princípio, podem sequer parecer ter contato imediato com o algoritmo; (b) compreensão de que o "acesso" ao algoritmo possui diferentes texturas das usualmente encontradas. *Acesso* é sempre algo em movimento, um trabalho com fim impossível. Isso porque nunca se pode alcançar o objeto de estudo em um nível tátil e orgânico, tampouco há o momento de absoluta compreensão; (c) *entrevistas*, o que implica em reconhecer que os profissionais que atuam direta ou indiretamente com algoritmos podem ter percepções relevantes para seu estudo; (d) captar uso de linguagem em múltiplos significados (*heteroglossia*), o que significa entender que instituições públicas, agentes ou empresas não possuem intenções planificadas publicamente expressas. Assim, por exemplo, a parceria da empresa *Ring* com as polícias locais americanas pode encontrar como canal propulsor o pedido de "cooperação com a polícia no combate à criminalidade", o que tem como resultado imediato à cessão voluntária de imagens privadas e, de resultados mediatos indeterminados; e (e) o trabalho etnográfico deve evitar a noção de que quem desenvolve o algoritmo, ou aquele que vai operá-lo, é uma pessoa alienada de seu próprio trabalho, como se ele fosse mais um dos passos do algoritmo a ser operado (SEAVER, 2017).

Em poucas palavras, a respeito do *acesso* a algoritmo, deve-se ter em vista que ele enseja uma diferente *textura*. A estranheza do objeto pode gerar ansiedades, porém, ela é em si um fator que deve determinar e direcionar a pesquisa, antes de inviabilizá-la.

Não raro, algoritmos podem estar sujeitos a proteções de propriedade intelectual ou segurados para fins concorrenciais das empresas (DONEDA & ALMEIDA, 2018, p. 143), "inacessíveis" por questões de "segurança" etc., de modo que o acesso a um *pendrive* com a "fórmula" ou composição computacional do algoritmo pode não estar disponível, ou mesmo em criptografia selecionada. No entanto, no trabalho sobre algoritmos, essa negativa de acesso pode trazer muito mais informações relevantes do que a simples abertura de seu interior – ilegível – em um computador qualquer.

Outra questão relevante, e o que diferencia a etnografia em algoritmos com a em documentos é a temporalidade. Em certo sentido, o documento demanda um trabalho analítico que nos exige a consideração de *por quem*, *como*, e *por que* ele é conservado e classificado, e isso em relação ao momento histórico de sua criação e registro. Muitas vezes, os documentos podem remeter a um passado institucional, seja para reafirmá-lo em prol da continuidade da instituição, seja para indicar mudança e modernização (MUZZOPAPPA e VILLALTA, 2011, p. 26 e 29).

A temporalidade do documento é diferente da do algoritmo, pois aquele pode até conter uma data de assinatura e há sempre contexto histórico institucional presente, enquanto a temporalidade do algoritmo é muito mais fluida, dinâmica, e do presente ao futuro.

Em síntese, algoritmos podem ser compreendidos enquanto documentos na medida em que a compreensão de governança estatal passa a nos exigir sua compreensão, não como instrumento pelo qual o Estado age, mas porque algoritmos inserem mentalidades, discursos e práticas daquilo que constitui o Estado e a percepção que a população tem dele. Assim, se um policial e um juiz usam a FAC para tomada de decisão, também poderão, no mesmo sentido, usar o resultado de um processo algorítmico similar ao COMPAS[12] para tomadas de decisão, ainda que a produção de dados se dê com múltiplas fontes e seja muito mais diversa e obscura.

Porém, algumas distinções importantes devem ser relembradas. A primeira é a *materialidade*. Documentos tradicionalmente compreendidos podem ser vistos e tocados em sua aparente imediatidade, e algoritmos nos fogem aos sentidos primários. Em segundo lugar, a *invisibilidade*: Além de documentos poderem ser escondidos, ou apresentarem significados ocultos ou sub-reptícios na prática forense, sua apresentação material já constitui boa parte do que pode ser considerado *acesso*. Algoritmos mantém alto grau de invisibilidade mesmo quando apresentados e disponíveis, devido a sua linguagem técnica e específica. Isso significa que acessar o algoritmo implica reconhecer que nele se deve sentir uma *textura* diferente, seja no ponto da materialidade e na linguagem, como também na sua dinâmica institucional e temporal. A *temporalidade* é outro elemento de distinção, pouco fazendo sentido a um algoritmo a data de uma assinatura ou a paginação, sendo muito mais fluido e dinâmico. Tudo isso constitui o que pode

12. *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*, sistema de análise de risco de reincidência penal, para auxílio na aplicação da pena a condenados nos EUA, referenciado na parte do problema.

ser chamado de opacidade, nada mais sendo que a característica definidora principal do que significa acessar um algoritmo.

6. Quão verdadeiros são os resultados dos algoritmos?

O avanço dos algoritmos se dá em parte pelo discurso da eficiência, baixo custo, imparcialidade, objetividade e acurácia (FERGUSON, 2017, p. 12 e 125), afinal, como um processo matemático computacional pode ser subjetivo?

Para além de vasta literatura[13] que denuncia a confirmação de vieses racistas e preconceituosos nos resultados algoritmos, neste tópico queremos discutir uma dimensão anterior. Ainda que se observe a qualidade dos dados no *input*, que se faça o trabalho de filtro de vieses preconceituosos, que se efetive transparência, enfim, tudo aquilo que pode tornar a decisão baseada em algoritmos em legítima, em que medida é possível falar em resultado verdadeiro a partir do algoritmo?

Essas perguntas reinserem a produção de "resultados" desde algoritmos nas categorias de "regimes de verdade" proposto por Michel Foucault, para quem as ciências sociais "produziam" formas de olhar o mundo, ao invés de apenas descrevê-lo ou compreendê-lo de forma "objetiva".

Neste contexto, destaca-se também a crítica à tecnologia empreendida pela filosofia de Merleau-Ponty, pois ela permite criticar a própria questão do algoritmo de inteligência artificial, ao desmistificar uma dupla suposição presente, ainda que sub-reptícia, na informação produzida pelas tecnologias. A crítica do filósofo alcança tanto "o objetivismo espontâneo do cientista" quanto (b) "o objetivismo tematizado pelo filósofo da ciência" (CHAUI, 2002, p. 213). Isso quer dizer que se de um lado temos um cientista permeado da crença do contato com a realidade descoberta a partir de um objeto com verdade em-si, de outro, temos o filósofo da ciência que, para refutar o naturalismo realista ingênuo do cientista, sugere que o objeto foi posto ou criado pela própria ciência pelos seus procedimentos (CHAUI, 2002, p. 213).

> "Dizer que o mundo *é* por definição nominal o objeto X de nossas operações é levar ao absoluto a situação de conhecimento do cientista, como se tudo o que existiu ou existe jamais tivesse existido senão para entrar no laboratório. O pensamento 'operatório' torna-se uma espécie de artificialismo absoluto, como vemos na ideologia cibernética, na qual as criações humanas são derivadas de um processo natural de informação, mas ele próprio concebido sobre o modelo das máquinas humanas" (MERLEAU-PONTY, 2013, p. 16).

13. Cf. PEDRESCHI et al., 2008; KAMIRAN e CALDERS, 2012; EUBANKS, 2015.

Em outras palavras, a verdade que há na informação gerada pelas técnicas de IA não pode ser compreendida nem como verdade revelada do mundo exterior, como num contato com o não-eu absoluto, tampouco podem ser compreendida como meras derivações de um eu hermético incapaz de contato com o mundo exterior. "Como todos os outros objetos técnicos, como as ferramentas, como os signos, o espelho surgiu no circuito aberto do corpo vidente ao corpo visível" (MERLEAU-PONTY, 2013, p. 16). Toda técnica, diz ele, é "técnica do corpo", e "figura e amplifica a estrutura metafísica de nossa carne" (MERLEAU-PONTY, 2013, p. 16).

A própria matemática não escapa disso:

> "E como, na percepção, não é uma contradição – mas, ao contrário, sua definição mesma – *ser* um acontecimento e *abrir-se* a uma verdade, precisamos também compreender que a verdade, a serviço das matemáticas, se oferece a um sujeito já envolvido nela, e se aproveita dos laços carnais que o unem a ela" (MERLEAU-PONTY, 2012, p. 205). (grifos do original)

Isso de modo algum é reduzir a matemática às amarras da percepção, o que seria cair na sedução do eu hermético. Porém,

> "Por mais firme que seja minha apreensão perceptiva do mundo, ela é totalmente dependente do movimento centrífugo que me lança a ele, e jamais o retomarei a menos que eu mesmo estabeleça, e espontaneamente, dimensões novas de sua significação" (MERLEAU-PONTY, 2012, p. 207).

A verdade a qual o conhecimento tem "acesso" ou "descobre" se estabelece num movimento de esforço de atribuir sentido àquilo que escapa à percepção. O mundo percebido é anterior aos sentidos, porém eles são incapazes de apenas registrá-lo e quantificá-lo, sendo seu cálculo em nossa relação com o mundo (MERLEAU-PONTY, 2012, p. 206-7).

Não se aproxima de um relativismo em que as realidades são meras construções da percepção, mas do dizer de que algo "verdadeiro" decorre de um processo de identificação, de reconhecimento interior que não se furta dos signos humanamente dispostos e de valor, que juntos à temporalidade e àquilo que se considera previsível e replicável, permite-se o sinal da verdade.

A despeito da incompreensão dos meios, lacunas e opacidades do algoritmo, o sinal do verdadeiro depende da relação entre o novo significado produzido com a situação anterior (MERLEAU-PONTY, 2012, p. 211), ou então teríamos que assumir que os processos algorítmicos são uma linguagem humanamente incompreensível, o que tornaria seus resultados em igualmente incompreensíveis. O

lugar da verdade, portanto, diz o filósofo, é essa percepção humana de reconhecimento e de retomada do objeto de pensamento, no qual o ser se abre a uma coisa nova, percebida como verdadeira antes mesmo do próprio ato de perceber, e sem necessariamente compreender todos os caminhos percorridos entre o início e o fim (MERLEAU-PONTY, 2012, p. 212).

> "O pensamento não é o percebido, o conhecimento não é a percepção, a fala não é um gesto entre todos os gestos, mas a fala é o veículo de nosso movimento em direção à verdade, como o corpo é o veículo do ser no mundo" (MERLEAU-PONTY, 2012, p. 213).
>
> "A verdade do resultado, seu valor independente do acontecimento se deve, não ao fato de tratar-se de uma *mudança* na qual as relações iniciais perecem para serem substituídas por outras nas quais elas não seriam reconhecíveis, mas a uma reestruturação que, de uma ponta a ponta, se sabe, está em concordância consigo mesma, que era anunciada pelos vetores da estrutura dada, por seu estilo, de modo que cada mudança efetiva vem cumprir uma intenção, cada antecipação recebe da construção o acabamento que ela espera" (MERLEAU-PONTY, 2012, p. 210-11). (grifos do original)

Há uma diferença entre a inteligência prática e cega, permitida a partir das estruturações perceptivas, das construções do conhecimento que descortinam a verdade. Um chipanzé pode transformar um galho de árvore em bastão, mas não pode pensar e reconhecer o *movimento de sentido* que realizou, o que só é possível a partir de um reconhecimento de si a si propriamente, por meio do tempo, dando-se valor de verdade a esse movimento (MERLEAU-PONTY, 2012, p. 200).

No entanto, na pureza da operação algorítmica, esse movimento de sentido "perde" carnalidade e se desprende, por inerência, da confusão e obscuridade típicas da linguagem, ainda que o algoritmo opere sobre signos previamente tidos por verdadeiros pelo técnico (MERLEAU-PONTY, 2012, p. 201). No entanto, o resultado do algoritmo não o torna verdadeiro antes de ter sido revelado, o que, do mesmo modo, não pode ser compreendido enquanto de validade ilusória ou de coerência fortuita (MERLEAU-PONTY, 2012, p. 203).

O pensamento operatório ilude a percepção quanto ao resultado da operação algorítmica, dando-lhe a condição, falsa, de verdadeiro incondicional ou em-si, negando-lhe a sua condição de "técnica do corpo", um resultado de amplificação da estrutura metafísica da carne, como *movimento de sentido*.

De forma mais sintética. Se é correto dizer que o resultado de um processo algorítmico é verdadeiro, é igualmente correto dizer que não se trata de uma verdade sem lastro na carnalidade, ou de uma verdade incondicional e válida por si mesma. Ao contrário, só se pode considerar como verdadeiro o resultado de um

processo algorítmico porque os signos que o compõe foram igualmente considerados dessa forma, sendo assim porque reconhecidos em um movimento de sentido a eles atribuídos, num processo do ser humano de si para si mesmo temporalmente considerados e, mais importante, valorados como válidos pertinentes à realidade percebida na qual se vive.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O "EU" É "COMPUTÁVEL"?

Considerado o regime de verdade que os algoritmos representam e sobre seus "resultados objetivos" é relevante discutir a possibilidade concreta de cálculo do "eu" "conhecido" por algoritmos. Isso porque essa identificação do "eu" é um dos elementos declaradamente essências dos discursos jurídicos (a responsabilização penal, por exemplo) ou de suas ciências auxiliares (a determinação da "periculosidade"). [14]A pergunta aqui é "*O 'eu' é computável?*". Sem dúvida, a união de vários dados pessoais pode gerar uma informação valiosa e bem considerável sobre as pessoas, mas isso não quer dizer que seja possível esgotar o conhecimento sobre alguém, não importando o quanto se colete de dados pessoais. Os resultados algorítmicos sobre as pessoas podem gerar uma versão da pessoa, um perfil, uma narrativa, uma imputação, uma aproximação do que efetivamente é?

Em *Privacy as Protection of the Incomputable Self* (2019), Mireille Hildebrandt faz uma análise do direito à privacidade no contexto de aplicação massiva de consumo de dados para aplicação em algoritmos de *machine learning*, defendendo a prática de *agonistic machine learning* (máquinas de aprendizado agonísticas). Para tanto, desenvolve a ideia de *incomputable self* (eu incomputável), exatamente aquela dimensão do eu que deve ser protegida no direito à privacidade. E o que é o *incomputable self?*

Para desenvolver seu raciocínio, Hildebrandt se utiliza do conceito de natalidade em Hannah Arendt, para quem a liberdade humana é prática e não cálculo, é ação aliada a discurso e não mera resposta a estímulos [*behaving*], e é também se deparar com a incerteza e incompreensão do ser. Seu conceito de natalidade, segundo Hildebrandt, enfatiza a inexorável indeterminação da condição humana. Nesse sentido, no *machine learning* presume-se uma perspectiva behaviorista, gerando um impacto na identidade humana em relação à privacidade (HILDEBRANDT, 2019, p. 85).

14. Muito embora não seja o objeto central desse texto, destaca-se que a individualização não é tão indispensável à prática cotidiana (descontrolada) das políticas de segurança operacionalizada a partir da criação de grupos alvos específicos (jovens negros da periferia, trabalhadores imigrantes, consumidores de drogas, grupos marginalizados etc.).

Hannah Arendt expõe que, se o homem é capaz de agir, o inesperado, o imprevisível e o improvável devem ser esperados (ARENDT, 2011, p. 222). Para Arendt, ação e discurso estão intimamente ligados, de modo tal que a retirada do discurso, o que permite o inesperado acontecer, tornaria o ser humano um "robô executor" com humanidade incompreensível. "A ação muda deixaria de ser ação, pois não haveria mais um ator; e o ator, realizador de feitos [*deeds*], só é possível se for, ao mesmo tempo, o pronunciador de palavras" (ARENDT, 2011, p. 223).

Dito isso, reconhecendo-se a indeterminação humana que o conceito relacional de privacidade implica, Hildebrandt entra na questão da incomputabilidade do eu. "Em ciência da computação, o termo incomputabilidade se refere a um tipo específico de decidibilidade, e significa que é impossível desenvolver um único algoritmo que vai sempre permitir uma resposta de sim e não"[15] (HILDEBRANDT, 2019, p. 91).

A questão é se a vida real pode mesmo ser computadorizada[16], o que parece ser o pressuposto do *machine learning* aplicado a ações humanas. Ainda que a resposta à questão seja parcialmente positiva, há algo que se perde, porque, em primeiro lugar, só é computável o que é reduzido a dados e o "eu", como um todo, não é computável. Segundo, a complexidade do mundo, quando datatificada, perde em temporalidade e indecibilidade, fatores inerentes à condição humana. "Essa indeterminação e a incomputabilidade implícita não é enraizada na tradução de átomos em *bits*, ou na temporalidade que forma o abismo da imprevisibilidade do mundo físico"[17] (HILDEBRANDT, 2019, p. 92). A perspectiva da interação humana direta não pode ser formalizada ou capturada em termos computacionais, sempre caindo numa relação intermediada em um processo de objetificação do eu[18] (HILDEBRANDT, 2019, p. 93).

Para a autora, o problema reside no fato de que está sendo construída uma arquitetura que desconsidera a dimensão não computável do eu, e que faz escolhas

15. Tradução livre de: "In computer science, the term incomputability refers to a specific type of decidability, meaning that it is impossible to develop "a single algorithm that always leads to a correct yes-or-no answer".

16. Há referências às atividades numerização, digitalização e datatificação, podendo ser incluída a categorização e o perfilamento.

17. Tradução livre de: "This indeterminacy and the implied incomputability is not rooted in the translation from atoms to bits, or in the temporality that forms the abyss of unpredictability of the physical world".

18. Como explica a autora, a partir de George Mead, a objetificação do "eu" não reproduz o "eu", mas produz o "mim" [do inglês, *me*]. Este parte de uma perspectiva de terceiro [*third-person perscpective*]. A captura do "eu" não é reprodução de significado, mas produção de uma projeção do "eu" (HILDEBRANDT, 2019, p. 87).

a partir de um ambiente imediato baseado em suposições objetificadoras da realidade das relações humanas. Há aí uma pretensão totalitária, que privilegia a quantificação de dados e a matemática em detrimento da realidade imprevisível.

> "*I believe it is urgent to develop the means to protect against such totalitarianism and the first step would be to understand privacy as the protection of the incomputable self — and the right to privacy as the effective and practical remedy to protect what counts but cannot be counted: the fragile but robust, indeterminate but sustainable, ecological and irreducibly subjective self*"[19] (HILDEBRANDT, 2019, p. 96).

Na sequência de seu artigo, a autora desenvolve o conceito de algoritmos e como eles podem (e invariavelmente o fazem) reproduzir e aprofundar os vieses dispostos antes, preexistentes aos *inputs*.

Pode ser recorrente a ideia de que algoritmos são agnósticos, ou seja, são imunes às pré-seleções subjetivas humanas, que neutralizam o subjetivismo humano ao substituí-lo por acurácia matemática (HILDEBRANDT, 2019, p. 101). Na verdade, não há como o treinamento da máquina de dados estar imune aos fatores humanos, presentes desde a produção do dado, na seleção nos *inputs*, na programação e, efetivamente, na compreensão dos dados. Além disso, é bastante complexa a tarefa de minimizar esses fatores, como já apontado, por exemplo, em CUSTERS et al. (2013).

Efetivamente, também não é desprezível a sequência de *tradeoffs* (ganha-se de um lado e perde-se do outro) dispostos aos programadores quanto à velocidade, acurácia, utilidade, pontos cegos e generalizações dos algoritmos (HILDEBRANDT, 2019, p. 102).

Com isso, é possível apontar algumas conclusões antes de partir ao conceito de *agonistic machine learning*: A primeira é: existe o pressuposto de que qualquer atividade em *machine learning* guarda um objetivo funcional ideal que determina os caminhos entre o *input* e o *output*. Segundo, as atividades e os resultados de *machine learning* devem ser compreendidos como aproximativas de seu objetivo funcional ideal. Terceiro, o *machine learning* precisa estar vinculado a propósitos predefinidos, sem os quais sua capacidade de efetivamente aprender [*learn*] se

19. Em tradução nossa: "Eu acredito que é urgente desenvolver os meios de proteção contra tal totalitarismo e o primeiro passo seria entender a privacidade como a proteção do eu incomputável – e o direito à privacidade como o remédio eficaz e prático para proteger o que importa, mas que não pode ser aferido: o frágil mas robusto, indeterminado mas sustentável, ecológico e irredutivelmente eu subjetivo".

perde. Isso significa que a qualidade do dado a servir de *input* só pode ser efetivamente medida quando vinculado ao propósito da máquina de aprendizado automático. Ao mesmo tempo, a integridade e a validade, bem como a relevância e a acurácia, das máquinas está necessariamente vinculada a princípios como o da especificação do propósito (HILDEBRANDT, 2019, p. 104-5).

Não se supõe que a autora seja inocente de acreditar ser possível que as bases de dados utilizadas nas máquinas de aprendizado automático devam ser todas preparadas antes mesmo dos programas. Afinal, efetivamente, é muito mais crível que ocorra o contrário, ou seja, a partir das bases disponíveis, se criem os programas. No entanto, vale ressaltar que bases de dados aleatoriamente dispostas e com dados produzidos na origem, sem critérios bem colocados, não serão aptas a gerar resultados minimamente confiáveis, embora sejam utilizáveis.

E o que seria a máquina de aprendizado agonística?

Segundo Hildebrandt, em certa medida, somos o meio que está sendo computado e reconfigurado, e as pessoas acabam por se encaixar na forma dos sistemas. Isso cria uma tensão entre sujeito, com sua dimensão não computável com a nova gramática que o mundo ao redor passa a utilizar.

> "Superdependência em sistemas de decisão computacional podem resultar em um encolhimento do eu interior, na medida em que aprendemos a internalizar a lógica de feedback computacional para nos adaptar ao novo ambiente"[20] (HILDEBRANDT, 2019, p. 105).

Assim, aquela dimensão humana acaba por ser "hackeada" pelo ambiente permissivo à cognição automática.

Reconhecida essa dimensão, tem-se a incidência necessária do direito à privacidade. Porém, isso não significa que o direito à privacidade deverá anular ou invalidar os processos algorítmicos.[21] A proteção da privacidade implica em uma visão de que as máquinas não devem pressupor a capacidade de integrar, datatificar e modificar o ser humano, e que a noção de objetividade matemática dos processos automatizados deve ser abandonada, permitindo-se aos desenvolvedores

20. Tradução livre de: *Overdependence on computational decision-systems may result in a shrinking of the inner self, as we learn to internalize the logic of computational feedback to better adapt to our new environment. The elasticity, ex-centricity and ecological nature of the inner mind are what makes us human, but thereby also vulnerable to being hacked by an environment that is conducive to cognitive automation.*

21. Há breve referência à Chantal Mouffe em Hildebrandt (2019, p. 108).

e decisores considerar a dimensão não computável do ser humano (HILDEBRANDT, 2019, p. 106).

A questão é poder levar para os processos de automatização de decisão critérios já consolidados na ciência e no Estado Democrático de Direito. Ou seja, que a discussão sobre *design*, arquitetura e conhecimento posterior à informação produzida por meio de *machine learning*, sejam permeados por debates, submetidos à falseabilidade e à desconfiança construtiva (HILDEBRANDT, 2019, p. 107). Tanto a técnica da hermenêutica jurídica quanto os critérios de validação da produção científica podem ser levados às etapas de construção, validação e resultados dos processos algorítmicos.

> "Levar a democracia a sério significa que toda vez que tecnologias possam reconfigurar nosso ambiente, sendo desenvolvidas, comercializadas e empregadas, nós devemos garantir que aquelas pessoas que podem sofrer ou se beneficiar das consequências sejam ouvidas e que seus pontos de vista sejam levados em consideração"[22] (HILDEBRANDT, 2019, p. 109).

O aprendizado de máquina agonístico pode fornecer a possibilidade de objeções, contraditório por desenhos alternativos, escrutínio, auditoria e participação de grupos-alvos e, assim, reduzir a pretensão onisciente dos algoritmos (HILDEBRANDT, 2019, p. 109). Trata-se também de um chamado ético e político acerca das implicações sociais dos processos decisórios automatizados (HILDEBRANDT, 2019, p. 110).

Nesse sentido, algoritmos não podem ser tratados como as fortalezas ocultas da burocracia estatal ou das organizações privadas, ou espaços de impenetrabilidade social ou democrática, seja por razões técnicas, seja por razões de simples inércia.

8. Referências

ARENDT, H. *A condição Humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. 474 p.

BRUNO, F. Visões maquínicas da cidade maravilhosa: do centro de operações do Rio à Vila Autódromo. In: BRUNO, F. et al. (Org.). *Tecnopolíticas da vigilância*: perspectivas da margem. São Paulo. Boitempo, 2018. p. 239-256.

22. Tradução livre de: *Taking democracy seriously means that whenever technologies that could reconfigure our environment, are developed, marketed and employed, we must make sure that those who will suffer or enjoy the consequences are heard and their points of view taken into account.*

BURRELL, J. How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms. *Big Data & Society*, v. 3, n. 1. jan. /jun.2016. DOI: 10.1177/2053951715622512. Disponível em: [journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2053951715622512]. Acesso em: 30.03.2021.

CHAUI, M. *Experiência do pensamento*: Ensaios sobre a obra de Merleau-Ponty. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

CUSTERS, B. Data Dilemmas in the Information Society: Introduction and Overview In: Discrimination and Privacy in the Information Society. In: CUSTERS B. et al. (Org). *Data Mining and Profiling in Large Databases*. Berlim: Editora Springer, 2013. p. 03-26.

DAS, V.; POOLE, D. State and its margins. In: DAS, V. POOLE, D. (Org). *Anthropology in the margins of the state*. 1st ed. Santa Fe: School of American Research Press, 1991. p. 3-34.

DAS, V. The signature of the State: the paradox of illegibility. In: DAS, V.; POOLE, D. (org). *Anthropology in the margins of the state*. 1st ed. Santa Fe: School of American Research Press, 1991. p. 225-252.

DEUS GARCIA, R. *Tecnologia e gestão da prova nos crimes de drogas*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. 322 p.

DONEDA, D.; ALMEIDA, V. A. F. O que é governança por algoritmos? In: BRUNO, Fernanda et al. *Tecnopolíticas da vigilância*: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 141-148.

DOURISH, P. Algorithms and their others: Algorithmic culture in context. *Big Data & Society*, v. 3, n. 2. Dec. 2016. DOI: 10.1177/2053951716665128. Disponível em: [journals.sagepub.com/doi/10.1177/2053951716665128]. Acesso em: 30.03.2021

DUARTE, E. C. P.; MURARO, M.; SILVA, M. L.; DEUS GARCIA, R.. 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. (Org.). *Segurança pública e direitos humanos*: temas transversais. Brasília: Ministério da Justiça (SENASP), 2014. v. 5. p. 81-120.

ESLAMI , M. et al. User Attitudes towards Algorithmic Opacity and Transparency in Online Reviewing Platforms. *In: CHI Conference on Human Factors in Computing Systems Proceedings*, 2019, Scotland Uk, Glasgow. Disponível em: [https://doi.org/10.1145/3290605.3300724]. Acesso em: 30.03.2021.

EUBANKS, V. *Automating inequality*: How high-tech tools profile, police, and punish the poor. New Ypork: St. Martin's Press, 2015. 260 p.

FARIAS, J. Fuzil, caneta e carimbo: notas sobre burocracia e tecnologias de governo. *Confluências*: revista interdisciplinar de sociologia e direito, v. 17, n. 3, p. 75-91, 2015. Disponível em: [periodicos.uff.br/confluencias/article/view/34502]. Acesso em: 30.03.2021.

FERGUSON, A. G.; LOGAN, W. A. Policing Criminal Justice Data. *Minnesota Law Review*, v. 101, n. 2, p. 541-616, 2016.

FERGUSON, A. G. *The Rise of Big Data Policing*: Surveillance, Race, and the Future of Law Enforcement. 1st ed. New York: New York University Press, 2017. 272 p.

FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005. 160 p.

GAZETAONLINE. Homem é preso no Carnaval após reconhecimento facial na Bahia. *A Gazeta*, 06 mar. 2019. Disponível em: [www.gazetaonline.com.br/noticias/brasil/2019/03/homem-e-preso-no-carnaval-apos-reconhecimento-facial-na-bahia-1014170960.html]. Acesso em: 30.03.2021.

GOMES, P. C. C. *O Lugar do Olhar.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

HILDEBRANDT, M. Privacy as Protection of the Incomputable Self: From Agnostic to Agonistic Machine Learning. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 20, n. 1, p. 83-121, 2019.

HARWELL, Drew. Doorbell-camera firm ring has partnered with 400 police forces, extending surveillance concerns. *The Washington Post,* 28 aug. 2019. Disponível em: [www.washingtonpost.com/technology/2019/08/28/doorbell-camera-firm-ring-has-partnered-with-police-forces-extending-surveillance-reach/]. Acesso em: 30.03.2021.

HULL, M. S. Documents and Bureaucracy. Annu. Rev. Anthropol, v. 41, p. 251-267, 2012. DOI 10.1146/annurev.anthro.012809.104953. Disponível em: [www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev.anthro.012809.104953]. Acesso em: 30.03.2021.

LYON, D. Cultura da vigilância: envolvimento, exposição e ética na modernidade digital. In: BRUNO, Fernanda et al. *Tecnopolíticas da vigilância*: perspectivas da margem. São Paulo. Boitempo, 2018. p. 151-180.

KAMIRAN, F; CALDERS, T. Data preprocessing techniques for classification without discrimination. *Knowl Inf Syst*, v. 33, n. 1, 2012. DOI 10.1007/s10115-011-0463-8. Disponível em: [doi.org/10.1007/s10115-011-0463-8]. Acesso em: 30.03.2021.

MERLEAU-PONTY, M. O algoritmo e o mistério da linguagem. In: MERLEAU-PONTY, M. *A prosa do mundo*. São Paulo: Cosac Naify, 2012. p. 193-213.

MERLEAU-PONTY, M. *O olho e o espírito*. São Paulo: Cosac Naify, 2013.

MISSE, M. O inquérito policial no Brasil: Resultados gerais de uma pesquisa. *Dilemas*: revista de estudos de conflito e controle social, v. 3, n. 7, p. 35-50, jan./fev./mar. 2010.

MISSE, M. O Papel do Inquérito Policial no Processo de Incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. *Revista Sociedade e Estado*, v. 26, n. 1, p. 15-27, jan./abr. 2011.

MOROZOV, E. *Big Tech*: A ascensão dos dados e a morte da política. São Paulo: Ubu Editora, 2018.

MUZZOPAPPA, E; VILLALTA, C. Los documentos como campo. Reflexiones teórico-metodológicas sobre un enfoque etnográfico de archivos y documentos estatales. *Revista Colombiana de Antropología*, v. 47, n. 1, p. 13-42, 2011.

NOBLE, S. U. *Algorithms of oppression*: how search engines reinforce racism. 1st ed. New York: New York University Press, 2018.

OGLES, J. Google Tweak Stops 'Lesbian' Searches From Returning So Much Porn. *Advocate*, 07 aug. 2019. Disponível em: [www.advocate.com/news/2019/8/07/google-tweak-stops-lesbian-searches-returning-so-much-porn]. Acesso em: 30.03.2021.

PAUDYAL, P.; WONG, W. Algorithmic Opacity: Making Algorithmic Processes Transparent through Abstraction Hierarchy. *Human Factors and Ergonomics Society*, v. 62, n. 1, p. 192-196, 2018. DOI: 10.1177/1541931218621046. Disponível em: [journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1541931218621046]. Acesso em: 30.03.2021.

PEDRESCHI, D.; RUGGIERI, Salvatore; TURINI, Franco. Discrimination-aware Data Mining. In: *KDD '08*: Proceedings of the 14th ACM SIGKDD international conference on Knowledge discovery and data minin, p. 560-568, aug. 2008. DOI 10.1145/1401890.1401959. Disponível em: [dl.acm.org/doi/10.1145/1401890.1401959]. Acesso em: 30.03.2021.

SEAVER, N. Algorithms as culture: Some tactics for the ethnography of algorithmic systems. *Big Data & Society*, v. 4, n. 2, jul./dec. 2017. DOI https://doi.org/10.1177/2053951717738104. Disponível em: [journals.sagepub.com/doi/10.1177/2053951717738104]. Acesso em: 30.03.2021.

STROBEL, M. Aspects of Transparency in Machine Learning. In: *Proc. of the 18th International Conference on Autonomous Agents and Multiagent Systems* (AAMAS 2019), Montreal: IFAAMAS, p. 13-17, may. 2019.

VIANNA, A. Introdução: fazendo e desfazendo inquietudes no mundo dos direitos. In: VIANNA, Adriana (Org.). *O fazer e o desfazer dos direitos*: experiências etnográficas sobre política, administração e moralidades. Rio de Janeiro: E-papers, 2013. p. 17-35.

VIBES, J. Watch: Hong Kong Protesters Use Lasers to Disrupt Facial Recognition. *The mind Unleashed*, 02 aug. 2019. Disponível em: [themindunleashed.com/2019/08/hong-kong-protesters-use-lasers-disrupt-facial-recognition.html]. Acesso em: 30.03.2021.

ZUBOFF, S. Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. *Journal of Information Technology*, v. 30, n. 1, p. 75-89, mar. 2015. DOI 10.1057/jit.2015.5, 2015. Disponível em: [journals.sagepub.com/doi/10.1057/jit.2015.5]. Acesso em: 30.03.2021.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- *Arbitrium ex machina*: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos, de Isabela Ferrari, Daniel Becker e Erik Navarro Wolkart – *RT* 995/635-655 (DTR\2018\18341);
- Interfaces artificiais e interpretação judicial: o problema do uso da inteligência artificial e da metodologia *fuzzy* na aplicação do direito, de Eduardo Cambi, Elidia Aparecida de Andrade Alves e Fernando de Brito Alves – *RT* 1010/245-273 (DTR\2019\42289); e
- Questões relevantes sobre a imprevisibilidade, a equidade e a publicidade da distribuição eletrônica de processos judiciais, de Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão e Emilio de Medeiros Viana – *RePro* 304/117-133 (DTR\2020\7318).

Processo penal anocrático? A ressignificação da justiça criminal na sociedade de plataformas

Anocratic criminal procedure? The redefinition of criminal justice in the platform society

Raphael Boldt

Pós-Doutor em Criminologia pela *Universität Hamburg*, com bolsa concedida pelo DAAD. Doutor e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), com estágio doutoral na *Johann Wolfgang Goethe-Universität* (Frankfurt am Main). Professor nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Membro do Grupo de Pesquisa "Direito, Sociedade e Cultura" (PPGD/FDV). Advogado.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-1625-9856].
raphaelboldt@hotmail.com.

Recebido em: 22.03.2021
Aprovado em: 03.05.2021
Última versão do autor: 16.06.2021

Área do Direito: Penal

Resumo: A emergência das mídias sociais e o desenvolvimento de novas técnicas para obtenção, validação e extração de dados produziram mudanças socioculturais profundas, de modo que a cibercriminologia tem se tornado um conceito fundamental para descrever o presente e compreender a transformação comunicativa em curso na chamada *sociedade de plataformas*. Ainda que no plano processual o diagnóstico sobre a permanência da epistemologia autoritária pareça elementar para alguns processualistas, pretende-se, a partir dos aportes teóricos da criminologia e da teoria da comunicação, desenvolver uma compreensão de como a crescente expansão da tecnologia e dos meios de comunicação colabora com a ressignificação da justiça criminal por meio das mudanças promovidas na construção da cultura, da sociedade e das diferentes práticas

Abstract: The emergence of social media and the development of new techniques for obtaining, validating and extracting data have produced profound socio-cultural changes, so that cybercriminology has become a fundamental concept to describe the present and understand the ongoing communicative transformation in the platform society. Although at the procedural level the diagnosis about the permanence of authoritarian epistemology seems elementary, it is intended, based on the theoretical contributions of criminology and communication theory, to develop an understanding of how the increasing expansion of technology and communication vehicles collaborates with the re-signification of criminal justice through the changes promoted in the construction of culture, society and different social practices. Based on the notion of

Boldt, Raphael. Processo penal anocrático? A ressignificação da justiça criminal na sociedade de plataformas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 183. ano 29. p. 227-246. São Paulo: Ed. RT, setembro 2021.

sociais. Com base na noção de *crítica reconstrutiva* como base metodológica, o texto assume a hipótese de que as transformações ambivalentes oriundas da virtualidade digital e a "revolução das mídias sociais"[1] tem contribuído para a deslegitimação do processo penal contemporâneo, cuja democratização torna-se obstaculizada pelas dinâmicas particulares da midiatização no campo da justiça criminal.

Palavras-chave: Processo Penal – Anocracia – Justiça Criminal – Sociedade de Plataformas – Cibercriminologia.

reconstructive criticism as a methodological basis, the text assumes that the ambivalent transformations arising from digital virtuality and the "social media revolution" have contributed to the delegitimization of the contemporary criminal process, whose democratization has become hampered by particular dynamics of mediatization in the field of criminal justice.

Keywords: Criminal Procedure – Anocracy – Criminal Justice – Platform Society – Cybercriminology.

Sumário: 1. Introdução: o lugar da cibercriminologia na sociedade de plataformas. 2. A midiatização da sociedade e a ressignificação da justiça criminal 3. *Fake news* e corrosão simbólica da democracia. 4. Processo penal anocrático?. *Big-data* e erosão das garantias constitucionais. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução: o lugar da cibercriminologia na sociedade de plataformas

Organizado pelo Código de 1941, o processo penal brasileiro foi concebido e estruturado por Francisco Campos para atuar como um instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça[2]. Jurista e Ministro da Justiça, Campos idealizou a reforma de várias leis brasileiras, como o Código de Processo Penal e o Código de Processo Civil. No campo jurídico-penal, ele promoveu a transformação do processo a partir de um discurso identificado com a ideologia da defesa social, comprometida com a defesa da sociedade contra o crime.

Com o intuito de ampliar a repressão estatal, Francisco Campos inspirou-se no Código Rocco, "o mais fascista dos códigos", como descrevia Alfredo Rocco, Ministro da Justiça de Mussolini. As reformas jurídicas da época viabilizaram a recepção do conceito de instrumentalidade do processo, projetado como um instrumento

1. TOMPROS, Louis W.; CRUDO, Richard A.; PFEIFFER, Alexis; BOGHOSSIAN, Rahel. The Constitutionality of Criminalizing False Speech Made on Social Networking Sites in a Post-*alvarez*, Social Media-obsessed World. *Harvard Journal of Law & Technology,* v. 31, number 1, 2017.
2. CAMPOS, Francisco. *O estado nacional*. EbooksBrasil, 2002. p. 261.

de tutela social, em detrimento da proteção dos direitos e garantias fundamentais, percebidos, desde então, como obstáculos à resposta estatal célere e eficaz[3].

Embora na Itália o fascismo não tenha criado novas categorias penais e processuais penais como ocorreu na Alemanha, a ascensão de uma política autoritária foi determinante para o estrangulamento do Estado de Direito e o suposto "ajuste legislativo", pautado no método técnico-jurídico que pretendia garantir a autonomia epistemológica das disciplinas jurídicas e eliminar os influxos provenientes das ciências sociais e humanas. Foi justamente a adesão ao "encapsulamento tecnocrático"[4] que permitiu a produção de uma cultura antipolítica, burocrática e estatal capaz de conviver com o fascismo.

De acordo com Gloeckner, a matriz de pensamento jurídico que acentuou as características autoritárias do processo penal italiano durante a década de 1930 e modelou o Código de Processo Penal brasileiro de 1941 não foi superada com o processo de redemocratização no Brasil[5]. Uma breve análise da estrutura do código de 1941 demonstra que o processo penal ampliou as suas feições autoritárias sob uma roupagem pretensamente democrática, especialmente em um contexto que acentua a tensão entre capitalismo e democracia, no qual o esforço empreendido pelo Estado para assegurar a estabilidade financeira estrangula o jogo democrático[6].

Ainda que no plano processual o diagnóstico sobre a permanência da epistemologia autoritária pareça elementar para alguns processualistas[7], o presente artigo pretende desenvolver uma compreensão de como a crescente expansão da

3. A respeito, Cf.: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. v. 01. p. 130 e ss.
4. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina penal nazista*: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 22.
5. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. v. 01.
6. Sobre o tema: HABERMAS, Jürgen. *Na esteira da tecnocracia*: pequenos escritos políticos XII. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora Unesp, 2014.
7. Entre outros: BOLDT, Raphael. *Processo penal e catástrofe*: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. v. 01.

tecnologia e dos meios de comunicação colabora com a ressignificação da justiça criminal por meio das mudanças promovidas na construção da cultura, da sociedade e das diferentes práticas sociais. Como elemento estruturante do sistema penal, a mídia não pode ser dissociada das categorias penais e processuais penais.

Nesse sentido, a emergência das mídias sociais e o desenvolvimento de novas técnicas para obtenção, validação e extração de dados produziram mudanças socioculturais profundas, de modo que a cibercriminologia tem se tornado um conceito fundamental para descrever o presente e compreender a transformação comunicativa em curso. Se por um lado as modificações da esfera pública a partir da reestruturação dos meios de comunicação não configuram um fenômeno recente[8], de outro, há vários elementos que sinalizam para a existência de um novo processo, materializado por intermédio da proliferação das mídias sociais, potencializadas pelo avanço da tecnologia e da cultura digital[9].

No *cibermundo* proliferam novas formas de condutas desviantes, desde fraudes fiscais ao financiamento de grupos vinculados a atividades terroristas e ao tráfico de pessoas[10]. Esse é, portanto, o lugar da cibercriminologia como criminologia da era digital, termo oriundo da chamada *Space Transition Theory*, que Jaishankar desenvolveu para analisar os crimes cibernéticos[11]. As particularidades do espaço digital demandam, portanto, teorias próprias, capazes de compreender os dilemas apresentados pela *digitalização* no campo jurídico-penal e de oferecer repostas viáveis aos desafios subjacentes àquilo que Plank considera como o tema chave do futuro[12].

Quanto à comunicação social, é no marco dos *processos midiáticos* que os meios de comunicação constroem simbolicamente a realidade e o sentido social. Assim, ao se apropriar dos conteúdos, a mídia confere-lhes sentido por intermédio dos

8. A respeito, Cf. HABERMAS, Jürgen. *Mudan*ça estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Trad. Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014. p. 395.
9. GOMES, Pedro Gilberto. Midiatização: um conceito, múltiplas vozes. *Revista FAMECOS*, 23(2), 2016.
10. RAUFER, Xavier. *Cyber-criminologie*. Paris: CNRS Éditions, 2015. p. 47.
11. JAISHANKAR, Karuppannan. Establishing a theory of cyber crimes. *International Journal of Cyber Criminology*, 1(2), 2007, p. 7-9. Ver também: JAHANKHANI, Hamid. *Cyber Criminologie*. London: Springer, 2018.
12. PLANK, Holger. Ist der Begriff "Cyberkriminalität" in Forschung und Praxis hinreichend konturiert und somit adäquater (Sozial-)Kontrolle zugänglich? In: RÜDIGER, Thomas-Gabriel; BAYERL, Petra Saskia (Hrsg.) *Cyberkriminologie*: Kriminologie für das digitale Zeitalter. Wiesbaden: Springer, 2020. p. 13.

processos socioculturais e de significação. Interessa-nos, pois, compreender os resultados práticos e simbólicos no âmbito do processo penal, derivados do novo paradigma comunicacional. Em meio ao complexo movimento dos *processos midiáticos*, pretende-se perquirir qual o papel da midiatização no âmbito da justiça criminal e, mais especificamente, quais os riscos desempenhados pela desinformação no processo de construção e reafirmação do processo penal democrático.

Para usar os termos de Zuboff, este texto pretende ser "um mapeamento inicial de uma terra incógnita"[13], uma incursão para entender algumas das transformações produzidas no processo penal no contexto da "sociedade de plataforma", conceito que se refere a uma sociedade na qual o tráfego social e econômico é cada vez mais canalizado por um ecossistema de plataforma *on-line* que é conduzido por algoritmos e alimentado por dados[14]. Nesse tipo de formação social, as "plataformas" destinam-se, principalmente, à coleta sistemática, ao processamento algorítmico, circulação e monetização dos dados de cada usuário. A evolução das plataformas ocorre no contexto de um ambiente *on-line* que é estruturado por sua própria lógica e expõe os interesses econômicos subjacentes ao avanço tecnológico, criando as condições para a consolidação do chamado "capitalismo de vigilância"[15].

Para a análise do tema proposto, transitaremos entre as ciências criminais, a filosofia e a teoria da comunicação. A partir do diálogo com autores vinculados à Teoria Crítica e da noção de *crítica reconstrutiva*[16] como base metodológica, o presente artigo assume a hipótese de que as transformações ambivalentes oriundas da virtualidade digital e a "revolução das mídias sociais"[17] tem contribuído

13. ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância*: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020. p. 29.
14. VAN DIJCK, José; POELL, Thomas; DE WAAL, Martijn. *The Platform Society*: public values in a connective world. New York: Oxford University Press, 2018. p. 04.
15. ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância*: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.
16. Cabe mencionar o trabalho de Celikates com o propósito de desenvolver um modelo reconstrutivo de teoria social que leva em consideração os princípios da Teoria Crítica, em especial a ideia de crítica como práxis social. CELIKATES, Robin. *Kritik als soziale praxis:* gesellschaftliches selbstverständigung und kritische theorie. Frankfurt am Main: Campus, 2009.
17. TOMPROS, Louis W.; CRUDO, Richard A.; PFEIFFER, Alexis; BOGHOSSIAN, Rahel. The Constitutionality of Criminalizing False Speech Made on Social Networking Sites

para a deslegitimação do processo penal contemporâneo, cuja democratização torna-se obstaculizada pelas dinâmicas particulares da midiatização no campo da justiça criminal.

2. A midiatização da sociedade e a ressignificação da justiça criminal

Os inúmeros entrecruzamentos entre mídia e sociedade têm promovido transformações importantes, inclusive no campo das práticas judiciais. Com a ampliação das possibilidades de interação e comunicação, os meios de comunicação tradicionais passaram por um redimensionamento de sua atuação, sobretudo a partir da transformação dos mecanismos associados aos sistemas digitais. Com isso, os atores sociais individuais e coletivos aderiram à utilização das tecnologias midiáticas como mediadoras de suas práticas diárias.

Esse cenário se tornou o palco do fenômeno social e tecnológico intitulado "processo de midiatização"[18], no qual as tecnologias midiáticas, técnicas, lógicas, estratégias, linguagens e demais protocolos das mídias, até então exclusivos do campo midiático, imbricam-se no interior das dinâmicas de funcionamento do tecido social. Nas palavras de Sodré, a "midiatização" pode ser entendida como

> "[...] uma ordem de mediações socialmente realizadas no sentido da comunicação entendida como processo informacional, a reboque de organizações empresariais e com ênfase num tipo particular de interação – a que poderíamos chamar de 'tecno-interação' –, caracterizada por uma espécie de prótese tecnológica e mercadológica da realidade sensível, denominada médium[19]."

Com a difusão das tecnologias digitais, os "processos de midiatização" se potencializam e a internet permite que as práticas e as relações sociais sejam mediadas por protocolos que se apoiam exclusivamente nas lógicas midiáticas e mercadológicas. Na "sociedade midiatizada", surgem estruturas e dinâmicas fundadas em uma compressão que institui e implementa um novo tipo de

---

in a Post-*alvarez*, Social Media-obsessed World. *Harvard Journal of Law & Technology,* v. 31, Number 1, 2017.

18. FAUSTO NETO, Antonio. Enunciação, auto-referencialidade e incompletude. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n. 34, dez. 2007. SODRÉ, Muniz. *Antropológica do espelho*: uma teoria da comunicação linear e em rede. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

19. SODRÉ, Muniz. *Antropológica do espelho*: uma teoria da comunicação linear e em rede. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002. p. 21.

realidade, práticas sociais imprevisíveis, variáveis, aleatórias e originárias de naturezas distintas, manejadas, principalmente, pela lógica midiática.

No contexto da midiatização, "a estrutura social, política e econômica da 'sociedade midiatizada' é tecida com base em gramáticas que ditam a visibilidade, anunciabilidade e a publicização exacerbada dos atores sociais"[20]. Essa sociedade é regulada pela velocidade com que se desenvolvem as tecnologias, capazes de reestruturar o espaço social e reajustar a cultura vigente. Essa nova configuração social apresenta novos problemas a serem pensados, todos partindo do pressuposto de que a sociedade se constitui por meio da comunicação.

A relação dos meios de comunicação com os processos socioculturais e de significação do *real* configuram a realidade na seara dos *processos midiáticos*. Uma vez que a mídia desempenha o papel de enunciadora da comunicação, ela permite a comunicação *com* e *para* a sociedade, desenvolvendo, paralelamente, uma dinâmica de processos socioculturais que contempla a construção do discurso. Com o advento da tecnologia digital, essas inter-relações se tornaram mais complexas, criando uma nova ambiência. Nesse sentido, "o meio social é modificado. A tela de fundo, o marco dentro dos quais interagem as dinâmicas sociais, é gerada pela assunção da realidade digital. A virtualidade digital traz como consequência a estruturação de um novo modo de ser no mundo"[21].

Esse processo de passagem de uma sociedade centrada nas organizações para uma sociedade centrada em redes computacionais e plataformas digitais modifica não apenas a comunicação social e a normatividade do direito, mas a epistemologia social. Segundo Ladeur, além de alterar as instituições, o processo de transição para uma nova ordem digital do conhecimento possivelmente também produzirá o surgimento de novas formas de subjetividade[22].

A profunda transformação da esfera pública moderna por meio da revolução digital substituiu o *homo laborans* pelo *homo ludens* e converteu o mundo circundante no espetáculo da diversão, ressignificando categorias jurídicas

20. SGORLA, Fabiane. Discutindo o "processo de midiatização". *Revista Mediação,* v. 9, n. 08, jan.-jun. 2009. p. 64.

21. GOMES, Pedro Gilberto. Midiatização: um conceito, múltiplas vozes. *Revista FAMECOS*, 23(2), 2016. p. 18.

22. LADEUR, Karl-Heinz. Por um novo direito das redes digitais – Digitalização como objeto contratual, uso contratual dos "meios sociais", proteção de terceiros contra violações a direitos da personalidade por meio de *Cyber Courts*. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 144.

fundamentais e a relação do indivíduo com o Estado e a sociedade civil. Uma vez que se reconheça que a evolução do Direito e da sociedade estão indissociavelmente ligadas por intermédio dos meios de comunicação[23], é importante notar que a popularização da internet e a massificação das redes sociais estão mudando, inclusive, as condições de comunicação do sistema jurídico e a justiça criminal. Ainda que lentamente, tanto a dogmática quanto a práxis jurídica começam a se estruturar a partir de uma racionalidade que precisa se adaptar à nova temporalidade instituída pela era digital. Embora seja difícil prever as inúmeras consequências decorrentes dessa dinâmica, analisaremos a seguir algumas repercussões no processo penal e nos direitos humanos e fundamentais geradas no contexto de uma sociedade midiatizada.

3. *Fake news* e corrosão simbólica da democracia

A desintegração do antigo espaço público pela transformação tecnológica recoloca também as discussões sobre a teoria da comunicação e a relação dos meios de comunicação com o sistema de justiça criminal e os direitos humanos. Nesse cenário de transformação da esfera pública, surge o desafio das *fake news*, fenômeno que requer novas abordagens metodológicas e a revisão das perspectivas criminológicas. Numa formação social em que, cada vez mais, plataformas digitais ganham proeminência na configuração da realidade, o conceito de "criminologia midiática"[24] acabou por perder parcialmente o seu poder explicativo, cedendo espaço para o que alguns criminólogos denominam "cibercriminologia"[25].

Como elemento estruturante do sistema penal, os órgãos de comunicação têm o seu protagonismo progressivamente reduzido no mundo digital e os usuários abandonam o papel de meros receptores passivos da comunicação de massa e passam a produzir os conteúdos da comunicação pública. A transformação das bases organizacionais da sociedade moderna provocada pela popularização da internet deslocou a produção da informação, não mais centralizada nas organizações. Presencia-se atualmente a passagem de uma sociedade que passa a

23. Nesse sentido: VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 299-300.

24. BOLDT, Raphael. *Criminologia midiática*: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo. Curitiba: Juruá, 2013. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La palabra de los muertos*: conferencias de criminologia cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011.

25. Sobre o tema, Cf. RÜDIGER, Thomas-Gabriel; BAYERL, Petra Saskia (Hrsg.). *Cyberkriminologie. Kriminologie für das digitale Zeitalter*. Wiesbaden: Springer VS, 2020.

gerar o seu conhecimento social a partir de redes[26], ou, para utilizar o termo de van Dijck, Poell e de Waal, uma sociedade que articula o conhecimento por intermédio de "plataformas", um novo ecossistema global, onde governos, empresas (pequenas e grandes), organizações não governamentais, cooperativas e cidadãos participam na formação das práticas econômicas e sociais[27].

Com a ascensão da sociedade de plataforma, o declínio da mídia tradicional e a consequente descentralização na formação e circulação das informações gerou a fragilização dos *standarts* profissionais das organizações jornalísticas e colocou sob suspeita a qualidade e a veracidade do conteúdo que circula nas redes digitais. O surgimento das *fake news* se tornou, portanto, o fator decisivo para a compreensão das transformações que o direito e a sociedade têm enfrentado atualmente.

Apesar da polissemia da expressão e das múltiplas formas das *fake news*[28], estas podem ser identificadas a partir de seu conteúdo, ou seja, pela mensagem fraudulenta emitida pela notícia. O alto grau de influência da internet – e, em especial, das redes sociais – na vida das pessoas e os perigos provenientes da desinformação sinalizam para a necessidade de uma regulação mais adequada dos meios digitais no Brasil, um dos países com pior resultado no ranking do "índice de percepção equivocada"[29], formulado com base nas distorções entre opiniões e realidade.

Uma vez que as notícias fraudulentas e o conspiracionismo se tornaram chaves de interpretação da realidade[30], ganha destaque a preocupação com a desinformação, sobretudo em um contexto de crescente polarização social, no qual as pessoas se isolam cada vez mais em suas "bolhas digitais", sujeitas a narrativas fantasiosas e incapazes, pois, de adotarem perspectivas que lhes sejam contrárias.

26. LADEUR, Karl-Heinz. *Das Recht der Netzwerkgesellschaft*. In: AUGSBERG, Ino; VESTING, Thomas (Orgs.). Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.
27. VAN DIJCK, José; POELL, Thomas; DE WAAL, Martijn. *The Platform Society*: public values in a connective world. New York: Oxford University Press, 2018. p. 06.
28. A respeito da dificuldade em relação ao conceito de *fake news*, ver: RAIS, Diogo. Desinformação no contexto democrático. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 144.
29. *Pesquisa Perigos da percepção 2017*. IPSOS. Disponível em: [www.ipsos.com/pt-br/perigos-da-percepcao-2017]. Acesso em: 20.12.2020.
30. EMPOLI, Giuliano da. *Os engenheiros do caos*: como as *fake news*, as teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar ódio, medo e influenciar eleições. São Paulo: Vestígio, 2019.

A intoxicação digital e a polarização tendem, assim, a distanciar as pessoas e a dificultar o compartilhamento de mensagens que possuam conteúdos ideologicamente opostos, o que facilita a disseminação de notícias falsas no interior de um grupo, desde que elas obviamente correspondam aos seus valores e crenças.

Exemplo recente e notório da influência desse novo paradigma comunicacional sobre a política e, mais especificamente, sobre pleitos democráticos, é o caso da empresa *Cambridge Analytica*, que esteve por trás de campanhas como a do *Brexit*, no Reino Unido, e a do ex-presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, tendo sido acusada de utilizar irregularmente os dados de cerca de oitenta milhões de usuários da rede social *Facebook* para fins eleitorais. É importante lembrar que tanto a *Cambridge Analytica* quanto o *Facebook* foram processados por possível influência irregular nas eleições presidenciais de 2016 e que, segundo o jornal *Washington Post*, Trump divulgou mais de trinta mil e quinhentas notícias falsas durante o seu mandato[31]. Para além dos diversos escândalos contemporâneos envolvendo eleições e empresas de comunicação e tecnologia, faz-se necessário observar que a livre produção e transmissão de conteúdos fraudulentos também produz reflexos notórios no imaginário social e nas práticas judiciais quando se trata do exercício do poder punitivo e dos direitos e garantias fundamentais.

No Brasil, o embate entre as narrativas sobre a Operação Lava Jato é um dos maiores exemplos de como a realidade social se constitui a partir de distintos discursos. O que os membros da força-tarefa e seus defensores sustentam é muito mais do que o mero "combate à corrupção" por meio do sistema penal, é um modelo de justiça no qual

> "a busca da verdade é prerrogativa dos agentes estatais, a acusação é impulsionada e conduzida pela figura do Procurador, representante do soberano, que exige a aplicação de uma justiça verticalizada, imposta do alto e exercida pelos juízes [...], neutros e imparciais, que proferem o veredicto em nome de toda a comunidade, já que a violência [...] assume também a forma da infração à lei do Estado[32]."

31. CATHEY, Libby. *Legacy of Lies* – How Trump Weaponized Mistruths During His Presidency. Em: [https://abcnews.go.com/Politics/legacy-lies-trump-weaponizedmistruthspresidency/story?id=75335019]. Acesso em: 21.01.2021.

32. CARVALHO, Thiago Fabres de. A bravura indômita da justiça penal: o imaginário punitivo à luz da ética da vingança. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 8, 311-338, 2010. p. 318.

Uma das grandes invenções do pensamento medieval e posteriormente racionalizada pelo pensamento penal liberal e iluminista, a infração penal denota a importância da publicização dos atos punitivos. E como tal, o relato construído pela Lava Jato remete às fontes do imaginário punitivo moderno.

Situação emblemática foi a exposição de um *outdoor* em homenagem aos cinco anos da operação numa via de acesso ao aeroporto Afonso Pena, na região metropolitana de Curitiba. A placa continha fotos de membros da Lava Jato e o seguinte texto: "Bem-vindo à República de Curitiba, terra da Lava Jato, a investigação que mudou o país"[33].

Em contrapartida, a "Vaza Jato", composta por enorme quantidade de materiais divulgados pelo *The Intercept Brasil*, alimentou os veículos de comunicação tradicionais e, sobretudo, as redes sociais com revelações que fragilizaram o relato oficial e fortaleceram as críticas à operação, demonstrando que a suposta neutralidade dos órgãos judicantes configura uma mera estratégia para a sua legitimação e que o sistema acusatório continua a ser uma ilusão. Essa batalha discursiva e a busca pelo relato vencedor indicam, pois, que a comunicação bem-sucedida é justamente aquela que consegue mais adesão do ambiente social intersubjetivo[34] e que, quando se trata de poder punitivo, a linguagem da hermenêutica vencedora não apenas descreve, mas constitui a realidade.

4. Processo penal anocrático? *Big-data* e erosão das garantias constitucionais

A conformação dos sistemas processuais segundo distintas matrizes molda o imaginário jurídico-penal moderno. Tradicionalmente, os processualistas identificam abstratamente os sistemas em acusatório e inquisitivo[35], apesar das

33. KONCHINSKI, Vinicius. Integrantes da Lava Jato viram réus em ação sobre outdoor da força-tarefa. Disponível em: [https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/09/26/stf-investiga-outdoor-da-lava-jato-em-inquerito-sobre-fake-news.htm]. Acesso em: 25.01.2021.

34. ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 153.

35. Cf. LANGER, Maximo. The long shadow of the adversarial and inquisitorial categories. In: DUBBER, Markus; Hörnle, Tatjana. *Handbook of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Para Langer, é fundamental expandirmos os horizontes da nossa compreensão do processo penal, o que exigirá transcender as categorias adversarial e inquisitorial, sem, porém, desconsiderar o que elas nos permitiram realizar.

dificuldades inerentes à inexistência de uma estabilidade temporal e às mutações genéticas históricas do fenômeno processual.

Embora relevantes, ocupando ainda importante espaço na configuração do processo penal, essas tipologias sistêmicas têm sido questionadas cada vez mais desde uma perspectiva cética do processo e do poder punitivo, ampliando, com isso, as pretensões de reforma do sistema e a introdução de modelos alternativos à gestão de conflitos criminalizados[36].

Se de um lado alguns sugerem que a inidoneidade dessas categorias poderia conduzir à destruição da teoria jurídica do processo penal e, por consequência, do próprio sistema de garantias constitucionais tuteladas pela forma processual[37], acreditamos que a discussão sobre a superação dos sistemas processuais vem se tornando progressivamente irrelevante. Não apenas pelas significações e ressignificações autoritárias do processo penal brasileiro, mas principalmente porque, conforme expusemos em obra sobre o tema[38], o sistema acusatório trata-se de uma ilusão, produto de um discurso que, sob a justificativa de limitar o poder punitivo e racionalizar a aplicação da lei penal, contribui para a permanência daquilo que denominamos *teologia processual penal da modernidade*, cujos pressupostos reafirmam as linhas gerais da epistemologia inquisitiva. O óbice elementar estaria, portanto, em um instrumento de autenticar a verdade, "uma forma de saber-poder"[39], o inquérito, invenção medieval influente e principal fonte imaginária dos sistemas processuais modernos.

Não se almeja, obviamente, nesse curto espaço aprofundar o debate sobre as estruturas autoritárias do processo penal brasileiro[40], mas identificar como os obstáculos epistemológicos, éticos e políticos ao processo penal acusatório

36. A respeito: BOLDT, Raphael. *Processo penal e catástrofe*: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. BOLDT, Raphael. Dialética negativa da punição. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, IBCCRIM, n. 165, mar. 2020.
37. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo penal pós-acusatório? Ressignificações do autoritarismo no processo penal. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378-408, jan.-fev. 2015. p. 380.
38. BOLDT, Raphael. *Processo penal e catástrofe*: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 46-47.
39. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999.
40. Sobre o tema, sugerimos: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. v. 01.

contribuem para a conformação de um novo paradigma processual e impedem a preservação dos direitos e garantias fundamentais no atual processo de "modernização" ou ressignificação da persecução penal.

Diante de um cenário marcado por democratização parcial e fragilidade institucional em diversos países e pelo risco permanente de deterioração global da democracia, é possível notar atualmente a consolidação daquilo que Marshall e Cole identificaram como *anocracia,* um regime político híbrido que combina elementos de autocracia e democracia. Ela se afirma não apenas como uma situação de transição, mas um tipo de regime que pode perdurar no tempo tanto quanto as democracias e as ditaduras[41]. Nesse contexto,

> "autocracia e democracia se mesclam, diluem-se numa substância polimorfa, induzindo conscientemente todos os cidadãos à inconsciência, escamoteando a hipnose da aceitação passiva de práticas autoritárias, até mesmo de índole fascista, nos circuitos da própria democracia[42]."

Entre as características fundamentais dessa nova categoria[43] estão justamente a corrosão simbólica dos direitos humanos e a fragmentação da autonomia dos poderes, porquanto dominados pela judicialização e criminalização da política, o que sinaliza para a maior vulnerabilidade dos regimes anocráticos ao início de novos eventos de instabilidade política. É possível observar, assim, uma relação importante entre a prática social midiatizada pela tecnologia e a ascensão das *anocracias*, cujas novas formas passam a gerar instituições sociais inéditas e a possibilitar transformações no direito, inclusive no campo jurídico-penal.

Ainda que seja possível verificar a conservação ambivalente e tortuosa dos fundamentos do devido processo legal a garantir, com dificuldades, o respeito a algum nível de legalidade, na *anocracia* os procedimentos tradicionais da democracia representativa e do Estado de Direito possuem um papel meramente simbólico e legitimador de práticas autoritárias. Com efeito, tanto o princípio da legalidade quanto o devido processo penal são excessivamente flexibilizados e

41. MARSHALL, Monty; COLE, Benjamin. Global Report on Conflict, Governance and State Fragility 2008. *Foreign Policy Bulletin, 18(1)*, 2008. p. 3-21. COLOMER, Josep M.; BANERJEA, David; MELLO, FERNANDO B. de. To Democracy Through Anocracy. In: *Democracy & Society (volume 13)*. 2016.

42. CARVALHO, Thiago Fabres de; BOLDT, Raphael. A política criminal na anocracia. *Boletim IBCCRIM,* São Paulo, IBCCRIM, n. 332, jul. 2020.

43. Para maior aprofundamento: CARVALHO, Thiago Fabres de; BOLDT, Raphael. A política criminal na anocracia. *Boletim IBCCRIM,* São Paulo, IBCCRIM, n. 332, jul. 2020.

esvaziados a ponto de se tornarem mero verniz jurídico aptos a legitimarem práticas arbitrárias e inconstitucionais.

É possível ter uma abordagem ainda mais tangível dos problemas anteriormente descritos quando os relacionamos com política e análises de *big data*. Embora o *big data* refira-se a um conceito muito recente e que gera divergências quanto à sua caracterização, optamos aqui por uma análise de caráter mais teórico, privilegiando as causas e consequências econômicas, sociológicas e filosóficas do advento do *big data*[44]. Para essa visão, o *big data* constitui um fenômeno social fruto da mudança de paradigma pela qual o mundo contemporâneo vem passando[45]. Esse novo paradigma, conhecido pela noção de *datificação*[46], atinge e modifica inúmeras áreas do conhecimento, entre elas o direito e, neste caso, o processo penal. A coleta massiva de dados dos sujeitos que utilizam a internet diariamente pode representar um grande avanço em alguns aspectos do desenvolvimento das ciências e da economia, mas esse tipo de coleta nem sempre possui um objetivo socialmente deliberado, podendo gerar consequências inesperadas e, até mesmo, indesejadas.

No âmbito da persecução penal, o *big data* tem sido apresentado como mecanismo promissor na vigilância e redução da criminalidade. Para tanto, basta citar a obtenção do elevado número de informações potencialmente convertidas em algoritmos, com vista à produção de classificações numéricas e categorizações voltadas à prevenção e repressão do crime. Apesar dos eventuais benefícios para a investigação criminal, é preciso levar em consideração os riscos que a troca massiva de dados informativos acarreta, desde o número de pessoas que têm acesso aos dados conectados, à forma como estes são tratados e manuseados, até a finalidade para a qual são recolhidos.

No Brasil, com o advento da Operação Lava Jato, foi criado um banco de dados unificado e procedimentos analíticos próprios, intitulado como o *big data* para o combate à corrupção. A mesma concepção pode ser verificada na Lei 12.654/2012, que instituiu a criação do banco de dados com perfil genético a

44. CALDAS, Camilo Onoda Luiz. CALDAS, Pedro Neris Luiz. Estado, democracia e tecnologia: conflitos políticos no contexto do big-data, das fake news e das shitstorms. *Perspectivas em Ciência da Informação*, v. 24, n. 2, p. 196-220, abr.-jun. 2019.

45. VAN DIJCK, J. Confiamos nos dados? As implicações da datificação para o monitoramento social. *Matrizes*, São Paulo, v. 11, n. 1, jan.-abr. 2017. Disponível em: [www.revistas.usp.br/matrizes/article/view/131620/127911]. Acesso em: 10.01.2021.

46. MAYER-SCHONBERGER, V.; CUKIER, K. *Big Data:* a revolution that will transform how we live, work, and think. Londres: John Murray, 2013.

partir da extração obrigatória de DNA de indivíduos condenados por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, ou qualquer dos crimes considerados hediondos. Esse tipo de identificação acompanhou o desenvolvimento do *big data*, com a consequente utilização de algoritmos e tecnologias de tratamento de grande quantidade de dados. Outro exemplo relevante do uso de categorias como inteligência artificial, automação, *machine learning* e *big data* no campo jurídico-penal, diz respeito à implementação de sistemas de reconhecimento facial com a finalidade de auxiliar o monitoramento e facilitar a identificação criminal, o que evidentemente acarreta discussões importantes do ponto de vista legal e constitucional.

O uso de dados na persecução penal reforça a ideia de que o controle não se concentra em instituições específicas, nem se restringe aos órgãos estatais. Como se pode notar, o controle é exercido de modo difuso e capilarizado, por agentes estatais, corporações e indivíduos. No capitalismo de plataformas, com a estruturação da economia contemporânea a partir do uso de dados, o resultado não poderia ser outro, senão a transformação das práticas penais e sua adequação ao sistema de produção vigente[47].

A ampliação do emprego da tecnologia tem sido justificada, principalmente, na necessidade de definir estratégias mais eficientes de controle do crime. Apesar do entusiasmo de seus defensores, é fundamental observar que a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) não se aplica quando o tratamento de dados pessoais for realizado para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais (artigo 4º, inciso III, alíneas "a" a "d").

Apesar da pretensão de implantar uma gestão mais *eficiente* das condutas desviantes, o uso da tecnologia impõe a necessária adequação dos novos instrumentos não apenas às regras processuais penais, mas, sobretudo, ao sistema de direitos fundamentais. A almejada "modernização do processo penal" certamente apresenta algumas oportunidades e riscos. A preservação das garantias do processo penal e uma reforma progressiva parecem ser o caminho juridicamente mais desejável. Contudo, levando em consideração as atuais relações de poder e os obstáculos epistemológicos subjacentes ao processo penal contemporâneo,

47. Essa interpretação baseia-se da análise desenvolvida por Rusche e Kirchheimer, ao sugerirem que "todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção". RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan: 2004. p. 20.

dificilmente as futuras reformas serão capazes de resistir à deterioração da legalidade e das garantias constitucionais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tecnologia está transformando a vida em sociedade e a forma como as pessoas percebem a realidade com tanta rapidez que se torna quase impossível tomar consciência de seus efeitos na relação entre o direito e a sociedade. Como um campo emergente e multidisciplinar, um dos principais objetivos da cibercriminologia é o estudo das condutas desviantes que ocorrem no ciberespaço e das diversas modificações produzidas pelas novas tecnologias no sistema de justiça criminal.

Com este artigo buscou-se compreender os resultados práticos e simbólicos no âmbito do processo penal derivados do novo paradigma comunicacional e das tecnologias em ascensão, consolidados pelo rápido crescimento da internet. Em meio ao complexo movimento dos *processos midiáticos*, destacou-se o papel da midiatização no âmbito da justiça criminal, indicando alguns riscos desempenhados pela redefinição do sistema penal no processo de construção e reafirmação do processo penal democrático.

A tecnologia disruptiva e a inovação apresentam-se, assim, como componentes integrais para a análise não apenas do processo penal, mas do direito. Na sociedade das plataformas, o declínio da mídia tradicional e a consequente descentralização na formação e circulação das informações deteriorou a qualidade e a veracidade do conteúdo que circula nas redes digitais, produzindo reflexos notórios no imaginário social e nas práticas judiciais quando se trata do exercício do poder punitivo e dos direitos e garantias fundamentais.

Um dos efeitos mais evidentes desse fenômeno é a corrosão simbólica dos direitos humanos e a fragmentação da autonomia dos poderes, dominados pela judicialização e criminalização da política, características típicas dos regimes anocráticos. É possível observar, assim, uma relação importante entre a prática social midiatizada pela tecnologia e a ascensão das *anocracias*, cujas novas formas passam a gerar instituições sociais inéditas e a possibilitar importantes transformações no direito, inclusive no campo jurídico-penal.

A plataformização da sociedade tem reforçado a dependência das estruturais sociais em relação às grandes empresas de plataformas. Gradualmente, essas plataformas começaram a estruturar a vida das pessoas e as instituições. As organizações jornalísticas, por exemplo, estão cada vez mais dependentes dos mecanismos de distribuição on-line de empresas como *Facebook* e *Google*. As

escolas e universidades começaram a reestruturar seus currículos a partir dos ambientes personalizados de aprendizado fornecidos por *Google*, *Amazon*, *Facebook* e *Microsoft*.

Nesse contexto de mudanças radicais nas tecnologias de comunicação, verifica-se a ampliação do emprego da tecnologia para definir estratégias mais eficientes de controle do crime. Com a datificação da vida e do controle social, projeta-se uma espécie de processo penal anocrático, cuja arquitetura autoritária se mescla com os princípios neoliberais do capitalismo em sua nova fase (capitalismo de vigilância). Um processo penal dissociado do princípio da legalidade e do devido processo penal, flexibilizados e esvaziados a ponto de se tornarem mero verniz jurídico aptos a legitimarem práticas arbitrárias e inconstitucionais.

6. Referências

ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelo de Direito proceduralizado – Regulação de redes sociais e proceduralização. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

BOLDT, Raphael. *Criminologia midiática*: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo. Curitiba: Juruá, 2013.

BOLDT, Raphael. *Processo penal e catástrofe*: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BOLDT, Raphael. Dialética negativa da punição. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, IBCCRIM, n. 165, mar. 2020.

CALDAS, Camilo Onoda Luiz. CALDAS, Pedro Neris Luiz. Estado, democracia e tecnologia: conflitos políticos no contexto do big-data, das fake news e das shitstorms. *Perspectivas em Ciência da Informação*, v. 24, n. 2, p. 196-220, abr.-jun. 2019.

CAMPOS, Francisco. *O estado nacional*. EbooksBrasil, 2002.

CARVALHO, Thiago Fabres de. A bravura indômita da justiça penal: o imaginário punitivo à luz da ética da vingança. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 8, 311-338, 2010.

CARVALHO, Thiago Fabres de; BOLDT, Raphael. A política criminal na anocracia. *Boletim IBCCRIM*. IBCCRIM, São Paulo, n. 332, jul. 2020.

CATHEY, Libby. *Legacy of Lies* – How Trump Weaponized Mistruths During His Presidency. Disponível em: [https://abcnews.go.com/politics/legacy-lies-trumpweaponizedmistruthspresidency/story?id=75335019]. Acesso em: 21.01.2021.

CELIKATES, Robin. *Kritik als soziale praxis:* gesellschaftliches selbstverständigung und kritische theorie. Frankfurt am Main: Campus, 2009.

COLOMER, Josep M.; BANERJEA, David; MELLO, FERNANDO B. de. To Democracy Through Anocracy. In: *Democracy & Society (volume 13)*. 2016.

EMPOLI, Giuliano da. *Os engenheiros do caos*: como as *fake news*, as teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar ódio, medo e influenciar eleições. São Paulo: Vestígio, 2019.

FAUSTO NETO, Antonio. Enunciação, auto-referencialidade e incompletude. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n. 34, dez. 2007.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. v. 01. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo penal pós-acusatório? Ressignificações do autoritarismo no processo penal. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378-408, jan.-fev. 2015.

GOMES, Pedro Gilberto. Midiatização: um conceito, múltiplas vozes. *Revista FAMECOS*, 23(2), 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Trad. Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Na esteira da tecnocracia*: pequenos escritos políticos XII. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

JAHANKHANI, Hamid. *Cyber Criminologie*. London: Springer, 2018.

JAISHANKAR, Karuppannan. Establishing a theory of cyber crimes. *International Journal of Cyber Criminology*, 1(2), 2007.

LADEUR, Karl-Heinz. *Das Recht der Netzwerkgesellschaft*. In: AUGSBERG, Ino; VESTING, Thomas (Orgs.). Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

LADEUR, Karl-Heinz. Por um novo direito das redes digitais – Digitalização como objeto contratual, uso contratual dos "meios sociais", proteção de terceiros contra violações a direitos da personalidade por meio de *Cyber Courts*. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

LANGER, Maximo. The long shadow of the adversarial and inquisitorial categories. In: DUBBER, Markus; Hörnle, Tatjana. *Handbook of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

MARSHALL, Monty; COLE, Benjamin. Global Report on Conflict, Governance and State Fragility 2008. *Foreign Policy Bulletin, 18(1)*, 2008, p. 3-21.

MAYER-SCHONBERGER, V.; CUKIER, K. *Big Data:* a revolution that will transform how we live, work, and think. Londres: John Murray, 2013.

PLANK, Holger. Ist der Begriff "Cyberkriminalität" in Forschung und Praxis hinreichend konturiert und somit adäquater (Sozial-)Kontrolle zugänglich? In: RÜDIGER, Thomas-Gabriel; BAYERL, Petra Saskia (Hrsg.) *Cyberkriminologie*: Kriminologie für das digitale Zeitalter. Wiesbaden: Springer, 2020.

RAIS, Diogo. Desinformação no contexto democrático. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

RAUFER, Xavier. *Cyber-criminologie*. Paris: CNRS Éditions, 2015.

RÜDIGER, Thomas-Gabriel; BAYERL, Petra Saskia (Hrsg.). *Cyberkriminologie. Kriminologie für das digitale Zeitalter*. Wiesbaden: Springer VS, 2020.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan: 2004.

SGORLA, Fabiane. Discutindo o "processo de midiatização". *Revista Mediação,* v. 9, n. 08, jan./jun. 2009.

SODRÉ, Muniz. *Antropológica do espelho*: uma teoria da comunicação linear e em rede. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

TOMPROS, Louis W.; CRUDO, Richard A.; PFEIFFER, Alexis; BOGHOSSIAN, Rahel. The Constitutionality of Criminalizing False Speech Made on Social Networking Sites in a Post-*alvarez*, Social Media-obsessed World. *Harvard Journal of Law & Technology.* Volume 31, Number 1, 2017.

VAN DIJCK, José. Confiamos nos dados? As implicações da datificação para o monitoramento social. *Matrizes*, São Paulo, v. 11, n. 1, jan./abr., 2017. Disponível em: [www.revistas.usp.br/matrizes/article/view/131620/127911]. Acesso em: 10.01.2021.

VAN DIJCK, José; POELL, Thomas; DE WAAL, Martijn. *The Platform Society*: Public Values in a Connective World. New York: Oxford University Press, 2018.

VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina penal nazista*: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La palabra de los muertos*: conferencias de criminologia cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011.

ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância*: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Os ciberataques constituem uma real ameaça à justiça digital?, de Maximiliano Pereira de Carvalho – *RDT* 199/117-132 (DTR\2019\23945); e
- Para além de qual criminologia? limitações e possíveis contribuições relacionadas à abordagem dos danos sociais, de Marcelo Buttelli Ramos – *RBCCrim* 173/433-465 (DTR\2020\13266).

Inteligência artificial, *big data* e algoritmos: policiamento e as novas roupagens de um agir discriminatório

Artificial intelligence, big data and algorithms: policing and the new outlines of a discriminatory acting

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo

Doutor em Sociologia pela UFRGS. Professor Titular da Escola de Direito da PUC-RS. Bolsista de Produtividade em Pesquisa nível 1 do CNPq. Membro do Fórum Brasileiro de Segurança Pública e líder do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal – GPESC/PUCRS. Pesquisador associado e membro do Comitê Gestor do Instituto Nacional de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos – INCT-Ineac. Coordenador do Departamento de Justiça de Segurança Pública do IBCCrim.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-7050-8852].
rodrigo.azevedo@pucrs.br

Luíza Correa de Magalhães Dutra

Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-RS. Especialista em Segurança Pública, Cidadania e Diversidade pela UFRGS. Bacharela em Ciências Sociais pela UFRGS. Bacharela em Direito pela PUC-RS. Integrante do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal da PUC-RS.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-4458-6333].
luiza.dutra15@gmail.com

Autores convidados

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos; Digital

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo principal debater a inserção de novas tecnologias na área de segurança pública, especificamente em se tratando do aparato policial na Era *Big Data*. Para tanto, apresentamos um debate bibliográfico sobre algoritmos e sua aproximação com a justiça penal e a atuação da polícia, adentrando, assim, no chamado policiamento preditivo. Buscamos analisar o que a bibliografia norte-americana, que há mais de duas décadas

Abstract: This paper aims to examine the insertion of new technologies in the area of public security, specifically when it comes to the police apparatus in the Big Data Era. For that, we present a bibliographic debate on algorithms and their approach to criminal justice and the role of the police, thus entering the so-called predictive policing. We seek to analyze what the North American bibliography, which has been focusing on the theme for more than two decades, reveals

Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de; Dutra, Luíza Correa de Magalhães. Inteligência artificial, *big data* e algoritmos: policiamento e as novas roupagens de um agir discriminatório.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 183. ano 29. p. 247-268. São Paulo: Ed. RT, setembro 2021.

se debruça sobre a temática, revela sobre um policiamento baseado na predição para, em seguida, analisarmos dois casos práticos dos EUA acerca desse modo de policiar. Por se tratar de uma sociedade racializada com significativos indícios de atuação discriminatória por parte da polícia, assim como a sociedade brasileira, os exemplos norte-americanos podem auxiliar na formação de um pensamento acadêmico crítico quando do policiamento preditivo, trazendo questionamentos e avaliações para pensarmos, também, sobre nossa realidade.

Palavras-chave: Policiamento Preditivo – Inteligência Artificial – *Big Data* – Algoritmos.

about policing based on prediction; then we will analyze two practical cases from the United States about this way of policing. Once we analyzed a racialized society with significant evidence of discriminatory action by the police, as well as Brazilian society, the North American examples can assist in the formation of critical academic thinking about predictive policing, bringing questions and evaluations to think, also, about our reality.

Keywords: Predictive Policing – Artificial intelligence – Big data – Algorithms.

Sumário: 1. Introdução. 2.. A Era *Big Data*: algoritmos e inteligência artificial. 3. *Big Data* e as Políticas de Policiamento Preditivo: neutralidade na atuação ou reprodução de ações discriminatórias?. 4. Casos de Policiamento Preditivo: o policiamento preditivo na prática – Chicago e o *Strategic Subjet Lists* ("*Heat List")* e o *software PredPol* (o caso de Los Angeles). 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A utilização de novas tecnologias no meio social e nas relações dos diversos atores sociais vem marcando o cenário mundial atual: desde a segurança, perpassando pelo trabalho (uberização), chegando na educação e em quase todas as instituições da vida social. A utilização de algoritmos e grandes montantes de dados para gerir e gerenciar a vida social marca o chamado gerenciamento algorítmico, em que se vigia cada indivíduo, assim como a multidão, os gerenciando na Era *Big Data*. Na área de segurança pública não poderia ser diferente: reconhecimento facial, predição, drones e sensores de ambientes são algumas das tecnologias associadas ao chamado policiamento preditivo.

Em se tratando da área de policiamento, extensa bibliografia nacional vem se debruçando sobre a temática das atuações dessas instituições, seus cruzamentos com diferentes marcadores sociais e com a legitimidade de suas atuações, demarcando possíveis violências praticadas por essas corporações (LIMA; BUENO; SINHORETTO, 2015; MUNIZ; PAES-MACHADO, 2010; MUNIZ, 1999; MUNIZ; SILVA, 2010). Já em mesma escala, pesquisas na área da violência estatal demonstram uma frágil e preocupante imagem no que diz respeito às polícias

e demais instituições de Segurança Pública no Brasil (ADORNO E DIAS, 2014; KANT DE LIMA, 2014; COSTA E LIMA, 2014; MUNIZ E JUNIOR, 2014).

Com a emergência cada vez mais significativa da utilização de grandes montantes de dados para a organização social de diferentes campos de interação da sociedade, aproximando-se da utilização de um saber tecnológico como forma de "ordenamento" social, assim como dos algoritmos como "solucionadores de problemas", os novos meios de tecnificação do agir chegaram às instituições policiais, restabelecendo, assim, as legitimidades do ser/agir-policial e do próprio policiamento – ou, possivelmente, apresentando novas perspectivas dos entendimentos de como agir. Porém, apresentada por meio de um viés de neutralidade, retirando da subjetividade policial a decisão do agir, questionamo-nos se, de fato, esses dados utilizados não apenas relegitimariam um agir já tão conhecido em sociedades com expressivas discrepâncias sociais entre os atores.

Diversos estudiosos norte-americanos vêm se debruçando sobre os possíveis efeitos discriminatórios dessas novas estratégias de policiamento pautadas em tecnologias descritas como "democráticas" (FERGUSON, 2015; SELBST, 2017; JOH, 2014; RICHARDS; KING, 2014; BAROCAS; SELBST, 2016; LUM; ISAAC, 2016), salientando e colocando no debate os dispositivos pelos quais os preconceitos seriam introduzidos e reproduzidos por essa inteligência artificial.

Desse modo, o artigo a seguir irá se dividir em três grandes blocos para, ao final, formularmos uma tentativa de imersão, a partir do debate e exemplos norte-americanos trazidos, em nosso campo de análise e narrativas nacionais: a) em um primeiro momento iremos apresentar um debate inicial sobre a chamada Era *Big Data*, perpassando pelos estudos do que seriam os algoritmos e chegando na sua aproximação com a justiça penal e a atuação da polícia; b) em um segundo ponto, iremos nos ater mais especificamente em debater o que seria o policiamento preditivo, suas modalidades, tecnologias e dados utilizados; c) por fim, antes de um debate conclusivo, iremos brevemente apresentar dois casos de policiamento preditivo nos Estados Unidos na prática para, assim, repensarmos a ideia do que seria policiamento preditivo e quais suas possíveis implicações na prática.

A escolha sobre os estudos de caso norte-americanos se pauta em dois motivos: em primeiro lugar, pela questão de os estudiosos do tema debaterem sobre policiamento preditivo por mais de duas décadas, marcando um campo de estudo com bases mais concretas e de destaque nos debates sobre o tema. Em segundo, pois, em que pese as diferenças sociais entre Brasil e EUA, estamos tratando de dois locais com bases racializadas e discriminatórias que possuem sua história político-social pautada em reivindicações e protestos por igualdade social, reconhecimento dos

racismos perpetuados pelo aparato policial e uma necessidade drástica de se repensar a atuação das polícias.

2. A Era *Big Data*: algoritmos e inteligência artificial

Não obstante a falta de consenso acerca do que seria a Era *Big Data*, retratam os pesquisadores norte-americanos que o surgimento da utilização do *Big Data* é um marco de mudanças nas instituições estatais. Mas o que seria o tão falado *Big Data*? A utilização do Big Data surge para transformar campos tão diversos quanto os da saúde pública e áreas diversas das ciências.

Poderia ser entendido como um campo de conhecimento que abarca diferentes áreas produtivas e científicas, gerando inteligência e conhecimento a partir de uma grande quantidade de dados. Assim, o *Big Data* poderia ser definido a partir de 3Vs: volume (grande montante de dados e diversas fontes), velocidade (tempo de capacidade de processamento dos dados, de acordo com a necessidade e objetivos) e variedade (formatos diversos), podendo chegar a 5Vs se ainda juntarmos Veracidade e Valor, como explicita Saisse (2017).

Segundo o mesmo autor, as análises em *Big Data* podem ser de quatro tipos: a) análise prescritiva, com foco nas consequências das ações; b) análise diagnóstica, com base em tomadas de decisões a partir de fatos, traçando histórias de ocorridos; c) análise descritiva, analisando dados em tempo real; d) análise preditiva, com foco na ideia de prever o futuro a partir da mineração de dados, ou seja, existe uma função matemática com capacidade de aprendizado e mapeamento de variáveis de entrada e saída de dados (SAISSE, 2017). A partir da análise de dados históricos, se utiliza de dados, algoritmos estatísticos e um aprendizado de máquina (*machine learning*) para prever acontecimentos futuros.

Com relação, ainda, aos 3Vs e a uma definição mais técnica do que seria o *Big Data*, apontam Richards e King (2014) que essa conceitualização mais técnica se descreve como dados que transbordariam a possibilidade de processamento dos sistemas de banco de dados convencionais, demonstrando a utilização dos 3Vs para uma definição mais prática: grande volume, grande velocidade e grande variedade. Porém, demonstram os autores a sua preferência por uma definição a partir do impacto social que esse grande montante de dados trará; apresentam a necessidade do desenvolvimento de uma "ética *Big Data*" dada a crescente produção de poder e consciência institucional, a partir de quatro importantes pontos: i) reconhecer "privacidade" como regras de informação, ou seja, existem regras que devem gerir a privacidade; b) reconhecer que informações privadas compartilhadas podem permanecer "confidenciais" (saindo da ideia de que, uma

vez que a informação for compartilhada a partir de um consentimento, não pode mais ser privado); c) ver que o uso de Big Data requer transparência; d) reconhecer que *Big Data* pode comprometer identidades, ou seja, "as previsões e inferências de *big data* correm o risco de comprometer a identidade ao permitir a vigilância institucional para identificar, categorizar, modular e até determinar quem somos antes de nos decidirmos" (RICHARDS; KING, 2014, p. 396, tradução nossa).

Mayer-Schonberger e Cukier (2013, p. 29, tradução nossa), definem *Big Data* como as "coisas que podem ser feitas em grande escala e que não poderiam ser feitas em escala menor para extrair novos *insights* ou criar novas formas de valor, de modo a mudar mercados, organizações, o relacionamento entre cidadãos e governos e muito mais". Para Richards e King (2014, p. 403), a *Era Big Data* começa quando companhias, como Google, Yahoo, eBay, começam a reunir e analisar um grande montante de informações de fontes internas e externas, desenvolvendo "tecnologias de *software* de código aberto, como Hadoop, uma ferramenta de *software* que permite o armazenamento e processamento de conjuntos de dados muito grandes em coleções de computadores" (tradução nossa).

A partir da visualização e descoberta de "padrões anteriormente escondidos", a *Big Data* pode levar as situações, e seus entendimentos, para um novo nível, agora permitindo ao governo saber antes, ver antes, decidir antes e, até poder agir antes de uma situação sequer ocorrer. Cukier e Mayer-Schoenberger (2013), em perspectiva semelhante, complementam que a *Big Data* seria mais do que uma mera comunicação, passando para a aprendizagem de uma vasta gama de informações que não poderiam ser compreendidas quando utilizados montantes menores de dados; ainda, essa Era seria caracterizada pela "dataficação", ou seja, transformar em dados aspectos do mundo que antes sequer eram quantificados. Coloca-se dados suficientes em um computador para que assim ele possa inferir probabilidades de eventos futuros.

Marcando a transformação de como a sociedade processa a informação, a *Big Data* pode ser utilizada para realizar predições pegando todos os aspectos de nossas vidas em sociedade e colocando em dados passíveis de serem analisados, criando, desse modo, correlações. Apesar de não existir um consenso sobre o que seria o *Big Data*, a maioria dos autores concorda que se refere: a) à aplicação de inteligência artificial; e b) à grande quantidade de dados digitalizados que estão disponíveis (JOH, 2018; CUKIER; MAYER-SCHOENBERGER, 2013). Denota-se que uma contribuição fundamental da *Big Data* é a capacidade de encontrar correlações úteis em conjuntos de dados que não são capazes de análise por avaliação humana comum.

No mais, a *Big Data* serve para nos mostrar a grande quantidade de informações que estão sendo produzidas e difundidas em diversas plataformas digitais, explicitando que basicamente todo tipo de informação é capaz de ser digitalizada e armazenada (JOH, 2014). Ainda, em se tratando do uso de inteligência artificial na aplicação desses conjuntos de dados para análises e uso, a quantidade massiva de dados permite reanalisar e recolocar as informações ali contidas para diversos propósitos e fins. Como explicita Joh (2014, p. 41): "Tais quantidades massivas de informações também sugerem que os próprios tipos de questões colocadas pelos pesquisadores serão diferentes no contexto de *Big Data*" (tradução nossa).

Para Richards e King (2014), a revolução Big Data, como chamam os autores, possuí uma escala de influência tão marcante que todas as atividades e decisões humanas começam a ser influenciadas pela predição desses dados, incluindo compras, educação, votos, segurança cibernética, entre outros. Retratam, ainda, com relação ao acesso a esses montantes de dados que,

> "[...] muitos dos conjuntos de dados pessoais mais reveladores, como histórico de chamadas, histórico de localização, conexões de rede social, histórico de pesquisa, histórico de compras e reconhecimento facial já estão nas mãos de governos e empresas" (RICHARDS; KING, 2014, p. 393).

Porém, a utilização desse grande volume de informações requer três grandes mudanças no modo como abordamos os dados: 1) modo de coleta e uso de muitos dados, uma vez que agora não estamos mais tratando de pequenas amostras; 2) abandonar a preferência por dados altamente selecionados e organizados e aceitar, em certa medida, a falta de exatidão; 3) aceitar correlações ao invés de uma busca constante das causas dos acontecimentos (CUKIER; MAYER-SCHOENBERGER, 2013). É a coleta e análise de uma massiva quantidade de informações, buscando padrões que podem ajudar a prever ocorrências futuras de determinada situação. É a transformação de como a sociedade processa a informação.

> "*Big data* é um recurso e uma ferramenta. Destina-se para informar, em vez de explicar; aponta para a compreensão, mas também ainda pode levar a mal-entendidos, dependendo de quão bem é manejado. E, por mais deslumbrante que seja o poder do *Big Data*, seu brilho sedutor não deve jamais nos cegar para suas inerentes imperfeições. Em vez, devemos adotar essa tecnologia com uma valorização não apenas de seu poder, mas também de suas limitações" (CUKIER; MAYER-SCHOENBERGER, 2013, p. 40) (tradução nossa).

A questão é: quais levantamentos devemos levar em conta em meio a essas tantas mudanças quando tratamos de grandes montantes de dados para realização

de correlações e possíveis noções de um agir que sequer ainda ocorreu. A primeira questão é atentar se as ações institucionais não tomam forma de penalidades antes de qualquer ato ocorrer; outra questão é em relação à confiança colocada nesse poder dos dados, dando mais atenção e sentido para os dados do que de fato eles mereceriam (CUKIER; MAYER-SCHOENBERGER, 2013).

Sabe-se que a vigilância e utilização de dados para a manutenção e ordenação social, direcionando-os para diversas áreas de atuação, não se demonstra como campo novo nos debates de criminologia e ciências sociais (FOUCAULT, 2013). A novidade, com a *Big Data*, seria, então, o grande montante de dados utilizado para criar predições e a utilização de inteligência artificial para a análise desses dados.

No trabalho policial, a inserção da *Big Data* traz desafios no quadro regulamentar que gerencia o policiamento convencional, isso, pois, essa gama de dados é apresentada, inclusive, como uma possível, nova e drástica mudança na investigação policial desse século – equivalente ao que no século passado representaram o rádio e o carro patrulha. (JOH, 2014). Ainda, autores já apontam que as instituições estatais aplicadoras da lei já estão fazendo uso desse vasto montante de dados, a partir de análises e cruzamentos, para identificar possíveis "*hot spots*", ou seja, algo como manchas criminais, locais mais propensos para o cometimento de crimes, ou prever locais de casas que poderiam ser roubadas e invadidas, além de prever a possibilidades de pessoas serem criminosas (RICAHRDS; KING, 2014).

Na esfera da Justiça Penal, a utilização de predições futuras a partir da análise de inteligência artificial dos dados disponíveis, de maneira geral, em que pese não possuam um consenso sobre seu uso, demonstram que, por exemplo, os tribunais dos EUA utilizam esses sistemas para analisar probabilidades de reincidência ou até debandada dos que aguardam julgamento futuro. Como apresenta Dewan (2015), o algoritmo da Arnold Foundation, que está sendo implementado em 21 jurisdições nos EUA, se baseia em 1,5 milhões de casos criminais para conseguir de forma preditiva saber o comportamento futuro de réus antes do próprio julgamento. Já Eckhouse (2017) explicita que a Flórida utiliza de algoritmos para definir valores de fiança, e Kehl e Kessler (2017) mostram que esses sistemas são utilizados para monitorar as intervenções nos procedimentos de condenação.

Alguns autores já apontam para a discriminação perpetuada e gerada por esses tipos de tecnologia nas áreas da Justiça Criminal com relação aos marcadores de renda e classificação em uma estrutura social (EUBANKS, 2018; HARCOURT, 2006; NOBLE, 2018; O'NEIL, 2016).

> "[...] três desafios estruturais podem surgir sempre que uma lei ou a política pública contempla a adoção de análises preditivas na justiça criminal: (1) o que importa *versus* o que os dados medem; (2) objetivos atuais versus padrões históricos; e (3) autoridade pública versus expertise privada" (ROBINSON, 2018 apud ZAVRŠNIK, 2019, p. 4).

A partir do debate apresentando, buscaremos, na parte que sucede o presente artigo, debater a entrada dessas predições de dados nos modos de policiamento adotados pelas instituições destinadas a realizarem a vigilância, segurança e proteção social.

3. *BIG DATA* E AS POLÍTICAS DE POLICIAMENTO PREDITIVO: NEUTRALIDADE NA ATUAÇÃO OU REPRODUÇÃO DE AÇÕES DISCRIMINATÓRIAS?

O policiamento preditivo, assim como *Big Data*, não possui uma conceitualização concreta e universal. O debate bibliográfico norte-americano e anglo-saxão sobre a temática aparece como o campo central de estudos nessa área, principalmente dentro da esfera de Humanidades. O uso de Big Data no policiamento aparece principalmente a partir de três grandes centros: a) predição de crime; b) vigilância em massa; e c) bancos de dados de DNA (JOH, 2014).

Para a autora, esse modo de policiamento é visto como a aplicação de modelagem computacional a dados históricos de crime como forma de prever crimes futuros, ou seja, permite que a polícia utilize milhares de pontos de dados (ou dados em si) para prever onde é provável que um crime ocorra. É aqui que a atenção se direciona aos fatores utilizados nos modelos para prever os crimes:

> "[...] os modelos mais básicos contam com crimes passados, mas as fontes de dados podem incluir fatores de diferentes variáveis, como a programação do dia de pagamento, variação sazonal, locais de lojas de bebidas e possíveis rotas de fuga" (JOH, 2014, p. 42-43).

A grande novidade não é a utilização de dados quantitativos já utilizados pela polícia – vulgo o exemplo da NYPD, polícia de Nova York, que, já nos anos de 1990, se utilizava desses dados para um policiamento baseado em inteligência, a partir do uso do sistema CompStat – mas sim a aplicação de inteligência artificial para um conjunto de dados tão expressivo.

> "CompStat confiou fortemente na coleta e exibição de dados de crimes anteriores; o policiamento preditivo aplica a análise de computador para informações semelhantes. A identificação de futuro locais geográficos susceptíveis de

> serem alvos de criminosos atraiu mais atenção. Todos esses modelos preditivos se baseiam em observações bem estabelecidas sobre a distribuição espacial do comportamento criminoso" (JOH, 2014, p. 44, tradução nossa).

A questão recai quando sabe-se que cada polícia utiliza o banco de dados que desejar para criação de fatores relevantes para uma modelagem de terreno de risco (*risk terrain modeling*), que podem ser desde roubos passados, o endereço de pessoas recentemente presas por crimes de propriedade, a concentração geográfica de homens jovens, até a proximidade com autoestradas (JOH, 2014). Assim se direciona a ação de vigilância e atuação policial.

Para a autora, existe um segundo tipo de tecnologia preditiva: "aplicação de algoritmos para mídia social, a fim de identificar provável criminalidade com base no papel que um indivíduo desempenha dentro de uma rede social" (JOH, 2014, p. 46, tradução nossa). Ou seja, os algoritmos utilizados em *softwares* de redes sociais ajudam a polícia a identificar as conexões que uma pessoa tem dentro de uma rede social e quais dessas conexões podem sinalizar um envolvimento com crimes e merecem, assim, uma vigilância aumentada e uma investigação mais aprofundada.

> "Quando usado por um departamento de polícia, a análise de rede social pode ser usada para identificar um 'nó central': uma pessoa com um alto grau de 'conectividade dentro da rede'. Enquanto o trabalho tradicional da polícia pode identificar facilmente os líderes dentro de uma organização criminosa, a análise das redes sociais pode identificar aqueles com influência ou aqueles que transmitem informações dentro do grupo rapidamente e cujas funções, no entanto, não são aparentes de outra forma" (JOH, 2014, p. 47, tradução nossa).

Para além da utilização dos dados para prever o futuro, outro ponto em destaque são os sistemas de vigilância por computador que auxiliam a polícia na criação de uma imagem do presente aprimorada por *software*, se utilizando de muitos, chegando a milhares, de pontos de dados de diferentes fontes de uma cidade, dando acesso em tempo real para a polícia às informações que correlacionam lugares, objetos (ou itens) e pessoas (JOH, 2014).

Resumidamente, policiamento preditivo se caracterizaria pela "aplicação da modelagem por computadores a dados criminais passados para predizer atividade criminal futura" (BACHNER, apud JOH, 2014, p. 42). Ou, ainda:

> "O uso de dados históricos para criar uma previsão espaço-temporal de áreas de criminalidade ou pontos críticos de crime que será a base para as decisões de alocação de recursos da polícia com a expectativa de que ter policiais

> no local e horário propostos deterá ou detectará atividades criminosas" (RATCLIFFE, 2014, p. 4, tradução nossa).

Desse modo, o policiamento preditivo inovaria na utilização de inteligência artificial para análise desse vasto conjunto de dados disponíveis para a realização de correlações de modo a guiar as ações futuras. Esses modelos preditivos confiam e são firmados em observações estabelecidas sobre a distribuição espacial do comportamento criminoso, destacando onde os crimes tendem a ocorrer e para onde o aparato policial deverá ser destinado.

A tecnicização de análise de dados advindos de diferentes e inúmeros bancos com vinculação a diversos sistemas estatais, sendo um deles o sistema de justiça da área criminal, além do olhar atento e vigilante a redes sociais para retirada de informações pessoais, cria um campo de novas possibilidades de ação para as instituições de controle social do Estado. Reconhecimento facial, *drones* e sensores de ambiente são algumas das tecnologias também associadas a esse tipo de policiamento que possui bases em um amplo processo de digitalização e quantificação do agir e da ação policial, também com uma ideia de proatividade.

A tecnologia utilizada no policiamento preditivo pode assumir inúmeras ênfases, influenciando em sua forma de policiar e investigar. Selbst (2017) destaca três grandes núcleos de *software*: a) *place-based predictive policing;* b) *person-based predictive policing;* e c) *suspect-based predictive policing.* O item "a" identifica áreas de maior cometimento de delitos e para lá se direciona os recursos para a atuação da polícia sobre alguns delitos específicos (roubos, furtos etc.) – seria o PredPol, Comptat etc. O item "b" se direciona mais para o risco que a pessoa apresenta dentro do meio social, entrando aqui o "*heat list*", gerando uma maior vigilância para as pessoas com algum contato com crimes, subjacente a uma formação de escala de risco em um nível individual. Por fim, o "c", a partir de uma ideia de nível de grupo, teria como base o suspeito e a criação de um modelo de criminoso ou perfil de suspeito (*suspect profiling*) – identificando sua divergência em relação ao item "b", destinado a achar pessoas com propensão a serem criminosas.

Ainda, esse tipo de policiamento pressupõe uma fusão de informação tecnológica, teoria criminológica e algoritmos preditivos a partir da utilização de métodos de mineração de dados em que se possibilita a criação de correlações entre resultados (*outcome*), aqui criminais, e os demais dados – como localização e dados comerciais, coletados e colocados em um sistema (*input*), podendo se prever crimes (SELBST, 2017).

> "(Mineração de dados) funciona expondo um algoritmo de aprendizado de máquina a exemplos de casos de interesse com resultados conhecidos. O

> computador então cria um modelo preditivo – um conjunto de correlações que determinam quais atributos relacionados podem servir como proxies úteis para um resultado não observável. Depois que esses atributos são descobertos, o computador compara novas características dos sujeitos aos atributos observados para fazer uma previsão sobre o resultado não observável" (SELBST, 2017, p. 127) (tradução nossa).

Define-se a variável alvo, se rotula e coleta-se os dados de treinamento, usando a seleção de recursos existentes para a tomada de decisões com bases nos resultados do modelo. Assim, o policiamento preditivo se estabelece em uma ideia de padrão de atuação neutro, prevenindo, inclusive, preconceitos sociais existentes de entrarem na equação do processamento de dados que direcionará a ação policial. De acordo com Selbst (2017), promete fornecer métodos auditáveis para impedir a discriminação intencional e mitigar preconceitos inconscientes que atendem às escolhas diárias dos policiais. Contudo,

> "[...] utilizado sem o devido cuidado, a 'mineração' de dados pode reproduzir os padrões existentes de discriminação, herdar o preconceito de tomadores de decisão anteriores, ou simplesmente refletir os amplos vieses que persistem na sociedade. Pode até ter o resultado perverso de exacerbamento das desigualdades existentes, sugerindo que historicamente determinados grupos realmente merecem tratamento menos favorável" (LUM e ISAAC, p. 674, 2016) (Tradução nossa).

A mineração de dados pode reproduzir padrões de discriminação, herdando o preconceito dos tomadores de decisão anteriores, ou apenas reproduzindo vieses generalizados existentes na sociedade. "A maneira como a polícia está adotando e usando essas tecnologias significa mais negros sendo presos ou fisicamente prejudicados pela polícia, enquanto as necessidades das comunidades policiadas são ignoradas" (SELBST, 2017, p. 115) (tradução nossa).

Seguindo esse viés é que alguns autores questionam se existe de fato uma neutralidade de fato no policiamento pautado em correlações, uma vez que temos: a) a existência de uma "*heat list*", como antes demonstrado, que seria a criação de uma lista de possíveis cometedores de crimes futuros; b) os bancos de dados que alimentam o sistema (que podem variar desde os antecedentes criminais, até ocorrências, passando pela participação nos sistemas de assistência social); c) as formas como os dados são elencados e priorizados, uma vez que a atividade humana se apresenta como condutora de ações; e d) a modelagem para o desenvolvimento do software – quais as variáveis e conexões utilizadas (SELBST, 2017; LUM; ISAAC, 2016)

Selbst (2017) explicita um caráter racista que pode ser reproduzido a partir das técnicas de policiamento preditivo. A definição de categorias de ameaça dos indivíduos utilizando por referência dados sociais e comerciais pode reproduzir um padrão discriminatório já historicamente enraizado nas instituições policiais, vinculando indevidamente a pele preta a níveis de ameaça ou de maior suspeita de terem cometido um crime em particular. Os dados históricos utilizados para criação de mapas de crime, segundo seu estudo, podem levar a mais prisões por crimes de perturbação em bairros habitados principalmente por negros.

Além disso, a filtragem racial e social por meio do modo como esse grande montante de dados vem sendo utilizado parece direcionar a atuação de maior vigilância, abordagem e prisão para uma parcela dos indivíduos, destacando um desenvolvimento de políticas públicas em uma sociedade racializada que reproduz vieses raciais na sua objetivação (SELBST, 2017). Ademais, destaca-se a existência de uma tendência histórica no sistema norte-americano de vigilância e controle da população negra e pobre que alimenta os bancos de dados muitas vezes utilizados pelas polícias (BYFIELD, 2018).

A falta de conhecimento e transparência sobre a eficácia da tecnologia e de seus efeitos para as populações entendidas como vulneráveis, por parte da sociedade e dos policiais, também é ponto de destaque nas obras sobre policiamento preditivo. Assim, visualizam-se dois apontamentos que carecem de resolução em relação a essa temática: (1) os sistemas de policiamento preditivos de desafios substantivos têm o potencial para resultados discriminatórios; e (2) o problema precursor: falta de conhecimento sobre a eficácia e o impacto discriminatório dos sistemas preditivos de policiamento. O que possibilita a perpetuação do *status quo,* repete o passado e prejudica minorias, indivíduos e comunidades desfavorecidas.

A partir das questões apontadas pela bibliografia norte-americana acerca da temática, parece-nos de suma importância analisarmos dois casos concretos sobre a incorporação e atuação do policiamento preditivo na prática no capítulo subsequente: Chicago e o *Strategic Subjet Lists* ("*Heat List*") e o *software* PredPol (o caso de Los Angeles).

4. Casos de Policiamento Preditivo: o policiamento preditivo na prática – Chicago e o *Strategic Subjet Lists* ("*Heat List*") e o *software PredPol* (o caso de Los Angeles)

As possibilidades de análise da implementação de um policiamento entendido como preditivo na prática, em se tratando de um contexto norte-americano,

poderia advir de diversas cidades e contextos sociais. Selecionamos aqui, especificamente, dois campos de imersão para um debate mais minucioso: o caso de Chicago e o caso de Los Angeles, que se destacam pela utilização de dois *softwares* distintos, assim como sua programação, banco de dados e algoritmo para predição.

No caso de Chicago, o SSL (*Strategic Subjet List*) durante anos se baseou na criação e categorização de indivíduos com potenciais para envolvimento com crimes violentos, desenvolvendo uma "*heat list*", baseada em análises de localização geográfica e dados de prisão. Implementado em 2012, a partir de uma experiência de Chicago com o policiamento preditivo, o SSL tinha por base uma chamada abordagem científica para descobrir quais "pontos críticos" seriam passíveis de existência de picos de violência para lá direcionar a atuação da polícia.

A partir da utilização de um algoritmo computadorizado desenvolvido pelo Instituto de Tecnologia de Illinois, a polícia criou a classificação de uma lista de pessoas com pontuações de zero a mais de 500, observando uma série de fatores, incluindo seus históricos criminais, especialmente pelo envolvimento com armas ou delitos de drogas, bem como se já tiveram sido baleados ou afiliados a uma gangue de rua. Quanto maior a pontuação, maior o risco de envolvimento em uma situação de violência. Assim, tinha-se uma modalidade de policiamento baseada no *individual-based (risk score)*, ou seja, uma lista gerada por algoritmo para identificar pessoas com maior probabilidade de se envolverem nesses tipos de atos violentos.

> "Em Chicago, 1.400 jovens foram identificados por meio de técnicas de *big data* como alvos para a lista de eliminatórias. O *software* gera uma lista de classificação de vítimas em potencial e sujeitos com maior risco de violência" (FERGUSON, 2017, p. 34).

Pontuações de 250 ou acima desse número começam a chamar mais atenção da polícia de Chicago e tem-se que a lista possuía, mais ou menos nos anos de 2016-2017, 398.684 indivíduos. Em análise na lista destacou-se que: 126.904 indivíduos nunca foram presos ou vítimas de um crime, e 88.592 desse grupo têm uma pontuação superior a 250; 127.524 indivíduos da lista nunca foram presos ou baleados e 89.160 desse grupo têm uma pontuação superior a 250; 1.551 pessoas não foram presas ou baleadas, mas foram identificadas como filiadas a gangues; 1.318 desse grupo têm uma pontuação superior a 250; 823 indivíduos que nunca foram presos, mas foram vítimas de um tiroteio, agressão estão na lista, e 763 desse grupo têm uma pontuação superior a 250[1]. Esses números por si só

1. Disponível em: [medium.com/equal-future/how-strategic-is-chicagos-strategic-subjects-list-upturn-investigates-9e5b4b235a7c]. Acesso em: 10.03.2021.

levantam questionamentos acerca da eficácia de neutralidade da tecnologia utilizada para esse policiamento, ou, até, a partir de quais vieses o policiamento está sendo moldado.

Ademais, as variáveis desse tipo de policiamento, nesse caso, são: i) idade; ii) número de vezes que sofreu ferimento por arma de fogo; iii) número de vezes em que foi vítima de assalto ou espancamento; iv) participação em gangues; v) prisão por ofensas graves, porte de drogas ou armas; e vi) aumento na frequência de prisões em flagrante. As variáveis em maior destaque eram a idade, com foco maior para os jovens e pessoas com menos de 30 anos, e para o fator de se a pessoa teria sido vítima de um crime: as vítimas de assalto e agressão ou tiroteio eram muito mais propensas a se envolver em tiroteios futuros[2].

Resumidamente, Chicago possuía sua centralidade no uso de policiamento preditivo, de dados e algoritmos para direcionar sua estratégia de polícia e tomada de decisão local. Uma dessas ferramentas é o antes explicado SSL, um modelo de computador que visa identificar quais cidadãos de Chicago têm maior probabilidade de se envolver em violência, seja como vítima ou perpetrador dessa violência.

> "*Person- based predictive policing* envolve o uso de dados para identificar e investigar possíveis suspeitos ou vítimas. Parte da abordagem de saúde pública para a violência e parte da abordagem de rede social para avaliação de risco, a *big data* pode visualizar como a violência se espalha como um vírus entre as comunidades. Os mesmos dados também podem prever as vítimas mais prováveis de violência. Os dados da polícia estão moldando quem é o alvo e prevendo quem leva o tiro" (FERGUSON, 2017, p. 35).

Trazido com a ideia de ajudar a reabilitar pessoas, desencorajá-las de atividades criminosas e conectá-las com a área de serviços sociais, o SSL começou a levantar algumas suspeitas e questionamentos de estudiosos da área. A primeira questão é que, em que pese os *inputs* não considerarem gênero, raça ou localização, sem existir uma subestimação de qualquer ponto geográfico para atuação da polícia, os *outcomes* demonstram padrões definidos. Dois pontos merecerem destaque aqui: a) segundo a análise da base de dados disponibilizada pela polícia de Chicago – uma vez que o acesso aos dados parece ser nebulosa, apenas 3,6 por cento das pessoas no SSL foram "parte na violência", o que significa que estiveram envolvidas em um tiroteio ou assassinato como vítima ou agressor; e b) a

2. Disponível em: [www.nytimes.com/2017/06/13/upshot/what-an-algorithm-reveals-about-life-on-chicagos-high-risk-list.html]. Acesso em: 10.03.2021.

maioria dos homens negros em Chicago com idades entre 20 e 29 anos tem uma pontuação SSL, demarcando que 56% deles são considerados em risco de participar de alguma forma de violência[3].

A outra questão levantada é que para a produção da lista usa-se os quatro últimos anos de registros de prisões, mas não os dados de condenações, o que pode gerar uma inserção na lista de pessoas que sequer cometeram algum tipo de crime. Tudo isso gerou um debate, principalmente no campo dos estudiosos sobre o tema; em análise do estudo da RAND Corporation[4]:

> "O estudo descobriu que a maioria dos oficiais de CPD não recebeu orientação sobre como usar as previsões da SSL, o que resultou em oficiais apenas aumentando os contatos com os indivíduos da lista. Os pesquisadores da RAND observaram: '[...] não é de todo evidente que entrar em contato com pessoas com maior risco de se envolverem em violência – especialmente sem orientação adicional sobre o que dizer a elas ou como fazer o acompanhamento – é uma estratégia relevante para reduzir a violência'. Esta observação também foi apoiada pelos resultados do estudo que constatou que o aumento dos contatos da polícia com indivíduos no SSL não teve efeito direto na prisão ou vitimização" (RICHARDSON; SCHULTZ; CRAWFORD, 2019, p. 15).

O SSL acabou, no ano de 2019, sendo descontinuado em Chicago, trazendo dúvidas sobre sua real eficácia para a predição e contenção de crimes violentos, em um futuro, por parte do aparato policial.

Por outro lado, o caso de Los Angeles que, a partir do ano de 2011, começou a utilizar do *software* PredPol com o intuito de melhora na segurança da cidade, assim como a chamada operação LASER. A partir da análise de dados de crimes e detenções passadas, o Departamento de Polícia de Los Angeles tenta prever os crimes futuros, além de identificar futuros cometedores de crimes, criando-se uma escala de pontuação: se uma pessoa tiver sido membro de uma gangue, ganha X pontos; se estiver em liberdade condicional, ganha mais X pontos; e se for abordado por policiais na rua, ganha mais X pontos, por exemplo. Quanto mais pontos tivesse, maior a probabilidade de ele ser classificado em um *Chronic Offender Bulletin*.

3. Disponível em: [www.chicagomag.com/city-life/August-2017/Chicago-Police-Strategic-Subject-List/]. Acesso em: 10.03.2021.
4. Disponível em: [www.rand.org/content/dam/rand/pubs/research_reports/RR200/RR233/RAND_RR233.pdf]. Acesso em: 10.03.2021.

A operação LASER tem cinco objetivos: extrair infratores de bairros e áreas específicas; restaurar a paz aos bairros e comunidades; remover o anonimato de criminosos armados; remover o anonimato de membros de gangue; reduzir crimes relacionados a armas de fogo e gangues na *Newton Division*.[5]

O *software* PredPol utilizou dados dos últimos 10 anos para tentar prever onde um crime iria ocorrer e, assim, direcionar a atuação policial para esses locais com o intuito de evitar esses possíveis crimes futuros. O PredPol explicita usar um algoritmo para prever o crime em seções específicas de 150 metros por 150 metros de uma cidade, para que a polícia possa patrulhar ou vigiar áreas delimitadas com mais intensidade e mais "certeza".[6] Ademais, o PredPol recomenda áreas de policiamento onde crimes já foram denunciados.

O PredPol é uma modalidade de policiamento preditivo entendido como *location-based*, em que, por meio das ligações entre lugares, eventos e taxas históricas de crimes, pode prever onde e quando os crimes são mais prováveis de acontecer.

A questão é que os policiais podem usar o PredPol para selecionar o tipo de crime que desejam "procurar", como vandalismo ou pichação, conduta desordenada ou roubo comercial ou de veículos. O PredPol então gera um mapa integrado ao Google Maps que mostra ao policial onde ele acredita que tais crimes irão ocorrer[7], o que pode retroalimentar padrões racistas e discriminatórios já tão conhecidos em sociedades racializadas com a dos EUA.

> "Esses crimes incômodos são endêmicos em muitos bairros pobres. Em alguns lugares, a polícia os chama de comportamento antissocial ou *ASB*. Infelizmente, incluí-los no modelo ameaça distorcer a análise. Uma vez que os dados incômodos fluem para um modelo preditivo, mais policiais são atraídos para esses bairros, onde é mais provável que prendam mais pessoas. Afinal, mesmo que seu objetivo seja impedir roubos, assassinatos e estupros, eles tendem a ter períodos lentos. É a natureza do patrulhamento. E se um policial patrulheiro vê duas crianças que não parecem ter mais de 16 anos bebendo de uma garrafa em um saco marrom, ele os impede. Esses tipos de crimes de baixo nível povoam seus modelos com mais e mais pontos, e os modelos mandam os policiais de volta para o mesmo bairro.

5. Disponível em: [www.lapdonline.org/#]. Acesso em: 11.03.2021.
6. Disponível em: [www.predpol.com/]. Acesso em: 11.03.2021.
7. Disponível em: [www.vice.com/en/article/d3m7jq/dozens-of-cities-have-secretly-experimented-with-predictive-policing-software]. Acesso em: 11.03.2021.

> Isso cria um ciclo de *feedback* pernicioso. O policiamento em si gera novos dados, o que justifica mais policiamento. E nossas prisões se enchem com centenas de milhares de pessoas consideradas culpadas de crimes sem vítimas. A maioria deles vem de bairros pobres e a maioria é negra ou hispânica. Portanto, mesmo que um modelo seja daltônico, o resultado é tudo menos isso. Em nossas cidades amplamente segregadas, a geografia é um *proxy* altamente eficaz para a raça" (O'NEIL, 2016, p. 76, tradução nossa).

Em Los Angeles, local onde residentes negros são 9% da população, latinos são 47% e os residentes brancos respondem por 30%, um levantamento de dados do grupo de direitos humanos *Stop LAPD Spyig Coalition* demonstrou que dados sobre 484.000 pedestres parados e questionados por policiais da LAPD entre julho de 2012 e junho de 2014 revelaram que policiais pararam residentes negros e latinos em 33% e 46% do tempo, respectivamente, enquanto residentes brancos foram parados apenas 17%. Os dados da LAPD sobre 387.000 prisões no mesmo período mostraram que residentes negros e latinos foram presos 28% e 44% das vezes, respectivamente, enquanto residentes brancos foram presos apenas 18% das vezes[8].

Para além dos dados, os estudiosos sobre o tema já estão se dedicando a analisar a falta de neutralidade da utilização desses *softwares* por parte da polícia.

> "Meu ponto é que a polícia faz escolhas sobre para onde vai direcionar sua atenção. Hoje eles se concentram quase exclusivamente nos pobres. Essa é sua herança e sua missão, como eles a entendem. E agora os cientistas de dados estão costurando esse *status quo* da ordem social em modelos, como o PredPol, que controlam cada vez mais nossas vidas" (O'NEIL, 2016, p. 79. Tradução nossa).

Em 2019 a operação LASER acabou, uma vez que, após muito embate entre ativistas da sociedade civil e estudiosos da área, foi identificado que os programas de dados careciam de supervisão e que os policiais usaram critérios inconsistentes para rotular as pessoas com probabilidade de cometer crimes violentos.[9]

Uma das questões centrais que parece emergir é exatamente sobre a eficácia desse tipo de policiamento preditivo: o excesso de confiança nos dados, assim

8. Disponível em: [www.courthousenews.com/activists-call-for-an-end-to-las-predictive-policing-program/]. Acesso em: 11.03.2021.
9. Disponível em: [www.latimes.com/local/lanow/la-me-laser-lapd-crime-data-program--20190412-story.html]. Acesso em: 11.03.2021.

como a ideia de que sua utilização poderia acabar ou diminuir com a ação subjetiva e discriminatória da polícia, podem acarretar um "fechar os olhos" para as necessárias discussões que necessitariam existir em torno dessa temática. Os breves estudos de casos trazidos demonstram que a atuação discricionária da polícia continua, desde a utilização dos bancos de dados, até a seleção dos dados ou crimes utilizados para o treinamento dos algoritmos e *softwares*.

Essas possíveis "falhas" no policiamento preditivo podem resultar em sistemas preditivos distorcidos e criar consequências duradouras que permearão todo o sistema de justiça criminal, de segurança pública – perpassando pelas legitimidades de atuação da polícia, e a sociedade de forma mais ampla.

5. CONCLUSÃO

A inserção, cada vez mais marcante, do uso da tecnologia e da inteligência artificial no amago das nossas relações em sociedade parece ser um dos marcos significantes dos últimos anos. Rearranjos institucionais, de ações e de dinâmicas, a parte da possibilidade de acesso a um grande montante de dados agora digitalizados, aparecem como constitutivos e constituídos por essa "nova" trama social.

O acesso a esse grande número de dados, a utilização de inteligência artificial, e a capacidade de uso de algoritmos para criação de correlações, treinamentos e uma possível solução de problemas – ou pelo menos a formação da imagem de uma solução –, marcam a chamada Era *Big Data*. Adentrando na geração *Big Data*, as organizações institucionais não fugiram dos rearranjos e questionamentos que circunscrevem essa temática. A busca pela tecnificação das instituições e pelo redimensionamento do agir dos seus atores caminham pelos campos de legitimidade, imparcialidade e neutralidade.

Assim, esse artigo buscou realizar um breve debate teórico acerca dos temas de *Big Data*, algoritmos e policiamento preditivo, com centralidade para os estudos norte-americanos sobre o tema, uma vez que possuem papel de destaque, nas últimas décadas, na temática em questão. Ademais, buscamos analisar dois casos práticos dos EUA de implementação de policiamento preditivo para, em aproximação com o debate antes trazido, podermos analisar a eficácia, as dificuldades e as questões que permanecem em aberto com a introdução dessa nova forma de atuação do aparato estatal.

A partir dessa análise, pensamos ser possível tirarmos a experiência norte-americana para refletirmos sobre a introdução desse modo de policiamento em outros contextos sociais, inclusive no Brasil, que já possui significativos passos na adoção da predição como importante guia da polícia (SIMÕES, 2019).

A partir da leitura realizada nos trabalhos norte-americanos, alguns pontos para implementação desse policiamento merecem destaque: a) a tecnificação, utilização de algoritmos e a inserção da *Big Data* no agir do policial parece ter uma necessidade de ser acompanhado de mecanismos constantes de controle e fiscalização dos seus modos de operação (o que já se mostrava, por suposto, necessário com o policiamento ostensivo como já o conhecemos); b) os trabalhos demonstraram que a utilização do policiamento preditivo seria uma tentativa de retirar do policial a decisão subjetiva de como agir (algo como o "tirocínio" policial que tantos estudiosos brasileiros já destacam como existente), apresentando uma suposta neutralidade e imparcialidade. Porém, na prática, o que se vê são discriminações reproduzidas com roupagem de neutralidade; c) como sociedade já racializada, os EUA apresentam um padrão de agir policial racializado, o que parece se manter com a implementação do policiamento preditivo.

E como agir? Alguns autores e autoras apontam determinadas formas de "solução" para as questões supra trazidas. Primeiro, podemos testar os algoritmos, utilizando-nos da chamada "auditoria algoritma": a) checar a integridade dos dados; b) refletir sobre a definição de sucesso; c) considerar a precisão, considerar os erros de todos os algoritmos; d) considerar os efeitos de longo prazo dos algoritmos, as engrenagens de retroalimentação (O'NEIL, 2016). Para além disso, dada a história do policiamento racialmente discriminatório, é especialmente importante que a polícia entenda a capacidade de suas ferramentas para resultados discriminatórios e vigilantes contra determinado grupo social (SELBST, 2017). Uma solução proposta, também, seria que, antes de adotar medidas preditivas de tecnologia de policiamento, a polícia deva ser obrigada a criar "Declarações de Impacto Algorítmico" ("*algorithmic impact statements*" – AISs), modeladas nas declarações de Impacto Ambiental (*Environmental Impact Statements* – EIAs) da Lei Nacional de Política Ambiental (*National Environmental Policy Act* – NEPA); elas garantiriam que a agência, ao tomar sua decisão, tenha disponível e cuidadosamente considere informações detalhadas sobre impactos (discriminatórios), bem como garantiriam que as informações relevantes fossem disponibilizadas para os grandes públicos, ou seja, um grande número de cidadãos que também podem desempenhar um papel na tomada de decisões no processo e implementação dessa decisão (SELBST, 2017).

Independentemente da escolha de solução para o problema da adoção de um policiamento pautado na predição, a questão parece modelar a necessidade de transparência sobre os bancos de dados utilizados pela polícia e o poder explicativo do modelo, respondendo: a) Como a tecnologia funciona?; b) Quem opera?; c) Quais os objetivos?; d) Quais os termos que fazem a tecnologia

funcionar?; e) Quais as consequências em um comparativo de antes e depois da implementação?

Em que pese a ideia de trazer neutralidade na atuação policial a partir de inserção de dados e inteligência artificial nas tomadas de decisão do policiamento preditivo, os casos e as bibliografias analisadas apresentam significativas considerações sobre a eficácia dessas medidas, o que nos leva a crer que negar o viés discriminatório histórico do policiamento tal qual o conhecemos, agora utilizando-se da predição, é usar as mesmas roupagens já tão conhecidas.

6. Referências bibliográficas

ADORNO, Sérgio; DIAS, Camila. Monopólio Estatal da Violência. In: LIMA, R. S.; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. G. (Org.). *Crime, Polícia e Justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 187-197.

BAROCAS, S; SELBST, A. Big Data's disparate impact. *California Law Review*, v. 104, n. 6, p. 671-732, 2016.

BYFIELD, N. p. Race science and surveillance: police as the new race scientists. *Social Identities*, v. 0, n. 0, p. 1-16, 2018.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão; LIMA, Renato Sérgio de. Segurança Pública. In: LIMA, R. S.; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. G. (Org.). *Crime, Polícia e Justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 482-490.

DEWAN, Shaila. Judges replacing conjecture with formula for bail. *New York Times*, 26 de junho, 2015.

ECKHOUSE, Laurel (Opinion). Big data may be reinforcing racial bias in the criminal justice system. *Washington Post*, 2 de outubro, 2017.

EUBANKS, Virginia. *Automating Inequality*: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor. New York: St Martin's Press, 2018.

FERGUSON, A. G. Big Data and Predictive Reasonable Suspicion. *University of Pennsylvannia Law Review*, v. 163, n. 2, 2015.

FERGUSON, Andrew Guthrie. *The rise of big data policing*: Surveillance, race, and the future of law enforcement. NYU Press, 2017.

HARCOURT, Bernard. *Against Prediction*: Profiling, Policing, and Punishing in an Actuarial Age. Reprint edition. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

JOH, E. E. Policing by numbers: Big data and the 4th Amendment. *Washington Law Review*, v. 89, 2014.

KANT DE LIMA, Roberto. Éticas e Práticas na Segurança Pública e na Justiça Criminal. In: LIMA, R. S.; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. G. (Org.). *Crime, Polícia e Justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 471-481.

KEHL, Danielle; KESSLER, Samuel. Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing. *Responsive Communities Initiative, Berkman Klein Center for Internet & Society*, Harvard Law School, 2017.

LIMA, Roberto Sérgio de; BUENO, Samira; SINHORETTO, Jacqueline. A gestão da vida e da segurança pública no Brasil. *Soc. estado*, Brasília, v. 30, n. 1, p. 123-144, apr., 2015.

LUM, K.; ISAAC, W. To predict and serve? *Significance*, 2016.

MAYER-SCHOENBERGER, V.; CUKIER, K. *Big Data*: a revolution that will transform how we live, work, and think. Londres: John Murray, 2013.

MUNIZ, Jacqueline. *Ser policial é, sobretudo, uma razão de ser*. Cultura e cotidiano da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: Iuperj, 1999.

MUNIZ, Jacqueline; JÚNIOR, Domício Proença. Mandato Policial. In: LIMA, R. S.; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. G. (Org.). *Crime, Polícia e Justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 491-501.

MUNIZ, Jacqueline; PAES-MACHADO, Eduardo. Polícia para quem precisa de polícia: contribuições aos estudos sobre policiamento. *Cad. CRH*, Salvador, v. 23, n. 60, p. 437-447, 2010.

MUNIZ, Jacqueline; SILVA, Washington França da. Mandato policial na prática: tomando decisões nas ruas de João Pessoa. *Cad. CRH*, Salvador, v. 23, n. 60, p. 449-473, 2010.

NOBLE, Safiya Umoja Noble. *Algorithms of Oppression*: How Search Engines Reinforce Racism. 1st edn. New York: NYU Press, 2018.

O'NEIL, Cathy. *Weapons of Math Destruction*: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy. New York: Crown, 2016.

RICHARDS, N. M.; KING, J. H. Big data ethics. *Wake Forest Law Review*, v. 393, 2014.

RICHARDSON, Rashida; SCHULTZ, Jason M.; CRAWFORD, Kate. Dirty Data, Bad Predictions: How Civil Rights Violations Impact Police Data, Predictive Policing Systems, and Justice. *New York University Law Review Online*, v. 94:15, 2019.

SAISSE, Renan. *Big Data* Contra o Crime: Efeito Minority Report, *RED&TI*, vol. 1, nº 8, p. 16, set. 2017.

SELBST, A. D. Disparate impact in Big Data policing. *Georgia Law Review*, v. 52, 2017.

ZAVRŠNIK Ales. Algorithmic justice: Algorithms and big data in criminal justice settings. *European Journal of Criminology*, 2019.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a condenação do Brasil no caso favela nova brasília, de Andressa Cesti Neves de Lima e Alencar Frederico Margraf – *RT* 1011/299-322 (DTR\2019\42701);
- Busca pessoal v. Stop and Frisk: um breve exame sobre a abordagem policial de rua no Brasil e nos EUA, de Marllon Sousa – *RBCCrim* 151/317-343 (DTR\2018\22759);
- Filtragem racial na abordagem policial: a "estratégia de suspeição generalizada" e o (des)controle judicial da busca pessoal no Brasil e nos Estados Unidos, de Gisela Aguiar Wanderley – *RBCCrim* 135/189-229 (DTR\2017\5657);
- Força e violência na conduta do policial: uma tentativa de compreensão, de Eduardo Augusto Paglione – *RT* 1022/343-360 (DTR\2020\14386);
- Interrogatório policial, confissões forçadas e hipótese de culpa, de Leonardo Augusto Marinho Marques e Jamilla Monteiro Sarkis – *RBCCrim* 156/249-278 (DTR\2019\31671);
- O impacto social da organização militar da polícia, de Almir Valente Felitte e Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua – *RBCCrim* 132/193-217 (DTR\2017\1429);
- Polícia violenta: natural ou inverossímil?, de Eduardo Augusto Paglione – *RBCCrim* 149/377-417 (DTR\2018\20697); e
- Violência policial, racismo institucional e o papel do poder judiciário: infelizes semelhanças entre Brasil e EUA, de Marllon Sousa – *RT* 1022/361-374 (DTR\2020\14387).

Fluxo Comum

Direito Penal

O conceito de ato sexual ou libidinoso nos crimes sexuais

The concept of an "act of a sexual nature" in sex crimes

Beatriz Corrêa Camargo

Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade de Bonn. Professora de Direito Penal na Universidade Federal de Uberlândia. Realizou estágios de Pós-doutorado na Universidade de São Paulo e na Universidade de Bonn. Professora visitante na Universidade de Halle-Wittenberg e na Universidade Humboldt em Berlim pelo programa de Pós-Doutorado CAPES/Alexander-von-Humboldt entre os anos de 2019 e 2020.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-8080-0662].
beatrizcamargo@ufu.br

Joachim Renzikowski

Livre-docente em Direito Penal pela Universidade de Tübingen (1997). Doutor em Direito Penal pela Universidade de Tübingen (1994). Professor Titular de Direito Penal, Teoria Jurídica e Filosofia Jurídica na Universidade de Halle-Wittenberg, na Alemanha.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-5318-0998].
joachim.renzikowski@jura.uni-halle.de

Autores convidados

Área do Direito: Penal

Resumo: Todas as jurisdições pressupõem um conceito de "ação de natureza sexual" ou "ato libidinoso" ao regular os crimes sexuais. Até a revolução sexual e o advento dos movimentos feministas em prol da igualdade nas relações sexuais, o Direito Penal se preocupava apenas com certos tipos de atos sexuais ou libidinosos. Era o caso, sobretudo, de infrações envolvendo atos de penetração praticados fora do matrimônio. Com a modificação ocorrida nos últimos anos em torno dos padrões de sexualidade e de moralidade sexual, tem-se uma expansão do Direito Penal Sexual que tende a considerar criminalmente relevantes quaisquer atos libidinosos praticados sem o consentimento válido da outra pessoa. Esse movimento de mudança resulta em grandes

Abstract: All jurisdictions operate with a concept of an act of a sexual nature in regulating sex crimes. Until the sex revolution and the feminist movements for equality in sexual relations, criminal law was mostly concerned with specific types of sexual acts, particularly with non-marital sexual intercourse. With the paradigm shift of recent years, criminalization tends to embrace all acts of a sexual nature with another person without her or his valid consent. Whether the law contains a definition of a sexual act or not, borderline cases show that neither merely objective criteria nor purely subjective elements can serve as the basis for the description of the conduct under prohibition. In this paper we try to overcome this deficit in criminal law theory.

Camargo, Beatriz Corrêa; Renzikowski, Joachim. O conceito de ato sexual ou libidinoso nos crimes sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 183. ano 29. p. 273-311. São Paulo: Ed. RT, setembro 2021.

desafios para a correta aplicação dos crimes sexuais, independentemente de haver ou não uma definição explícita do tipo de ato libidinoso proibido pela lei. Conforme o estudo de casos limítrofes demonstra, nem critérios meramente objetivos nem elementos puramente subjetivos podem servir como base para a descrição da conduta proibida. Neste artigo, tentamos superar as dificuldades enfrentadas pela doutrina a respeito. Sustentamos que o conceito de "ação sexual" ou "ato libidinoso" não deve ser entendido por meio da metáfora de uma imagem, como acreditam os doutrinadores alemães. Ao invés disso, deve ser compreendido a partir da metáfora de um roteiro interpretado por um ator, na linha do que esclarecem os teóricos da sexualidade.

Palavras-chave: Crimes sexuais – Ato libidinoso – Ato sexual – Elementos subjetivos do tipo – Autonomia sexual.

Sexual acts should not be understood through the metaphor of a picture, as German legal scholars believe, but with the metaphor of a script played out by an actor, as theorists of sexuality put it.

Keywords: Sexual crimes – Sexual act – Criminal intent – Sexual autonomy.

Sumário: A. Introdução. B. Perspectivas subjetivas e objetivas na definição de ato libidinoso. 1. Teoria subjetiva clássica. 2. Abordagens objetivas. 3. A criminalização da importunação sexual: novas dimensões do debate "subjetivismo" *versus* "objetivismo". 4. Crítica às abordagens subjetivas. C. (Inter)ação sexual como comunicação. I. Ato libidinoso como ação "natural"? De uma definição baseada na descrição de uma imagem a uma compreensão baseada na interpretação de uma encenação. II. O elemento subjetivo do ato libidinoso e o propósito de obter prazer sexual. D. Conclusão e observações finais. E. Referências.

A. Introdução[1]

> "Todas as definições do 'sexual' que conheço são tautológicas, vagas ou desinteressantes. Ainda assim, o conceito do 'sexual' que alguém tem quando está falando sobre sexualidade tem uma relevância decisiva para sua análise e julgamento acerca da constituição da realidade sexual." (Martin Dannecker)[2]

1. O presente trabalho foi realizado com apoio da Alexander-von-Humboldt-Foundation e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001. Os autores agradecem ao Me. Winston Carlos Martins Júnior a tradução do manuscrito original, que serviu de base para a publicação do artigo em português.

2. DANNECKER, Martin. *Das Drama der Sexualität*. Hamburg: Europäische Verlagsanstalt, 1992. p. 10: "Alle mir bekannten Definitionen des Sexuellen sind entweder tautologisch,

O famoso caso estadunidense *State v. Kargar* lida com o recurso do refugiado afegão Mohammad Kargar à Suprema Corte Judicial do Estado do Maine. Kargar foi condenado pelo crime de estupro de vulnerável (*gross sexual assault*) contra seu filho de um ano e dois meses de idade, pois beijara o pênis dele em ao menos duas ocasiões distintas. De acordo com o Código Penal do Estado do Maine, constitui um ato de natureza sexual ou libidinosa[3] "qualquer ato entre duas pessoas envolvendo contato físico direto entre a genitália de uma e a boca ou ânus da outra (...)"[4].

Esse evento foi testemunhado na própria casa de Kargar por outras pessoas, em diferentes situações. Uma das pessoas a presenciar esse feito foi a filha de sua vizinha estadunidense, a qual notificou a polícia quando tomou conhecimento dos fatos. A própria vizinha já havia visto uma fotografia de Kargar antes, na qual ele também estava beijando o pênis de seu filho. Kargar requereu o trancamento da ação penal de acordo com o estatuto *de minimis*, sustentando a insignificância do caso. Em sua defesa, alegou que, ao beijar o pênis de seu filho, ele estava apenas seguindo uma tradição afegã.

A Suprema Corte do Estado do Maine aceitou o requerimento de Kargar para trancar a ação penal, baseando sua decisão no argumento de que ele agiu com base em sua cultura. Segundo a decisão da corte,

---

vage oder uninteressant. Und doch ist der Begriff, den sich einer, der über Sexualität spricht, vom Sexuellen macht, von entscheidender Bedeutung für seine Analyse und sein Urteil über die Beschaffenheit der sexuellen Wirklichkeit." (Tradução nossa).

3. As expressões "ação sexual", "ato sexual" e "ato libidinoso" serão tratadas aqui como sinônimas. No Brasil, consolidou-se o conceito de "ato libidinoso" no contexto dos crimes sexuais, razão pela qual daremos ênfase a essa expressão. Em vários outros países, tanto a legislação quanto a doutrina costumam se referir ao conceito de "ação" ou "ato" sexual.

4. No original: "any act between two persons involving direct physical contact between the genitals of one and the mouth or anus of the other" (Tradução nossa). O Código Penal do Estado do Maine § 251(1)(C) oferece maiores detalhamentos acerca do conceito de ato sexual ou libidinoso: "C. 'Ato sexual' significa: (1) Qualquer ato entre 2 pessoas envolvendo contato físico direto entre a genitália de uma e a boca ou ânus da outra, ou contato físico direto entre a genitália de uma e a genitália da outra; (2) Qualquer ato entre uma pessoa e um animal sendo utilizado por outra pessoa cujo ato envolve contato físico direto entre a genitália de uma e a boca ou ânus da outra, ou contato físico direto entre a genitália de uma e a genitália da outra; ou (3) Qualquer ato envolvendo contato físico direto entre a genitália ou ânus de uma e um instrumento ou aparelho manipulado por outra pessoa, quando este ato é realizado para o propósito de excitar ou satisfazer desejo sexual ou para o propósito de causar ferimentos corporais ou contato físico ofensivo" (Tradução nossa).

> "as testemunhas de Kargar, todas recém imigradas do Afeganistão, confirmaram que beijar o pênis de um filho é comum no Afeganistão, que isso é feito para demonstrar amor pela criança, e que não há diferença se o pênis é beijado ou inteiramente colocado na boca, pois não há sentimentos sexuais envolvidos".[5]

Kargar tinha plena ciência de que o abuso sexual de crianças era crime nos Estados Unidos. Além disso, conforme demonstraram as investigações da corte, ele conhecia a proibição islâmica de acordo com a qual toda atividade sexual entre um adulto e uma criança deve ser punida, até mesmo com a pena de morte.

Esse exemplo clássico de "defesa cultural" é interessante porque mostra os limites da legislação em matéria de Direito Penal Sexual. A nosso ver, o beijo de Kargar não foi um ato criminoso que devia ser exculpado; em verdade, o ato não tinha natureza sexual alguma, não constituindo sequer um delito. Se isso é correto, então é equivocada a ideia de que a cultura islâmica de Kargar oferece um argumento para a *justificação* de Kargar perante a corte, uma vez que sua denúncia sequer deveria ter sido apresentada perante a corte[6].

Sobretudo as redações legais mais antigas caracterizam os crimes sexuais através do propósito de satisfação sexual do agente. Ao invés disso, o Código Penal do Maine não indica expressamente a exigência de qualquer elemento subjetivo do autor para configurar o crime de estupro de vulnerável. Entretanto, em nossa opinião, a exigência de que o autor tenha tido algum tipo de intenção relacionada à *sexualidade* deve ser vista como uma condição necessária para reconhecer a conduta praticada como um crime *sexual*. Segundo sustentamos, uma intenção de natureza sexual é constitutiva da própria espécie de ação proibida nos crimes sexuais. Na tradição de *common law*, este estado mental específico é geralmente entendido como uma "intenção especial" do autor[7]. Na tradição de *civil law*, o tipo de intenção em análise é classificado como um elemento subjetivo da descrição

5. *Estado do Maine v. Kargar*, 679 A.2d 81 (Me. 1996). No original: "Kargar's witnesses, all relatively recent emigrants from Afghanistan, testified that kissing a son's penis is common in Afghanistan, that this is done to show love for the child, and that it is the same whether the penis is kissed or entirely put into the mouth because there are no sexual feelings involved" (tradução nossa).

6. Para mais detalhes sobre *Estado do Maine v. Kargar* e casos similares como problemas de defesas culturas, cf. WANDERER Nancy A.; CONNORS Catherine R. Culture and Crime: Kargar and the Existing Framework for a Cultural Defense. *Buffallo Law Review*, v. 47, 1999. p. 829 e ss., e RENTELN, Alison Dundes. The Use and Abuse of the Cultural Defense. *Canadian Journal of Law & Society*, v. 20, 2005. p. 47 e ss.

7. Cf. NEFF, Owen A. Rape-Specific or General Intent Crime. *Washington & Lee Law Review*, v. 15, 1958. p. 128 e ss.

objetiva do fato típico, ou seja, uma hipótese de elemento subjetivo do tipo (*subjektives Tatbestandsmerkmal*). Na discussão que se seguirá adiante, referir-nos-emos ao intuito sexual do agente enquanto elemento subjetivo do tipo, compreendendo tal estado mental como parte do próprio comportamento proibido.

Com efeito, os argumentos da Suprema Corte do Maine anteriormente mencionados apontam na direção de dois elementos que excluem o caráter libidinoso do beijo de Kargar, ambos relacionados com o próprio conceito de ato sexual ou libidinoso. Sob um aspecto *objetivo*, a corte reconhece que a conduta envolve uma tradição afegã, de acordo com a qual beijos paternos no pênis do filho são expressão de amor parental. Por outro lado, sob uma perspectiva *subjetiva*, os "desejos" do réu são considerados relevantes como elemento subjetivo de sua ação, designadamente porque o contato oral com a genitália não suscita quaisquer "desejo sexual", segundo a corte.

A decisão da Suprema Corte Judicial do Maine supera uma interpretação superficial do Código Penal do Estado do Maine. O estatuto define o conceito de ato sexual ou libidinoso de maneira puramente objetiva, ao descrevê-lo como o contato oral com a genitália de outra pessoa. Dessa sorte, o interesse da corte no aspecto subjetivo das ações do réu acaba lhe sendo favorável, pois exige critérios adicionais a fim de condenar alguém pelo crime de estupro.

Tal como ocorre em relação ao Código Penal do Maine, o Código do Estado de Iowa[8] e os Estatutos Gerais da Carolina do Norte[9] também oferecem uma descrição detalhada dos atos de natureza sexual relevantes no contexto dos crimes

8. Código do Estado de Iowa § 702.17 (2020):

   "Ato sexual.

   O termo 'ato sexual' ou 'atividade sexual' significa qualquer contato sexual entre duas ou mais pessoas por meio de qualquer um dos seguintes:

   1. Penetração do pênis na vagina ou ânus.

   2. Contato entre a boca e genitália ou por contato entre a genitália de uma pessoa e a genitália ou ânus de outra pessoa.

   3. Contato entre o dedo ou mão de uma pessoa e a genitália ou ânus de outra pessoa, exceto no decorrer de um exame ou tratamento realizado por uma pessoa licenciada, de acordo com os capítulos 148, 148C, 151, ou 152.

   4. Ejaculação em outra pessoa.

   5. Por meio do uso de quaisquer órgãos sexuais artificiais ou substitutos destes em contato com a genitália ou ânus."

9. Estatutos Gerais da Carolina do Norte § 14-27.20 (2019):

   "Definições: (...)

sexuais. Por outro lado, muitas jurisdições não contêm qualquer definição do que seria uma "ação de natureza sexual" ou "ato libidinoso" sujeito a proibição. Exemplos claros disso são os Códigos Penais do Brasil[10], da Espanha[11] e da Alemanha[12]. Na Alemanha, o § 184h do Código Penal alemão (doravante "StGB") define tão somente que a punição por crimes sexuais se limita às ações sexuais "de alguma relevância"[13]. Em muitos países, a lei penal faz referência a espécies particulares de atos libidinosos (e.g., penetração, contato oral, toque, apalpamento etc.), mas isso apenas como forma de mensurar a gravidade do delito. Essa característica se encontra, por exemplo, nas legislações de Portugal[14] e do Reino Unido.[15] Em alguns casos, o ordenamento define a conduta punível de um crime sexual fazendo referência ao propósito de "satisfazer a lascívia", "excitar-se" ou "satisfazer sexualmente" a si próprio ou a uma terceira pessoa. Exemplos disso são o crime de importunação sexual no Brasil[16] e a proibição austríaca de abuso sexual.[17]

---

(4) Ato sexual. – Cunilíngua, felação, anilíngua ou relação sexual anal, mas não inclui a relação sexual vaginal. Ato sexual também significa a penetração, ainda que mínima, de qualquer objeto na abertura genital ou anal do corpo de outra pessoa. Considera-se uma defesa afirmativa que a penetração se realizou para propósitos médicos admitidos.

(5) Contato sexual. – Qualquer um dos seguintes:

a. Tocar o órgão sexual, ânus, seio, virilha ou nádegas de qualquer pessoa.

b. Uma pessoa tocar outra pessoa com seu próprio órgão sexual, ânus, seio, virilha ou nádegas.

c. Uma pessoa ejacular, emitir ou colocar sêmen, urina ou fezes em qualquer parte de outra pessoa.

(6) Toque. – Como utilizado na subdivisão (5) desta nm., significa o contato físico com outra pessoa, não importando se realizado diretamente, através do vestuário da pessoa praticando o delito ou através do vestuário da vítima."

10. Ver artigos 213 a 218C do Código Penal Brasileiro.
11. Ver artigos 178 a 186 do Código Penal Espanhol.
12. Ver §§ 176, 177, 183, 184i do Código Penal Alemão.
13. De acordo com o § 184h StGB: "Nos termos desta lei, 1. 'atos sexuais são apenas aqueles que possuem alguma relevância para os interesses legais protegidos em questão', 2. 'atos sexuais na presença de uma terceira pessoa' são apenas aqueles realizados por uma pessoa distinta daquela que os observa."
14. Ver artigos 163 a 167 do Código Penal Português.
15. Ver o Ato de Delitos Sexuais inglês de 2003, o *Sexual Offences Act*.
16. O Art. 215-A do Código Penal Brasileiro proíbe a conduta de "praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro".

De qualquer forma, é controversa a definição do conceito de "ato libidinoso" ou "sexual". Por vezes, supõe-se ser o critério relevante a perspectiva subjetiva do autor[18], outras vezes toma-se a perspectiva subjetiva da vítima[19], em outros casos parte-se de uma abordagem subjetivo-objetiva sobre o comportamento[20] ou considera-se exclusivamente o aspecto objetivo da ação[21]. Nos últimos anos,

17. O § 205a, nm. 2, do Código Penal Austríaco contém tal tipo de intenção sexual na proibição do abuso sexual: "também será punido aquele que induzir uma pessoa na forma descrita no parágrafo 1 a envolver-se em ou permitir relação sexual ou um ato libidinoso equivalente com outra pessoa, ou quem, a fim de excitar-se ou satisfazer sexualmente a si mesmo ou a terceira pessoa, induz essa pessoa a involuntariamente realizar em si mesma um ato libidinoso equivalente à relação sexual" (tradução nossa). No original: "(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer eine Person auf die im Abs. 1 beschriebene Weise zur Vornahme oder Duldung des Beischlafes oder einer dem Beischlaf gleichzusetzenden geschlechtlichen Handlung mit einer anderen Person oder, um sich oder einen Dritten geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen, dazu veranlasst, eine dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung unfreiwillig an sich selbst vorzunehmen".
18. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte especial. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 4. p. 55; NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal:* parte especial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964. v. 3. p. 158 e ss.; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 15. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 873; LOPES, José Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado. *Crimes Sexuais:* análise substantiva e processual. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2019. p. 57. Nesse sentido, e.g., BT-Drs. 18/9097, p. 29 (a respeito do § 184i StGB – "Sexuelle Belästigung").
19. GUARDIOLA GARCÍA, Javier. Especiales elementos subjetivos del tipo den derecho penal: aproximación conceptual y contribución a su teoría general. *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, v. 39, 2001. p. 86-87; MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Barcelona: José María Bosch, 2001. p. 737 e ss. O elemento "assédio" no § 184i StGB parece basear-se em tal presunção. Acerca do assunto, ver FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch:* StGB mit Nebengesetzen. 67. ed. München: Beck, 2020 § 184i nm. 7.
20. Provavelmente, a opinião predominante na Alemanha. Compare-se e.g. EISELE, Jörg. In: Adolf Schönke; Horst Schröder et al. (Org.). *Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 30. ed. München: Beck, 2019, § 184h nm. 6, com mais referências. Veja também JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*: parte especial. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3. p. 131; RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, Los elementos subjetivos no escritos: ¿hacia su definitiva desaparición? In: Jesús Maria Silva Sánchez et al. (Org.) *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Buenos Aires: B de f, 2017. p. 826-828.
21. Assim, e.g., HÖRNLE, Tatjana. In: Wolfgang Joecks; Klaus Miebach et al. (Org.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3. ed. München: Beck, 2017. v. 3. § 184h nm. 3 s.; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal:* parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 22. ed. 2019. p. 207-210. No Brasil, refere-se à vaga noção de uma

contudo, observa-se uma tendência cada vez maior em direção a uma interpretação objetiva do termo[22].

Neste artigo, adotamos a perspectiva de que a avaliação de um ato como "libidinoso" é determinada não apenas por padrões culturais objetivos, mas também, ao mesmo tempo, pelas intenções, subjetivas, do agente. Contudo, não defendemos uma abordagem puramente subjetiva ou mesmo de natureza mista subjetivo-objetiva, no sentido em que esta última é comumente entendida pela doutrina ou pela jurisprudência alemãs. Isso porque não reduzimos o critério relevante ao propósito do agente em obter prazer sexual, ao contrário do que faz a doutrina de cunho subjetivo tradicional. Em vez disso, procuramos demonstrar com este artigo que um ato de natureza sexual é um *ato de comunicação*. Em outras palavras, trata-se de um comportamento que se refere à linguagem da sexualidade. Nesse sentido, a existência de um ato libidinoso, enquanto termo técnico-jurídico, deve sempre ser compreendida segundo uma perspectiva objetivo-subjetiva – exatamente como a comunicação em uma determinada língua depende de que os parceiros na conversa compreendam o sentido das palavras utilizadas. Assim, a definição legal de um "ato libidinoso" está, em grande medida, em conformidade com o entendimento geral de comportamento sexual. Todavia, não é idêntico a ele, porque, para o Direito Penal, nem todo comportamento sexual é relevante *per se*, mas apenas aqueles atos que são codificados em certos tipos de delitos como violações graves da autonomia sexual de outra pessoa.

B. PERSPECTIVAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS NA DEFINIÇÃO DE ATO LIBIDINOSO

Elaborar uma definição concreta do significado sexual de uma ação não é de forma alguma fácil, embora, muitas vezes, seu significado no caso individual pareça ser óbvio. Isso explica a conveniência de uma solução baseada na fórmula do "eu reconheço quando vejo" (*I know it when I see it*), expressão utilizada pelo Ministro da Suprema Corte americana Potter Stewart em relação à definição de pornografia[23]. Por essa razão, não é de se espantar a grande casuística que costuma caracterizar a definição do conceito de ato libidinoso pela doutrina penal.

"conotação sexual" da conduta, MASSON, Cleber. *Código penal comentado*. São Paulo: Forense, 2016. p. 1000.

22. RAGUÉS I VALLÈS. Op. cit., p. 815 e ss.

23. Veja-se a respeito, LEMBKE, Ulrike. Sexualität und Recht: eine Einführung. In: LEMBKE, Ulrike (Org.). *Regulierung des Intimen, Sexualität und Recht im modernen Staat*. Wiesbaden: Springer, 2017. p. 13 e ss.

1. *Teoria subjetiva clássica*

À primeira vista, tem-se a impressão intuitiva de que a teoria subjetiva clássica, baseada na perspectiva do autor, é capaz de resolver sem maiores problemas a questão acerca da natureza sexual de determinada conduta. Segundo essa compreensão, haveria um ato de natureza sexual sempre que o agente se comportasse com o intuito de obter prazer sexual (excitação ou orgasmo). Assim, o "ato libidinoso" seria qualquer ato praticado com o propósito de satisfazer a própria "luxúria" ou a "libido", segundo a expressão empregada pelos autores mais antigos.

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal do Império alemão (*Reichsgericht*) considerava que "o ato em si precisa ser permeado internamente por uma intenção libidinosa do autor". Com esta definição subjetiva de ato libidinoso, o tribunal confirmou a absolvição de um homem em uma decisão de 1895. O réu havia enfiado a mão por baixo da roupa de uma menina de nove anos de idade, tocando a sua genitália. De acordo com a corte, a absolvição se justificava porque no caso concreto não teria sido possível avaliar se, por meio de sua ação, o réu pretendera realmente se "excitar ou satisfazer seu desejo sexual" ou se na verdade ele estava "apenas brincando".[24]

Essa jurisprudência antiga do Tribunal do Império alemão serviu de base para que Edmund Mezger, por exemplo, defendesse em seus comentários ao StGB a opinião de que os "atos pensados como brincadeiras, palmadas desavergonhadas no corpo nu com o despimento da pessoa abusada por raiva, ações de superstição, curiosidade, ou mesmo ações com propósitos diagnósticos, terapêuticos ou de qualquer forma medicinais, científicos ou artísticos"[25] não deveriam contar como atos libidinosos. Uma intenção sexual desse tipo foi também evocada na literatura brasileira por um longo tempo, segundo nos dão notícia autores como Nelson Hungria e Oscar de Macedo Soares.[26] No Brasil, ainda é frequente uma defesa baseada no argumento de ausência da natureza sexual da conduta devido

24. REICHSGERICHT, RGSt 28, p. 77-80. O desejo sexual como um elemento subjetivo da ação aparece na decisão com dois significados distintos: o primeiro, como a intenção do perpetrador de satisfazer a si mesmo, e o segundo, como a intenção de excitar sexualmente a vítima.

25. MEZGER, Edmund. In: Ludwig Ebermayer et al. (Org.). *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 8. ed. Berlin: de Gruyter, 1958. v. 2. vor §§173 e ss., nm. 2.

26. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal:* arts. 197 a 249. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 8. p. 122 e ss. Veja-se também SOARES, Oscar de Macedo. *Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1910. p. 534.

à motivação do agente, como quando atua por brincadeira, vingança e até mesmo amizade[27].

Entretanto, como o caso do Tribunal do Império alemão já indica, uma definição baseada exclusivamente na ideia de satisfação sexual do autor apresenta uma série de dificuldades. Às críticas elaboradas contra a teoria subjetiva clássica retornaremos mais adiante.

2. Abordagens objetivas

Em oposição à perspectiva subjetiva clássica colocam-se abordagens de cunho objetivo para a definição do ato de natureza sexual. De acordo com o que seria uma teoria de caráter exclusivamente objetivo, o sentido sexual de um ato deve ser determinado pela "imagem externa de sua manifestação" (*äußeres Erscheinungsbild*).[28] Seguindo esse conceito, constituem critérios decisivos para reconhecer um ato de natureza sexual as "condições estruturais objetivas da perspectiva do observador que percebe todos os detalhes do evento".[29]

Um primeiro problema dessa explicação de caráter exclusivamente objetivo é o fato de que ela não define nem o que seria a aparência externa de um ato libidinoso, nem o que seria o conteúdo de tais condições estruturais objetivas. A teoria objetiva de Tatjana Hörnle, por exemplo, considera que um ato de natureza sexual seria reconhecível por meio das percepções sensoriais. Estas incluem percepções visuais, mas também acústicas, táteis e olfatórias.[30] Por outro lado, há autores, além da própria Hörnle, que partem da premissa de que determinados

27. Cf. CAMARGO, Beatriz Corrêa; RENZIKOWSKI, Joachim. Depende o assédio sexual da motivação do agente? *JOTA*. São Paulo, 11 maio 2021. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco]. Acesso em: 11.05.2021; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1526 e ss., com ulteriores referências na jurisprudência brasileira.

28. LAUFHÜTTE, Heinrich-Wilhelm; ROGGENBUCK, Ellen. In: Heinrich-Wilhelm Laufhütte el al. (Org.). *Leipziger Kommentar zum StGB*. 12. ed. Berlin: de Gruyter, 2009. v. 6. § 184g nm. 5 e ss.; SCHEIDEGGER, Nora. *Das Sexualstrafrecht der Schweiz: Grundlagen und Reformbedarf*. Zürich: Stämpfli Verlag, 2018. p. 137.

29. HÖRNLE. *Kommentar*, cit., § 184h nm. 3 ss.; também nesse sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. In: Jorge de Figueiredo Dias (Org.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*. 2. ed. 2012. v. 1. p. 718; WOLTERS, Jürgen. In: Mark Deiters et al. (Org.). *Systematischer Kommentar zum StGB*. 9. ed. Köln: Heymanns, 2017. v. 4. § 184h nm. 3 e ss.; SCHEIDEGGER. Op. cit., p. 139.

30. HÖRNLE. *Kommentar*, cit., § 184h nm. 2.

atos seriam manifestamente libidinosos, como a penetração vaginal ou anal, pelo pênis ou qualquer outro objeto.[31] Contudo, as dificuldades de uma definição exclusivamente objetiva do conceito tornam-se claras no caso anteriormente mencionado de Kargar e seu filho: a "imagem" da boca do pai no pênis de seu filho indica um significado sexual possível, embora, em realidade, não tenha significado sexual algum.

Ademais, a abordagem exclusivamente objetiva tem certas limitações em situações particulares. Trata-se das denominadas "ações ambivalentes". Em tais casos, a conotação sexual não pode ser inferida a partir da imagem externa pela qual a ação se manifesta. Exemplos de tais ações consideradas ambivalentes se dão no caso de exames corporais ou ações violentas afetando a área genital da vítima. O exemplo clássico no qual essa controvérsia gera dificuldades é a situação do ginecologista que se permite ficar excitado durante o exame tátil de sua paciente, aproveitando-se do contato físico para sua satisfação sexual.

Ao debaterem o caso do ginecologista, alguns autores admitem a impossibilidade de inferir o significado sexual do ato a partir exclusivamente de sua manifestação externa, e, por essa razão, argumentam que se deve levar em conta adicionalmente a motivação sexual do médico, a fim de puni-lo. De acordo com essa perspectiva parcialmente subjetiva, as ações ambivalentes poderiam ser consideradas atos libidinosos sempre que se puder demonstrar que o perpetrador agiu com a intenção de se excitar ou de satisfazer a si mesmo sexualmente[32]. Entretanto, uma punição do médico em tais casos é contestada pelos defensores da teoria objetiva na hipótese em que o médico realiza o exame "*lege artis*". Assim, em conformidade a uma teoria exclusivamente objetiva, não haveria ato libidinoso quando o médico atua de maneira procedimentalmente correta, vivenciando sua experiência apenas internamente. Nos termos da teoria objetiva,

31. HÖRNLE. *Kommentar,* cit., § 184h nm. 2.; HUNGRIA. Op. cit., p. 123; RAGUÉS I VALLÈS. Op. cit., p. 826; SCHEIDEGGER. Op. cit., p. 139. Uma opinião semelhante pode ser encontrada na jurisdição do Tribunal Penal Internacional – sobre este problema: SCHWARZ, Alexander. *Das völkerrechtliche Sexualstrafrecht – Sexualisierte und geschlechtsbezogene Gewalt vor dem Internationalen Strafgerichtshof*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019. p. 281.

32. Assim, FISCHER. Op. cit., §184h nm. 4a; HEGER, Martin. In: Kristian Kühl; Martin Heger (Org.). *Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 29. ed. München: Beck, 2018, § 184h nm. 2; EISELE. Op. cit., § 184h nm. 6; BERENGUER, Orts. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales. In: José Luis González Cussac (Org.). *Derecho Penal: Parte Especial*. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 232; DIAS. Op. cit., p. 719.

o comportamento do médico somente poderia ser relevante para o Direito Penal se ele exteriorizasse sua experiência sexual durante o exame[33]. Este seria o caso, por exemplo, se ele proferisse falas sexualizadas ou fizesse gemidos durante a manipulação do corpo da vítima.[34]

3. A CRIMINALIZAÇÃO DA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL: NOVAS DIMENSÕES DO DEBATE "SUBJETIVISMO" *VERSUS* "OBJETIVISMO"

A criminalização da importunação sexual reavivou uma antiga discussão acerca do caráter sexual ou não de certas ações, tais como acariciar o braço de outra pessoa. De acordo com uma abordagem subjetiva, o crime de importunação poderia se configurar se uma pessoa toca a outra com a intenção de se excitar ou satisfazer a si mesma sexualmente. Nesse caso, parte da doutrina entende que tocar outra pessoa no braço poderia em tese ser criminalmente relevante, bastando para isso que a vítima também se sinta assediada[35].

Na década de 1950, a ideia de considerar tal toque nos braços como um ato libidinoso foi rejeitada em países como o Brasil ou a Itália, não apenas por causa da irrelevância do ato *per se*, mas também por causa da "anormalidade" da libido do agente ou da vítima em tais casos.[36] No Direito Penal alemão da época, também se considerava que a natureza libidinosa de um ato deveria ser determinada pela "sensação saudável" de uma pessoa "normal", e não pela sensação de um indivíduo ou de pequenos grupos isolados. Muito menos poderiam servir de base o sentimento "exageradamente pudico" ou aquele "entorpecido pela permissividade" de uma pessoa ou grupo[37].

33. HÖRNLE. *Kommentar,* cit., § 184h nm. 4; LAUFHÜTTE; ROGGENBUCK. Op. cit., § 184g nm. 6; RENZIKOWSKI, Joachim. Die böse Gesinnung macht die Tat. Zur aktuellen Debatte über die Kinderpornographie. In: Christian Fahl et al. (Org.). *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe – Festschrift für Werner Beulke*. Heidelberg: Müller, 2015. p. 524; RAGUÉS I VALLÈS. Op. cit., p. 822; SCHEIDEGGER. Op. cit., p. 141.
34. HÖRNLE. *Kommentar*, cit., no § 184h nm. 5; RENZIKOWSKI, Die böse. Op. cit., p. 524.
35. Veja a discussão em HOVEN, Elisa; WEIGEND, Thomas. "Nein heißt Nein" –und viele Fragen offen Zur Neugestaltung der Strafbarkeit sexueller Übergriffe, *JuristenZeitung*, 2017. p. 182, 189; FISCHER. Op. cit., §184h nm. 7; FOREGGER, Egmont; FABRIZY, Ernst Eugen. *Kurzkommentar zum österreichischen StGB*. 11. ed. Wien: Manz, 2010, § 218 nm. 3.
36. HUNGRIA. Op. cit., p. 123.
37. MEZGER. Op. cit., vor §§173 ss., nm. 2. A passagem original afirma: "gesund Fühlenden, nicht das Gefühl des Einzelnen oder einzelner Kreise, insbesondere nicht das

Hoje, na Alemanha, existe a proposta de se avaliar a natureza de contatos menos invasivos de acordo com o critério do "comportamento corriqueiro no trato social" (*sozialüblich*). Especialmente no que diz respeito à proibição da importunação sexual, os autores alemães consideram importante avaliar de maneira objetiva a conotação sexual de um contato físico e não fazer com que a definição dependa da intenção sexual do autor.[38] De acordo com esse posicionamento, o conceito de ato sexual não deve conduzir à conclusão equivocada de que deve ser punida a realização de um contato corporal de natureza cotidiana, como o toque de um braço, apenas porque haveria um interesse de natureza sexual por parte daquele que busca o contato com a pessoa tocada. Com isso em mente, o relatório final da Comissão de Reforma do Direito Penal Sexual na Alemanha enfatizou recentemente que a "intenção sexual" do indivíduo não deve ser considerada relevante para a tipificação do crime de importunação sexual, pois, caso contrário, toda tentativa de contato sexual futuro por meio do contato físico estaria sujeita à punição prevista pelo § 184i do StGB. Segundo a opinião da Comissão, o mero toque "com o objetivo de [ter] um contato sexual consensual" não deve ser avaliado como uma conduta de importunação sexual.[39]

Por sua vez, não deixa de ser problemático o critério objetivo do costume no trato social. De acordo com a teoria do costume no trato social, não devem ser considerados socialmente corriqueiros os contatos físicos que ocorrem no contexto de um relacionamento íntimo.[40] O problema é que por detrás desse critério

übertrieben prüde auf der einen oder das abgestumpft laxe Gefühl auf der anderen Seite." (Tradução nossa).

38. Ver HÖRNLE. *Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung*. Neue Zeitschrift für Strafrecht, 2017. 13, 20 e ss.; HOVEN; WEIGEND. Op. cit., p. 189; de modo crítico: CAMARGO, Beatriz Corrêa. Die Strafbarkeit der sexuellen Belästigung durch körperliche Berührung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 131, 2019. p. 611.

39. BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. *Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht*, 2017. p. 83 e ss., 309 e ss.; para uma proposta correspondente, ver: BEZJAK, Garonne. Reformüberlegungen für ein neues Sexualstrafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 2018. v. 130. p. 303, 328. O relatório final completo da comissão para a reforma das leis acerca dos crimes sexuais está disponível em: [www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.html]. (Acesso em: 02.06.2020).

40. HÖRNLE. *Das Gesetz,* cit., na p. 21; também: NOLTENIUS, Bettina. In: Mark Deiters et al. (Org.). *Systematischer Kommentar zum StGB*. 9. ed. Köln: Heymanns, 2017. v. 4. § 184i nm. 5.

aparentemente simples e objetivo se encontra uma premissa ainda carente de esclarecimento[41]. As inconsistências aqui envolvidas se deixam elucidar por meio de alguns exemplos, começando pelo ato de beijar alguém: algumas pessoas aceitam beijos na bochecha apenas de seus parceiros sexuais; em certas culturas, porém, o beijo no rosto é a forma comum de cumprimentar-se. De outro lado, as manipulações em um corpo nu são comuns em exames médicos e, portanto, também ocorrem fora do contexto de relacionamentos íntimos. Por sua vez, abraços apertados entre pais e filhos denotam intimidade, mas não necessariamente sexualidade entre aqueles que se abraçam. Considerando todos esses casos, não faz sentido definir *a priori* como "não sexuais" as formas de contato físico exemplificadas – v.g., beijos, contato com os seios, toques na genitália etc. – apenas pelo fato de que elas também ocorrem como parte da interação social cotidiana.

Em meio a essa incapacidade de solução, a doutrina acaba trançando a linha divisória entre um contato socialmente corriqueiro e um contato íntimo de natureza sexual tendo em vista a parte do corpo da vítima tocada pelo agente. Segundo autores como Tatjana Hörnle, Thomas Fischer, Betina Noltenius, Elisa Hoven e Thomas Weigend, os contatos na mão, no braço, nos ombros, na perna e no pé, um tapa nas nádegas vestidas, beijos na bochecha e abraços não constituem atos libidinosos, ainda que eles excitem sexualmente o agente que os pratica ou mesmo que o destinatário desses toques os considere sexualmente invasivos.[42] Há, contudo, uma inconsistência nessa conclusão quando comparada com a resposta tradicionalmente oferecida para o caso do ginecologista: se os "gemidos" e a "fala sexualizada" do médico durante exames clínicos podem ser relevantes para a avaliação do comportamento como uma conduta libidinosa, o mesmo deveria também se aplicar no que diz respeito a outros tipos de contato físico.[43]

De fato, é preciso reconhecer que certo grau de segurança jurídica é alcançado por legislações que buscam uma definição objetiva do tipo de ato libidinoso proibido por um crime sexual. É o caso do já mencionado Código Penal do Estado do Maine[44], que adota um catálogo dos atos libidinosos penalmente relevantes, e

41. Cf. CAMARGO. Op. cit., p. 612.

42. Exemplos em FISCHER. Op. cit., § 184i nm. 5a; HOVEN; WEIGEND. Op. cit., p. 189; HÖRNLE. *Das Gesetz*, cit., p. 21; NOLTENIUS. Op. cit., § 184i nm. 5. A respeito, mais extensivamente: RENZIKOWSKI, Joachim. In: Wolfgang Joecks; Klaus Miebach et al. (Org.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3. ed. München: Beck, 2017. v. 3. § 184i nm. 11.

43. Nesse sentido, CAMARGO. Op. cit., p. 618.

44. Código Penal do Maine, § 251(1), especialmente em (C) e (D).

também do Código Penal austríaco no tocante ao crime de importunação sexual, que pune o "toque intensivo" de uma parte do corpo que é "atribuída à esfera sexual" (§ 218, Abs. 1a, do Código Penal Austríaco)[45]. Entretanto, como veremos, há motivos suficientes para duvidar que uma diferenciação adequada possa ser traçada exclusivamente a partir de critérios objetivos.

4. Crítica às abordagens subjetivas

Embora a teoria puramente objetiva encontre dificuldades com casos limítrofes, cabe reconhecer que a defesa de critérios objetivos para se definir a natureza libidinosa de uma ação deriva de um ceticismo justificado quanto à proposta das abordagens subjetivas tradicionais. Com boa dose de razão, as abordagens subjetivas tradicionais são rejeitadas com base no argumento de que a conotação sexual de um ato não pode depender daquilo que se passa exclusivamente na cabeça do autor[46]. Semelhante crítica contra a teoria subjetiva se opõe sobretudo à ideia de que a intenção de obter satisfação sexual deveria ser considerada como critério relevante para a definição de um ato libidinoso. Por trás dessa crítica se encontra o reconhecimento de basicamente dois problemas da teoria subjetiva tradicional:

Primeiramente, os críticos da teoria subjetiva temem um uso muito amplo do conceito de "ato libidinoso" na hipótese de ser levada em consideração a motivação do autor. À primeira vista, o receio dos críticos é plenamente justificado: imaginar sexo com uma pessoa é algo diferente de realmente fazer sexo com ela. Como demostrado pelo exemplo do ginecologista anteriormente mencionado, os processos mentais internos de uma pessoa, isto é, seus pensamentos e sentimentos íntimos, não podem de forma alguma estar sujeitos a punição.[47] Essa conclusão é particularmente relevante para a punição da pornografia infantil: as fotografias de crianças não podem ser consideradas pornográficas apenas porque

45. No original, o dispositivo prevê: "(1a) Nach Abs. 1 ist auch zu bestrafen, wer eine andere Person durch eine intensive Berührung einer der Geschlechtssphäre zuzuordnenden Körperstelle in ihrer Würde verletzt".

46. E.g. HÖRNLE. *Das Gesetz,* cit., p. 21, afirmando que "o significado de um toque não [deve] ser avaliado com base nos motivos do autor, mas sim desde uma perspectiva objetiva". Também nesse sentido: BEZJAK, Garonne. Der Straftatbestand des §177 StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers. *Kritische Justiz*, v. 49, 2016. p. 557, 568.

47. LAUFHÜTTE; ROGGENBUCK. Op. cit., nota 22, no § 184g nm. 6; RENZIKOWSKI, Die böse. Op. cit., p. 524.

seu dono pretendia excitar-se sexualmente com elas.[48] Um mínimo de objetividade na definição de um ato de natureza sexual é necessário para evitar que as meras preferências sexuais do agente deem ensejo a uma sanção penal.

Em segundo lugar, sustenta-se que, em certos casos, a perspectiva subjetiva acaba tornando restritivo demais o espectro de condutas criminalmente relevantes[49]. De acordo com os críticos, o conceito subjetivo tradicional não permitiria uma solução adequada em termos político-criminais ao exigir como requisito do ato libidinoso que o agente tenha a intenção de se excitar ou se satisfazer sexualmente. Como demonstra o caso do Tribunal do Império mencionado anteriormente, bastaria ao réu alegar que agiu com o intuito de fazer uma "brincadeira" quando tocara as partes íntimas da vítima para que pudesse se livrar da acusação de um crime sexual. Assim, se o reconhecimento da natureza sexual de uma ação for reduzido à constatação de que o agente foi motivado pela busca do prazer sexual, o resultado é a exclusão de variadas formas de comportamento da definição de ato libidinoso.

Ocorre que embora não possam ser descritas através da intenção de "satisfação da lascívia", diversas ações são (ou deveriam ser) reconhecidas como sexuais ou libidinosas. Um exemplo especialmente drástico é a violência sexual no contexto de conflitos armados. Particularmente desde os conflitos de Bósnia e Ruanda, passou a vigorar a expressão do estupro como "arma de guerra".[50] Em matéria de segurança internacional, o termo designa a violência sexual praticada sobretudo contra mulheres e meninas com a finalidade de "humilhar, dominar, causar medo em, dispersar e/ou realocar à força membros civis de uma comunidade ou grupo étnico"[51]. Episódios como esses não tratam de uma questão de "desejo" dos autores por suas vítimas. Não é a satisfação sexual que tais inimigos de guerra estão buscando quando estupram as mulheres do grupo rival. Como demonstram tais casos, o reconhecimento de um ato como uma

48. RENZIKOWSKI. *Die böse*, *cit.*, p. 524 e ss. Todavia, no caso de uma criança lambendo um pepino, o Superior Tribunal de Justiça alemão chega à conclusão oposta: BUNDESGERICHTSHOF. Decisão preferida em 16 de março de 2011. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2011. p. 570 e ss.

49. HÖRNLE. Op. cit., nota 19, no § 184h nm. 7; LAUFHÜTTE; ROGGENBUCK. Op. cit., §184g nm. 7; SCHWARZ. Op. cit., p. 281. No Brasil, a crítica é feita, por ex., por MIRABETE. Op. cit., p. 1526.

50. HIRSCHAUER, Sabine. *The Securitization of Rape, Women, War and Sexual Violence*. London: Palgrave Macmillan, 2014. p. 2-4. p. 10 e ss.

51. Definição oferecida pelas NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. *Resolução 1820 (2008), adotada pelo Conselho de Segurança em seu 5916º encontro, em 19 de junho de 2008*. Disponível em: [www.gov.br/mre/pt-br/media/1820-2008-pt.pdf]. Acesso em: 05.01.2021.

violação da autonomia sexual de alguém não pode depender apenas da forma que o perpetrador se sente ao agir.

Não obstante isso, existem bons argumentos a favor de uma compreensão diferente do tipo de intenção necessária para se definir o caráter sexual ou libidinoso de uma conduta. Como será discutido em seguida, a definição de ato sexual ou libidinoso deve considerar não apenas os elementos objetivos, mas também os aspectos subjetivos da ação em análise. De acordo com a perspectiva objetivo-subjetiva que defendemos, o aspecto objetivo da ação é uma condição necessária, mas não suficiente para caracterizar de uma ação como ato libidinoso. Em nossa opinião, é preciso que o próprio agente compreenda sua conduta como tendo uma natureza sexual nas circunstâncias particulares em que atua. Seguindo tal conceito, a "intenção sexual" inclui o intuito de obter prazer sexual (excitação ou orgasmo), mas não se reduz a isso. Outros tipos de motivações relacionadas com a sexualidade também devem ser considerados na avaliação do significado da conduta. De qualquer forma, a intenção adscrita ao agente precisa ser consistente com a conduta praticada por ele.

Se nossa argumentação está correta, então a descrição de um crime sexual a partir de uma intenção específica, como "excitar-se sexualmente", nada mais é do que uma técnica legislativa deficitária. Semelhantes falhas deveriam, em verdade, ser compreendidas como um sinal da dificuldade do legislador em encontrar uma boa definição de ato libidinoso para os propósitos da lei. Acerca desse tipo de problema, Karl Binding já havia notado que "o próprio legislador frequentemente não sabe o que ele quer proibir, e, por isso, vincula a práxis ao tipo de intenção delitiva que ele definiu erroneamente".[52] Tais erros precisam ser evitados, o mais tardar, pelos intérpretes da lei.

C. (Inter)ação sexual como comunicação

I. Ato libidinoso como ação "natural"? De uma definição baseada na descrição de uma imagem a uma compreensão baseada na interpretação de uma encenação

Como vimos, uma definição objetiva de um ato libidinoso precisa superar duas limitações da teoria subjetiva. A primeira delas é de caráter epistêmico:

52. BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung – eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*. Reimpressão da 2. ed. de 1916. Utrecht: Scientia Verlag, 1965. v. 2. t. 2. p. 1139: "… der Gesetzgeber öfter selbst nicht genau weiß, was er verbieten soll, und deshalb die Praxis auf den falsch von ihm bestimmten Deliktsvorsatz verpflichtet". (Tradução nossa).

como reconhecer um ato libidinoso. Aqui há a necessidade de um esclarecimento mais minucioso acerca da relação entre os critérios objetivos-gerais e os subjetivos-individuais para a qualificação de um comportamento como sexual. O segundo problema diz respeito ao papel que a excitação ou a satisfação sexual pode desempenhar em tal definição. Isso é relevante não apenas desde uma perspectiva epistêmica, mas especialmente com respeito à proteção concreta da autonomia sexual.

Comecemos com a ideia de que o ato libidinoso é, afinal, uma ação. Com essa premissa, a pergunta que deve ser feita diz respeito a saber a que tipo de ação estamos nos referindo quando falamos sobre atos libidinosos: seriam ações "naturais", como a ação de nadar? Ou será necessário fazer comparações com outros tipos de ações para compreendê-lo, como falar um idioma? Ainda que tanto a ação de "nadar" quanto a ação de "falar" possam ser caracterizadas pelo fato de que o agente siga determinadas regras,[53] "falar um idioma" distingue-se de "nadar" na medida em que a linguagem humana apenas se faz possível por meio da cultura. John Searle explica essa diferença com o exemplo de um jogo de futebol: ainda que um cachorro consiga perceber que pessoas se movem num campo, somente nós, humanos aculturados, somos capazes de reconhecer que se trata de um jogo – e dentre nós, apenas aqueles que conhecem as regras do futebol conseguem compreender completamente os movimentos de ação no jogo.[54] Para se falar uma língua, não é suficiente proferir palavras. Papagaios também fazem isso. Estrangeiros não compreendem espontaneamente uma língua desconhecida ao simplesmente ouvir falantes nativos conversarem entre si.

A sexualidade humana é semelhante à linguagem nesse aspecto. Em grande medida, as dimensões culturais e normativas do "sexual" subjazem escondidas. Isso é assim, em parte, porque a existência dessas dimensões é um fato ridiculamente trivial na vida em sociedade. Por outro lado, a dificuldade de enxergar de imediato o caráter normativo da sexualidade se deve ao fato de que tais normas e regras se encontram profundamente arraigadas nas específicas ordens culturais, políticas e econômicas das sociedades.[55] Desvendar essas estruturas requer uma grande capacidade de crítica social e de autorreflexão, como tem sido demonstrado

53. HRUSCHKA, Joachim. *Strukturen der Zurechnung*. Berlin: Walter de Gruyter, 1976. p. 12.

54. SEARLE, John R. What is an institution? *Journal of Institutional Economics*, 2005. p. 3.

55. Ver e.g., a explicação de CAPLAN, Pat. Kulturen konstruieren Sexualitäten. In: Christiane Schmerl et al. (Org.). *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*. Opladen: Leske und Budrich, 2000. p. 44 e ss.

pelos representantes da escola da "ciência sexual crítica" na Alemanha desde a década de 1970, por exemplo.[56] Em razão disso, a relação entre fatores biológicos e processos de aprendizado social na explicação do comportamento sexual é desde sempre controversa nas ciências sexuais, ainda que cultura e biologia não precisem ser incompatíveis uma com a outra.[57]

Essa é a razão pela qual alguns teóricos enfatizam que a palavra "sexualidade", não se refere a um objeto, mas é, em verdade, utilizada em inúmeros contextos diferentes.[58] É altamente questionada a ideia de que realmente existe uma coisa no mundo que possa ser descrita como "a" sexualidade humana. Em lugar do conceito de "sexualidade", que no ocidente tem cerca de 200 anos de idade apenas[59], considera-se que seria mais correto falar em "sexualidades".

Dessa sorte, uma compreensão puramente naturalística da sexualidade humana não é apenas errada enquanto modelo explicativo, mas também é equivocada sob uma perspectiva moral, pois oculta as relações de poder que se encontram por trás dela e a influência da socialização e da cultura nas práticas sexuais específicas. O "nascimento" da sexualidade na modernidade coincide com a sua apropriação terminológica por várias ciências e instituições, como a igreja e a ciência médica, entre outras.[60] Naquele momento, a importância da sexualidade se reduzia à reprodução. A única prática sexual "saudável" era a penetração vaginal. Tudo que se desviasse disso era visto como antinatural. Moralmente correta

56. SCHMERL, Christiane. Phallus in Wonderland. Bemerkungen über die kulturelle Konstruktion „Sex = Natur". In: Christiane Schmerl et al. (Org.). *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*. Opladen: Leske und Budrich, 2000. p. 147; SIGUSCH, Volkmar. Anfänge einer Sexualmedizin in Deutschland, ein persönlicher Rückblick. *Bundesgesundheitsblatt*. 2017. v. 60. 932-936.

57. Acerca desse assunto, brevemente: SIGUSCH, Volkmar. *Auf der Suche nach der sexuellen Freiheit: Über Sexualforschung und Politik*. Frankfurt am Main: Campus Verlag, 2011. p. 42 e ss.; SCHMERL. Op. cit., p. 147.

58. WREDE. Op. cit., p. 34; CAPLAN. Op. cit., p. 60.

59. CAPLAN. Op. cit., p. 45; DANNECKER, Martin. Sexualität als Gegenstand der Sexualforschung. *Zeitschrift für Sexualforschung*. 1991. p. 282; WREDE, Brigitta. Was ist Sexualität? In: Christiane Schmerl et al. (Org.). *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*. Opladen: Leske und Budrich, 2000. p. 35; SIGUSCH, Volkmar. *Sexualitäten – eine kritische Theorie in 99 Fragmenten*. Frankfurt am Main: Campus Verlag, 2013. p. 33; KHOSRAVIE, Jasmin; BANSE, Rainer. Sexualität, In: Lüdger Kühnhardt; Tilman Mayer (Org.) *The Bonn Handbook of Globality*. Cham: Springer, 2019. p. 289.

60. KHOSRAVIE; BANSE. Op. cit., p. 289; SCHMERL. Op. cit., p. 142 e ss.

era apenas a penetração vaginal para os propósitos reprodutivos na constância do casamento. Desde uma perspectiva econômica, o disciplinamento dos corpos dos operários servia à lógica industrial baseada no lucro da sociedade burguesa.[61]

Todavia, contrariamente ao que se pressupunha no século XIX, o adjetivo "sexual" não pode ser traduzido por meio de um vocabulário exclusivamente empírico. Não existem atributos externos de uma ação que permitam sempre e sem exceção reconhecê-la como "sexual" por sua natureza.[62] Praticar sexo não é uma ação natural como respirar ou andar.[63] Por essa razão, os atos sexuais ou libidinosos não podem ser identificados de forma inequívoca com base na "imagem externa de sua manifestação". Desde uma perspectiva da filosofia da ação, aceita-se amplamente a ideia de que movimentos corporais idênticos podem ter significados diferentes e, portanto, contar como diferentes tipos de ação. A manipulação da genitália, por exemplo, não é geralmente um ato libidinoso se ocorre no contexto de um exame médico, mas provavelmente o será, se ocorrer entre um casal no quarto. Como este exemplo demonstra, a interpretação de um movimento corporal como uma ação de um tipo específico exige que se insira o comportamento em um contexto de significado, o que, por sua vez, apenas é possível por meio de convenções sociais.[64] Em ambos os exemplos, padrões sociais definem, dentre outras coisas, de que modo um tipo de toque deve levar à estimulação sexual e que tipo de contato físico é necessário para propósitos médicos. O que é "sexual" acerca de uma ação não é, portanto, um atributo que precisa ser descrito, mas, sim, a atribuição de um status válido em um domínio cultural específico.

A atribuição de um certo tipo de ação a alguém também depende da dinâmica estabelecida entre os elementos do contexto, tais como a situação, a comunicação e a interação com outros agentes. São aspectos como esses que conferem plausibilidade à interpretação das razões pelas quais uma pessoa atua de determinada

61. WREDE. Op. cit., p. 35 e ss.; CAPLAN. Op. cit., p. 49; DANNECKER. *Sexualität als Gegenstand*, cit., p. 284.

62. STEIN-HILBERS, Marlene; SOINE, Stefanie; WREDE, Birgitta. Einleitung: Sexualität, Identität und Begehren im Kontext kultureller Zweigeschlechtlichkeit. In: Christiane Schmerl et al. (Org.). *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*. Opladen: Leske und Budrich, 2000. p. 10. Também FOUCAULT, Michel. *The history of sexuality*. New York: Pantheon, 1978. v. 1. p. 51 e ss.

63. Sobre a crítica do naturalismo na ciência sexual: TIEFER, Leonore. Sex is not a natural act. *Zeitschrift für Sexualforschung*, v. 97, 1994. p. 37.

64. KINDHÄUSER, Urs. Der Vorsatz als Zurechnungskriterium. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* v. 96, 1984. p. 8.

maneira.[65] Como é o caso de qualquer outra conduta, uma pessoa comporta-se "sexualmente" de acordo com as crenças que possui a respeito da expectativas que recaem sobre o modo como deve se comportar em um certo papel social.[66] Na famosa teoria dos *scripts sexuais*, Simon e Gagnon propõem a tese de que, assim como existência de uma língua é uma precondição para a fala, o comportamento sexual humano apenas é possível por meio de um conjunto de paradigmas sociais predominantes.[67] De acordo com os autores, tais contextos normativos – chamados "cenários culturais" – determinam "os objetos apropriados, objetivos e qualidades desejáveis da relação consigo mesmo e com os outros. Eles instruem também acerca de momentos, lugares, sequências de gestos e palavras, bem como, quase a coisa mais importante, sobre o que o ator e as outras pessoas envolvidas (reais ou imaginadas) devem sentir".[68]

A metáfora de um encontro sexual como a criação de um "script interpessoal" por seus atores enfatiza a aplicação e sobretudo a transformação dos paradigmas aprendidos na situação concreta.[69] Com o auxílio dos padrões dos cenários sociais relevantes, os atores se engajam em uma ação complexa, cuja execução é mutuamente dependente das pessoas envolvidas.[70] Conforme se percebe, portanto, os scripts interpessoais servem à simplificação de um encontro sexual. Os scripts reduzem a insegurança e legitimam as formas de interação entre os atores.[71] Contudo, em um nível intrapsíquico individual, uma reação sexual dependerá da sequência de significados de ações, posturas corporais, objetos e gestos que a própria pessoa valoriza.[72] Assim, os chamados "scripts intrapsíquicos"

65. Acerca dessa questão: KINDHÄUSER. *Der Vorsatz,* cit., na p. 8 e ss.; KINDHÄUSER, Urs. Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff. In: Hans-Ullrich Paeffgen et al. (Org.). *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011. p. 43.
66. SCHMERL. Op. cit., p. 144.
67. SIMON, William; GAGNON, John. Sexual scripts. *Society*, 1984. v. 22. p. 53; WIEDERMAN, Michael. Sexual Script Theory: Past, Present, and Future. In: John DeLamater; Rebecca F. Plante. *Handbook of the Sociology of Sexualities*. Zürich: Springer, 2015 p. 7. A respeito, ainda, CAMARGO. Op. cit., p. 615 e ss.
68. SIMON, William; GAGNON, John. Wie funktionieren sexuelle Skripte? In: Christiane Schmerl et al. (Org.). *Sexuelle Szenen:* Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften. Opladen: Leske und Budrich, 2000. p. 71.
69. SIMON; GAGNON. *Sexual scripts,* cit., 53 e ss.; Ver também SCHMERL. Op. cit., p. 144 e ss.
70. SIMON; GAGNON. *Wie funktionieren,* cit., p. 72 e ss.
71. SIMON; GAGNON. *Sexual scripts,* cit., p. 54.
72. SIMON; GAGNON. *Wie funktionieren,* cit., nota 64, p. 74, 85.

contêm desejos, fantasias, memórias e ensaios mentais, os quais podem formar estratégias para a execução de um script interpessoal.[73]

Com os *insights* oferecidos pela teoria dos scripts sexuais, torna-se possível oferecer um fundamento válido para a confusa noção de "costume no trato social", sugerida pela doutrina como critério objetivo para a definição do ato libidinoso. Entre outras coisas, a abordagem puramente objetiva acredita que a atribuição do adjetivo "sexual" possa depender exclusivamente da parte do corpo tocada. Como dito acima, a perspectiva objetiva compartilha a premissa de que a valoração do julgador deve se pautar pela "imagem externa" dos acontecimentos. O problema é que, embora o recurso a "imagens" possa situar inicialmente o julgador no desempenho de sua tarefa, enquanto fundamento para a atribuição de um ato sexual ao agente, a "imagem" extraída dos fatos oferece critério arbitrário e insuficiente. Isso é assim porque as "imagens" não permitem levar em conta as preferências individuais das pessoas cuja sexualidade está sendo discutida. Padrões e regras no meio social se estabelecem de maneira geral e objetiva. Contudo, a influência de padrões sociais sobre as necessidades e desejos sexuais de um indivíduo não é automática, sendo, antes, intermediada por suas experiências pessoais. Assim, o significado sexual de certo comportamento para o agente também depende, em grande medida, de sua biografia.[74] Portanto, seria uma compreensão demasiado estreita sobre a sexualidade humana limitá-la a poucas formas de contato com certas áreas do corpo. Tal abordagem ignora experiências sexuais reais e impede a proibição de uma grande variedade de abusos sexuais.[75]

Condições sociais estruturam a sexualidade individual ao definir regras sobre como, onde, quando e com relação a quem os interesses sexuais podem ser declarados e vivenciados.[76] Estudos empíricos demostram que as áreas de toque estabelecidas para interação social variam, sim, a depender da área do corpo tocada. Porém, as áreas do corpo que costumam ser tocadas em contextos de intimidade sexual ou afetiva são também dependentes de fatores como a cultura, o gênero e a natureza da relação entre as pessoas envolvidas. Os tipos de contato físico comuns entre filhas e mães são diferentes, por exemplo, daqueles geralmente considerados apropriados na relação entre irmãos e irmãs ou entre

73. WIEDERMAN. Op. cit., p. 8.

74. Cf. WREDE. Op. cit., p. 30-32, 39.

75. Sobre esta questão WREDE. Op. cit., p. 21.

76. WREDE. Op. cit., p. 40.

amigos.[77] Logo, o vasto pano de fundo cultural é determinante para o reconhecimento do caráter sexual de certas formas de contato físico. As ações sexuais não podem "existir em um vácuo", como Pat Caplan o expressa: "O que as pessoas querem e o que elas fazem depende (...), em toda sociedade, em grade medida, do que se espera que elas queiram e o que lhes é permitido querer. Portanto, fica claro que a sexualidade não pode escapar da sua associação cultural."[78]

Assim, a questão sobre se determinada forma de contato físico apresenta ou não natureza libidinosa apenas pode ser respondida por meio de uma reconstrução dos cenários culturais relevantes. Entretanto, como já mencionamos, uma análise sobre os padrões culturais vigentes será incompleta se não reconhecer que o agente executa um papel no cenário em que se encontra. Nesse sentido, a apropriação de conteúdos de sentido sexual por uma pessoa é melhor compreendida como uma "performance" dentro de uma cena. Isso explica por que o reconhecimento de uma certa (inter)ação como sendo de natureza sexual depende de critérios gerais e objetivos, mas apenas desde que se também leve em conta a perspectiva subjetiva do indivíduo. Nas palavras de Volkmar Sigusch:

> "Também em sua forma social, a sexualidade é apenas real individualmente, apesar de toda a factualização, mistificação, normatização. Se a sexualidade não fosse igualmente individual como é geral, nós seríamos máquinas sexuais que apenas executariam automaticamente o que o geral, a estrutura, o sistema, as regras, o discurso, o código prevê[79]."

77. Em geral, a aceitação de contato físico é mais restrita em áreas com maior sensitividade erógena. Sobre esse assunto: SUVILEHTO, Julia; GLEREAN, Enrico et al. Topography of social touching depends on emotional bonds between humans. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v. 45, 2015. p. 13811, 13811 e ss.; RENZIKOWSKI. *Kommentar,* cit., § 184i nm. 9.

78. CAPLAN. Op. cit., p. 65: "Was Menschen wollen und was sie tun, hängt (...) in jeder Gesellschaft weitgehend davon ab, was ihnen nahegelegt wird zu wollen und erlaubt wird zu tun. Damit ist klar, daß Sexualität ihrer kulturellen Anbindung nicht entfliehen kann" (Tradução nossa).

79. SIGUSCH, Volkmar; NEUBAUER, Georg. Sexualität in der (Post-)Moderne. In: Wolfgang Glatzer (Org.) *25. Deutscher Soziologentag 1990. Die Modernisierung moderner Gesellschaften*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1991. p. 758: "Auch als gesellschaftliche Form ist Sexualität nur individuell wirklich, trotz aller Versachlichung, Mystifikation, Normierung. Wäre die Sexualität nicht ebenso individuell wie allgemein, wären wir Sexualmaschinen, die nur das automatisch ausführten, was das Allgemeine, die Struktur, das System, die Regeln, die Diskurs, der Code vorsieht". (Tradução nossa).

A fim de agir sexualmente, o agente se assegura de tais paradigmas e os aplica (à sua maneira). O aspecto subjetivo do ato libidinoso enquanto um elemento da conduta prevista pelo tipo penal reside na aplicação e adaptação de tais regras pelo indivíduo. Esses paradigmas, bem como as fronteiras de ação e os padrões sociais, existem na realidade e não são apenas produto da imaginação do próprio agente.[80] Essa é também a razão pela qual não se deve aceitar de pronto a alegação de que o réu não pretendia um contato de natureza sexual, sobretudo quando essa afirmação é lançada sem maiores fundamentações.

II. O elemento subjetivo do ato libidinoso e o propósito de obter prazer sexual

Segundo argumentamos, atos libidinosos são construtos culturais. Toda cultura contém incontáveis fatores de acordo com os quais é atribuído significado sexual a um certo ato: o local da ação, o tipo de comportamento, a sequência de gestos, o conteúdo e as formas de falar, mas também a relação entre os atores, bem como o tipo de interação entre eles, sua idade, seu gênero etc. A partir disso, a interpretação de um ato como libidinoso sob os paradigmas existentes pode ser confirmada ou refutada a depender das reais razões dos agentes para agirem em determinado sentido.

Nesse ponto, gostaríamos de ilustrar nossa opinião por meio da análise de alguns casos. Para isso, também precisamos retornar à crítica realizada contra a teoria subjetiva tradicional, de acordo com a qual a consideração da motivação do agente restringe em demasia o conceito de ato libidinoso, ao passo que, em relação a certos casos, essa consideração estende a definição de ação sexual de maneira inadequada. Ao defendermos uma abordagem comunicativa sobre os atos libidinosos, não questionamos nem a necessidade, nem a legitimidade de um exame crítico acerca do sentido de a motivação do agente figurar como critério para a definição do ato libidinoso. Apenas consideramos, conforme pretendemos demonstrar, que esse escrutínio não deve levar à conclusão de que as razões de uma pessoa para agir, as quais, antes de tudo, tornam uma ação inteligível, poderiam ser consideradas irrelevantes para a imputação de um comportamento a alguém como uma ação de determinado tipo.

80. Existe definitivamente um certo padrão social para flertes ou comportamentos de relacionamento. Beliscar as nádegas de pessoas aleatórias ou colegas de trabalho definitivamente não é parte disso. Sobre o assunto: RENZIKOWSKI. *Kommentar*, cit., nota 27, em § 184i nm. 9, com fontes adicionais; diferentemente: FISCHER. Op. cit., nota 17, em § 184i nm. 9 e ss.

Examinemos, outra vez, o caso do refugiado afegão Kargar. Não apenas nos Estados Unidos, mas também em várias outras culturas, o contato oral com a genitália é tido como uma prática sexual. Este fato justifica *prima facie* a presunção preliminar de que aquele que busca o contato, quer se envolver em um contato de natureza sexual. Todavia, a circunstância de que Kargar pertence a uma cultura na qual o contato entre a boca do pai e o pênis do filho não é considerado sexual pode refutar tal presunção. Em nossa opinião, o beijo não terá natureza sexual se as circunstâncias e a maneira como o contato se desenvolve estiverem de acordo com a tradição do domínio cultural ao qual pertencem as pessoas envolvidas. Nesse caso específico, tal conformidade se torna particularmente clara pelo fato de que Kargar se permitiu ser fotografado nesta pose para o álbum de família.

Na Alemanha, o Tribunal de Apelação de Oldenburg também teve que decidir um caso concernindo o contato íntimo entre uma mãe e seu filho. A genitora, que não estava mais amamentando, permitira que o filho de seis anos de idade sugasse seu peito nu em várias ocasiões. Em pelo menos três vezes, sua sobrinha de nove anos de idade presenciara a cena e, logo em seguida, fizera o mesmo. Perante a corte, a ré alegou que permitiu o comportamento das crianças por amor a elas. No final, a mãe foi absolvida da acusação de abuso sexual de menores porque, na visão da corte, o contato com as crianças não apresentava natureza sexual[81]. Com efeito, o desejo infantil de amamentação pode ser explicado psicologicamente como uma busca por segurança materna. Esta interpretação, no presente caso, é apoiada pelo fato de que não fora a mãe, mas sim as crianças que haviam iniciado o contato. Considerando a perspectiva das crianças, esse tipo de comportamento não era tampouco do tipo característico da "sexualidade infantil", que geralmente consiste no prazer e na curiosidade de tocar o próprio ou experimentar o mesmo com uma criança da mesma idade[82]. Aos sete ou nove anos de idade, as crianças não são reconhecidas como atores de interações sexuais, já que elas não elaboram scripts e nem atribuem significado para seus atos da mesma maneira como fazem os adultos[83]. Essa é uma linguagem que elas ainda não

81. OBERLANDESGERICHT OLDENBURG. Decisão proferida em 12 de dezembro de 2009. *Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechungsreport*, 2010. p. 240 e ss.

82. WANZECK-SIELERT, Christa. Sexualität im Kindesalter. In: Renate-Berenike Schmidt; Uwe Sielert. *Handbuch Sexualpädagogik und sexuelle Bildung*. Weinheim: Juventa, 2008. p. 355-363; ETSCHENBERG, Karla. *Sexualerziehung: Kritisch Hinterfragt*. Berlin: Springer, 2019. p. 127-133; SIELERT, Uwe. *Einführung in die Sexualpädagogik*. Weinheim: Beltz, 2015. p. 97-117.

83. Desde uma perspectiva teórica freudiana, a amamentação tem uma natureza sexual para o bebê em si. Contudo, tal concepção ampla de sexualidade não pode ser levada

dominam. A nosso ver, semelhantes circunstâncias conferem plausibilidade à tese de que, pelo simbolismo da amamentação, aquilo que as crianças buscavam, e aquilo que a mãe, de fato, proporcionava, era apenas o sentimento de proteção no âmbito familiar.[84]

É claro que o simbolismo da amamentação também pode aparecer em meio a um script sexual performado entre adultos. Uma mulher adulta pode utilizar a semelhança do símbolo, então sexualizado, com uma criança, abusando-a sexualmente de tal forma. Contudo, nesse caso, seriam necessários mais elementos para o reconhecimento da natureza libidinosa do ato, para além do mero contato das partes íntimas da mãe com a criança. Na hipótese do abuso sexual, sugar o seio da mãe seria apenas um fragmento do script sexual intrapsíquico da mãe com seu filho. Em tal situação, a permissão da mulher à criança para sugar seu seio seria parte do desejo de obter o mesmo tipo de prazer corporal que ela poderia ter em uma interação real com um parceiro sexual adulto, o que poderia ser possível, se isso correspondesse às suas fantasias. Aqui se propõe novamente a tese de que o comportamento nunca deve ser avaliado de maneira isolada, como *uma imagem*, mas sim em conjunto com outros cursos de ação, antes, durante e depois do contato corporal, como parte de *uma cena mais ampla*. Nesse sentido, o sustento da excitação sexual por meio do uso do corpo ou do estímulo de outra pessoa também faz parte da gama de performances presentes em uma encenação sexual. Contudo, a questão fundamental para definir os limites da proteção penal diz respeito a saber o quanto da performance de excitação sexual do agente precisa ser exteriorizada na situação concreta para que seja capaz de vincular a outra pessoa na própria experiência sexual de quem atua, exatamente como no caso anteriormente mencionado do ginecologista. Ao caso do médico, retornaremos em seguida.

Por ora, analisemos uma variação suíça do caso da mãe, no qual mamar no seio da mãe pode ser reconhecido como um abuso sexual da criança, consistente com o propósito de satisfação sexual. Nesse caso, a Suprema Corte Federal da Suíça condenou uma mulher por abuso sexual de seu filho de sete anos de idade,

em consideração no contexto da criminalização do comportamento humano. Acerca do assunto, ver: QUINDEAU, Ilka. Die infantile Sexualität. In: Ilka Quindeau & Micha Brumlik (Org.). *Kindliche Sexualität*. Weinheim: Juventa, 2012. p. 24-42; SCHMIDT, Gunter. Kindersexualität – Konturen eines dunklen Kontinents. In: Ilka Quindeau & Micha Brumlik (Org.). *Kindliche Sexualität*. Weinheim: Juventa, 2012. p. 60-69.

84. Sobre esse caso: HÖRNLE. *Kommentar*, cit., no § 184h nm. 3; RENZIKOWSKI. *Die böse*, cit., p. 524 e ss.; CAMARGO. Op. cit., p. 616.

pois ela permitira que ele "mamasse" em seu seio. Contudo, diferentemente do caso alemão, no caso suíço apurou-se que a mãe tocava o pênis do menino enquanto ele sugava em seu seio[85]. Assim, no caso suíço, o comportamento da mãe indica um contato realizado com o intuito de satisfação sexual. Isso pode ser inferido, primeiramente, considerando-se a área de contato (*onde* a criança está tocando e onde está sendo tocada) – no caso, a genitália. Em segundo lugar, se deve considerar a própria forma do contato físico (*como* a criança está sendo tocada). Uma questão adicional bastante importante, é se o pai ou a mãe buscou ele próprio/ela própria o contato com as partes íntimas ou se houve um pedido espontâneo da criança. Em tais casos, o contato com as partes íntimas pode ser interpretado como libidinoso se não houver qualquer razão plausível para a interação do adulto com a criança. Um ato libidinoso é realizado se uma prática típica de interação sexual entre adultos for executada pelo pai ou pela mãe com envolvimento da criança, por meio do que, o pai ou a mãe atribuem um papel sexual à criança. Em tais situações, as pessoas envolvidas simplesmente não estão falando a mesma língua. As crianças estariam buscando afeição, enquanto os adultos queriam sexo[86].

De acordo com a teoria aqui defendida, a consideração da intenção do agente tem, primeiramente, um efeito descriminalizante nos casos mencionados. Em vez de se presumir a existência de um contato sexual em todo toque dos pais na genitália de seus filhos ou pelos filhos no seio da mãe, nossa descrição aceita que um ato libidinoso seja realizado apenas quando as duas condições seguintes sejam preenchidas. Primeiro, é necessário que se trate de um comportamento que objetivamente corresponda ou se assemelhe a uma prática sexual – pode-se pensar, como exemplo, no ato de penetração da criança com um supositório anal. Em segundo lugar, o comportamento em questão não consegue ser explicado por razões objetivas, que contem como expressão de cuidado e amor dentro da família. Um pai ou uma mãe demonstra cuidar de seu filho se ele/ela utiliza o supositório

85. BUNDESGERICHT, 6B_103/2011 de 06/06/2011, disponível em: [www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F06-06-2011-6B_103-2011&lang=de&type=show_document&zoom=YES&]. (Acesso em: 22.09.2020). Sobre o caso, ver: SCHEIDEGGER. Op. cit., p. 143.

86. Ver DANNECKER. *Das Drama,* cit., p. 83 e ss.; SIGUSCH, Volkmar. *Sexualwissenschaftliche Thesen zur Missbrauchsdebatte*. In: Ilka Quindeau & Micha Brumlik (Org.). *Kindliche Sexualität*. Weinheim: Juventa, 2012. p. 211 e ss. Ver também: FINKELHOR, David. What's wrong with sex between adults and children? *American Journal of Orthopsychiatry*, v. 49, 1979. p. 692.

anal para fins de saúde, independentemente de como ele/ela particularmente se sente ao fazê-lo.

Partindo dessas premissas, podemos considerar como outro exemplo de um ato libidinoso praticado com crianças, o caso de uma babá que frequentemente passa pomada médica por alguns minutos na vagina de uma menina de sete anos de idade, embora a pele da criança não esteja irritada. Este ato é realizado em segredo e contra a vontade da menina. Em tal caso, é necessário encontrar outra explicação para o comportamento da babá, já que o uso da pomada tem propósitos claramente diferentes da cura. A nosso ver, a natureza libidinosa da ação pode ser inferida por muitas características do caso, consistentes com uma interpretação da intenção da babá como sendo de natureza sexual. Um ponto a se considerar é a maneira e a duração do contato com a parte íntima da criança, que constituem ou pelo menos evocam o estímulo do clitóris. O uso da pomada para este tipo de estímulo pode ser compreendido como uma estratégia para esconder a intenção sexual até mesmo da criança – provavelmente por vergonha de sua própria sexualidade ou apenas por medo das consequências. A motivação particular da babá poderia ser simplesmente sua própria satisfação sexual, mas também existem outros tipos de necessidades psicológicas para se elaborar uma encenação sexual com uma criança, tais como a tentativa inconsciente de se aceitar o próprio abuso sexual no passado.

Isso nos leva ao primeiro ponto de crítica possível contra a tese aqui defendida. Trata-se da ideia de que considerar a intenção do ator de satisfazer a si mesmo sexualmente levaria a uma expansão inaceitável dos casos puníveis. Nesse ponto, torna-se claro o quão importante é a necessidade de distinguir um ato libidinoso em sentido legal de um comportamento sexual conforme uma compreensão cotidiana. Ninguém duvidaria seriamente de que um urologista se comporta de maneira sexual se ele se aproveita do prazer físico que sente ao realizar exames íntimos em seus pacientes, porque ele fica excitado e satisfeito em decorrência disso. Contudo, podemos realmente considerar que o simples fato de que o médico se permite ficar excitado durante o exame deveria mudar a avaliação das manipulações que ele realiza no corpo do paciente? Em conclusão, poder-se-ia dizer: não. Se um médico ginecologista vivencia internamente a sua excitação sexual, o exame permanece, em princípio, apenas um exame. O objeto do engano de sua paciente não é sobre a natureza do ato, o qual, nesse caso, realmente faz parte de um procedimento médico. Em vez disso, o médico engana a paciente acerca de sua atitude pessoal com respeito ao tratamento dela. Se, contudo, a experiência sexual do médico se exterioriza, por exemplo por meio de uma fala sexualizada, então ele não está mais realizando um exame. Ele coloca a mulher, à força, no papel de um objeto sexual ao tocar o seu corpo. Somente esta última constatação

constitui o caso de um contato sexual relevante para os fins do Direito Penal: trata-se da proibição de praticar atos libidinosos não consensuais segundo estabelecem os delitos de estupro e importunação sexual.[87]

Precisamente nesse ponto, é preciso evitar o equívoco que caracteriza as vertentes subjetivas tradicionais. Reconhecer a relevância do propósito de alcançar prazer sexual (excitação ou o gozo) como elemento apto a caracterizar um ato libidinoso não significa dizer que este tipo de propósito seja a única hipótese possível de uma intenção de natureza sexual. A distinção é importante, porque diferencia a abordagem comunicativa de uma perspectiva subjetiva em um ponto chave. Ao contrário da teoria subjetiva tradicional, o modelo aqui proposto é consistente com a existência de variados propósitos para a realização de atos libidinosos. Como consequência disso, a crítica tradicionalmente dirigida contra a exigência de um elemento subjetivo do tipo nos delitos sexuais não se aplica à nossa abordagem. Isso porque, essa crítica se baseia unicamente no argumento de que muitos casos relevantes de abuso sexual não envolvem a intenção de obter a excitação sexual ou o orgasmo.

A redução do elemento subjetivo do tipo ao propósito de satisfação sexual é uma premissa da teoria subjetiva tradicional, mas não do nosso modelo explanatório. A nosso ver, qualquer associação externamente manifestada que o agente faz de seu comportamento com o âmbito da sexualidade constitui a intenção específica de um ato libidinoso, independentemente de o agente pretender ou não a satisfação de seus desejos sexuais particulares no caso concreto. De qualquer forma, o reconhecimento de um tipo de ação como tendo natureza libidinosa dependerá dos motivos do agente para o comportamento que realiza. Estes necessitam ter alguma relação com a sexualidade individual das pessoas envolvidas, ainda que o ato seja realizado para propósitos diversos do prazer sexual.

Queremos encerrar nossa elucidação sobre o significado de uma intenção de natureza sexual a partir de um último exemplo ainda. Durante a ditadura militar brasileira, certas práticas de tortura de prisioneiros políticos eram parte da rotina dos agentes de segurança. Isso incluía especialmente a inserção forçada de objetos nos ânus de homens ou nas vaginas de mulheres, o apalpamento dos corpos nus de mulheres ou a submissão dos órgãos sexuais de homens e mulheres a choques elétricos.[88] Conforme se depreende dos relatos das vítimas, dificilmente se

87. Puníveis na Alemanha com base no § 177 nm. 1 e §184i StGB respectivamente, e no Brasil com base no Art. 213 e 215-A do Código Penal Brasileiro.

88. Cf. os informes da Comissão Nacional da Verdade brasileira: COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. *Relatório*, parte 3. Brasília, 2014, p. 400-435. Disponível em:

poderia dizer que a satisfação libidinosa constituía o propósito de muitos desses atos. Segundo uma abordagem exclusivamente objetiva do conceito de ato libidinoso, poder-se-ia argumentar que tais práticas constituiriam violência sexual, já que envolvem penetração e contato físico com a genitália da vítima. Contudo, um golpe nos testículos de um homem, por exemplo, não constitui um ato libidinoso simplesmente porque existe contato com a genitália da vítima. Especialmente no que diz respeito à tortura, poder-se-ia também argumentar que a principal questão em jogo é causar dor física, o que é feito mais efetivamente ao se golpear partes sensíveis do corpo. Da mesma maneira, a nudez forçada não possui necessariamente uma conotação sexual, já que pode ser imposta por razões práticas bastante específicas, como as humilhantes inspeções que ainda ocorrem em muitas prisões, a fim de se averiguar a existência de objetos ilegais junto aos prisioneiros ou com seus visitantes.

Como se vê, a justificativa para qualificar um ato de tortura como uma ação de natureza sexual está longe de ser óbvia. Uma explicação nesse sentido tentou ser elaborada pelo relatório final da Comissão Nacional da Verdade no Brasil. Segundo a Comissão aponta, em diversas ocasiões os agentes militares fizeram referência ao âmbito sexual, de maneira verbal e por meio de suas condutas. O simbolismo de ordem sexual que era expressado por suas ações caracteriza os atos de agressão praticados por tais agentes como formas especiais de humilhação e submissão das vítimas. Este efeito particular também explica por que a violência sexual foi um método comum de tortura. Como bem observaram John Gardner e Stephen Shute, muitas vezes os estupradores usam o significado social do toque íntimo e da penetração de suas vítimas precisamente como modo de perverter tal significado em detrimento de suas vítimas.[89] Nos porões da ditadura militar, este era especialmente o caso contra as mulheres. As prisioneiras tinham seus corpos sujeitos ao tipo de exposição que elas apenas teriam permitido em um contexto de intimidade sexual com seus parceiros. Ao forçar as prisioneiras a tais situações, os agentes militares podiam negar de maneira especialmente drástica os direitos de autodeterminação dessas mulheres. Elas eram reduzidas ao status de objetos com os quais qualquer um podia fazer literalmente o que quisesse. Enquanto eram forçadas à nudez, penetradas, tocadas ou eletrocutadas em sua genitália, os guardas militares relegavam as prisioneiras a espaços de

[http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo10/Capitulo%2010.pdf]. Acesso em: 02.06.2020.

89. Veja-se GARDNER, John; SHUTE, Stephen. The wrongness of rape. In: Jeremy Horder (Org.). *Oxford Essays in Jurisprudence*: Fourth Series. Oxford: OUP, 2000. p. 210 e ss.

identidade feminina que contavam como profundamente imorais desde a perspectiva da ordem sexual vigente na época: elas eram chamadas de prostitutas, adúlteras, pervertidas.[90] Os homens, por outro lado, podiam ser "feminizados" por meio da penetração sexual em um ambiente caracterizado por noções machistas de masculinidade. Nessas circunstâncias, os homens também eram submetidos a condições psíquicas que denotavam fraqueza e impotência: ao serem obrigados a assistir ao estupro e outros tipos de abuso sexual de suas parceiras e mulheres de seu grupo político, lhes era reafirmada a incapacidade de manter a existência do próprio clã. Frequentemente, os guardas militares "faziam piadas" durante as torturas sexuais, dizendo que os torturados se tornariam sexualmente inibidos em decorrência das violências sofridas.[91]

Ao agir de tal forma, os agentes estavam cientes do fato de que algumas partes corporais, como a genitália, e certos tipos de tratamento do corpo humano, como nudez forçada ou o apalpamento de partes íntimas, são socialmente adscritos à sexualidade. Mas não apenas isso: eles explicitamente se referiam à sexualidade das vítimas, a fim de enfraquecê-las e humilhá-las de determinada maneira. A violência sexual no contexto da tortura também visa a provocar uma forma específica de trauma, que ocorre quando se fornecem estímulos para a excitação das vítimas ao mesmo tempo em que agressivamente se causa dor nelas. Semelhante estratégia é empregada no intuito de mudar a relação das vítimas com seus próprios corpos, alterando suas identidades. O corpo não é mais uma fonte de prazer, mas de dor. Para as vítimas, o sexo passa a ser permanentemente associado ao sofrimento[92].

Dessa sorte, conforme o relatório da Comissão Nacional da Verdade elucida, um ato jamais pode ser considerado de maneira isolada, mas, pelo contrário, apenas em relação a outras ações, reações, papéis sociais, expectativas de conduta etc. A análise demonstra que a similaridade do comportamento do agressor com uma interação entre parceiros sexuais oferece indicativos sobre se o abuso deve ser considerado de natureza sexual ou não. O relatório também permite concluir que a motivação particular do agressor justifica semelhante interpretação.

Em suma, podemos concluir que, para os propósitos do Direito Penal, uma pessoa não realiza um ato libidinoso simplesmente por saber que certa parte do

90. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, cit., p. 402.

91. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, cit., p. 402-404, 407.

92. RODRÍGUEZ GRISALES, Natalia. Cuerpo, sexualidad y violencia simbólica en la tortura sexual. *Revista de Estudios Sociales*, v. 54, 2015. p. 81.

corpo com a qual tem contato possui conotação sexual ou que certo gesto conta como uma prática sexual em determinados contextos – como no caso de Kargar. Em vez disso, o aspecto subjetivo do ato libidinoso se verifica com relação ao agente que realmente pretende se valer da conotação sexual de seu ato. Isso pode ocorrer, por exemplo, a fim de se excitar sexualmente, humilhar a vítima de um modo específico ou até mesmo subjugar a outra pessoa negando-lhe sua autonomia sexual. Logo, a abordagem que defendemos não contradiz, de modo algum, a compreensão dos delitos sexuais como crimes de violência e agressão.[93] A "intenção libidinosa" requerida pelos crimes sexuais consiste em qualquer intenção que possa explicar o ato praticado como a aplicação deliberada de uma conotação sexual através do próprio comportamento.

D. Conclusão e observações finais

De acordo com a perspectiva aqui proposta, um ato libidinoso é qualquer conduta que pertence ao domínio das interações sexuais conforme determinado círculo cultural e que é conscientemente realizado pelo agente por causa de tal significado. Conforme concluímos, as chamadas "condições estruturais objetivas" que definem a natureza sexual ou libidinosa de certos atos são determinadas pelos paradigmas sociais que podem ser assinalados ao domínio sexual. Entre outras coisas, as condições que possibilitam a alguém agir de maneira sexual referem-se aos momentos, lugares, sequências de gestos, palavras ditas, sentimentos esperados, bem como à pessoa do(s) parceiro(s) e o tipo de interação ou relacionamento entre eles. As razões para o uso do simbolismo sexual são também variadas e podem incluir, por exemplo, a busca de excitação sexual e orgasmo, a autoafirmação, a subjugação dos integrantes de outro grupo, a dominação pela negação da autodeterminação sexual alheia, a diversão às custas da sexualidade da vítima, a humilhação do outro. Em contrapartida, uma pessoa não pratica um ato libidinoso se, a despeito da presença de condições objetivas que em princípio poderiam levar à conclusão sobre a existência de um ato sexual, as razões reais da pessoa integram a sua ação em um contexto não sexual e são capazes de explicá-la desta maneira.

Este ensaio buscou aproximar a teoria do Direito Penal dos estudos contemporâneos sobre sexualidade. Para o Direito Penal – e especialmente para seu discurso científico – o mundo das "antiga moral sexual" era muito mais simples.

93. Ver KRATZER-CEYLAN, Isabel. *Finalität, Widerstand, "Bescholtenheit". Zur Revision der Schlüsselbegriffe des § 177 StGB*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015. p. 38 e ss.

Como Gunther Schmidt descreve, essa antiga moralidade era essencialista e se focava na proibição de atos específicos, tais como a penetração anal, a penetração vaginal fora do casamento, a masturbação e o sexo oral. Atualmente, vige a moral da negociação. Nesta nova ordem, não importa o que é feito, nem com quem, mas apenas "a maneira como" tais práticas vêm a existir, no sentido de que elas devem ser o resultado de um acordo.[94] A moralidade da negociação pautou a mudança de paradigma das recentes reformas dos crimes sexuais em todo o mundo, afastando-se de uma compreensão de sexualidade baseada na coerção em favor de uma liberdade sexual baseada no consentimento[95]. Especialmente na Europa, a Convenção de Istambul de 2011 cria altos padrões em relação à criminalização do envolvimento em atos libidinosos não consensuais com outra pessoa. Impulsionados em grande medida por essa política internacional, países como Portugal e Alemanha agora trazem para o cerne do crime de estupro a reconstrução da comunicação entre parceiros sexuais e do contexto em que se desenvolve a relação sexual[96]. Essa nova legislação também estende as hipóteses de punição a formas mais amplas de contato sexual por meio da criminalização da importunação sexual.[97]

Em sua análise, Schmidt descreve uma rápida transição para as "relações sexuais da modernidade tardia" que caracterizam a moral sexual de hoje. A moral contemporânea se origina no discurso da liberalização sexual dos anos 1960 e 1970, que era essencialmente direcionado contra a tabuização religiosa da sexualidade. Em um estágio posterior, o discurso de autodeterminação dos movimentos feministas dos anos 1980 levou a uma democratização das relações sexuais

94. SCHMIDT, Gunther. Spätmoderne Sexualverhältnisse. In: Christiane Schmerl et al. (Org.). *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*. Opladen: Leske und Budrich, 2000. p. 269.

95. Cf. a respeito, CAMARGO, Beatriz Corrêa; LIMA, Marília Freitas; LEITE, Mariana. Ausência de consentimento como fator central na tipificação do crime de estupro: tendências no plano internacional e interpretação do art. 213 do Código Penal brasileiro. In: REALE JR., Miguel; MOURA, Maria Thereza de Assis. *Coleção 80 anos do Código Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2020. v. 3. p. 139 e ss.

96. HÖRNLE. Op. cit., nota 32, na p. 15. De modo crítico: FISCHER. Op. cit., nota 17, em § 177 nm. 12.

97. Cf. CAEIRO, Pedro; FIGUEIREDO, José Miguel, Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e em Macau. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 26, 2016. p. 233; CAEIRO, Pedro. Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 29, 2019. p. 631.

por meio do questionamento da predominância sexista do patriarcado. Hoje em dia, nota-se uma desdramatização da sexualidade por meio do imperativo do bem-estar, que tornou as relações sexuais mais autênticas, mas também mais "líquidas".[98] Paradoxalmente, se agora existe mais liberdade para práticas sexuais variadas, nudez e contato físico, ao mesmo tempo, a maior liberdade de autodeterminação (sexual) também cria mais espaços para interações não sexuais.

As três ondas que a moralidade sexual ocidental vivenciou (e sobreviveu) contribuíram para a expansão da variedade e complexidade de ações e contextos a serem considerados pelo Direito Penal.

E. Referências

BERENGUER, Orts. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales. In: José Luis González Cussac (Org.). *Derecho Penal:* parte especial. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

BEZJAK, Garonne. Der Straftatbestand des §177 StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers. *Kritische Justiz*, v. 49, 2016.

BEZJAK, Garonne. Reformüberlegungen für ein neues Sexualstrafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 130, 2018.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung – eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*. Reimpressão da 2. ed. de 1916. Utrecht: Scientia Verlag, 1965. v. 2. t. 2.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 4.

BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. *Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht*, 2017. Disponível em: [www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.html]. Acesso em: 02.06.2020.

CAEIRO, Pedro; FIGUEIREDO, José Miguel, Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e em Macau. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 26, 2016.

CAEIRO, Pedro. Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 29, 2019.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Die Strafbarkeit der sexuellen Belästigung durch körperliche Berührung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 131, 2019.

98. SCHMIDT. Op. cit., p. 268, p. 271 e ss.

CAMARGO, Beatriz Corrêa; LIMA, Marília Freitas; LEITE, Mariana. Ausência de consentimento como fator central na tipificação do crime de estupro: tendências no plano internacional e interpretação do art. 213 do Código Penal brasileiro. In: REALE JR., Miguel; MOURA, Maria Thereza de Assis. *Coleção 80 anos do Código Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 3.

CAMARGO, Beatriz Corrêa; RENZIKOWSKI, Joachim. Depende o assédio sexual da motivação do agente? *JOTA*. São Paulo, 11 maio 2021. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco]. Acesso em: 11.05.2021.

CAPLAN, Pat. Kulturen konstruieren Sexualitäten. In: Christiane Schmerl et al. (Org.). *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*. Opladen: Leske und Budrich, 2000.

COMISSÃONACIONALDAVERDADE.*Relatório*,parte3.Brasília,2014,p.400-435. Disponível em: [http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo10/Capitulo%2010.pdf]. Acesso em: 02.06.2020.

DANNECKER, Martin. *Das Drama der Sexualität*. Hamburg: Europäische Verlagsanstalt, 1992.

DANNECKER, Martin. Sexualität als Gegenstand der Sexualforschung. *Zeitschrift für Sexualforschung*, 1991.

DIAS, Jorge de Figueiredo. In: Jorge de Figueiredo Dias (Org.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*. 2. ed. 2012. v. 1.

EISELE, Jörg. In: Adolf Schönke; Horst Schröder et al. (Org.). *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 30. ed. München: Beck, 2019.

ETSCHENBERG, Karla. *Sexualerziehung: Kritisch Hinterfragt*. Berlin: Springer, 2019. p. 127-133.

FINKELHOR, David. What's wrong with sex between adults and children? *American Journal of Orthopsychiatry*, v. 49, 1979.

FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch: StGB mit Nebengesetzen*, 67. ed. München: Beck, 2020.

FOREGGER, Egmont; FABRIZY, Ernst Eugen. *Kurzkommentar zum österreichischen StGB*. 11. ed. Wien: Manz, 2010.

FOUCAULT, Michel. *The history of sexuality*. New York: Pantheon, 1978. v. 1.

GARDNER, John; SHUTE, Stephen. The wrongness of rape. In: Jeremy Horder (Org.). *Oxford Essays in Jurisprudence*: Fourth Series. Oxford: OUP, 2000.

GUARDIOLA GARCÍA, Javier. Especiales elementos subjetivos del tipo den derecho penal: aproximación conceptual y contribución a su teoría general. *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, v. 39, 2001.

HEGER, Martin. In: Kristian Kühl; Martin Heger (Org.). *Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 29. ed. München: Beck, 2018.

HIRSCHAUER, Sabine. *The Securitization of Rape, Women, War and Sexual Violence*. London: Palgrave Macmillan, 2014.

HÖRNLE. *Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung*. Neue Zeitschrift für Strafrecht, 2017.

HÖRNLE, Tatjana. In: Wolfgang Joecks; Klaus Miebach et al. (Org.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3. ed. München: Beck, 2017. v. 3.

HOVEN, Elisa; WEIGEND, Thomas. "Nein heißt Nein" – und viele Fragen offen Zur Neugestaltung der Strafbarkeit sexueller Übergriffe, *JuristenZeitung*, 2017.

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

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*: arts. 197 a 249. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 8.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal:* parte especial. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3.

KHOSRAVIE, Jasmin; BANSE, Rainer. Sexualität, In: Lüdger Kühnhardt; Tilman Mayer (Org.) *The Bonn Handbook of Globality.* Cham: Springer, 2019.

KINDHÄUSER, Urs. Der Vorsatz als Zurechnungskriterium. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* v. 96, 1984.

KINDHÄUSER, Urs. Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff. In: Hans-Ullrich Paeffgen et al. (Org.). *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011.

KRATZER-CEYLAN, Isabel. *Finalität, Widerstand, "Bescholtenheit". Zur Revision der Schlüsselbegriffe des § 177 StGB*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

LAUFHÜTTE, Heinrich-Wilhelm; ROGGENBUCK, Ellen. In: Heinrich-Wilhelm Laufhütte el al. (Org.). *Leipziger Kommentar zum StGB*. 12. ed. Berlin: de Gruyter, 2009. v. 6.

LEMBKE, Ulrike. Sexualität und Recht: eine Einführung. In: LEMBKE, Ulrike (Org.). *Regulierung des Intimen, Sexualität und Recht im modernen Staat*. Wiesbaden: Springer, 2017.

LOPES, José Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado. *Crimes Sexuais:* análise substantiva e processual. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2019.

MASSON, Cleber. *Código penal comentado*. São Paulo: Forense, 2016.

MEZGER, Edmund. In: Ludwig Ebermayer et al. (Org.). *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 8. ed. Berlin: de Gruyter, 1958. v. 2.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Barcelona: José María Bosch, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal:* parte especial. 22. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

NEFF, Owen A. Rape-Specific or General Intent Crime. *Washington & Lee Law Review*, v. 15, 1958.

NOLTENIUS, Bettina. In: Mark Deiters et al. (Org.). *Systematischer Kommentar zum StGB*. 9. ed. Köln: Heymanns, 2017. v. 4.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*: parte especial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964. v. 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 15. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019.

OBERLANDESGERICHT OLDENBURG. Decisão proferida em 12 de dezembro de 2009. *Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechungsreport*, 2010.

QUINDEAU, Ilka. Die infantile Sexualität. In: Ilka Quindeau & Micha Brumlik (Org.). *Kindliche Sexualität*. Weinheim: Juventa, 2012.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, Los elementos subjetivos no escritos: ¿hacia su definitiva desaparición? In: Jesús Maria Silva Sánchez et al. (Org.) *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Buenos Aires: B de f, 2017.

RENTELN, Alison Dundes. The Use and Abuse of the Cultural Defense. *Canadian Journal of Law & Society*, v. 20, 2005.

RENZIKOWSKI, Joachim. Die böse Gesinnung macht die Tat. Zur aktuellen Debatte über die Kinderpornographie. In: Christian Fahl et al. (Org.). *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe – Festschrift für Werner Beulke*. Heidelberg: Müller, 2015.

RENZIKOWSKI, Joachim. In: Wolfgang Joecks; Klaus Miebach et al. (Org.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3. ed. München: Beck, 2017. v. 3.

RODRÍGUEZ GRISALES, Natalia. Cuerpo, sexualidad y violencia simbólica en la tortura sexual. *Revista de Estudios Sociales*, v. 54, 2015.

SCHEIDEGGER, Nora. *Das Sexualstrafrecht der Schweiz: Grundlagen und Reformbedarf*. Zürich: Stämpfli Verlag, 2018.

SCHMERL, Christiane. Phallus in Wonderland. Bemerkungen über die kulturelle Konstruktion "Sex = Natur". In: Christiane Schmerl et al. (Org.). *Sexuelle Szenen:* Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften. Opladen: Leske und Budrich, 2000.

SCHMIDT, Gunter. Kindersexualität – Konturen eines dunklen Kontinents. In: Ilka Quindeau & Micha Brumlik (Org.). *Kindliche Sexualität*. Weinheim: Juventa, 2012.

SCHMIDT, Gunther. Spätmoderne Sexualverhältnisse. In: Christiane Schmerl et al. (Org.). *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*. Opladen: Leske und Budrich, 2000.

SCHWARZ, Alexander. *Das völkerrechtliche Sexualstrafrecht – Sexualisierte und geschlechtsbezogene Gewalt vor dem Internationalen Strafgerichtshof*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.

SEARLE, John R. What is an institution? *Journal of Institutional Economics*, 2005.

SIELERT, Uwe. *Einführung in die Sexualpädagogik*. Weinheim: Beltz, 2015.

SIGUSCH, Volkmar; NEUBAUER, Georg. Sexualität in der (Post-)Moderne. In: Wolfgang Glatzer (Org.) *25. Deutscher Soziologentag 1990. Die Modernisierung moderner Gesellschaften*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1991.

SIGUSCH, Volkmar. *Auf der Suche nach der sexuellen Freiheit: Über Sexualforschung und Politik*. Frankfurt am Main: Campus Verlag, 2011.

SIGUSCH, Volkmar. *Sexualitäten – eine kritische Theorie in 99 Fragmenten*. Frankfurt am Main: Campus Verlag, 2013.

SIGUSCH, Volkmar. *Sexualwissenschaftliche Thesen zur Missbrauchsdebatte*. In: Ilka Quindeau & Micha Brumlik (org.). *Kindliche Sexualität*. Weinheim: Juventa, 2012.

SIGUSCH, Volkmar. Anfänge einer Sexualmedizin in Deutschland, ein persönlicher Rückblick. *Bundesgesundheitsblatt*, v. 60, 2017.

SIMON, William; GAGNON, John. Sexual scripts. *Society*, v. 22, 1984.

SIMON, William; GAGNON, John. Wie funktionieren sexuelle Skripte? In: Christiane Schmerl et al. (Org.). *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*. Opladen: Leske und Budrich, 2000.

SOARES, Oscar de Macedo. *Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1910.

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

SUVILEHTO, Julia; GLEREAN, Enrico et al., Topography of social touching depends on emotional bonds between humans. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v. 45, 2015.

TIEFER, Leonore. Sex is not a natural act. *Zeitschrift für Sexualforschung*, v. 97, 1994.

WANDERER Nancy A.; CONNORS Catherine R. Culture and Crime: Kargar and the Existing Framework for a Cultural Defense. *Buffallo Law Review*, v. 47, 1999.

WANZECK-SIELERT, Christa. Sexualität im Kindesalter. In: Renate-Berenike Schmidt; Uwe Sielert. *Handbuch Sexualpädagogik und sexuelle Bildung*. Weinheim: Juventa, 2008.

WIEDERMAN, Michael. Sexual Script Theory: Past, Present, and Future. In: John DeLamater; Rebecca F. Plante. *Handbook of the Sociology of Sexualities*. Zürich: Springer, 2015.

WOLTERS, Jürgen. In: Mark Deiters et al. (Org.). *Systematischer Kommentar zum StGB*, v. 4. 9. ed. Köln: Heymanns, 2017.

WREDE, Brigitta. Was ist Sexualität? In: Christiane Schmerl et al. (Org.). *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*. Opladen: Leske und Budrich, 2000.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A violência sexual: a epistemologia feminista como fundamento de uma dogmática penal feminista, de Elaine Pimentel e Soraia Mendes – *RBCCrim* 146/305-328 (DTR\2018\18283);
- Assédio e inversão do ônus da prova: breves considerações, de Guilherme Guimarães Feliciano – *RDT* 180/35-82 (DTR\2017\2576);
- Da construção normativa do assédio moral no ordenamento jurídico brasileiro, de Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson e Walkyria de Oliveira Rocha Teixeira – *RDT* 191/95-124 (DTR\2018\17824);
- Revisão do conceito de assédio sexual praticado contra mulheres no Brasil, de Marynna Laís Quirino Pereira, Andréia da Silva Costa e Antonio Jorge Pereira Júnior – *RT* 994/449-480 (DTR\2018\18321);
- Sextorsão, de Spencer Toth Sydow e Ana Lara Camargo de Castro – *RT* 959/167-182 (DTR\2015\12620); e
- Virtualização de condutas criminais: reflexões acerca da sextorsão, de Ana Karla Hey, Fernanda Skerkoski dos Santos e Fernando Schumak – *RDTec* 11 (DTR\2021\8831).

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- Conteúdo exclusivo Web: JRP\2017\111884, JRP\2017\239623 e JRP\2017\494683.

Criminalização do ecocídio: qual a contribuição do Estatuto de Roma?

Criminalisation of ecocide: what is the contribution of the Rome Statute?

Rui Carlo Dissenha

Doutor em Direitos Humanos (USP – 2013). LLM em Direito Internacional Público com especialização em Direito Penal Internacional (*Leiden University* – 2006). Mestre em Direito (UFPR – 2004). Bacharel em Direito (UFPR – 1997). Professor adjunto da graduação e pós-graduação da UFPR. Coordenador do Curso de Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-3059-5714].
rui@dissenha.adv.br

Marina Cardoso Farias

LLM candidate, *the London School of Economics and Political Science* (2020-2021). Mestre em Direitos Humanos e Democracia (UFPR – 2020). Bacharel em Direito (UFPR – 2018). Advogada e pesquisadora.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-4310-6652].
m.cardoso-farias@lse.ac.uk

Recebido em: 05.04.2021
Aprovado em: 15.06.2021
Última versão dos autores: 28.06.2021

Áreas do Direito: Penal; Ambiental; Internacional

Resumo: O presente artigo objetiva analisar a criminalização internacional do ecocídio à luz do Tribunal Penal Internacional (TPI). O que se busca investigar é se a experiência do TPI de alguma forma ofereceu alguma modificação ao conceito de ecocídio e, em caso positivo, como essa modificação se manifestou na experiência do tribunal. O trabalho é desenvolvido a partir de uma revisão bibliográfica sobre o tema cotejada com a análise da casuística internacional e do próprio Estatuto de Roma (ER) no sentido de se verificar se à evolução do conceito de ecocídio corresponde uma

Abstract: This article analyses the international criminalisation of ecocide under the International Criminal Court (ICC). What it investigates is whether the experience of the ICC somehow offered any changes to the concept of ecocide and, if yes, how did such change has manifested in the Court's experience. This work is developed through a literature review over the theme along with the analysis of the international casuistry and the Rome Statute (RS) itself, in an effort to verify if there is a normative answer in the Statute of this Court corresponding to the evolution

resposta normativa no estatuto daquela corte internacional. Inicialmente, o artigo apresenta o conceito de ecocídio a partir da discussão da doutrina que o desenvolve, buscando-se identificar os elementos centrais desse conceito. Em seguida, analisa-se a competência material delimitada no ER para verificar se dentro dos conceitos dos crimes sob sua jurisdição, seria ali possível encontrar a criminalização do ecocídio e, diante de uma resposta positiva, verificar a dimensão da proteção que se daria ao conceito para identificá-la como antropocêntrica ou ecocêntrica. Por fim, o texto discute quais as contribuições do ER para o debate da criminalização do ecocídio, apontando que, ainda que o ER tenha adotado uma perspectiva redutora da complexidade do ecocídio, trata-se de uma posição compreensível no plano penal e que abre espaço para a comunidade internacional procurar outras formas mais eficientes de proteção do meio ambiente.

Palavras-chave: Ecocídio – Estatuto de Roma – Direito Penal Internacional – Tribunal Penal Internacional.

of the concept of ecocide. Initially, this article presents the concept of ecocide from the discussion of the doctrine that develops it, looking to identify the central elements of this concept. Next, it analyses the material jurisdiction delimited by the RS to verify if it would be possible to find the criminalisation of ecocide amongst the concepts of the crimes under its jurisdiction and, when faced with a positive response, verify the dimension of the protection granted to this concept to identify it as anthropocentric or ecocentric. Finally, this work discusses the contributions of the RS for the debate of the criminalisation of ecocide, arguing that, even if the RS has adopted a perspective that is reductive of ecocide's complexity, this is an understandable position within criminal law and it opens space to the international community to look for alternative and more efficient ways of protecting the environment.

Keywords: Ecocide – Rome Statute – International Criminal Law – International Criminal Court.

Sumário: 1. Introdução. 2. Um consenso internacional complexo sobre ecocídio. 3. O ecocídio está dentro da competência material do Estatuto de Roma?. 3.1. Ecocídio diante das figuras do genocídio e de crimes contra a humanidade. 3.2. Ecocídio diante das figuras dos crimes de guerra e de agressão. 4. Discussões sobre o papel do TPI diante da figura do ecocídio. 5. Considerações finais. 6. Referências. Legislação.

1. Introdução

Os movimentos recentes do Tribunal Penal Internacional (TPI), bem como alguns desastres ambientais de grandes proporcionais recém-ocorridos, causaram uma retomada dos debates sobre a noção de ecocídio como crime internacional.

De fato, o *Policy Paper on Case Selection and Prioritization*, lançado em 2016 pela Procuradoria do TPI, reacendeu o debate sobre a questão tanto quanto as notícias mundiais de uma série de graves ocorrências de danos ao meio ambiente de dimensão global. A questão tornou-se tão importante que na última Assembleia de Estados-Parte do TPI, em dezembro de 2020, os Estados de Vanuatu e Maldivas levantaram a possibilidade de inclusão do crime de ecocídio no Estatuto de

Roma do TPI (ER). A proposta recebeu o apoio do presidente da França e do governo Belga, além de membros do governo britânico (THE GUARDIAN, 2020).

Para além dos movimentos no próprio TPI, juristas ao redor do mundo se juntaram em dezembro de 2020 para iniciar uma proposta de definição do crime (TIME, 2020) e um pedido de investigação foi enviado à Procuradoria do TPI em janeiro de 2021, relacionado às políticas nocivas ao meio ambiente e aos povos tradicionais do governo Bolsonaro, que configurariam crimes contra a humanidade e ecocídio (THE GUARDIAN, 2021).

Desde os anos setenta se debate com vigor o tema do ecocídio e o seu alcance. Gozando de amplo espaço na discussão doutrinária e nas pretensões de um sem-número de Organizações Não Governamentais, e especialmente por conta da amplitude do alcance da proteção do meio ambiente, o tema das graves violações humanas à natureza tem sido colocado na mesa de negociações sobre temas internacionais que vão da economia à saúde, da proteção de minorias ao refúgio e ao asilo. Sua importância, portanto, parece inegável.

Ao mesmo tempo, o TPI como construção internacional representa uma clara vitória do consenso e do debate comum em prol da proteção dos direitos humanos. Ao compor-se como o acúmulo de décadas da pretensão internacional de criminalizar as condutas mais graves que assolam a humanidade e herdeiro direto da universalização humanitária que se produziu no pós-guerra, o Estatuto de Roma, de 1998, é um grande passo. E por isso, depois de um longo tempo de maturação, a criação do TPI, funcionando de 2002, é certamente algo a se celebrar.

Nesse contexto, o presente artigo pretende debater qual é a contribuição do Estatuto de Roma para o debate do conceito de ecocídio. Afinal, como a apoteose da evolução do Direito Penal Internacional, criminalizador do que parece ser o que há de pior no plano internacional, o espaço reservado pelo Estatuto de Roma para o crime de ecocídio – se reservou algum – pode dizer muito sobre o atual estado do debate do tema.

Assim, o artigo, inicialmente, analisa o conceito de ecocídio a partir de sua evolução histórica recente. Perscrutando o debate da questão a partir da análise da doutrina que o desenvolve, o texto pretende demonstrar como o conceito de ecocídio é ainda instável e, apesar de gestado em certo consenso internacional, tem formas muito fluidas e imprecisas. Isso certamente, parece prejudicar o reconhecimento da figura mais específica do crime de ecocídio que, como consequência do princípio da anterioridade da lei penal, demanda contornos tanto mais claros quanto possível.

Na segunda parte do artigo, analisa-se a competência material delimitada no Estatuto de Roma a partir das definições normativas dos crimes (destacados nos

artigos 6º, 7º, 8º e 8º *bis* do estatuto) e de uma análise sistemática do seu texto. Tem-se a pretensão, assim, de se verificar se dentro daqueles conceitos normativos razoavelmente bem definidos e que correspondem ao que há de mais aceito universalmente como crimes que lesionam toda a humanidade haveria espaço (e qual espaço haveria) para a proteção do meio ambiente.

Por fim, depois dessa investigação, o texto ainda discute quais as contribuições do Estatuto de Roma para o debate. Conclui-se que, apesar de assumir um papel de certa forma redutor do conceito ao não o adotar para além da perspectiva antropocêntrica, o Tribunal Penal Internacional pode terminar por oferecer à comunidade internacional os impulsos necessários para que a lida da questão seja mais eficiente e orientada à garantia dos direitos humanos.

2. UM CONSENSO INTERNACIONAL COMPLEXO SOBRE ECOCÍDIO

Embora a destruição de ecossistemas em larga escala seja uma ocorrência histórica muito antiga (TECLAFF, 1994, p. 134), é certo que o tema só passou a ter destaque no século XX, quando se consolida internacionalmente uma preocupação com a proteção do meio ambiente. Efetivamente, a resposta internacional dada à questão da proteção do meio ambiente foi lenta, gradual e não muito efetiva. Foram elaboradas convenções que tratavam da responsabilidade dos Estados de proteger o meio ambiente, mas elas dificilmente estabeleciam sanções ou provisões que permitissem a responsabilização dos Estados ou indivíduos pela ausência de seu cumprimento[1]. Uma responsabilização internacional no plano penal, portanto, embora debatida há anos, nunca atingiu um consenso efetivo.

1. Um grande número de documentos internacionais, direta ou indiretamente, seja na forma de *hard law* ou de *soft law*, sobre temas que tratam de danos e possíveis danos ao meio ambiente foi produzido a partir dos anos setenta. Embora não se busque apresentar uma lista exaustiva deles, a menção a alguns serve a dar a dimensão da importância do tema: Washington D.C. International Convention for the Regulation of Whaling, de 1946 e seus vários amendments; Washington D.C. Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, de 1973; International Maritime Organization International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, de 1973, e seu Protocolo, de 1978 (MARPOL 73/78); Geneva Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution, de 1979; United Nations Convention on the Law of the Sea, de 1982; Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, de 1985; Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal, de 1989; United Nations Framework Convention on Climate Change, de 1992; North American Agreement on Environmental Cooperation (NAFTA), de 1993; United Nations Convention on the Law of the Non-Navitagional Uses of International

Os debates internacionais a partir da Segunda Guerra chegaram ao reconhecimento das demandas de proteção do meio ambiente apenas a partir do desenvolvimento tecnológico, quando se tornou possível perceber os danos que o desenvolvimento humano poderia causar ao meio ambiente. Essa preocupação surgiu com os trabalhos da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, ocorrida em Estocolmo, no ano de 1972, e das Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas que a seguiram (DERANI, 2014, p. 13). Desse marco inicial adiante, vários documentos internacionais reconhecem a necessidade da proteção do meio ambiente e adensam o tecido normativo internacional no sentido da proteção de recursos naturais e sua exploração de forma saudável à humanidade. Assim, embora exista debate evidente quanto à forma e limites adequados de exploração do meio ambiente, parece certo reconhecer que o interesse na necessidade de sua proteção é uma constante já universalizada.

Quanto ao ecocídio em especial, entretanto, o consenso é mais delicado e certamente menos generalizado. Embora a sua definição e seus elementos se tenham tornado um objeto de discussão desde os anos 70, o plano da responsabilização que se reserva àqueles que cometem tais condutas é muito disputado.

É especialmente a partir do uso militar dos desfolhantes como o "agente laranja" no sudeste asiático nos anos 60 e 70 que o termo "ecocídio" passa a ser usado (ZIERLER, 2011), como na obra original de Weisberg, *Ecocide in Indochina* (1970). Entretanto, é na abertura da Conferência de Estocolmo de 1972 que o conceito ganha elementos mais oficiais (HERINGER JUNIOR; SPAREMBERGER, 2017, p. 1123). Desse momento em diante, esforços se lançam no sentido da construção de um documento que fosse capaz de identificar as graves violações do meio ambiente no plano internacional e implicar as pertinentes responsabilizações, sendo que a menção à responsabilização criminal por graves violações ao meio ambiente, inclusive como ato de violação do Direito Internacional Humanitário (COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, 1996), e ao ecocídio, é feita aqui e ali em documentos de organismos internacionais (SHORT, 2016).

O conceito recebe um tratamento mais robusto na proposta de convenção do internacionalista Richard Falk sobre o crime de ecocídio, apresentada às Nações Unidas em 1973 (FALK, 1973, p. 80-86). Depois, a Subcomissão de Prevenção

Watercourses, de 1997; Kyoto Protocol to the United Nations Framework Conventios on Climate Change, de 1998; Rio de Janeiro Convention on Biological Diversity, de 1992, e seu Cartagena Biosafety Protocol, de 2000; Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants (POPS), de 2001; entre muitos outros.

da Discriminação e Proteção das Minorias da ONU, no final dos anos setenta, propôs que a Convenção de Genocídio de 1948 passasse a incluir, além do genocídio cultural, o ecocídio (GAUGER; HIGGINS et al. 2012, p. 8). Finalmente, a Comissão de Direito Internacional da ONU (ILC), ao discutir o *Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, originalmente incluiu um artigo que tratava de danos ambientais no código. O artigo 26 do rascunho considerava crime a conduta de "um indivíduo que intencionalmente cause ou ordene a ocorrência de danos generalizados, de longo prazo e severos ao meio ambiente." (GAUGER; HIGGINS et al. 2012, p. 9)[2].

Com uma dimensão maior ou menor, em todas essas iniciativas se pretendia o identificação de condutas de violação do meio ambiente como criminosas e a pertinente responsabilização criminal. Apesar desses esforços e da crença de parte da doutrina de que "os atuais aspectos substantivos do direito penal internacional relevantes à proteção ambiental não atendem às demandas dos desafios contemporâneos globais relacionados ao meio ambiente"[3] (MWANZA, 2018, p. 27), o que claramente pedia por uma melhor definição da questão, todos esses pleitos terminaram rejeitados pela Assembleia Geral das Nações Unidas até então.

Ainda que sem apoio normativo aprovado, é possível listar, a partir do que foi desenvolvido pela doutrina, alguns contornos do crime e várias condutas que são reconhecidamente passíveis de serem classificadas como ecocidas quando cometidas de forma a comprometer a segurança do planeta porque praticadas em grande escala ou de forma sistemática, gerando "consequências dramáticas para as populações locais" (MARTIN-CHENUT; NEYRET; PERRUSO, 2015, p. 543). Dentre as condutas passíveis de inclusão no conceito, pode-se mencionar, com base nas indicações do projeto de Richard Falk, a emissão de agentes poluidores ou radioativos, manutenção e gestão inadequada de resíduos tóxicos, exploração de atividades perigosas sem os devidos cuidados de controle e gestão, morte ou destruição descontrolada de espécimes animais ou vegetais etc.

Além da doutrina especializada, não se pode ignorar grupos de pressão não governamentais capazes de despertar o interesse internacional em temas

2. No entanto, o dissenso acerca da intenção do crime de ecocídio fez com que, anos depois, quando da apresentação da versão final do Draft Code, em 1996, o artigo fosse removido do projeto, restando apenas uma previsão acerca dos impactos ambientais nos crimes de guerra. Ver: BORGES, 2013, p. 6473-6474.

3. "the current substantive aspects of international criminal law relevant to environmental protection do not measure up to the demands of contemporary global environmental challenges".

ambientais. Diversos movimentos atuais pretendem dar ao conceito de ecocídio um conteúdo maior ou menor e certamente têm conseguido colocar o tema sob os holofotes, o que implica demandas punitivas evidentes.

A *Ecological Defence Integrity*[4], por exemplo, produziu documentos como *Ecocide Act*, uma espécie de projeto de lei sobre ecocídio apresentado no Reino Unido e que chegou a ser objeto de um julgamento simulado na Suprema Corte daquele país (FINANCIAL TIMES, 2011). O conceito apresentado pretende equiparar o ecocídio a um crime internacional contra a paz para tentar frear e evitar o dano extenso ao meio ambiente e, baseando-se nas possíveis consequências da perda de ecossistemas, prevenir a guerra, a perda ou dano de vidas, atividades industriais perigosas, a poluição e a perda de culturas tradicionais e seus hábitos[5]. A pretensão do projeto é de incluir, inclusive, responsabilidade penal objetiva para Chefes de Estado, Ministros, CEOs, Diretores e qualquer pessoa exercendo direitos sobre algum território: todos poderiam responder pelo crime como superiores hierárquicos[6], independentemente de sua intenção ou conhecimento[7].

Enfim, esses movimentos contribuem para o fomento das discussões sobre o conceito especialmente a partir do reconhecimento da necessidade de proteção jurídica mais eficiente do meio ambiente, o que parece demandar uma definição mais precisa da espécie. Entretanto, é exatamente essa pluralidade de valores que circundam a ideia que parece tornar mais difícil atingir o objetivo de uma definição.

Além disso, existe um debate político aguerrido que põe no espaço do tabuleiro internacional delicadas questões e interesses nacionais que complicam uma definição adequada do conceito sobre a espécie. Há consenso, pode-se dizer,

4. Organização sem fins lucrativos cofundada pela ativista ambiental Polly Higgins.
5. HIGGINS, Polly. *Earth is our business:* changing the rules of the game. Londres: Shephard-Walwyn Ltd, 2012. p. 157-170.
6. Equivalente ao artigo 28 do Estatuto de Roma, que trata da Responsabilidade dos Chefes Militares e Outros Superiores Hierárquicos.
7. Por exemplo, o projeto faria diferença entre ecocídio de causa humana e o ecocídio de causas naturais: o primeiro implicaria a responsabilidade não apenas dirigentes de empresas, mas também agentes estatais por permitirem que determinadas práticas que causem danos, destruição ou perda de ecossistemas seja praticada; o segundo, ensejaria a responsabilidade de agentes do governo por não agir para prestar assistência a locais que correm o risco de perder seu ecossistema como resultado do aumento dos níveis do mar ou eventos catastróficos como tsunamis e enchentes. Ver: HIGGINS; SHORT; SOUTH, 2013. p. 257.

quanto à necessidade de alguma reação às graves violações ambientais, mas a definição exata da resposta que a coletividade deve dar a elas é um outro debate não menos difícil. Tudo isso prejudica o adensamento normativo sobre a espécie.

Mas não se trata apenas de uma questão de ordem política – a própria ideia de ecocídio não parece ainda madura internacionalmente porque uma infinidade de delineamentos técnicos a ela referentes precisa de resposta antes da positivação do conceito em instrumentos normativos. Há décadas se busca estabelecer seus elementos principais e, principalmente, tenta-se chegar a um acordo em questões que têm uma amplitude inegável.

O ponto de partida para a construção de conceito já é, por si só, debatido. Afinal, não é tão claro assim se a resposta internacional ao ecocídio deve ser penal (o que implicaria uma responsabilização subjetiva) ou cível (quando a mera responsabilização objetiva já seria, por si só, suficiente). A partir dessa discussão, também, difícil é reconhecer quem poderia ser responsabilizado: enquanto uma responsabilização do Estado é mais afeita à responsabilidade civil, a responsabilização penal implicaria a indicação de pessoas naturais a serem responsabilizadas na medida em que a responsabilidade penal de pessoas jurídicas (públicas[8] ou privadas[9]) não é propriamente um consenso internacional no seu atual estágio evolutivo.

Também a necessidade de existência ou não de um conflito armado para que a figura se instaure configura uma questão em que há dissenso internacional e essa dificuldade pode representar um grande empecilho no reconhecimento normativo da espécie. Afinal, para além do próprio conceito de conflito armado e suas múltiplas possibilidades não ser absolutamente estável e de fácil reconhecimento[10], essa definição é essencial para localizar a conduta sob a rubrica de crimes de guerra ou de crimes contra a humanidade[11], por exemplo, espécies que têm requisitos diferentes entre si.

Não se pode ignorar, ademais, que a própria responsabilização penal é problemática quanto à sua forma, sobretudo em condutas tais que envolvam uma pluralidade de agentes. De fato, trazem-se à baila questões como coautoria e participação, isso apenas para permanecer nas figuras clássicas do Direito Penal

8. Sobre o tema, por todos, ver: DUGARD, 1999, p. 239-253.
9. Nesse ponto, e tomando a experiência dos tribunais penais internacionais como fiel, há histórica rejeição à responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes internacionais.
10. Sobre o tema, ver DISSENHA, 2006, p. 163-178.
11. Sobre o tema, ver: DINSTEIN, 2000, p. 373-393.

comum, pois caminhar na direção de outras "formas de cometimento" do crime, reconhecidas como específicas na experiência penal contemporânea, poderia produzir o envolvimento de um sem-número de atores em um processo penal (pense-se, por exemplo, na atuação das organizações criminosas[12], na responsabilidade penal da pessoa jurídica[13], nas *joint criminal entreprises*[14] etc.).

Parece adequado reconhecer, portanto, que os únicos consensos existentes de forma indiscutível nesse contexto pareciam ser o de que o ecocídio envolve danos ao meio ambiente e que as condutas que o originam devem ter um impacto substancial. E daí ser duvidoso que o conceito seja, de forma ampla, operacionalizável, ao menos com a clareza e certeza demandadas no plano penal.

Sobretudo, ainda que se reconheça uma necessidade de definição criminal do ecocídio, é antes de tudo necessário que se defina o que, exatamente, se pretende proteger. E, aqui, a discussão clássica se verifica nas versões ecocêntrica e antropocêntrica da figura.

No plano antropocêntrico, o meio ambiente é protegido como meio de garantia da espécie humana. Reconhece-se uma evidente prevalência do ser humano sobre a natureza em si e a sua proteção é, portanto, meramente instrumental. O meio ambiente é entendido, em certa medida, sempre como uma espécie de patrimônio e é protegido como tal: apenas as lesões que danificam sua utilidade para o seu humano podem ser reconhecidas como criminosas. Provavelmente como "resultado de uma falha em entender as interrelações complexas entre a ação humana e o meio ambiente, a fragilidade do meio ambiente, ou ainda, a sua natureza finita"[15] (SCHMITT, 1997, p. 9), as lesões ao meio ambiente somente conseguiam ser entendidas como lesões à natureza humana, importando, portanto, apenas nessa condição.

Assim, pensada em uma escala global, parece certo imaginar que a figura do ecocídio teria como objetivo a proteção dos seres humanos no sentido em que pode permitir a equalização ótima dos seus interesses: a exploração do meio

12. Veja-se, por exemplo, a grande multiplicidade de atos criminalizáveis (e, consequentemente, a ampla possibilidade de alcance de autores diretos e indiretos do crime) presentes nos artigos 5º e 6º da *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 2000.
13. Sobre o tema, especialmente no plano internacional, ver: MARTY, 2000; TIEDEMANN, 1995, p. 13-29.
14. Sobre o tema, ver: ZEN, 2012.
15. "result of a failure to understand the complex interrelationships between human activities and the environment, the fragility of the environment, or even its finite nature".

ambiente necessária, mas limitada ao razoável que permita o ambiente sustentar o ser humano. Essa visão tem sentido especialmente quando contextualizada ao modelo de proteção humana desenhado no pós-guerra: o sistema universal de direitos humanos que sustenta a lógica e a racionalidade das relações internacionais (ao menos, retoricamente) se configurou como argamassa a justificar todo o modelo jurídico internacional da contemporaneidade e relativizou, de forma contundente, mesmo o conceito clássico da soberania (CANÇADO TRINDADE, 2011, p. 2 e 8).

O que se critica, justamente nessa perspectiva, é o antropocentrismo que a baseia. Mirada especialmente a partir de uma visão substancialmente econômica, a questão submeteria o meio ambiente à condição de objeto economicamente aferível e, portanto, adequado ao seu uso exclusive como meio de produção a dar ensejo ao lucro. As óbvias consequências dessa visão seriam a submissão do meio ambiente a riscos imensamente maiores do que aquele que entende o meio ambiente como algo em si, não simples meio, garantindo a sua proteção segundo novos parâmetros orientados socialmente, não individualmente (SATGAR, 2018, p. 47-68). Essa perspectiva de natureza crítica e que, de certa forma, rompe com o modelo de proteção de direitos humanos como originalmente pensado, é resultado evidente de uma evolução conceitual do *ethos* internacional e estaria muito mais de acordo com uma perspectiva global contemporânea.

Daí, surge a noção de ecocídio a partir de uma perspectiva ecocêntrica que, diferentemente, terá como foco a proteção do meio ambiente *per se*, independente de lesões diretas aos seres humanos. É certo que não é simples quantificá-las, e em certa medida qualquer lesão ao meio ambiente é lesiva, também, aos seres humanos, pois não é possível pensar a experiência ambiental fora do contexto da existência humana. Mas no caso da perspectiva ecocêntrica, a dimensão dessa questão é desimportante, pois a proteção visada é aquela da natureza tomada como fim, não como meio: protege-se o meio ambiente independentemente "dos usos que pode ter aos seres humanos" (HELLER; LAWRENCE, 2007, p. 5).

É justamente essa divisão no conceito, que se torna central a partir dos anos setenta e, em especial, depois da experiência da guerra do Vietnã, em que os crimes ambientais foram praticados em larga escala. Como se viu, é nesse contexto que cresce a preocupação com o meio ambiente e a sua proteção se torna algo que se vem adensando normativamente desde então, com maior ou menor dificuldade, dependendo dos efeitos da responsabilidade reconhecida.

Enfim, o conceito é bastante complexo e pleno de embates quanto ao seu alcance e definição. Isso não é de causar estranheza, pois as condutas que produzem danos ambientais são comumente complexas e envolvem relações orgânicas

e sistêmicas, especialmente quando as consequências são de tamanho tal a ensejarem interesse internacional. No plano privado, as condutas ambientalmente danosas podem atender a vários interesses e serem provocadas por muitos operadores atuando em conjunto e tomando decisões em planos de risco muito diversos. No plano público, podem envolver diversos países e coalisões, oficialmente ligadas ou não, e uma infinidade de interesses econômicos e políticos. Há, certamente, portanto, muitas questões a serem respondidas com maior precisão e a definição de conceitos mais precisos seria imprescindível para que se pudesse pensar em um plano de responsabilização eficiente, portanto. A questão é que se esse nível de sofisticação parece longe de ser atingido pela doutrina internacional, muito menos, então, seria fácil em uma construção normativa de efeitos mundiais.

De fato, no contexto global nem mesmo o reconhecimento evidente de uma responsabilidade criminal internacional no final dos anos noventa e a criação de instituições capazes de penalizar universalmente[16] conseguiu a universalização do conceito de ecocídio e de seus elementos. Fica claro que o debate ainda é candente e os consensos sobre o tema continuam escassos.

Diante dessa confusão conceitual sobre o ecocídio, o que se pergunta, no presente artigo, é se o Tribunal Penal Internacional do Estatuto de Roma, tido como a apoteose da evolução do Direito Penal Internacional, contribuiu – e como contribuiu – para a definição do conceito de ecocídio. É indubitável que o Tribunal Penal Internacional não ignorou por completo a questão do meio ambiente, mas também é certo que não usou a expressão "ecocídio" em seu texto e que não discutiu a fundo o tema. Ainda assim, movimentos recentes da Procuradora do Tribunal (TPI, 2016), ao indicarem que questões ambientais não passarão despercebidas e serão consideradas para fins de avaliação dos casos futuros, provocaram discussões importantes no âmbito internacional sobre a existência ou aceitação do ecocídio dentro da competência do TPI. Assim, pergunta-se: estaria, de fato, o TPI apto a julgar crimes de ecocídio? A resposta a essa pergunta depende do alcance do disputado conceito de ecocídio que se pretende adotar e será objeto da próxima parte do artigo.

3. O ecocídio está dentro da competência material do Estatuto de Roma?

O sucesso conhecido pelo Tribunal Penal Internacional do Estatuto de Roma (TPI) é inegável. Embora hoje padeça de uma série de críticas, não se discute que

16. Sobre o tema, ver: DISSENHA, 2016.

o tribunal corresponde ao ápice do desenvolvimento do sistema penal internacional, tanto do ponto de vista normativo quanto político. Como sistema de normas, o TPI é certamente o que há de mais evoluído no Direito Penal Internacional por cumular décadas de refinamento de figuras que vão da definição de crimes a construções processuais ao mesmo tempo em que deixou para trás as várias críticas que eram feitas às experiências prévias dos tribunais penais internacionais *ad hoc* da ONU (tais como a violação da legalidade, do devido processo, do juízo natural etc.).

No plano político, o TPI representa um consenso importante sobre a necessidade de criminalização de condutas graves contra os interesses apontados como os essenciais à manutenção de um sistema humanitário orientado à paz das Nações Unidas. Isso se torna evidente no fato de que o tribunal conta hoje com 122 Estados-parte (TPI, 2021) que entenderam adequado se submeter a um modelo jurisdicional de controle – uma espécie de *watchdog* da justiça penal internacional (OLÁSOLO, 2005, P. 160) – que lhes obriga a processar e punir, ou ao menos a entregar e extraditar, acusados de uma grande série de condutas criminosas.

É natural, portanto, que também no tema do ecocídio o TPI desperte interesse da comunidade internacional. Embora a competência do TPI seja de certa forma restrita, pois pode julgar apenas crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e de agressão, não deixou de existir uma pressão importante para que o crime de ecocídio fosse mencionado de forma expressa na competência da Corte. Proliferam movimentos em prol da inclusão do crime de ecocídio como um quinto crime de competência do TPI[17], com uma definição que, em geral, poderia ser apontada como

> "o dano extenso, destruição ou perda de ecossistema(s) de um determinado território, seja por ação humana ou por outras causas, a tal ponto que o aproveitamento pacífico daquele território por parte de seus habitantes seja severamente diminuído." (HIGGINS, 2010).

Impera lembrar, entretanto, que uma tal inclusão no TPI poderia não ter a abrangência necessária que se espera da figura. Afinal, o TPI só é competente para

17. Para além dos movimentos recentes da Assembleia de Estados Parte do TPI, um dos mais importantes movimentos nesse sentido foi um grupo fundado por Polly Higgins, que apresentou em 2010 uma proposta de emenda ao Estatuto de Roma para a Comissão de Direito Internacional da ONU, a fim de incluir o crime de ecocídio na jurisdição material do TPI. Ver: ECOCIDE LAW. A proposta, entretanto, não teve boa recepção na época e não foi aprovada.

julgar pessoas físicas, jamais pessoas jurídicas ou Estados (ER, 1998, art. 25), o que limitaria substancialmente o alcance da espécie e poderia, inclusive, reduzir a dimensão da proteção ambiental que o conceito de ecocídio pretende ter, limitando-o à responsabilização de indivíduos quando, como se sabe, Estados e pessoas jurídicas podem ter ampla responsabilidade em danos ambientais.

Para além disso, a inclusão do ecocídio como crime específico demandaria um complexo caminho de alteração do próprio Estatuto de Roma, na medida em que o artigo 121 requer um procedimento específico para a inclusão de uma nova espécie criminosa (ER, 1998, art. 121). Como visto, ao se tratar do histórico da questão nas Nações Unidas, não é certo que perspectivas políticas e econômicas tornassem os debates por tal aprovação um exercício fácil. E ainda que houvesse aprovação, isso não significaria uma competência imediata, pois a jurisdição do TPI estaria limitada àqueles países que aprovassem a emenda. Por fim, a própria competência territorial do TPI, embora envolva o território de muitos países, não é tão grande quanto se imagina, na medida em que grande parte do globo não está coberta diretamente pelo seu alcance (não são partes do Estatuto de Roma os Estados Unidos, a Rússia, a China e a Índia, países que, somados, têm boa parte do território terrestre global).

Ainda assim, entretanto, o crime de ecocídio, dependendo do alcance que se lhe dê, não está completamente excluído da competência do TPI. Isso ocorre, justamente porque a dimensão e profundidade do conceito é disputada e em uma perspectiva que considere a proteção instrumental do meio ambiente (antropocêntrica), ou seja, que coloque o ser humano como objeto de proteção pela via da garantia de um meio ambiente saudável, parece certo entender que a violação grave e de razoável proporção da natureza é passível de punição penal naquela corte internacional.

Nesse contexto, embora não exista o ecocídio de forma específica na competência da Corte, outras espécies criminosas podem abarcar as condutas que se confundiriam com o conceito. Foi, inclusive, isso que levou a Procuradoria do TPI a se manifestar, recentemente, sobre a possibilidade de abertura de investigações e casos considerando essa espécie criminosa.

Nesse momento, portanto, é conveniente analisar de que forma o ecocídio pode ser alcançado pela competência do TPI, ou seja, como pode ser caracterizado como um crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão. Neste trabalho, agrupam-se as espécies de acordo com a identidade de suas vítimas, pois enquanto o genocídio e os crimes contra a humanidade falam expressamente na proteção de grupos humanos, os crimes de guerra e o crime de agressão assumem contornos de proteção de interesses que não são

tão claros, podendo produzir a imagem de que seus focos de proteção são outros objetos que não os grupos humanos. Ainda assim, como se verá, não parece possível reconhecer uma proteção específica do meio ambiente na experiência do Estatuto de Roma.

3.1. Ecocídio diante das figuras do genocídio e de crimes contra a humanidade

As figuras do genocídio e do crime contra a humanidade merecem ser aqui agrupadas porque têm, às escâncaras, um objetivo de proteção muito claro: o ser humano. Nesse contexto, a proteção do meio ambiente nesses dois crimes universais será sempre instrumental, pois terá como objetivo sempre uma versão antropocêntrica.

(i) Inicialmente, e como já se disse, o ecocídio chegou a fazer parte de uma proposta de emenda à Convenção de Genocídio de 1948, de forma que as duas espécies não são absolutamente alheias. A doutrina nacional já tratou do tema, ainda que em uma perspectiva de ordem prioritariamente histórica (HERINGER JUNIOR; SPAREMBERGER, 2007).

Em tese, uma conduta lesiva ao meio ambiente que seja capaz de criar danos de forma a vitimizar grupos nacionais, étnicos, raciais ou religiosos, com vistas à sua destruição no todo ou em parte, pode se caracterizar como genocida. Afinal, é de se perceber que o conceito de genocídio adotado pelo Estatuto de Roma, que repete a definição da Convenção de Genocídio em grande parte, é ampla o suficiente para admitir muitas formas de cometimento do crime em todos os seus incisos – e a lesão ao meio ambiente como meio para a destruição dos grupos específicos é possível em vários deles.

Tome-se como exemplo o envenenamento dos recursos hídricos usados por uma população que se pretende destruir (letra "a" do crime) ou a contaminação de recursos ambientais usados como alimento por ela com o fito de provocar graves danos físicos (letra "b" do crime) ou a esterilização em massa (letra "d" do crime).

Além disso, a hipótese que mais possibilitaria o enquadramento de uma conduta ecocida dentro do crime de genocídio parece ser aquela prevista no artigo 6(c) do Estatuto de Roma, que aponta como ato genocida a "[s]ujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial": ou seja, o *actus reus* de destruição de um bioma do qual depende o modo de vida de um grupo nacional, racial, étnico ou religioso, algo muito verossímil em países em desenvolvimento, poderia indubitavelmente causar um

genocídio. A título de exemplo, convém lembrar da acusação lançada pela ex-Iugoslávia na Corte Internacional de Justiça contra vários países europeus de que teria ocorrido genocídio nos bombardeios realizados pela OTAN na campanha do Kosovo, em 1999, decorrente do uso de urânio empobrecido contra a população iugoslava, o que teria causado enorme dano ambiental no território daquele país[18], conforme mencionado por SCHABAS (2009, p. 119).

No entanto, o crime de genocídio possui algumas particularidades que tornam difícil o seu enquadramento no caso concreto. A primeira delas são os grupos protegidos, devendo os atos genocidas se darem necessariamente contra um grupo nacional, étnico, racial ou religioso (ER, 1998, art. 6º), seguindo o mesmo escopo de grupos protegidos que a Convenção de Genocídio de 1948 (ONU, 1948, art. 2º).

A segunda particularidade do crime do genocídio é a demanda por um *dolus specialis*, que é justamente o que o difere de outros crimes internacionais (SCHABAS, 2009, p. 261). É necessário que a conduta seja produzida com um dolo específico de destruição de um dos quatro grupos protegidos, no todo ou em parte, enquanto tal (ER, 1998, art. 6º)[19]. Onde esse dolo especial não é estabelecido, o ato não pode ser imputado enquanto genocídio (SCHABAS, 2009, 257). É nesse especial sentido que o genocídio se separa do ecocídio, pois nem sempre se produzem danos ambientais com esse fim de destruição de um grupo em particular. Pelo contrário, parece certo crer que, a despeito de casos muito específicos, grandes danos ambientais têm outros fins que não a destruição particular de grupos humanos específicos, vistos muito mais como empecilhos a pretensões econômicas e políticas do que como alvo direto de danos ambientais.

Fica evidente, portanto, que o simples dano ambiental, ainda que de grande monta, não poderia ser um crime dessa espécie sem que focasse na destruição de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso como fim específico. A proteção

18. "The Government of the Federal Republic of Yugoslavia requests the International Court of Justice to adjudge and declare: (…) by taking part in activities listed above, and in particular by causing enormous environmental damage and by using depleted uranium, The Kingdom of Belgium has acted against the Federal Republic of Yugoslavia in breach of its obligation not to deliberately inflict on a national group conditions of life calculated to bring about its physical destruction, in whole or in part". CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1999.

19. Tribunais internacionais também explicaram de que maneira o *dolus specialis* é essencial ao crime e como ele se manifesta em suas decisões. Sobre o assunto: TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA (TPII), 2004, §134; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA O RUANDA (TPIR), 2001, §523; TPI, 2009, §139.

que se oferece ao meio ambiente, nesse contexto, portanto, é evidentemente instrumental e antropocêntrica. É nesse contexto, inclusive, que o ecocídio surgiu enquanto termo para descrever casos de destruição ambiental que ficam de fora da concepção de genocídio porque, em geral, não têm o foco humano. Além disso, quando se trata de proteção ambiental, as provas em geral permitem estabelecer mera negligência no que tange ao dano aos grupos humanos envolvidos, e não o dolo especial do genocídio (SCHABAS, 2009, p. 235) – daí que as figuram se separam.

Assim, pelo menos no que se refere ao contexto do Estatuto de Roma, não é impossível que um dano ambiental de grande monta venha a ser tratado sob a rubrica do seu art. 6º (SCHABAS, 2009, p. 235), mas por conta dessa demanda subjetiva tão peculiar e específica, é evidente que a punição de um ecocídio na condição de genocídio seria certamente antropocêntrica e jamais ecocêntrica, dando claro foco ao fator humano.

(ii) No que diz respeito aos crimes contra a humanidade, o ER não mais requer o nexo com um conflito armado para configurar a existência da espécie (ABTAHI, 2013, p. 4-5), o que possibilitaria a configuração do ecocídio como crime contra a humanidade inclusive em tempos de paz, o que mais se aproximaria de um modelo amplo de ecocídio.

O artigo 7º do Estatuto de Roma enumera uma grande série de atos que podem ser caracterizados como crimes contra a humanidade, estabelecendo que esses atos devem ser cometidos no quadro "de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque". Dessa descrição encontrada no *caput* do referido dispositivo legal, se extraem os elementos inerentes a todos os crimes contra a humanidade que estão sob a jurisdição do TPI.

A partir desses elementos fundamentais ao crime contra a humanidade, o artigo 7º do Estatuto de Roma passa a enumerar uma série de atos que podem dar ensejo à espécie, em uma lista bastante ampla, que vai do homicídio ao apartheid, sem deixar de passar pela tortura, pelo desaparecimento forçado ou pela perseguição[20].

20. Diz o texto do artigo: "Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;

Uma leitura detalhada do conteúdo do artigo torna os danos ao meio ambiente pouco evidentes como crimes contra a humanidade. Para além de não haver referência alguma ao meio ambiente, todas as graves condutas ali enumeradas têm seres humanos como objetivo direto e as formas de perpetração em geral são bastante específicas (como nos casos de violência sexual, tortura, escravidão forçada ou deportação). No limite, na forma de homicídio, de extermínio ou de perseguição essa condição poderia ser imaginada (tal como no já mencionado caso do envenenamento da água usada por algum grupo de pessoas), mas não se foge muito daquilo que se reconhecia no caso do genocídio. Ainda permanece que o meio ambiente é protegido apenas instrumentalmente e o objetivo de proteção é claramente o ser humano.

No entanto, chama-se a atenção para o enunciado do artigo 7(1)(k), que permite que "outros atos desumanos de caráter semelhante" sejam considerados como um crime contra a humanidade. Para que um ato se enquadre nessa alínea, é necessário que o autor inflija grande sofrimento ou ferimentos graves (agindo de maneira semelhante em gravidade aos outros crimes do Estatuto), esteja ciente das circunstâncias fáticas que estabelecem o caráter do ato e – no momento do ato – tenha conhecimento de que o resultado desumano provavelmente ocorreria ou tenha a intenção de provocá-lo (TPI, Elements of Crimes, art. 7(1)(k)).

Para além das críticas à inadequada construção *ejusdem generis* no plano penal, que só foi criada para englobar por analogia outros crimes não previstos no Estatuto de Roma, não parece tão evidente a possibilidade de inclusão de um conceito mais amplo de ecocídio nessa válvula de escape adotada pela Corte que esteja além da perspectiva antropocêntrica. Afinal, ainda que a figura seja aberta, ela precisa ter presentes os elementos do *caput* que reclamam pelo direcionamento da conduta *contra a população civil*, permanecendo claro, como no genocídio, a proteção do ser humano como objetivo e excluindo a proteção do meio ambiente *per se*. Para além disso, a própria figura da letra k do artigo 7º do Estatuto de

f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no §3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de apartheid; k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental".

Roma (o que é complementado pelos Elementos do Crime do Estatuto), requer um grave comprometimento da integridade física ou saúde física e mental, o que só pode fazer referência à população civil protegida.

Em outras palavras, é possível que uma lesão de razoável intensidade ao meio ambiente seja conduta que sirva a caracterizar um crime contra a humanidade a ser processado pelo Tribunal Penal Internacional, mas apenas quando seja compreendida como um meio de lesão aos seres humanos, ou seja, tendo seres humanos como objeto de proteção. O meio ambiente, por si só, não parece protegido tampouco nessa espécie.

3.2. Ecocídio diante das figuras dos crimes de guerra e de agressão

Diferentemente das duas primeiras figuras, em que a proteção do ser humano é evidente e vem expressa na descrição dos crimes – inclusive com referência aos elementos necessários para o reconhecimento do *actus reus* – os crimes de guerra e o crime de agressão não tocam diretamente ao elemento humano e, por isso, poderiam adotar uma versão ecocida que tivesse a proteção do próprio meio ambiente como objeto. Entretanto, ainda que haja vozes dissonantes nesse sentido (HELLER; LAWRENCE, 2007), essa não parece ser a realidade do Estatuto de Roma também nesse plano.

(i) É sob a rubrica dos crimes de guerra que o ecocídio parece encontrar, no TPI, uma proteção mais aproximada daquela com que a história o identificou a partir dos anos setenta. De fato, a ampla violação voluntária do meio ambiente é claramente uma das formas pelas quais se pode praticar o crime de guerra e não há disputa sobre essa possibilidade. Assim, segundo defendem alguns autores, no caso dos crimes de guerra, o ecocídio já se encontraria previsto no artigo 8(2)(b)(iv), que proíbe ataques que causem "prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente", adequando-se à concepção de ecocídio criada nos anos 70. Nesse caso, portanto, o conceito de crime de guerra protegeria o próprio meio ambiente sem que fosse necessário um horizonte humano de proteção.

BORGES (2013, p. 6474) argumenta que a previsão do artigo 8(2)(b)(iv) reflete a concepção de ecocídio apresentada por Richard Falk em 1973. Para o autor (BORGES, 2013, p. 6471), Falk mesmo considerando o ecocídio um crime ocorrido "em tempos de paz ou em tempo de guerra", ao elencar as formas de cometimento do crime na sua proposta de Convenção de Ecocídio, apresenta apenas atos tipicamente militares na sua caracterização[21].

21. A menção expressa "em tempos de paz" seria apenas para reconhecer o crime de ecocídio em conflitos armados sem a exigência de que haja uma guerra declarada.

No entanto, essa conclusão não é tão simples no que tange ao TPI. Em primeiro lugar, a proteção do meio ambiente nos crimes de guerra é casuística e muito mais limitada do que se imagina. Pela leitura do artigo 8º do ER, observa-se que sua aplicabilidade é bastante restrita, uma vez que se aplica somente a conflitos de caráter internacional (TPI, 1998, art. 8(2)(b)), e indica ainda que a responsabilidade do agente só existiria caso os ataques que resultassem em um dano severo ao meio ambiente fossem conscientemente orientados, além de excessivos diante da vantagem militar esperada (DRUMBL, 1998, p. 126). Para além disso, a definição exata dos elementos "prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente", e, mais, sua conjugação em um mesmo plano de conduta, não é uma casuística tão fácil de ser identificada (DRUMBL, 1998, p. 126). Ademais, a interpretação dada por vários Estados parte do Estatuto de Roma no que tange aos elementos dos crimes "ambientais" envolvidos no TPI é claramente orientada à proteção do ser humano, não do meio ambiente em si (DRUMBL, 2000). Daí ser correta a crítica de CASSESE (2003, p. 60-61) no sentido de que a determinação do ER é certamente muito mais estreita do que aquilo que já se reconhecia como proteção ao meio ambiente no Direito Penal Internacional.

Embora a conduta descrita não demande direta lesão a seres humanos para que seja reconhecível como criminosa, não se pode descurar que toda a criminalização dos crimes de guerra tem como escopo a proteção do Direito Internacional Humanitário que, por óbvio, toma como foco a proteção humana e não apenas do meio ambiente em si. Não é à toa a crítica de CASSESE de uma limitação da espécie: ao exigir que o dano ambiental seja "claramente excessivo" (CASSESE, 2003, p. 60-61), pergunta-se com relação ao que deveria ser considerado excessivo e poucos hesitariam em usar o critério humano para definir esse contexto.

Aliás, a própria noção de crimes de guerra é um conceito redesenhado no pós-guerra revendo conceitos clássicos da limitação aos conflitos armados à luz da lógica antropocêntrica que orientava a nova ordem mundial – e quando a proteção internacional do meio ambiente não era ainda cogitada. Isso é de certa forma reconhecido, inclusive na jurisprudência internacional quando o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia trata do conceito de crimes de guerra no caso *Tadić* (TPII, 1995, §87). Se é nesse contexto humanitário que as Convenções de Genebra reveem os crimes de guerra e, de certa forma, atualizam o Direito de Haia, então é certo reconhecer a orientação humanística que redesenha o conceito de crimes de guerra, embora exista alguma doutrina que aponta que ao menos o artigo 8(2)(b)(iv) do Estatuto de Roma protegeria o meio ambiente por si mesmo (DRUMBL, 2009, p. 8).

O mesmo se pode interpretar de outras figuras descritas no artigo 8º do ER que implicariam condutas lesivas ao meio ambiente como crimes de guerra,

especialmente aquelas descritas nos artigos 8(2)(a)(iv) (proibição da destruição excessiva ou da apropriação de propriedade não justificada segundo os princípios do Direito Internacional Humanitário), 8(2)(b)(xvii) (proibição do uso de veneno ou armas envenenadas), e 8(2)(b)(xviii) (proibição do uso de gases asfixiantes e venenosos como armas de guerra). Todas essas formas de cometimento do crime parecem orientar o conceito a uma perspectiva antropocêntrica, o que é reconhecido inclusive por DRUMBL (2009, p. 8).

(ii) De uma natureza similar é o conceito de agressão como adotado pelo Estatuto de Roma, a partir de Kampala, em 2010. O crime de agressão, de competência do TPI, é definido como:

> "planejamento, preparação, iniciação ou execução, por uma pessoa em posição de efetivamente exercer controle sobre ou de dirigir a ação política ou militar de um Estado, de um ato de agressão o qual, por seu caráter, gravidade e escala, constitui uma violação manifesta da Carta das Nações Unidas."[22]

A mais recente espécie típica do ER[23], que tem como foco a proteção da paz mundial, poderia, certamente, ser praticada por meio de um ecocídio. Basta que a conduta criminalizável seja caracterizada como agressiva no contexto da Carta da ONU, a partir de seu contexto, escala e gravidade, e que tenha como meio de prática danos ambientais.

É de se notar que se está diante do que parece ser a figura criminosa mais complexa do Estatuto de Roma, dadas os inúmeros elementos que compõem a sua estrutura como apresentada no art. 8º *bis*, do Estatuto. Entretanto, independentemente dessa complexidade, não há qualquer menção à proteção do meio ambiente, de forma que o que se pretende criminalizar não é tanto a forma de ação, mais a sua ilicitude internacional. De fato, a criminalização do ato de agressão se dá muito mais pela violação daquilo que a comunidade internacional aceita como um *ius ad bellum* adequado, não das formas pelas quais isso de manifesta. O que é, aliás, absolutamente conveniente a uma construção claramente política da figura.

22. "planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations". TPI, 1998, art. 8*bis*.

23. Ao contrário dos outros crimes de competência do TPI, o crime de agressão só ganhou uma definição após a Conferência de Kampala, em 2010, que fizeram alterações e revisões ao ER. O crime de agressão foi então incluído no ER através da adoção do artigo 8*bis*.

De qualquer forma, a despeito de assunções sobre a espécie serem perigosas e temerárias, dada a novidade normativa e a complexidade política do instituto, no caso desse crime ocorrem situações similares àquelas do genocídio e dos crimes contra a humanidade: é possível que a agressão se dê como violação do meio ambiente, mas não será, por isso criminosa, e sim porque violou outros interesses, no caso, a paz mundial. Ou seja, o ecocídio na agressão é circunstancial e instrumental e, portanto, pode até não ser antropocêntrico (por privilegiar questões políticas ou econômicas), mas certamente não será ecocêntrico, pois o meio ambiente não é o objeto de proteção do crime de agressão. Ora, a conclusão é óbvia: a proteção da paz interessa, certamente, apenas para o ser humano e não para o meio ambiente em si. A novidade da espécie, entretanto, implica necessário aguardar o posicionamento da doutrina, mas, diante de uma contextualização da agressão dentro do ER, é muito improvável que ela suporte a criminalização das lesões ao meio ambiente em uma perspectiva ecocêntrica, ou seja, sem considerar a proteção dos seres humanos como objetivo final.

4. Discussões sobre o papel do TPI diante da figura do ecocídio

Diante de todo esse quadro, algumas conclusões podem ser tiradas sobre a relação entre o Tribunal Penal Internacional e a figura do ecocídio.

(i) Em primeiro lugar, importa lembrar que há intensa disputa sobre o conceito de ecocídio. Para além das dúvidas sobre o alcance e a natureza da lesão (por exemplo, somente se pode falar em *crime* de ecocídio se houver uma dimensão criminal no conceito, o que nem sempre é certo), o ecocídio desperta dúvidas sobre qual o seu objeto exato de proteção. Levando-se em conta que a proteção oferecida pelo conceito pode ser do meio ambiente em si (forma *ecocêntrica*) ou do meio ambiente como espaço de desenvolvimento da humanidade (forma *antropocêntrica*), o alcance da figura terá uma amplitude imensamente diferente e não há qualquer consenso sobre essa discussão.

Essa dificuldade conceitual parece se dar por conta da novidade do tema no plano internacional, de forma que os fundamentos ainda não se sedimentaram suficientemente. Dessa forma, não é estranho que, embora alguns tratados internacionais já atentem para a necessidade de preservação do meio ambiente, essa preocupação ainda não é universalizada ao ponto de implicar limitações essenciais à soberania, tal como ocorrido, por exemplo, com a limitação da guerra ou a garantia de direitos humanos, que permitiram o reconhecimento de figuras criminosas e instâncias processuais penais.

(ii) Além disso, ficou evidente que o Estatuto de Roma adotou uma perspectiva antropocêntrica em todas as figuras criminosas da sua competência material,

ao menos no que tange às formas que tratam de lesões ao meio ambiente e que, potencialmente, poderiam se aproximar do ecocídio. Se isso é evidente da simples leitura dos crimes descritos nos artigos 6º (genocídio) e 7º (crimes contra a humanidade), também decorre de uma interpretação sistêmica feita sobre os crimes dos artigos 8º (crimes de guerra) e 8 *bis* (crime de agressão). Assim, em todas essas figuras a lesão ao meio ambiente pode ser uma conduta a ensejar a responsabilização criminal diante do TPI, mas sempre na forma de meio, nunca da forma de fim. Como figura criminosa própria, portanto, é certo que o ecocídio não faz parte da competência do TPI (MALHORTA, 2017).

Nesse contexto, é importante esclarecer, especialmente diante das vozes dissonantes sobre essa questão, que as recentes posições adotadas pela Procuradoria do TPI, apesar de importantes por afirmarem necessária a consideração do meio ambiente como critério interpretativo para a seleção de casos, não têm o condão de mudar o alcance material clássico do TPI. De fato, uma leitura atenta do documento demonstra que não há nada de tão inovador na posição da Procuradoria. O órgão acusador do TPI apenas esclarece e detalha que o meio ambiente será considerado quando da avaliação da gravidade do crime (com fundamento no artigo 5º do Estatuto de Roma) sem trazer, em geral, grandes novidades e sem poder, certamente, ignorar a competência material do TPI e o aspecto humano envolvido naquelas espécies criminosas (GREENE, 2019, p. 24).

(iii) Essa opção do ER é de ser entendida como voluntariamente excludente da responsabilização penal pelo crime de ecocídio. Afinal, a negativa da criminalização do ecocídio como um "quinto crime" (GAUGER; HIGGINS et al. 2012) se deu em um contexto histórico em que a comunidade internacional já debatia a questão de forma importante, ou seja, no final dos anos noventa. Em outras palavras, a Reunião de Plenipotenciários da ONU de 1998 expressamente *rejeitou* o conceito de crime de ecocídio em uma perspectiva ecocêntrica, e assim fazendo, limitou de forma contundente a evolução do tema, que, desde os anos setenta, apenas se ampliava. O sinal é claro: a questão da proteção internacional do meio ambiente ainda comporta debate e é mais complexa do que os movimentos sociais querem fazer crer, por menos sedutora que a ideia de um conceito limitado de ecocídio possa ser.

Embora exista uma opinião generalizada pela responsabilização penal de autores de ecocídios, os consensos parecem terminar aí. O que acontece de fato, portanto, é que o conceito de ecocídio é um *label* aplicável a uma série de condutas que lesionam o meio ambiente, mas que diferem substancialmente no que se refere ao dano que causam (tanto qualitativa quanto quantitativamente: qual é o dano que deve ser tratado como ecocídio?), ao agente causador dos danos

(indivíduos? Pessoas jurídicas? Estados?), à espécie de responsabilização que merecem (civil? Penal? Administrativa?), às instituições responsáveis pela punição (instituições nacionais ou internacionais?) etc.

Quando o próprio objeto de proteção do ecocídio é disputado – se o ser humano ou a própria natureza em si – não se pode esperar um consenso. Aliás, nem mesmo uma resposta mais ampliativa, que envolvesse uma perspectiva ecocêntrica, estaria livre de outras perguntas que a seguissem (e.g.: apenas o planeta Terra deveria ser protegido ou é necessário também pensar em proteger o espaço sideral das investidas humanas?).

Por tudo isso, a negativa de inclusão do ecocídio em sua perspectiva ecocêntrica no Estatuto de Roma pode ser lamentada, mas é plenamente compreensível e não deveria causar estranheza: toda a competência material do TPI está de uma forma ou de outra ligada ao *ethos* de proteção dos seres humanos por meio da realização dos direitos humanos constituídos no pós-guerra.

Genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e até mesmo o crime de agressão são revisões da década de quarenta impulsionadas pelas demandas de rejeição do "magma de negatividade" (LAFER, 2008, p. 305) produzido pela Segunda Guerra Mundial. A lenta maturação desses conceitos foi necessária e somente admitiu o reconhecimento de espécies criminosas depois que o contexto político assim o permitiu: não é à toa que o grande impulso da justiça penal internacional se deu depois da Guerra Fria. Foi somente nesse contexto de vácuo de poder que o modelo de tribunais penais internacionais passou a ter relevância (para não dizer que passou a ser, a partir de então, possível). Ora, se nem mesmo os tratados de direitos humanos mais eficientes (por exemplo, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos) reconhecem diretamente o direito ao meio ambiente equilibrado como um direito humano, como esperar que o Tribunal Penal Internacional reconheça a espécie como crime universal de forma assim tão ampla?

(iv) Note-se que essa posição restritiva do Estatuto de Roma não é necessariamente ruim. No plano penal a proteção precisa ser feita de forma cuidadosa, clara e absolutamente bem definida. Embora se reconheçam elementos que implicam proteção, especialmente nos dias de hoje, parece certo que a proteção do meio ambiente esbarra em interesses comerciais e econômicos que precisam ser melhor identificados antes que se reconheça uma responsabilidade delicada como a criminal, sobretudo no plano internacional. Por maior simpatia que se possa ter pela causa ambiental, é de se concordar com GREENE (2019, p. 47): "a campanha a favor do reconhecimento do crime de ecocídio sofre com a existência de inúmeras definições inconsistentes. A lei de ecocídio proposta por Higgins

parece, ao mesmo tempo, excessiva e insuficiente"[24]. Isso, sobretudo dadas as demandas de clareza e especificidade exigidas pela norma criminalizadora.

É importante lembrar que o meio ambiente que existe demandando medidas urgentes de preservação e que se configura como o evidente campo de alcance do chamado ecocídio é, em geral, aquele especialmente presente em países do terceiro mundo. Consequentemente, os riscos de que a criminalização se dê de forma ainda mais seletiva e sirva apenas a reconhecer bodes expiatórios é imensa. É de se duvidar que uma criminalização dessa espécie alcance figuras "fora da África" (uma crítica que já é comum ao próprio TPI), mesmo porque a individualização pessoal das condutas parece ir no sentido contrário ao que é necessário, já que danos ao meio ambiente, poucas vezes são cometidos sem que se beneficiem grupos de imenso poder político ou econômico. Note-se que o Estatuto de Roma não alcança pessoas jurídicas, figuras notoriamente responsáveis por desastres ambientais (TPI, 1998, art. 25(1)). A inclusão do ecocídio dentro dessa jurisdição, portanto, criaria o risco da produção de nuvens de fumaça com a responsabilização penal de poucos acusados e sem qualquer perspectiva real de solução dos problemas ambientais.

Nesse contexto, a inclusão de uma perspectiva ecocêntrica no Estatuto de Roma pode ser inclusive prejudicial à causa da proteção do meio ambiente justamente por reduzir de forma contundente a complexidade que envolve as questões ambientais. Imaginar que um grande desastre ambiental é resultado da mente criminosa de um punhado de pessoas – em geral, em países em desenvolvimento – e não de uma grande rede de interesses econômicos e políticos, é um erro grotesco de avaliação da dimensão do problema, orientado por uma visão *naïf* do contexto internacional.

(v) Tudo isso não quer dizer que não seja necessária uma reação urgente da comunidade internacional. Entretanto, dada a notória ineficiência da responsabilização criminal, talvez seja o caso de se andar adiante e se procurar novas formas de se lidar com a questão. Responsabilizações cíveis e administrativas têm o condão de produzir efeitos muito mais amplos do que a esfera criminal, que se pode encarregar apenas de individualizar responsabilidades que são notoriamente difusas. E é certamente interessante para investidores desonestos encontrar um único responsável pelos seus desatinos ambientais e continuar

24. "the campaign to recognize a crime of ecocide suffers from having numerous inconsistent definitions. The law of ecocide proposed by Higgins seems, at the same time, overbroad and insufficient".

computando, pelas suas pessoas jurídicas, os dividendos provocados por condutas que são evidentemente coletivas.

Nesse contexto, sistemas regionais de controle e de harmonização legislativa podem desempenhar um papel importante na construção de estruturas eficientes de proteção internacional do meio ambiente. Um adensamento normativo que crie padrões ambientais e que estabeleça normas de condutas para empresas explorarem o meio ambiente, para governos realizarem o controle ambiental ou para que bancos financiem condutas de alto risco ambiental, como consta, inclusive, nas proposições de HIGGINS (2012, p. 157-158), também podem servir ao mesmo fim identificado com as pretensões dos grupos que solicitam o reconhecimento do ecocídio como crime. O mais importante é que se produzam novas perspectivas que respeitem a complexidade da questão, pois as de ordem penal universal aparentemente esgotaram o seu arcabouço de soluções viáveis.

5. Considerações finais

O presente artigo pretendeu demonstrar como o conceito de ecocídio é representativo de um consenso internacional importante sobre a necessidade de proteção do meio ambiente, embora ainda incapaz de escapar do espaço meramente moral que a política e a economia internacional reservam para esse debate.

De fato, apesar de honesto e muito bem-vindo, toda a discussão que trata do tema não foi ainda capaz de resolver uma série de conflitos que impedem a definição precisa do conceito. No plano penal, especialmente, o material oferecido pelos debates internacionais não é nem de longe minimamente suficiente para que se ofereçam os limites centrais de uma definição criminal.

É nesse contexto que o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional em 1998 representou a exata condição do debate sobre o tema. Ao reconhecer uma proteção ao meio ambiente que é meramente instrumental à proteção do ser humano, deu conta de que o que há sobre o ecocídio se foca em uma perspectiva de ordem antropocêntrica – justamente o espaço do consenso surgido no pós-guerra. O fato de que essa construção se materializou no final dos anos noventa, bem em meio a um debate candente sobre a proteção do meio ambiente no plano internacional e que, apesar de críticas e demandas de movimentos ecológicos, jamais foi alterada desde então, parece significar que não se há de falar na existência de um conceito claro de crime de ecocídio universalmente reconhecido. Em outras palavras, a contribuição do Estatuto de Roma ao conceito de *crime de ecocídio* é, certamente, redutora da sua complexidade.

Isso, entretanto, não se há de tomar como um problema ou um sinal de dispensa ao debate. É necessário que se contemporizem, é certo, as necessidades políticas com as demandas normativas e doutrinárias, de forma que a pretensão de solução de um problema grave como a lesão ao meio ambiente não se torne um problema que culmine na violação de direitos humanos de grupos tradicionalmente clientes do sistema penal, mormente as classes econômicas e sociais mais pobres de qualquer sociedade. Ademais, ao se negar a aplicação direta do *ius puniendi* à espécie sem que se rejeite a importância do tema no contexto da gestão do poder punitivo internacional (como identificado pelo *Policy Paper on Case Selection and Prioritization* da Procuradoria do TPI), obriga-se a que a comunidade internacional procure outras formas mais eficientes de proteção ao meio ambiente. Afinal, acreditar que a repressão é eficaz na solução do problema é uma quimera que sempre careceu de comprovação pela Criminologia.

Por fim, é importante deixar claro que o ecocídio, por ser uma construção ainda muito recente, porque datada dos anos setenta, precisa de refinamento profundo tanto do ponto de vista teórico quanto político. No plano teórico, é ainda necessário que *Lenkims* venha à tona para definir de forma mais clara a espécie. No plano político, os Estados ainda precisam aceitar o mesmo plano de limitação de suas soberanias que aceitaram diante das demandas evidentes reclamadas por *Auchwitz*. Tudo indica que isso ainda não existe no plano ambiental. O que se espera é que não sejam necessárias experiências tão trágicas para que a proteção do meio ambiente – absolutamente necessária na visão dos autores – seja reconhecida como uma unanimidade, como ocorreu com a proteção do ser humano na década de quarenta.

6. Referências

ABTAHI, Hirad. Crimes against humanity and the armed conflict nexus: from Nuremberg to the ICC. *In:* EUROPEAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW. Conference Paper Series, *Conference Paper nº 1/2013*. Amsterdã: Amsterdam Research Forum, 2013.

BORGES, Orlindo Francisco. Ecocídio: um crime ambiental internacional ou um crime internacional maquiado de verde? *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 2, n. 7, p. 6457-6495, 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The Access of Individuals to International Justice. *In:* CREMONA, Marise et. al. (Coord.). *The Collected Courses of the Academy of European Law*, v. XVIII/1. Oxford: Oxford University Press, 2011.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. Guidelines for Military Manuals and Instructions on the Protection of the Environment in Times of Armed Conflict. *In:* ICRC. *International Review of the Red Cross*, n. 311, 1996.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Legality of Use of Force (*Yugoslavia v. Belgium*). *Application of 29 April 1999*. Disponível em: [www.icj-cij.org/files/case-related/105/7155.pdf]. Acesso em: 12.01.2020.

DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Internacional e Globalização. *In*: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Coord.). *Direitos humanos, meio ambiente e segurança.* Curitiba: Juruá, 2014. v. II.

DISSENHA, Rui Carlo. The loss of protection of civilians in modern non-international armed conflitcs. *Raízes Jurídicas*, v. 2, n. 2, jul.-dez. 2006.

DISSENHA, Rui Carlo. *Por uma Política Criminal Universal:* uma crítica aos tribunais penais internacionais. Curitiba: IFDDH, 2016.

DINSTEIN, Yoram. Case Analysis: Crimes Against Humanity After Tadić. *Leiden Journal of International Law*, v. 13, n. 2, 2000.

DRUMBL, Mark. Waging War Against the World: The Need to Move from War Crimes to Environmental Crimes. *Fordham International Law Journal*, v. 22, n. 1, p. 122-153, 1998.

DRUMBL, Mark. International Human Rights, International Humanitarian Law, And Environmental Security: Can the International Criminal Court Bridge the Gaps? *ILSA Journal of International & Comparative Law*, v. 5, n. 2, 2000.

DRUMBL, Mark. Accountability for Property Crimes and Environmental War Crimes: Prosecution, Litigation, and Development. *International Centre for Transitional Justice*, 2009, p. 8. Disponível em: [https://bit.ly/2ypZ4jX]. Acesso em: 16.07.2019.

DUGARD, John. Criminal Responsibility of State. In: BASSIOUNI, M. Cherif (Coord.) *International Criminal Law*, v. I. Ardsley: Transnational Pub Inc., 1999.

ECOCIDE LAW. *Proposed amendment to the Rome Statute*. Disponível em: [https://bit.ly/2IbpGSb]. Acesso em: 13.10.2018.

ECOCIDE LAW, *Who we are*. Disponível em: [https://ecocidelaw.com/who-we-are/]. Acesso em: 23.01.2020.

FALK, Richard. Environmental Warfare and Ecocide – Facts, Appraisal, and Proposals. *In: Bulletin of Peace Proposals*, v. 4, n. 1, 1973, p. 80-96.

FINANCIAL TIMES. *Supreme Court stages mock 'ecocide' trial*. 30 set. 2011. Disponível em: [https://on.ft.com/2Iy6AfR]. Acesso em: 13.10.2018.

GAUGER, Anja; HIGGINS, Polly; KULBICKI, Louise; RABATEL-FERNEL, Mai Pouye; SHORT, Damien. *The Ecocide Project* – 'Ecocide is the 5th Crime Against Peace'. Londres: Human Rights Consortium, School of Advanced Study, University of London, 2012.

GREENE, Anastacia. The Campaign to Make Ecocide an International Crime: Quixotic Quest or Moral Imperative? *Forham Environmental Law Review*, v. 30, n. 3, p. 1-48, 2019.

HELLER, Kevin Jon; LAWRENCE, Jessica C. The Limits of Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute, the First Ecocentric Environmental War Crime. *Georgetown International Environmental Law Review* (GIELR), v. 20, 2007.

HERINGER JÚNIOR, Bruno; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. O Nexo Ecocício-Genocídio: a destruição do ambiente natural como causa e como método de eliminação de grupos humanos. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 6, ano 3, p. 1111-1141, 2017.

HIGGINS, Polly. *Erradicating ecocide*: laws and governance to prevent the destruction of our planet. Londres: Shepard-Walwyn, 2010.

HIGGINS, Polly. Appendix II – Ecocide Act. *In:* HIGGINS, Polly. *Earth is Our Business:* Changing the Rules of the Game. Londres: Shephard-Walwyn, 2012.

HIGGINS, Polly. *Earth is our business:* changing the rules of the game. Londres: Shephard-Walwyn, 2012.

HIGGINS, Polly; SHORT, Damien; SOUTH, Nigel. Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide. *Crime, Law and Social Change*, v. 59, p. 251-266, 2013.

LAFER, Celso. Declaração Universal dos Direitos Humanos. *In:* MAGNOLI, Demétrio (coord.). *História da Paz*. São Paulo: Contexto, p. 297-329, 2008.

MALHOTRA, Saloni. The International Crime that could have been but never was: as English School Perspective on the Ecocide Law. *Amsterdam Law Forum*, v. 9, n. 3, p. 49-70, 2017.

MARTIN-CHENUT, Kathia; NEYRET, Laurent; PERRUSO, Camila. Rumo à Internacionalização da Proteção Penal do Meio Ambiente: dos ecocrimes ao ecocídio. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 12, n. 2, p. 541-569, 2015.

MARTY, Delmas. *Droit Pénal des Affaires*, 4. ed. Paris: PUF, 2000.

MWANZA, Rosemary. Enhancing accountability for environmental damage under International Law: ecocide as a legal fulfilment of ecological integrity. *Melbourne Journal of International Law*, v. 19, p. 01-28, 2018.

OLÁSOLO, Héctor. *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*. Leiden/Boston: Martinus Nijhof Publishers, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. *Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio*, 09 dez. de 1948.

SATGAR, Vishwas. The Anthropocene and Imperial Ecocide: Prospects for Just Transitions. *In:* SATGAR, Vishwas (Coord.). *The Climate Crisis:* South African and Global Democratic Eco-Socialist Alternatives. Johannesburg: Wits University Press, 2018. p. 47-68.

SCHABAS, William A. *Genocide in International Law:* the Crime of Crimes, 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

SCHMITT, Michael N. An Assessment of the Environmental Law of International Armed Conflict. *Yale Journal of International Law,* v. 22, n. 1, p. 1-99, 1997.

SHORT, Damien. *Redefining genocide: settler colonialism, social death and ecocide.* London: Zed Books, 2016. Apud: HERINGER JÚNIOR, Bruno; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. O Nexo Ecocício-Genocídio: a destruição do ambiente natural como causa e como método de eliminação de grupos humanos. *In*: *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 6, ano 3, p. 1111-1141, 2017.

TECLAFF, Ludwik A. Beyond Restoration – The Case of Ecocide. *Natural Resources Journal,* n. 34, p. 933-956, 1994.

TIEDEMANN, Klaus. La Criminalisation du Comportement Collectif. *In:* DOELDER, Hans; TIEDEMANN, Klaus (coord.). *La criminalisation du Comportement Collectif – Criminal Liability of Corporations.* Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

TIMES, Lawyers Are Working to Put 'Ecocide' on Par with War Crimes. Could an International Law Hold Major Polluters to Account? 19 fev. 2021. Disponível em: []https://bit.ly/3m32gX4. Acesso em: 28.03.2021.

THE GUARDIAN, International lawyers draft plan to criminalise ecosystem destruction. 30.11.2020. Disponível em: [https://bit.ly/3m0xIoK]. Acesso em: 28.03.2021.

THE GUARDIAN, Jair Bolsonaro could face charges in The Hague over Amazon rainforest. 23.01.2021. Disponível em: [https://bit.ly/3dilhk2]. Acesso em: 28.03.2021.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Estatuto de Roma* (1998).

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Elements of Crimes*.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Pre-Trial Chamber. The Prosecutor v. Al Bashir, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir.* 04 mar. 2009. Disponível em: [https://bit.ly/2YGBvhu]. Acesso em: 06.05.2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Office of the Prosecutor. *Policy Paper on Case Selection and Prioritization.* Document of 15 September 2016. Disponível em: [https://bit.ly/3dmrGcn]. Acesso em: 12.01.2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. The States Parties to the Rome Statute. Disponível em: [https://bit.ly/2Rkozlp]. Acesso em: 23.01.2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA. Appeals Chamber. Prosecutor v. Duško Tadić. *Decision on the Defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction.* 02 out. 1995, §87. Disponível em: [https://bit.ly/3bgTPQZ]. Acesso em: 05.10.2019.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA. Trial Chamber. The Prosecutor v. Krstić, *Judgement*. 02 ago. 2004. Disponível em: [https://bit.ly/3fqelSm]. Acesso em: 06.05.2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA O RUANDA. Trial Chamber. The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, *Decision of acquittal or conviction*. 01 jun. 2001. Disponível em: [https://bit.ly/2YDSWPt]. Acesso em: 06.05.2020.

WEISBERG, Barry. *Ecocide in Indochina*: the ecology of war. Nova Iorque: Canfield Press, 1970.

ZEN, Cássio Eduardo. *As Companhias Militares Privadas e o Direito Internacional Criminal:* o Reconhecimento da Responsabilidade Criminal e Personalidade Jurídica dos Dirigentes Corporativos Segundo o Estatuto de Roma. Dissertação. (Programa de pós-graduação em Direito) – UFSC, Florianópolis, 2012.

ZIERLER, David. *The invention of ecocide*: agent orange, Vietnam, and the scientists who changed the way we think about environment. Atenas: University of Georgia Press, 2011.

Legislação

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resoluções 2.994 (XXVII), 2.995 (XXVII) e 2.996 (XXVII). Disponíveis em: [www.un.org/documents/ga/res/27/ares27.htm]. Acesso em: 15.07.2019.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A legalidade à luz do garantismo penal nos crimes ambientais: análise dos critérios limitadores na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de Érica Montenegro Alves Barroso – *RBCCRIM* 172/263-292 (DTR\2020\12762);
- As garantias de proteção ambiental e o aumento das queimadas no Brasil, de Alencar Frederico Margraf, Rafael de Lazari, Guilherme Telman e Letícia Pereira Castro – *RT* 1024/19-35 (DTR\2021\280);
- Crimes contra a fauna no anteprojeto do novo Código Penal (PLS 236/2012) e a ampliação da tutela jurídica dos animais, de Tagore Trajano de Almeida Silva e Maiara Alves Silva – *RBCCrim* 162/45-81 (DTR\2019\42153);
- Ecocídio e responsabilidade empresarial nos crimes ambientais, de Raphael Boldt – *RBCCRIM* 175/91-111 (DTR\2020\15213); e
- O direito internacional do meio ambiente e a defesa dos direitos humanos na responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público em face dos crimes contra o ecossistema nas relações exteriores de consumo na sociedade da informação, de Emerson Penha Malheiro – *RDA* 101/337-361 (DTR\2021\1933).

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- Conteúdo exclusivo Web: JRP\2021\764570, JRP\2021\731328.

Processo Penal

Os paradoxos da audiência de custódia no Tribunal de Justiça da Bahia: um estudo empírico

The paradoxes of the custody hearing at the Bahia Court of Justice: an empirical study

Ana Luisa Leão de Aquino Barreto

Doutoranda 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 Controle, Cidade e Prisões. Integrante do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Integrante do Laboratório Críticas e Alternativas à Prisão (LABCAP – RJ). Professora e advogada.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-3358-8843].
analuisalabarreto@gmail.com

Daniel Fonseca Fernandes

Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia do Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro (IFCS/UFRJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2018). Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2016). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2014). Integrante do Grupo Clandestino de Estudos em Controle, Cidade e Prisões. Integrante do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Membro do Núcleo de Estudos sobre Sanção Penal (NESP/UFBA). Professor.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-2831-1524].
danielfonsecafernandes@outlook.com

Recebido em: 15.03.2021
Aprovado em: 15.06.2021
Última versão dos autores: 22.06.2021

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: Esta pesquisa tem como objetivo analisar decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da Bahia (TJ-BA), em sede de *habeas corpus*, diante de pedidos que apontam ilegalidades na prisão dos pacientes pela não realização da audiência de custódia. Entende-se que uma vez consolidada

Abstract: This research aims to analyze decisions of habeas corpus handed down by the Court of Justice of Bahia (TJ-BA), in the face of requests that point out illegality in the prison of patients for not holding the custody hearing. It is understood that once the institute was incorporated

a incorporação do instituto no processo penal brasileiro, passa a ser fundamental compreender as representações e práticas que compõem a realização da audiência de custódia no Brasil. A premissa adotada nesta pesquisa é que existe um paradoxo entre os esforços políticos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Tribunais de Justiça (TJs) e Tribunais Regionais Federais (TRFs), ao buscarem regulamentar e implementar a audiência de custódia, e a atuação concreta de juízes e desembargadores por meio de decisões judiciais em ações que apontam ilegalidades referentes a sua não realização. Desse modo, esta pesquisa propõe analisar duas questões: de que forma o Tribunal de Justiça da Bahia tem decidido os *habeas corpus* que apontam ilegalidades referentes a não realização da audiência de custódia? Como essas decisões se relacionam com a postura institucional adotada pelo TJ-BA sobre o tema? Por meio de uma abordagem qualitativa, a pesquisa se desenvolve em três momentos: caracterização das disputas na efetivação da audiência de custódia no direito brasileiro, análise dos discursos institucionais do Tribunal de Justiça da Bahia (TJ-BA) sobre o tema (conjuntos de notícias do *site* do TJ-BA) e análise de decisões do mesmo Tribunal.

Palavras-chave: Audiência de custódia – Decisões judiciais – Ilegalidade – Posição institucional.

and consolidated in the Brazilian criminal process, it is essential to understand the representations and practices that make up the custody hearing in Brazil. The premise adopted in this research is that there is a paradox between the political efforts made by the National Council of Justice (CNJ), the Courts of Justice (TJs) and Federal Regional Courts (TRFs), in seeking to regulate and implement the custody hearing, and the concrete performance of judges through judicial decisions in lawsuits that point out illegalities regarding their failure to occur. Thus, this research proposes to analyze two questions: how has the Court of Justice of Bahia decided on habeas corpus that point out illegalities regarding the non-realization of the custody hearing? How do these decisions relate to the institutional stance adopted by the TJ-BA on the topic? Through a qualitative approach, the research is divided in three moments: characterization of the disputes in effecting the custody hearing in the Brazilian law, analysis of the institutional speeches of the Court of Justice of Bahia (TJ-BA) on the theme (news from the website of the TJ-BA) and analysis of decisions of the same Court.

Keywords: Custody hearing – Judicial decisions – Illegality – Institutional position.

Sumário: 1. Introdução. 2. A implementação da audiência de custódia no Brasil. 3. Os discursos institucionais do Tribunal de Justiça da Bahia. 4. Coleta e análise de decisões judiciais do Tribunal de Justiça da Bahia. 4.1. Indeferimento da liminar: ausência de ilegalidade explícita. 4.2. Não concessão em virtude de posterior decretação de preventiva. 4.3. Circunstâncias que impedem a análise do *habeas corpus*. 4.4. Concessões de ordem: reconhecendo a ilegalidade das prisões. 5. Considerações finais. 6. Referências. Legislação.

1. Introdução

Esta pesquisa tem como objetivo analisar decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da Bahia (TJ-BA), em sede de *habeas corpus*, diante de pedidos que apontam ilegalidades na prisão dos pacientes pela não realização da audiência de custódia. Uma vez consolidada a incorporação do instituto no processo penal

brasileiro, passa a ser fundamental compreender as representações e práticas que compõem a realização da audiência de custódia no Brasil.

A premissa adotada, nesta pesquisa, é que existe um paradoxo entre os esforços políticos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Tribunais de Justiça (TJs) e Tribunais Regionais Federais (TRFs), ao buscarem regulamentar e implementar a audiência de custódia, e a atuação concreta de juízes e desembargadores por meio de decisões judiciais em ações que apontam ilegalidades referentes a sua não realização.

Essa primeira impressão motivou a presente pesquisa, a partir da análise dos resultados e fundamentos de pedidos de *habeas corpus* realizados junto ao Tribunal de Justiça da Bahia. Desde a implementação da audiência de custódia, há muitas discordâncias e expectativas a respeito da viabilidade de seu procedimento, legalidade e consequências de sua não realização. É sobre este último aspecto que reside a questão orientadora deste trabalho.

É necessário apontar que este trabalho começou a ser pensado em 2018, antes das modificações no Código de Processo Penal (CPP), pela chamada Lei Anticrime (Lei 13.964/2019). Estas inovações foram o resultado de um complexo jogo de forças entre o Poder Executivo, o ex-Ministro Sérgio Moro e o Congresso Nacional. O fato é que em meio a muitas propostas de radicalização da punição e ampliação do alcance das medidas de privação da liberdade (ROORDA; MATOS; BARRETO, 2019), sobretudo no âmbito da execução, foram aprovados alguns institutos processuais penais com o objetivo declarado de fortalecer o sistema de garantias. Dentre estes institutos, está a inserção da audiência de custódia no Código de Processo Penal.

A audiência de custódia foi incorporada ao art. 310 do CPP[1], que manteve o prazo previsto na Resolução 213/2015 do CNJ, de 24 horas, para realização do ato, a partir do recebimento do auto de prisão em flagrante. O ponto mais controverso dessa modificação legal relacionado com o presente trabalho está no novo § 4º deste artigo, que prevê o relaxamento da prisão como consequência da não realização da audiência: "a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela

1. Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: [...].

autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva."

Esse movimento apresenta novos elementos para a discussão em que este trabalho se insere, uma vez que a incorporação da audiência de custódia na legislação processual, nos termos apresentados, fortalece o instituto e possíveis argumentos suscitados pela defesa questionando a não ocorrência da audiência de custódia. Entretanto, o panorama aqui traçado permite entrever a postura dos desembargadores frente à questão, ao longo de um período de seis meses, apontando algumas das dificuldades que poderão ser encontradas na aplicação da lei.

É importante observar ainda que o § 4º do art. 310, incluído pela Lei 13.964/2019, apresenta duas circunstâncias importantes: (a) encontra-se suspenso, por força da decisão liminar do Ministro Luiz Fux, do STF, desde o dia 22 de janeiro de 2020 (ADPF 6.298/DF); e (b) possibilita expressamente a decretação de prisão preventiva no mesmo ato que reconhece a ilegalidade da prisão em flagrante, o que já acontecia na prática. Estas circunstâncias não nos permitem apontar, por enquanto, uma mudança significativa no cenário apresentado e analisado neste trabalho.

Desse modo, esta pesquisa propõe analisar duas questões: de que forma o Tribunal de Justiça da Bahia tem decidido os *habeas corpus* que apontam ilegalidades referentes à não realização da audiência de custódia? Como essas decisões se relacionam com a postura institucional adotada pelo TJ-BA sobre o tema?

Por meio de uma abordagem qualitativa, a pesquisa se desenvolve em três momentos: caracterização das disputas na efetivação da audiência de custódia no direito brasileiro, análise dos discursos institucionais do Tribunal de Justiça da Bahia (TJ-BA) sobre o tema e análise de decisões do mesmo Tribunal. A análise documental foi a técnica metodológica utilizada, sendo o material empírico composto pelos conjuntos de notícias do *site* do TJ-BA (Anexo A) e de decisões judiciais (Anexo B).

2. A implementação da audiência de custódia no Brasil

Desde 2015, quando foi regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a audiência de custódia tem sido objeto de pesquisas acadêmicas e proposições políticas. Para contextualizar a existência desse instituto, é preciso compreender seu contexto de implementação e os discursos institucionais sobre este processo.

A trajetória das audiências de custódia no estado da Bahia apresenta algumas peculiaridades. Ainda em 2011, por meio da Resolução 9, o Tribunal de Justiça da

Bahia previu a criação do Núcleo de Prisão em Flagrante (NPF)[2], que foi efetivamente instalado em setembro de 2013. O Núcleo permitia a análise dos autos de prisão em flagrante com participação de um promotor e um defensor, ampliando as possibilidades de exercício do contraditório. Mas não havia propriamente a realização de audiência, pois o preso não era apresentado à cena dos debates entre acusação, defesa e magistrado.

A partir do final de 2014, alguns projetos iniciais começam a ser desenvolvidos no Brasil. O estado do Maranhão realizou o primeiro projeto que buscou implementar a audiência de custódia no país (CHOUKR, 2016). O Provimento 21/2014 do Tribunal de Justiça do Maranhão (TJ-MA) estabeleceu a realização da audiência de custódia na capital do estado, no prazo de 48h00. Em São Paulo, foi criado um projeto pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) em parceria com o CNJ, por meio do Provimento Conjunto 003/2015, de 22 de janeiro de 2015, que buscava colocar em prática um projeto piloto.

Este provimento do estado de São Paulo foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.240/SP, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL). O STF, em 20 de agosto de 2015, julgou improcedente o pedido, afirmando que audiência de custódia foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), com caráter de supralegalidade. Nessa oportunidade, o STF reconheceu que o Provimento do TJ-SP continha apenas "normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de *habeas corpus*", tratando da "organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça", nos limites da autogestão do próprio Tribunal.

Ainda no ano de 2015, o CNJ assinou convênios com todos os Tribunais brasileiros e os respectivos estados da Federação para implementação do "Projeto Audiência de Custódia". O Estado da Bahia e o Tribunal de Justiça da Bahia assinaram os termos de adesão com o CNJ em 28 de agosto de 2015.

No julgamento das medidas cautelares na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/DF, o Supremo Tribunal Federal (STF), em

2. O Núcleo de Prisão em Flagrante passou a se chamar "Núcleo de Prisão em Flagrante e Audiência de Custódia" com a Resolução 26 do TJ-BA, de 18 de dezembro de 2015. Atualmente, o Núcleo foi convertido em uma vara, sendo nomeada de "Vara de Audiência de Custódia da Comarca de Salvador", nos termos da Resolução 16 do TJ-BA, de 14 de agosto de 2019. Neste trabalho, nos referimos a este espaço com seu nome original ou pela abreviatura NPF, utilizando a nomenclatura constante em grande maioria das notícias analisadas.

09 de setembro de 2015, reconheceu a existência de um *estado de coisas inconstitucional* no sistema carcerário brasileiro e determinou, dentre outras ações, a regulamentação e implementação da audiência de custódia no país, em até 90 dias, "viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão". O STF reforçou, nessa oportunidade, o entendimento de que a audiência de custódia já estava prevista no Pacto dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH).

Pouco tempo depois desse julgamento, o CNJ promoveu a primeira regulamentação nacional da audiência de custódia, por meio da Resolução 213, em 13 de dezembro de 2015. Esta resolução tem sido o principal instrumento normativo sobre o tema, fixando objetivos, prazos, possibilidades e procedimentos a serem realizados. Mesmo com a inserção no CPP, a resolução do CNJ segue tendo importante papel de regulamentação das práticas judiciais na audiência de custódia, a exemplo do protocolo de registro e encaminhamento de notícias de tortura.

A partir da publicação desta resolução do CNJ, a estrutura anterior do NPF já criada e implementada pelo TJ-BA, foi adequada às necessidades das audiências, com a publicação da Resolução 26 do TJ-BA, de 18 de dezembro de 2015[3].

Interessa ao problema colocado nesta pesquisa analisar os discursos institucionais mobilizados pelo Tribunal de Justiça da Bahia para implementação, regulamentação e expansão das audiências de custódia no estado. A compreensão desses discursos serviu de base para compreender os objetivos declarados da implementação do instituto.

3. Os discursos institucionais do Tribunal de Justiça da Bahia

Para representar o que chamamos de *discursos institucionais do Tribunal de Justiça da Bahia* analisamos notícias veiculadas no site do próprio Tribunal sobre o tema. Acessamos o mecanismo de busca disponível na página do TJ-BA[4], utilizando a expressão "audiência de custódia". Após identificar as notícias que efetivamente continham alguma espécie de informação ou discurso sobre o tema,

3. Alguns aspectos operacionais para implementação da audiência de custódia, como a transferência do Núcleo para o centro da cidade, o processo de interiorização, a regulamentação nos plantões e outras mudanças foram promovidas ao longo do tempo com as publicações da Resolução 05/2016 e do Provimento Conjunto 01/2016, no âmbito do TJ-BA.

4. Disponível em: [http://www5.tjba.jus.br/portal/].

foi selecionado um conjunto de 28 notícias, especificadas no "Anexo A" deste trabalho[5].

As notícias analisadas foram publicadas entre agosto de 2015 e dezembro de 2017 e revelam aspectos importantes sobre a posição institucional do TJ-BA em relação às audiências de custódia. Esse material revela um entusiasmo do Tribunal com a implementação do instituto. Os avanços nas instalações físicas, na ampliação de seu alcance e em modificações do procedimento são tratadas como algo positivo nesse canal de informação institucional.

Na oportunidade da vinda à Bahia do então Presidente do CNJ, Ministro Ricardo Lewandowski, foi anunciada a assinatura do termo de adesão entre o Conselho e o Tribunal de Justiça da Bahia. Nesta primeira notícia, datada de 24 de agosto de 2015, há uma referência que se faz constante no acervo analisado, exaltando a criação do Núcleo de Prisão em Flagrante (NPF), em 2013, enquanto "projeto pioneiro no Brasil". O texto destacou as diferenças entre o procedimento anterior realizado no NPF e a audiência de custódia: a obrigatoriedade de apresentação e participação do preso. No entanto, em mais de uma oportunidade, ressalta que alguns magistrados já adotavam a prática de determinar a apresentação da pessoa presa.

Uma notícia veiculada em 25 de agosto de 2015, ainda se referindo à visita do então Presidente do CNJ, menciona a fala do Coordenador do NPF, ressaltando as vantagens do projeto. Além disso, afirmou que o "projeto visa tornar mais rápidas e humanizadas as decisões nos casos de prisões em flagrante", expressão que foi repetida em notícias posteriores, evidenciando a expectativa positiva em relação ao projeto. Muitos objetivos da audiência de custódia aparecem em algumas dessas notícias, com referências à necessidade de o juiz analisar a prisão "sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação", bem como avaliar "eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos".

Em notícia datada de 09 de setembro de 2015, o Tribunal celebra dois anos de funcionamento do NPF, afirmando que esta estrutura "tornou-se referência na celeridade do tratamento dispensado aos presos em flagrante", contribuindo "com critérios para o controle da superpopulação carcerária". Aqui, aparece como função imputada ao Núcleo a potencialidade de se contrapor a um processo pouco criterioso de encarceramento em massa, sendo esta também uma das grandes expectativas geradas em torno da implementação da audiência de custódia no país.

5. Todas as notícias foram consultadas e coletadas em 14.07.2019.

Daniel Nicory do Prado (2015) considera que a implementação do NPF, em 2013, possibilitava um "serviço eficiente de apreciação imediata das prisões em flagrante". Diante disso, as análises empíricas deste autor, sobre os primeiros meses das audiências de custódia na cidade de Salvador, em 2015, não identificaram uma alteração significativa, neste primeiro momento, nos percentuais de prisões preventivas decretadas.

Outra notícia dá conta da celebração do aniversário do NPF, destacando que este seria fortalecido em razão da implementação das audiências de custódia, pela obrigatoriedade da presença do preso, o que favoreceria a "qualidade da decisão sobre a liberdade". A matéria destaca ainda que a celebração de uma parceria entre a Universidade Corporativa do Tribunal de Justiça da Bahia (Unicorp) e o Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP), com o objetivo de "contribuir para a produção de conhecimento na área jurídica", iria "possibilitar a realização de estudos e pesquisas voltados para o aperfeiçoamento e consolidação das atividades do Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador"[6].

Poucos dias depois, em 14 de setembro de 2015, o Tribunal publicou uma rápida entrevista com o magistrado que havia idealizado o Núcleo, louvando sua iniciativa e promovendo um resgate da origem de sua criação, sendo tratado como "uma das mais bem-sucedidas experiências do Tribunal de Justiça da Bahia nos últimos anos". O pioneirismo da iniciativa do TJ-BA é sempre comemorado no discurso oficial do Tribunal.

Na reconstrução do contexto de criação do Núcleo, são apresentadas motivações como a preocupação com as carceragens superlotadas das delegacias, a demora na análise dos autos de prisão em flagrante, a necessidade de redução da superpopulação carcerária e a promoção de economia para o Estado decorrente da redução do número de pessoas presas. O contexto da implementação das audiências de custódia é sempre tratado como algo positivo, uma inovação que daria mais força ao projeto existente.

A celebração do convênio de cooperação técnico-científico com o IBADPP volta a ser noticiada no site institucional do TJ-BA, em dezembro de 2015,

6. Essa pesquisa deu origem ao relatório "Relatório final de atividades: grupo de pesquisa sobre audiências de custódia – convênio de cooperação técnico-científico TJ/BA e IBADPP", publicado em: HERNANDES, Camila; BARRETO, Ana Luisa Leão de Aquino; MATOS, Lucas Vianna (Coord.). Relatório final de atividades: grupo de pesquisa sobre audiências de custódia – convênio de cooperação técnico-científico TJ/BA e IBADPP. In: CALDAS, Diana; ANDRADE, Gabriela.; RIOS, Lucas (Org.). *Arquivos da resistência:* ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP. Florianópolis: Tirant lo blanch, p. 459-510, 2019.

indicando que esta parceria tinha a finalidade de possibilitar "a realização de estudos e pesquisas voltados para o aperfeiçoamento e consolidação das atividades do Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador, a partir da implementação da audiência de custódia".

Pode-se dizer que as reportagens do ano de 2015 retrataram, em linhas gerais, o discurso otimista do Tribunal e os objetivos pretendidos com a implementação da audiência de custódia no estado, além da reafirmação constante da atuação pioneira do Tribunal com a implementação do Núcleo de Prisão em Flagrante.

Em janeiro de 2016, a primeira notícia relata a mudança de local do NPF, que foi transferido para uma região central da cidade de Salvador, deixando de estar localizado no Complexo Penitenciário e passando para um prédio ao lado da Central de Flagrantes da Polícia Civil.

O início da realização das audiências nos plantões judiciários de primeiro grau, também foi noticiado pelo site do Tribunal, em abril de 2016, destacando a ampliação do alcance do instituto. Esse movimento foi regulamentado pelo já mencionado Provimento Conjunto 01 do TJ-BA, que também teve sua promulgação divulgada em notícia específica. No mesmo mês, também foi comemorada a regulamentação normativa da interiorização das audiências, tendo sido destacada em diversas oportunidades pelo site do Tribunal, ao longo do ano de 2016, com menção à realização do procedimento em comarcas diversas, como Candeias, Vitória da Conquista e Alagoinhas.

Em abril, foi noticiado, em mais de uma oportunidade, a realização de uma grande capacitação de magistrados para atuar nas audiências. Chama a atenção em um destas notícias o destaque à fala de um dos juízes que esteve mais à frente da implantação do projeto, destacando a "falta de maturidade do instituto", então uma novidade no direito brasileiro, sendo necessária uma construção conjunta da jurisprudência com a doutrina. Nos trechos deste discurso, divulgados na notícia, também é possível perceber certo intuito de "desmistificar" as audiências como algo voltado a "soltar bandido", afirmando que o objetivo é melhorar a qualidade das decisões, sendo uma forma "mais humana de perceber a realidade de cada caso".

Em maio desse ano, foi noticiada a realização de audiência com participação do defensor público por videoconferência, já que na comarca de São Desidério não há atuação da Defensoria Pública do Estado. Não há um aprofundamento sobre as possibilidades de uso da videoconferência na realização da audiência, mas esse fato é encarado como uma solução inovadora e criativa, ainda em caráter "experimental".

Nesse mesmo mês, foi noticiado que, a partir da publicação do Provimento 02/2016 do TJ-BA, passou a ser possível realizar a intimação, notificação ou citação dos sujeitos presos, que tivessem estas medidas pendentes em outros processos, buscando conferir maior celeridade na "prestação jurisdicional".

A audiência de custódia também foi brevemente mencionada enquanto ponto de pauta nas discussões dos projetos Pacto pela Cidadania – do próprio Tribunal de Justiça – e do Pacto pela Vida – programa do governo estadual[7]. Além disso, o Tribunal também noticiou a aprovação, em primeiro turno, de um projeto de lei no Senado (PLS 554/2011), que buscava regulamentar o procedimento da audiência de custódia, alterando o Código de Processo Penal.

Em síntese, é possível notar no conjunto das notícias do ano de 2016 a permanência do elogio ao pioneirismo do TJ-BA, bem como o otimismo do TJ-BA em relação às audiências, sendo destacadas a mudança na sede do NPF, as capacitações de magistrados realizadas no período e a expansão de sua aplicação, para comarcas do interior e plantões judiciais.

A partir do ano de 2017 é perceptível uma queda acentuada no número de notícias a respeito da audiência de custódia, tendo sido identificados apenas quatro textos, todos entre os meses de janeiro e março.

A divulgação de uma coletiva de imprensa para tratar da "crise no sistema prisional", em janeiro de 2017, apresenta a audiência de custódia como o mecanismo que possibilitou a "redução da superpopulação carcerária" na Bahia. Apesar de não haver dados mais específicos sobre a população prisional, o texto reproduz uma fala do juiz responsável pela coordenação do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário, que afirma que para 37,5% dos sujeitos apresentados na audiência era imposta prisão. Além disso, a notícia informa sobre a realização de mutirões no Tribunal, com objetivo de reavaliar decisões que impuseram prisões cautelares.

A criação de um núcleo específico para realização de audiências de custódia em Feira de Santana, segunda maior cidade do estado, também foi noticiada, repercutindo uma fala da Presidente do Tribunal, em que afirmava o objetivo de

7. Para análises críticas destes programas de segurança ver: AVELAR, Laís da Silva. *"O Pacto pela Vida aqui é o pacto pela morte":* bases comunitárias de segurança, territórios negros e controle racializados. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020; e FREITAS, Felipe. *Discursos e práticas das políticas de controle de homicídios:* uma análise do "Pacto Pela Vida" do Estado da Bahia (2011-2014). 2015. 157 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

aumentar a produtividade e a organização naquela comarca, onde as audiências já vinham sendo realizadas.

Outra notícia informa sobre a realização de 122 audiências de custódia durante o Carnaval daquele ano, tendo sido aplicada a prisão preventiva em 44 audiências. Na mesma data, foi divulgado um curso promovido pela Escola Nacional da Magistratura, em Brasília, para capacitação de juízes para realizar o procedimento da audiência de custódia.

É possível imaginar que passada a empolgação da audiência de custódia como novidade, há certa saturação do autoelogio, restando as complexidades e contradições reais do dia a dia das audiências.

Também é curioso observar, que o governador do estado da Bahia – o mesmo que firmou o termo com o CNJ para implementação das audiências – tem se manifestado, desde então até os dias de hoje, contra esse instituto, atribuindo ao procedimento a consequência de um suposto número elevado e indevido de concessões de liberdade, evocando imagens do tipo "polícia prende, justiça solta"[8], como bem observou Romão (2020).

Por outro lado, no âmbito do discurso oficial do TJ-BA, até o final de 2017, não havia manifestações incisivas atacando a audiência de custódia, nem lhe atribuindo a responsabilidade pelos elevados índices de violência ou mesmo como "fator de impunidade". É possível afirmar que não há ruptura no discurso institucional do Tribunal de Justiça, marcado pelo otimismo com a instauração das audiências de custódia.

No entanto, a partir da observação direta de práticas e da análise de decisões judiciais é possível constatar nos magistrados que atuam nas audiências posturas dissonantes, que reduzem os potenciais da audiência como instrumento de melhoramento das decisões e maior garantia dos custodiados (ROMÃO, 2017, 2020; PRADO, 2017).

Compreender esses discursos é importante para problematizar as respostas do Tribunal em decisões judiciais, em que se resolvem os casos concretos. Nesse sentido, consideramos o espaço das "práticas judiciárias" como espaço privilegiado para manifestações discursivas concretas, que permitem analisar determinadas formas de exercício de poder (FOUCAULT, 2013).

8. Disponível em: [www.metro1.com.br/noticias/politica/55121,rui-diz-que-62-dos-presos-em-2017-foram-soltos-em-24h-advogados-gostam-desse-prende-e-solta]. Acesso em: 14.07.2019.

4. Coleta e análise de decisões judiciais do Tribunal de Justiça da Bahia

A análise das decisões do Tribunal de Justiça da Bahia foi realizada a partir de material empírico coletado no Diário Eletrônico de Justiça da Bahia[9] (DJe-BA). Destaque-se que a escolha do Estado da Bahia não é aleatória e se justifica por três motivos específicos: (i) o Estado apresentava, àquela altura, 64% de presos provisórios[10], o que o colocava em terceiro lugar no ranking dos Estados com maior número de presos nessa situação; (ii) o estado faz parte da região Nordeste do Brasil, que, tradicionalmente, tem sido marginalizada na realização de pesquisas empíricas no país, que concentra grande parte dos olhares sob o eixo Rio-São Paulo; (iii) na Bahia, desde 2013, havia se estruturado o mencionado Núcleo de Prisões em Flagrante (NPF), anterior à implementação das audiências de custódia no país.

A busca foi feita em todos os diários publicados no primeiro semestre de 2017, entre 01.01.2017 e 30.06.2017. O período de seis meses possibilitou o acesso a um número razoável de decisões, em épocas diversas do ano[11].

Em cada data, foi realizada a conferência das decisões publicadas por cada uma das quatro Turmas que compõem as duas Câmaras Criminais existentes no Tribunal de Justiça da Bahia[12]. Foram coletadas tanto decisões monocráticas (individuais), como decisões colegiadas[13], utilizando a expressão "audiência de

9. Acessível em: [www2.tjba.jus.br/diario/internet/pesquisar.wsp].

10. Dados do Ministério da Justiça. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@@download/file]. Acesso em: 28.11.2017.

11. A ponderação sobre a questão de "épocas diversas do ano" se explica, por exemplo, pela declaração do Governador da Bahia Rui Costa, que defendeu que as audiências de custódia deveriam ser suspensas durante o carnaval. Disponível em: [www.bahianoticias.com.br/justica/noticia/56259-critica-de-rui-a-audiencia-de-custodia-durante-carnaval-provoca-polemica-no-meio-juridico.html]. Embora a proposta do governador tenha sido rechaçada, a fala institucional representa uma postura de maior atuação das agências de controle penal durante os períodos de grandes festas na cidade de Salvador (em especial no verão), cuja atuação visa controlar a circulação de jovens negros de bairros populares nas festas de largo em Salvador.

12. Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal, Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal, Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal e Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal.

13. As decisões proferidas pelas Câmaras, pela Seção Criminal ou pelo Pleno não foram incluídas, uma vez que a competência para julgamento de *habeas corpus* contra atos de

custódia" na barra de busca do conteúdo do sistema que abriga o Diário Eletrônico. Em uma análise preliminar, foram coletadas e agrupadas apenas as decisões que envolviam a alegação de ilegalidade da prisão por algum vício ocorrido na audiência de custódia ou vícios que envolvessem o tema "audiência de custódia".

A partir dessa amostra, buscou-se analisar qual vem sendo a postura do TJ-BA em relação às audiências de custódia na prática judicial, observando o nível de aproximação ou distanciamento do conteúdo dessas decisões com o posicionamento institucional do Tribunal. A análise prévia das decisões se deu pela verificação de quais as alegações de ilegalidades foram levadas a conhecimento do Tribunal a respeito das audiências de custódia e qual o posicionamento da Corte diante dessas questões.

Foram coletadas 85 decisões judiciais, entre acórdãos e decisões monocráticas, que tratavam de algum aspecto de ilegalidade referente à audiência de custódia, sendo que este número corresponde ao total de decisões publicadas no DJe-BA. Todas as decisões foram proferidas em sede *habeas corpus* movidos pela defesa, a exceção de um caso em que a análise se deu sobre um recurso de embargos de declaração em ação de *habeas corpus*[14].

Entre decisões monocráticas e acórdãos, houve uma diversificação satisfatória entre as quatro Turmas, que apresentaram entre 16 e 31 decisões. Vinte julgadores diferentes proferiram decisão monocrática ou atuaram como relatores de acórdão, apresentando pelo menos uma dessas decisões. Apenas um dos vinte desembargadores com competência criminal no TJ-BA não teve decisões proferidas ou relatadas na amostra, apesar de ter atuado em julgamentos colegiados, compondo a Turma. No entanto, essa ausência foi compensada por dois processos relatados por uma juíza substituta convocada para atuar no segundo grau.

A partir das decisões foi possível montar uma base de dados utilizando o programa "Excel". Na planilha, foram incluídos os dados referentes às seguintes variáveis: número do processo; mês em que a decisão foi proferida (janeiro-junho); meio de impugnação; crime supostamente praticado; órgão julgador; desembargador relator; ilegalidade apontada pela defesa; resposta jurisdicional à alegação da ilegalidade; resultado do processo judicial (indeferimento do pedido liminar/deferimento do pedido liminar/denegação da ordem/concessão da ordem/pedido prejudicado).

juízes de primeiro grau e recursos interpostos em ações penais é das Turmas Criminais, conforme o regimento interno do Tribunal.

14. Processo 0021245-96.2016.8.05.0000.

Em relação às categorias "ilegalidade apontada pela defesa" e "resposta jurisdicional à alegação da ilegalidade", optou-se por trabalhar sem categorias previamente definidas. As categorias, portanto, foram criadas a partir do que foi mobilizado pela defesa e tribunal nas decisões analisadas.

Logo de início, foi possível observar que das 85 decisões coletadas 72 apontavam a não realização da audiência de custódia, enquanto em 13 casos foram apontadas outras ilegalidades[15]. Diante da importância assumida pela alegação de "não realização" da audiência de custódia (representando mais de 80% da amostra) essa se tornou a questão orientadora da pesquisa.

Para fins de análise, categorizamos as decisões a partir das respostas jurisdicionais às alegações defensivas, tendo sido organizadas quatro categorias: (1) "Indeferimento da liminar: ausência de ilegalidade explícita" (32 casos); (2) "Não concessão em razão de posterior decretação de preventiva" (28 casos); (3) "Circunstâncias que impedem a análise do habeas corpus" (6 casos); e (4) "Concessões de ordem: reconhecendo a ilegalidade das prisões" (6 casos). Este panorama da amostra possibilita uma análise qualitativa mais densa das decisões e permite inferir uma tendência predominante em não reconhecer as ilegalidades apontadas por parte das Turmas Criminais do Tribunal de Justiça da Bahia.

É preciso observar também que quatro processos[16] aparecem duas vezes, por ter havido a publicação de decisão monocrática sobre o pedido liminar e posterior

15. Embora a não ocorrência da audiência de custódia tenha sido a principal questão alegada nos *habeas corpus*, foram apontadas 10 outras modalidades de ilegalidades, que apareceram 20 vezes, isoladas ou em conjunto com outra ilegalidade. As questões alegadas foram: excesso de prazo para a realização da audiência de custódia (5 casos); não comparecimento do réu à audiência de custódia (5 casos); decisão proferida por autoridade incompetente (2 casos); não homologação do flagrante (2 casos); falta de análise sobre a prisão pelo juiz que homologou o flagrante (1 caso); réu não estava acompanhado por advogado (1 caso); tortura policial (1 caso); ausência de apresentação do laudo toxicológico preliminar na audiência de custódia (1 caso); Ministério Público pediu pela concessão da liberdade provisória (1 caso); vícios na audiência de custódia (não especifica quais) (1 caso). Em quatro casos as "outras ilegalidades" foram apontadas conjuntamente com a não realização da audiência de custódia (sendo um caso de tortura policial, dois casos de não homologação do flagrante e um caso da decisão proferida por autoridade incompetente). Em três casos, duas "outras ilegalidades" foram apontadas conjuntamente (sendo um caso de "não comparecimento do réu" e "ausência de apresentação do laudo toxicológico preliminar", um caso de "excesso de prazo" e "não comparecimento do réu", e um caso em que foi alegado conjuntamente que o "réu não estava acompanhado por advogado" e que o "Ministério Público pediu a concessão de liberdade provisória").

16. Processos 0000380-18.2017.8.05.0000; 0001291-30.2017.8.05.0000; 0001204-74.2017.8.05.0000 e 0006269-50.2017.8.05.0000.

decisão colegiada sobre o mérito do *habeas corpus,* no período pesquisado. Como são decisões distintas, compostas por julgadores diferentes, ambas as decisões, de cada um desses processos, foram mantidas na amostra.

4.1. Indeferimento da liminar: ausência de ilegalidade explícita

No primeiro conjunto, de "indeferimento da liminar: ausência de ilegalidade explícita", foram coletados 32 casos, nos quais, o pedido de concessão da liminar foi negado por decisão monocrática[17]. Nessas decisões, afirma-se não haver ilegalidade evidente, requerendo-se, assim, maiores informações aos juízes de primeiro grau. Embora essas decisões "digam" pouco e pareçam bastante padronizadas, é importante estar atento ao "não dito", ou seja, à conclusão de que a não ocorrência de audiência de custódia não aparece como um caso de "ilegalidade evidente".

É comum na análise de decisões dos Tribunais brasileiros deparar-se com o fato de que a concessão de pedido liminar em ordens de *habeas corpus* é algo raro. Os Tribunais afirmam que se exige a comprovação de uma ilegalidade evidente, sendo *excepcional* a concessão da liminar. Dentre os requisitos comumente tidos como necessários para esse tipo de decisão, destacam-se os indícios de verossimilhança das alegações e o risco da demora, que caracterizem a urgência do pedido.

É possível afirmar que, mesmo quando não há dúvidas de que a audiência de custódia não foi realizada, o TJ-BA tem entendido, na grande maioria dos casos, não estarem presentes os requisitos para concessão da liminar, mesmo que o sujeito continue preso até que o pedido seja julgado em definitivo. Assim, o que importa destacar dessas decisões é que a "mera" alegação da não ocorrência da audiência de custódia (ainda que comprovada) não parece se constituir como ilegalidade suficiente a ensejar a concessão da ordem de *habeas corpus* em caráter liminar.

4.2. Não concessão em virtude de posterior decretação de preventiva

A segunda resposta apresentada pelo TJ-BA foi a "não concessão em razão de posterior decretação de preventiva", formando um conjunto de 28 decisões[18].

17. Em nenhum desses casos foi verificada a alegação de outra ilegalidade para além da não realização da audiência de custódia.

18. Em dois casos foram alegadas uma segunda ilegalidade, além da não ocorrência da audiência de custódia. Em um desses casos a defesa alega que a homologação do flagrante teria sido feita por autoridade incompetente (processo 0024274-57.2016.8.05.0000).

Essa lógica de que uma decisão de prisão posterior "resolve o problema" parece seguir o entendimento de que é possível reconhecer que houve uma ilegalidade durante algum tempo, sem que isso tenha consequências concretas para o sujeito preso ou para o processo. É a mesma lógica que foi incorporada no final do novo § 4º do art. 310, acrescentado pela Lei 13.964/2019.

Apesar de não haver propriamente o reconhecimento de que o *habeas corpus* como um todo está prejudicado, o argumento já antecipa um juízo de que a ilegalidade, se existiu, foi sanada. A argumentação desenvolvida pelo Tribunal sugere que a nova prisão decretada desobriga o Tribunal de analisar a ilegalidade apontada ou, ao menos, possibilita que não se atribua qualquer consequência a essa violação.

O tempo a que o sujeito está submetido à prisão sem realização da audiência de custódia não segue um padrão de coerência no conjunto das decisões. Este aspecto é essencial para problematização dos julgados, tendo em vista que a implementação da audiência de custódia buscou impor a apresentação rápida da pessoa presa a um juiz competente (MASI, 2016). Na amostra, é possível constatar alegações de falta de apresentação à autoridade judicial após mais de 100 dias de prisão[19], em que não foi considerada ilegalidade evidente, seja pela prisão ter sido decorrente de mandado seja pela decretação posterior de prisão.

Em uma das decisões analisadas é alegado que o impetrante não demonstrou a "ocorrência de prejuízo em decorrência dessa situação", afirmando-se ainda que "as garantias constitucionais foram observadas" e, por fim, que "a existência de possíveis vícios na efetivação da prisão restam superados com a prolação de novo título judicial"[20].

Essa decisão mostra-se emblemática em especial por três razões: (a) a não ocorrência de audiência de custódia por si só parece não caracterizar um prejuízo na visão destes desembargadores, o que constitui importante desvirtuação do instituto; (b) não se considera como uma violação constitucional a não ocorrência da audiência, não obstante estar o instituto previsto no Pacto de São José da Costa Rica; (c) a ideia de que a decretação da prisão preventiva é capaz de superar

Uma vez não ocorrida a audiência de custódia – e sem previsão que tal ocorresse – o juiz responsável pelo processo homologou o flagrante e decretou a preventiva sem ter qualquer contato com o réu. Em outro caso, foi alegada como segunda ilegalidade a ocorrência de tortura policial (processo 0022850-77.2016.8.05.0000).

19. Processo 0001204-74.2017.8.05.0000.

20. Processo 0021811-45.2016.8.05.0000.

eventuais ilegalidades ocorridas no flagrante e não analisadas em sede de audiência de custódia.

Essas premissas estabelecem uma noção de que a audiência de custódia é um ato dispensável, uma *formalidade fútil*, não havendo qualquer diferença para a prática dos atos seguintes se foi ou não realizada. Esse discurso também é revelador da pouca importância que se atribui aos objetivos da audiência. Se a falta da audiência em si não é capaz de mobilizar compreensões de prejuízo ao flagranteado e ao processo, o que dizer da má realização dos atos, como falta de apuração de violência na prisão ou individualização das cautelares?

É possível traçar um paralelo com outros casos no universo das decisões coletadas que representam processos em que, apesar de ter ocorrido a audiência de custódia, o sujeito preso não foi levado para participar do ato[21]. Nestes processos, o Tribunal considerou que não havia demonstração inequívoca de constrangimento ilegal. A dispensabilidade da presença do sujeito preso também é uma maneira de desvirtuar os objetivos e potencialidades da audiência, que busca garantir um contraditório qualificado neste momento processual, com oralidade, e presença obrigatória da defesa técnica e do próprio indivíduo.

A noção da ausência de comprovação do prejuízo e a "convalidação" de atos defeituosos têm a marca de uma tradição autoritária no campo do processo penal brasileiro. A "desformalização" do processo penal brasileiro tem como um dos aspectos centrais uma teoria de nulidades que exige a "comprovação do prejuízo" (GLOECKNER, 2017, 2018). Essa compreensão, que relativiza as nulidades processuais, enfraquece o sentido das formas jurídicas enquanto instrumento de contenção ao poder punitivo.

O argumento dos julgadores contra a concessão de liminares por falta de "ilegalidade gritante", somado ao entendimento de que uma decretação posterior de prisão preventiva "convalida" possíveis ilegalidades por erros ou falta da audiência de custódia, é uma explicação importante para o baixo número de concessões de liberdade.

Ao não conceder a ordem em caráter liminar e notificar a autoridade coatora para apresentar informações, o Tribunal acaba "dando uma chance" para que o juízo de primeiro grau dê uma decisão e "legalize" a situação do réu. Por analogia ao que Geraldo Prado (2014) chamou, no campo probatório, de "lavagem das provas ilícitas", pode-se falar aqui em um caso recorrente de "lavagem de prisões ilegais".

21. Processos 0025394-38.2016.8.05.0000; 0002342-76.2017.8.05.0000 e 0005709-11.2017.8.05.0000.

A situação é especialmente grave nos casos em que os indícios de materialidade do crime foram exclusivamente produzidos a partir do flagrante, como é recorrente nos crimes de tráfico de drogas e contra o patrimônio. É evidente que uma decisão posterior ao momento da audiência de custódia reduz significativamente as chances de comprovar a ilegalidade de atos praticados no momento da prisão. É um dado importante, a falta de análise desses aspectos pelo Tribunal ao indeferir a liminar nos casos em que não foi realizada a audiência. A falta de audiência parece, aos olhos do Tribunal, não significar a negativa de objetivos essenciais que este ato deve cumprir.

Uma das decisões, ao analisar a validade da prisão, afirmou que: "a regularidade da audiência de custódia não constitui requisito para a validade da decretação da prisão preventiva, cujos pressupostos estão descritos no art. 312 c/c art. 313, ambos do CPP"[22]. No mesmo sentido, outras duas decisões:

> "No que se refere à ausência de realização de audiência de custódia, cumpre ressaltar que, embora reconhecida a importância da referida assentada prevista em tratados internacionais, a inocorrência desta não implica, necessariamente, na nulidade do decreto preventivo, principalmente se demonstrada que a imposição da segregação cautelar se adequa às normas constitucionais e processuais penais hodiernas. É o que acontece no caso concreto, no qual houve regular decretação da prisão preventiva por autoridade competente, nos exatos termos do que dispõem os artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal[23].
>
> Deixo de acolher, também, a alegação de ilegalidade da prisão face a não-realização da audiência de custódia, eis que - inobstante consista em importante instrumento para humanizar e imprimir celeridade às decisões acerca das prisões em flagrante, diminuindo o número de encarcerados provisoriamente - sua não-realização não desnatura a legalidade da decisão singular, especialmente porque o próprio Magistrado a quo, em análise imediata dos autos, houve por bem manter o Acusado segregado[24]."

É interessante observar que apesar de reconhecer objetivos centrais da audiência de custódia, o Tribunal – em ambos os casos – afirma que a não realização desta não tem qualquer efeito sobre a legalidade da prisão imposta.

22. Processo 0022378-76.2016.8.05.0000.
23. Processo 0006717-23.2017.8.05.0000.
24. Processo 0003273-79.2017.8.05.0000.

É notável que em um desses casos, em que houve posterior decretação de preventiva, a defesa alegou também a ocorrência de tortura policial[25]. Em relação a esta alegação, o tribunal aponta a "inexistência de indícios de tortura policial no caso concreto", sendo necessário "prova preconstituída do quanto alegado que não restou produzida". Considerando que a identificação, prevenção e repressão de casos de tortura pela polícia é um dos objetivos da implementação da audiência de custódia, conforme a Portaria 213/2015 do CNJ, a decisão está marcada por uma grave contradição.

Em outra decisão, o Tribunal afirmou que: "eventuais nulidades na audiência de custódia, e até mesmo a sua não realização, não têm o condão de macular o decreto de prisão preventiva, que reclama pressupostos e requisitos próprios"[26]. Quase a totalidade dos casos submetidos à análise do Tribunal referem-se a situações de prisões em flagrante, que não raro contém toda a prova que vai servir de base para a acusação, como observou Monteiro (2019).

A prática de tortura, como no exemplo mencionado, pode significar a nulidade de todo o suporte probatório produzido no momento do flagrante, como nos casos de confissões forçadas e entradas ilegais em domicílio mediante o uso de violência.

Outra questão frequentemente mobilizada nas decisões é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema, demonstrando uma preocupação de alinhamento com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, que quase sempre aparece de maneira direcionada, a depender do tema. Na amostra, foram muitas referências a decisões do STJ, como no exemplo a seguir:

> "No esteio do entendimento assentado no Superior Tribunal de Justiça, eventuais vícios atinentes à homologação da prisão em flagrante, inclusive quanto à não realização da audiência de custódia, restam prejudicados com a superveniente decretação da prisão preventiva, por se cuidar de novo título, assentado em requisitos próprios[27]."

Os achados de pesquisa se colocam no mesmo sentido das conclusões apresentadas por Luciana Monteiro (2019) em trabalho sobre a postura do TJ-BA em relação à audiência de custódia. A autora pontua que o entendimento majoritário

25. Processo 0022850-77.2016.8.05.0000.
26. Processo 0006981-40.2017.8.05.0000.
27. Processo 0162633-73.2016.8.05.0909.

no Tribunal adota "sem reservas, o entendimento do STJ", dispensando a realização da audiência de custódia quando já foi convertida em preventiva.

Foi uma constante nas decisões analisadas a alegação de que a não ocorrência de audiência de custódia trata-se de "mera irregularidade", expressão que apareceu em 4 diferentes julgados. Essa "mera irregularidade" seria superável, então, pela decretação da prisão preventiva. Reforça-se assim a noção de que no Tribunal a não ocorrência da audiência de custódia não é encarada como frontal violação de direitos, mas mera irregularidade procedimental.

Também chama atenção um caso em que se afirmou a desnecessidade da apresentação em audiência de custódia porque o réu não teria sido preso em flagrante, mas em virtude de mandado de prisão[28]:

> "Quanto à não realização de audiência de custódia, de início, cumpre observar que o Paciente não foi preso em flagrante, descabendo a sua apresentação imediata. O Paciente foi custodiado cautelarmente por força de mandado de prisão preventiva, uma vez que a Autoridade Policial ofereceu respectiva representação [...]. Além disso, observo que, uma vez decretada a prisão preventiva do Paciente, resta superada a necessidade de realização de audiência de custódia, segundo inteligência dos seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça."

Este entendimento dos Tribunais, restringindo o procedimento aos casos de flagrante, reforça uma concepção estreita das funções da audiência de custódia, contrariando tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos, que menciona a necessidade de apresentação de "toda pessoa detida", em seu item 7.5, como a Resolução 213/2015 do CNJ, que estabelece expressamente a necessidade da audiência de custódia para prisões decorrentes de mandados, em seu art. 13[29].

Franco (2018) destaca que, mesmo nas prisões para cumprimento de pena, o procedimento é necessário, pois pode ser que tenha havido violência ou tortura no momento da prisão, que o caso esteja prescrito ou a necessidade de fazer alguma adequação no caso concreto.

A audiência de custódia como mecanismo de garantia da integridade física e psicológica não pode ser negada às pessoas custodiadas em razão de mandados

28. Processo 0001204-74.2017.8.05.0000.

29. Em 2017, a restrição das audiências de custódia para casos de prisão em flagrante promovida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ) motivou a Defensoria Pública daquele estado a mover uma Reclamação junto ao STF (Rcl 29.303/RJ), que teve negado seguimento de forma monocrática, mas há recurso ainda pendente de julgamento.

de prisão. Este entendimento ignora – ou deliberadamente oculta – a violência de operações de investigação e cumprimento de mandados de prisão contra sujeitos criminalizados por crimes de drogas e contra o patrimônio. O cumprimento de mandados de prisão, nem de longe, representa um cenário isento de violência, invasão e depredação de domicílio e tortura.

Essa dinâmica se insere no contexto de uma tendência jurisprudencial de desinteresse por responsabilizar policiais que agem com uso excessivo da força, esvaziando o papel do Poder Judiciário de filtro de legalidade da atividade da polícia (FREITAS, 2020). O discurso apresentado pelo Tribunal representa o descompromisso com o controle da legalidade no cumprimento de mandados de prisão, afirmando que, nem em tese, haveria motivo para que o sujeito fosse levado à presença de um juiz.

4.3. Circunstâncias que impedem a análise do habeas corpus

Nessa categoria, foram enquadradas 6 decisões que tratavam de situações diversas: o réu teria sido posteriormente colocado em liberdade pelo juiz de 1ª instância[30]; ocorrência da audiência de custódia posterior à impetração (com decretação de prisão domiciliar)[31]; absolvição do paciente posterior à impetração do *habeas*[32] e publicação posterior da sentença condenatória que condenou o réu à pena de prisão em regime aberto[33]. Em todas essas decisões, foi alegada pelo tribunal a "perda de objeto".

Apenas por uma compreensão equivocada, que limita a audiência de custódia a uma decisão sobre liberdade/prisão, é possível afirmar que a decisão que coloca o paciente em liberdade faz "perder o objeto" do *habeas corpus* que sustenta a ilegalidade da prisão por falta da audiência de custódia. A potencialidade da audiência em ampliar a proteção de direitos do acusado passa, por exemplo, pela garantia da integridade física e psicológica da pessoa presa (PAIVA, 2018), devendo ser observado o protocolo de verificação da tortura constante na Resolução 213/2015 do CNJ.

A audiência de custódia cria possibilidades de apuração das circunstâncias em que as prisões ocorreram, em um procedimento oral com contraditório, antes

30. Processos 0024074-50.2016.8.05.0000; 0013994-27.2016.8.05.0000; 0022837-78.2016.8.05.0000.

31. Processo 0021928-36.2016.8.05.0000.

32. Processo 0162560-04.2016.8.05.0909.

33. Processo 0162561-86.2016.8.05.0909.

do oferecimento da denúncia. Nesse sentido, a audiência funciona como espaço que pode "romper silenciamentos documentais" (ROMÃO, 2020).

É preciso observar que, mesmo nas audiências realizadas, nota-se erros evidentes e uma grande margem de invisibilização no que diz respeito às violências policiais no momento da prisão (ROMÃO, 2017; HERNANDES; BARRETO; MATOS, 2019). Essas circunstâncias, inclusive, podem ser fundamentais para a instrução do processo e valoração das provas no momento da sentença.

Nas pesquisas mais recentes, há diversos relatos de decisões proferidas sem a realização da audiência, mesmo com o sujeito presente no Núcleo de Prisão em Flagrante. Esses procedimentos informais, que por vezes acontecem nos corredores, são conhecidos no NPF como "paredão" (ROMÃO, 2020). Esta prática é um indicativo importante de como há, também em primeiro grau, uma noção de que a decisão sobre a liberdade já é suficiente para cumprir os objetivos da audiência de custódia.

Se as decisões que declaram a "perda do objeto" são acertadas em casos em que há absolvição do acusado, por exemplo, em outros, elas revelam uma concepção limitada da audiência, que lhe reduz a importância e os objetivos. Na maneira como o Tribunal procede há certa inversão ideológica a respeito das finalidades das audiências, que contrasta com o discurso institucional. O que era para representar uma garantia da pessoa presa torna-se um momento dispensável, que não precisa ser cumprido se há uma nova decisão judicial.

4.4. Concessões de ordem: reconhecendo a ilegalidade das prisões

Em 6 casos o Tribunal entendeu que seria cabível a concessão da ordem de *habeas corpus*[34]. Um deles apresenta uma posição excepcional no Tribunal de Justiça da Bahia, maximizando o alcance da audiência de custódia ao reconhecer a ilegalidade da decisão de primeiro grau que, mesmo após o relaxamento da prisão em flagrante, impôs nova ordem de prisão preventiva contra o paciente[35]:

34. Em dois casos, a defesa alegou não apenas que a audiência de custódia não ocorreu, mas também que o flagrante não havia sido homologado (processos 0007678-61.2017.8.05.0000 e 0000128-15.2017.8.05.0000). Tal situação fez com que os réus ficassem 15 dias presos sem que qualquer juiz tenha analisado o caso – em razão da inexistência de juiz na Vara Crime da comarca. A ausência de homologação pode ter ocorrido em outros casos em que a audiência não foi realizada, mas como nestes casos a questão foi expressamente alegada pela defesa e discutida pelo Tribunal, achamos importante incluir esta observação.

35. Processo 0020561-74.2016.8.05.0000.

> "Em consonância com os informes da autoridade, indigitada coatora, em 20 de outubro de 2016, prolatou-se decisão, relaxando a custódia instantânea do paciente e decretando a sua prisão preventiva. De logo, vislumbra-se, na segregação cautelar arrostada, ilegalidade, a ser proclamada, ex officio, por esta Segunda Turma Criminal. Desfibrando-se, geneticamente, os autos, vislumbra-se ter havido o descumprimento da norma, residente, na Resolução 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, bem como no Provimento Conjunto 1/2016, deste Tribunal de Justiça, atinente à necessidade de realização da audiência de custódia da pessoa presa, em flagrante, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas da comunicação do flagrante."

Este é o único caso de toda amostra em que a não realização da audiência de custódia, aparece, por si só, como uma violação grave à legalidade, impondo como consequência direta a restituição da liberdade do sujeito.

Há mais duas decisões judiciais que reconheceram a ilegalidade da prisão, conjugando outros argumentos com a não realização da audiência de custódia. Na primeira, a falta da audiência de custódia é mobilizada ao lado da ausência de decisão que convertesse a prisão em flagrante em prisão preventiva. Trata-se de caso em que a prisão em flagrante durava quinze dias, no momento da impetração:

> "Considerando que os Pacientes foram presos em 11/04/2017, e que os mesmos se encontram custodiados há 15 (quinze) dias sem que tenha sido realizada audiência de custódia ou convertida a prisão em flagrante em preventiva, inexistindo expectativa de que tais atos sejam praticados ante a falta de juiz na Vara Crime da Comarca de Alagoinhas, resta afrontado o disposto no artigo 1º da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, bem como o artigo 310, I, II e III do Código de Processo Penal (...). Nestas condições, os Pacientes sofrem constrangimento ilegal em seus direitos de ir e vir (art. 647 c/c art. 648, I e II do CPP), cabendo a concessão liminar da ordem de habeas corpus. Por outro lado, ad cautelam e à luz do artigo 282, I do Código de Processo Penal, entendo ser cabível a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, visando um acompanhamento das atividades dos Pacientes, como forma de garantir a instrução processual e eventual aplicação da lei penal."[36]

Na segunda decisão, a não realização da audiência aparece ao lado da decretação da prisão de ofício, tendo sido reconhecida a nulidade da decisão e restituída a liberdade ao paciente[37]. Neste caso, apesar de não ser possível atribuir a

36. Processo 0007678-61.2017.8.05.0000.

37. Processo 0021008-62.2016.8.05.0000.

concessão da ordem unicamente à não realização da audiência, há um sentido de obrigatoriedade na realização do ato:

> "De se ter em mente que a necessidade de realização da audiência de apresentação decorre da escorreita aplicação de alicerces constitucionais, penais e processuais específicos, sobretudo, dos Princípios da ampla defesa, da dignidade da pessoa humana, da presunção da inocência, da verdade real e da duração razoável do processo. Pode ser entendida como indispensável maneira de acesso à jurisdição criminal, consubstanciando-se em norma supralegal que salvaguarda a liberdade pessoal e em meio de ampla defesa ao custodiado. Resta a meu ver evidenciada, portanto, a desmedida demora na realização da audiência de custódia, em flagrante violação ao Princípio da razoabilidade. [...]. Da hermenêutica do referido artigo, extrai-se a norma de que a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz somente poderá ocorrer no curso da ação penal, sendo necessária, na fase inquisitorial, a prévia representação do Ministério Público ou da Autoridade Policial para a expedição do édito segregacional. Não se desconhece que parte da jurisprudência dos Tribunais Superiores entende ser inaplicável tal regra na hipótese de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Todavia, cabe atentar que, no caso concreto, houve uma sucessão de questionáveis atos judiciais que geraram, por conseguinte, inegável ofensa a direitos constitucionalmente assegurados ao Paciente. Isto porque a ausência de realização da audiência de custódia, aliada à inexistência de representação policial pela decretação da custódia preventiva e, principalmente, à falta de parecer prévio do órgão ministerial acerca da legalidade e prescindibilidade da medida cautelar extrema impossibilitou, ao Paciente, o efetivo exercício do aclamado contraditório prévio. [...]. Desse modo, outro caminho não há senão ter por nula a Decisão impugnada, nos termos do art. 5.º, inciso LIV, da Constituição Federal, tornando-se de rigor a concessão da pleiteada Ordem de Habeas Corpus."

Essa decisão também estabelece de forma direta que não é possível ao magistrado decretar prisão de ofício na fase de audiência de custódia, já que ainda não há ação penal em curso. Esse entendimento, apesar de sustentado por boa parte da doutrina (FRANCO, 2018; LOPES JR., 2013), também representa uma exceção no próprio Tribunal de Justiça da Bahia e destoa da jurisprudência dos Tribunais Superiores[38].

38. No ano de 2020, após o período analisado neste trabalho, ocorreram julgamentos importantes no Supremo Tribunal Federal (HC 188.888/MG, em 06.10.2020) e no Superior Tribunal de Justiça (HC 583.995/MG, em 15.09.2020) que abordam esta questão.

Em um quarto caso, a ordem foi concedida pela falta de fundamentação suficiente no decreto prisional, afirmando-se que esta estava "abstratamente fundamentado na necessidade de garantir a ordem pública, apenas fazendo menção ao modus operandi, sem indicar qual, e a significativa quantidade de droga apreendida"[39]. A não ocorrência da audiência custódia[40] não serviu de fundamento à decisão, mas sim o fato de o réu apresentar "condições pessoais favoráveis, como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito"[41].

Há ainda um quinto caso em que a ordem também não foi concedida pela falta da audiência de custódia, mas sim pela "ausência de decreto constritor apto a manter o paciente no cárcere", uma vez que sequer houve homologação do flagrante[42]. Neste caso, inclusive, antes da concessão definitiva da ordem havia sido concedida a medida liminar.

Além destes cinco casos, há um sexto acórdão em que foi concedida a ordem, mas não é possível saber ao certo as razões da decisão, pois apenas o voto do relator – que foi vencido – foi disponibilizado no sistema do Tribunal de Justiça[43]. De todo modo, é possível perceber do voto vencido que se trata de um caso em que a audiência de custódia não foi realizada, mas foi decretada a prisão preventiva dos pacientes. Porém, não é possível saber se esta foi a razão da concessão da ordem ou se foram acolhidos outros pedidos feitos no *habeas corpus*. Este é o único caso dentre os seis que tiveram decisão monocrática e acórdão coletados, em que a liminar foi indeferida, mas houve concessão da ordem, dois meses depois.

Essas poucas concessões, se aproximam do que Monteiro (2019) identificou como uma postura minoritária no TJ-BA, que entende como obrigatória a realização da audiência. Curiosamente, há certo equilíbrio na distribuição destas poucas decisões entre turmas tidas como mais *garantistas* e *conservadoras*, sendo

39. No trabalho coordenado por Hernandes, Barreto e Matos (2019) nota-se um número significativo de decisões proferidas em sede de audiência de custódia com fundamentação considerada insuficiente: 32% das decisões não se manifestaram sobre a legalidade, 18% não indicavam prova de materialidade e 25% não traziam elementos que comprovassem os indícios de autoria.

40. A decisão refere-se expressamente ao entendimento do STJ, afirmando que: "Conforme entendimento do STJ, a ausência da audiência de custódia não gera nulidade na prisão, uma vez que não restou comprovada, de plano, a violação de nenhuma garantia constitucional ou processual do paciente".

41. Processo 0019312-88.2016.8.05.0000.

42. Processo 0000128-15.2017.8.05.0000.

43. Processo 0006269-50.2017.8.05.0000.

que apenas uma das quatro turmas não apresentou qualquer decisão de concessão da ordem.

5. Considerações finais

Este artigo se insere no conjunto de pesquisas que procura analisar aspectos importantes na prática das audiências de custódia no Brasil, considerando que há um paradoxo entre o discurso institucional sustentado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e o conteúdo de suas decisões judiciais.

Por um lado, o Tribunal tem sustentado um discurso de enaltecimento da implementação da audiência de custódia no estado da Bahia, afirmando seu pioneirismo e sucesso na implementação deste instituto. Controlar o superencarceramento, humanizar e aumentar a celeridade dos processos, melhorar a qualidade das decisões e avaliar casos de tortura e maus-tratos são alguns dos objetivos declarados pelo Tribunal através das notícias em seu portal.

De outro lado, quando o Tribunal se depara com processos concretos de *habeas corpus*, em que são indicadas ilegalidades a partir da falta de realização da audiência de custódia, há uma mudança significativa desse registro. Diversos argumentos apresentados nas decisões judiciais buscam reduzir e relativizar a importância da realização das audiências. Prevalece no Tribunal de Justiça da Bahia a noção de que a falta da audiência é mera regularidade ou, pelo menos, uma violação que não pode ter repercussão no estado de liberdade do sujeito, especialmente quando há uma nova decisão judicial, independente da realização do procedimento devido.

A partir deste estudo, ao retratar os descompassos entre os discursos institucionais e as decisões dos casos concretos, a importância de se pesquisar as práticas judiciais, para além da adesão a modelos ideais de organização da justiça penal.

É possível considerar também a hipótese de que as posições institucionais dos Tribunais não refletem, muitas vezes, a visão majoritária da magistratura sobre o tema. Os descompassos entre os grupos que ocupam a Presidência de determinado órgão e seus pares podem ser um fator determinante na construção desse paradoxo.

Neste estudo, não foi identificada qualquer distinção relevante entre as Turmas do Tribunal tratadas como "mais progressistas" ou mais "linha-dura". Em ambas, a não realização da audiência de custódia foi relativizada, sendo excepcionais as manifestações que reconheceram a nulidade do ato. Este reconhecimento, muitas vezes, não guarda um sentido de maior gravidade em comparação

com os casos denegados, o que acende uma luz de alerta sobre a possibilidade de estarmos diante de decisões casuísticas.

O contraste entre os discursos institucionais do Tribunal e o conteúdo de suas decisões indica um caminho importante para a pesquisa acadêmica, ajudando a aplicação prática do instituto e apontando para os desafios de um programa que busca ampliar o alcance das garantias judiciais contra o poder punitivo estatal.

6. Referências

CHOUKR, Fauzi Hassan. Audiência de custódia: resultados preliminares e percepções teórico-práticas. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; AFLEN, Pablo Rodrigo (Org.). *Audiência de custódia*: da boa intenção à boa técnica. Porto Alegre: FMP, 2016. p. 105-126.

DUCLERC, Elmir; FERNANDES, Daniel Fonseca. A audiência de custódia na perspectiva de uma teoria do processo penal agnóstica. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo (Org.). *Audiência de custódia*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. 4. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

FRANCO, José Henrique Kaster. *Manual da audiência de custódia*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

FREITAS, Felipe da Silva. *Racismo e polícia:* uma discussão sobre mandato policial. 2020. 264 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade da Brasília, Brasília, 2020.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo-Blanch, 2018. v. 1.

HERNANDES, Camila; BARRETO, Ana Luisa Leão de Aquino; MATOS, Lucas Vianna (Coord.). Relatório final de atividades: grupo de pesquisa sobre audiências de custódia – convênio de cooperação técnico-científica TJ/BA e IBADPP. In: CALDAS, Diana Furtado; ANDRADE, Gabriela Lima; RIOS, Lucas P. Carapiá. *Arquivos da resistência*: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2019. p. 459-510.

LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTEIRO, Luciana. O posicionamento dos Tribunais acerca da (não) realização da audiência de custódia. In: CALDAS, Diana Furtado; ANDRADE, Gabriela Lima; RIOS, Lucas P. Carapiá. *Arquivos da resistência*: ensaios e anais do

VII Seminário Nacional do IBADPP. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2019. p. 377-391.

PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: CEI, 2018.

PIRES, Álvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean et al. *A pesquisa qualitativa*. Enfoques epistemológicos e metodológicos. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 154-211.

PRADO, Daniel Nicory do. Audiência de Custódia em Salvador: pesquisa empírica participante em seu primeiro mês de implementação. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 276, p. 2-3, nov. 2015.

PRADO, Daniel Nicory do. O tempo da Audiência de Custódia: pesquisa empírica participante no Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 282, p. 3-4, maio 2016.

PRADO, Daniel Nicory do. *A prática da audiência de custódia*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controle epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROMÃO, Vinícius de Assis. A violência estatal contra pessoas presas em flagrante e a observação de audiências de custódia em Salvador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 128, a. 25, p. 307-345, fev. 2017.

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.

ROORDA, João Guilherme Leal; MATOS, Lucas Vianna; BARRETO, Ana Luisa Leão de Aquino. A economia política do pacote "anticrime". *Boletim IBCCRIM*, ano 27, n. 318, p. 30-33, maio 2019.

Legislação

MARANHÃO. Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Maranhão. *Provimento 21/2014*. São Luís: Tribunal de Justiça, 2014. Disponível em: [www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/31/publicacao/407412]. Acesso em: 26.04.2020.

Anexo A – Notícias no site do TJ-BA

Data da publicação	Título da publicação
24.08.2015	Presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, vem à Bahia lançar audiência de custódia
25.08.2015	Audiência de custódia prevê apresentação obrigatória do preso em flagrante ao juiz

Data da publicação	Título da publicação
27.08.2015	TJ-BA adere à audiência de custódia com a presença do ministro Ricardo Lewandowski
09.09.2015	Núcleo de prisão em flagrante comemora dois anos de instalação
14.09.2015	Criador do núcleo de prisão em flagrante, juiz Cláudio Daltro lembra pioneirismo do TJ-BA
15.09.2015	TV justiça destaca trabalho desenvolvido pelo núcleo de prisão em flagrante do TJ-BA
11.12.2015	TJ-BA firma termos de cooperação voltados às audiências de custódia e à celeridade processual
08.01.2016	Audiências de custódia: núcleo de prisão em flagrante ganha nova sede nesta sexta-feira (8)
21.03.2016	Abertas as inscrições para a capacitação das audiências de custódia
30.03.2016	Plantão judiciário de 1º grau começa a fazer audiência de custódia e muda endereço de atuação
05.04.2016	Audiências de custódia são regulamentadas em provimento da presidência e corregedorias
08.04.2016	Workshop audiência de custódia promovido pela Unicorp tem 202 magistrados inscritos
11.04.2016	Audiências de custódia: TJ-BA avança com capacitação de magistrados
09.05.2016	Candeias realiza primeira audiência de custódia: projeto avança pelo interior
09.05.2016	São Desidério inova e audiência de custódia é realizada por videoconferência
17.05.2016	Acusado tem liberdade provisória na primeira audiência de custódia da vara crime de alagoinhas
30.05.2016	Audiências de custódia: medida da Corregedoria-Geral agiliza cumprimento de mandados
16.06.2016	Núcleo de prisão em flagrante cumpre citações e agiliza processos nas varas criminais
27.06.2016	Audiências de custódia entram em pauta na vara crime da comarca de Alagoinhas

Data da publicação	Título da publicação
12.07.2016	Vara crime de Alagoinhas realiza audiência de custódia em hospital
15.07.2016	Senado aprova em primeiro turno projeto que regulamenta audiências de custódia
20.07.2016	Relacionamento entre poderes judiciário e executivo é tema de reunião do pacto pela vida
27.07.2016	Comarca de Vitória da Conquista realiza primeira audiência de custódia em unidade hospitalar
07.12.2016	Pacto pela cidadania: temas da área criminal dominam segundo encontro
16.01.2017	Coletiva de quarta-feira (18) vai tratar da crise no sistema prisional
16.02.2017	Pacto pela vida: TJ-BA vai instalar núcleo de prisão em flagrante em Feira de Santana
03.03.2017	Carnaval: plantão do TJ-BA realiza 122 audiências de custódia
03.03.2017	Escola nacional de magistratura promove curso de audiência de custódia em Brasília

Anexo B – Processos judiciais

Processo	Número
1	0025446-34.2016.8.05.0000
2	0025330-28.2016.8.05.0000
3	0000296-17.2017.8.05.0000
4	0000380-18.2017.8.05.0000
5	0024508-39.2016.8.05.0000
6	0022378-76.2016.8.05.0000
7	0022203-82.2016.8.05.0000
8	0019312-88.2016.8.05.0000
9	0020561-74.2016.8.05.0000
10	0021008-62.2016.8.05.0000
11	0001204-74.2017.8.05.0000

Processo	Número
12	0000260-72.2017.8.05.0000
13	0021811-45.2016.8.05.0000
14	0001291-30.2017.8.05.0000
15	0022619-50.2016.8.05.0000
16	0023861-44.2016.8.05.0000
17	0022739-93.2016.8.05.0000
18	0021928-36.2016.8.05.0000
19	0024074-50.2016.8.05.0000
20	0002658-89.2017.8.05.0000
21	0022837-78.2016.8.05.0000
22	0022850-77.2016.8.05.0000
23	0013994-27.2016.8.05.0000
24	0024832-29.2016.8.05.0000
25	0003273-79.2017.8.05.0000
26	0021321-23.2016.8.05.0000
27	0003786-47.2017.8.05.0000
28	0003266-87.2017.8.05.0000
29	0025102-53.2016.8.05.0000
30	0001248-93.2017.8.05.0000
31	0000380-18.2017.8.05.0000
32	0004819-72.2017.8.05.0000
33	0005584-43.2017.8.05.0000
34	0162633-73.2016.8.05.0909
35	0006269-50.2017.8.05.0000
36	0000128-15.2017.8.05.0000
37	0001204-74.2017.8.05.0000
38	0006361-28.2017.8.05.0000

Processo	Número
39	0006359-58.2017.8.05.0000
40	0019758-91.2016.8.05.0000
41	0006785-70.2017.8.05.0000
42	0007188-39.2017.8.05.0000
43	0003320-53.2017.8.05.0000
44	0004174-47.2017.8.05.0000
45	0021245-96.2016.8.05.0000
46	0007493-23.2017.8.05.0000
47	0003298-92.2017.8.05.0000
48	0007729-72.2017.8.05.0000
49	0006717-23.2017.8.05.0000
50	0007678-61.2017.8.05.0000
51	0003713-75.2017.8.05.0000
52	0001291-30.2017.8.05.0000
53	0023953-22.2016.8.05.0000
54	0007679-46.2017.8.05.0000
55	0003492-92.2017.8.05.0000
56	0008361-98.2017.8.05.0000
57	0024274-57.2016.8.05.0000
58	0006981-40.2017.8.05.0000
59	0162560-04.2016.8.05.0909
60	0162561-86.2016.8.05.0909
61	0009261-81.2017.8.05.0000
62	0009121-47.2017.8.05.0000
63	0006482-56.2017.8.05.0000
64	0006187-19.2017.8.05.0000
65	0023843-23.2016.8.05.0000

Processo	Número
66	0006621-08.2017.8.05.0000
67	0011770-82.2017.8.05.0000
68	0008383-59.2017.8.05.0000
69	0008853-90.2017.8.05.0000
70	0012778-94.2017.8.05.0000
71	0012590-04.2017.805.0000
72	0006269-50.2017.8.05.0000

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Para além dos encontros: tramas de um controle antinegro entre o dentro e o fora das audiências de custódia, de Vinícius de Assis Romão – *RBCCrim* 174/283-315 (DTR\2020\14450);
- A ADI 6.841 E a audiência de custódia por videoconferência, Editorial RT – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 17 (DTR\2021\9526); e
- Prisões brasileiras: o descumprimento da lei pelo próprio Estado, de Cristina Zackseski e Beatriz Vargas Ramos – *RBCCrim* 139/143-170 (DTR\2017\7103).

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- *RT* 999/769 (JRP\2018\1103633), *RT* 988/525 (JRP\2017\32754); e
- Conteúdo exclusivo Web: JRP\2021\663145, JRP\2021\684282.

Veja também Legislação relacionada ao tema

- Art. 310 do CPP (LGL\1941\8).

Criminologia

A criminologia francesa em disputa (1980-2020): querelas disciplinares e reações ao controle político da ciência

La criminologie française en litige (1980-2020): des questions disciplinaires et des réactions au contrôle politique de la science

Francisco Thiago Rocha Vasconcelos

Pós-doutorado em Sociologia – Universidade Federal de São Carlos (UFSCar), em 2016. Doutorado em Sociologia – Universidade de São Paulo (USP), em 2014, com estágio sanduíche no *Centre de Recherches Sociologiques sur le Droit et les Institutions Pénales* (CESDIP), França, em 2013. Mestrado em Sociologia – Universidade Federal do Ceará (UFC), em 2009. Graduação em Ciências Sociais – UFC, 2007. Professor da Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira (UNILAB), no Ceará. Coordenador do Curso de Licenciatura em Sociologia (2018-2020).
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-3807-3187].
fvasconcelos@unilab.edu.br

Recebido em: 21.07.2020
Aprovado em: 15.05.2021
Última versão do autor: 21.06.2021

Áreas do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Resumo: O presente trabalho aborda a construção da insegurança como problema público na França e sua repercussão na proposta de institucionalização de uma "nova criminologia" na universidade francesa nos anos 2000. Através de revisão bibliográfica e pesquisa documental, observou-se, de um lado, a concorrência pela afirmação de paradigmas de explicação no Direito, na Psiquiatria e na Sociologia, e a expansão e diversificação das redes de pesquisa e ensino; de outro, as mudanças nas formas de administração dos conflitos e de controle do crime, que se relacionam com a construção da insegurança como *problema público* (CEFAÏ, 2007), base para o projeto de uma criminologia interdisciplinar como ciência a serviço do poder político (MUCCHIELLI, 2014; 2017). Essa proposta atualizará uma disputa histórica

Résumé: Cet article présent la construction de l'insécurité comme problème public en France et ses répercussions sur la proposition d'institutionnalisation d'une « nouvelle criminologie » à l'université française dans les années 2000. Grâce à la revue bibliographique et à la recherche documentaire, on a observé une concurrence pour l'affirmation de paradigmes d'explication en droit, en psychiatrie et en sociologie, ainsi que l'expansion et la diversification des réseaux de recherche et d'enseignement; d'autre part, l'évolution des formes de gestion des conflits et de lutte contre la criminalité, qui portent sur la construction de l'insécurité en tant que *problème public* (CEFAÏ, 2007), base du projet de criminologie interdisciplinaire au service du pouvoir politique (MUCCHIELLI, 2014; 2017). Cette proposition mettra

pela definição da Criminologia como campo de estudos, de ensino e de profissionalização, sustentada por distintas comunidades epistêmicas (ENGUELÉGUÉLÈ, 1998; 2010) interessadas no controle das políticas penais e de segurança: a "criminologia do *passage à l'acte*", auxiliar do sistema penal na repressão e no tratamento do criminoso, e a "sociologia da reação social", crítica das formas de controle penal e securitário dos conflitos sociais.

Palavras-chave: França – Criminologia – Universidade – Insegurança – Problema Público.

à jour un différend historique sur la définition de la criminologie comme domaine d'études, d'enseignement et de professionnalisation, soutenu par différentes *communautés épistémiques* (ENGUELÉGUÉLÈ, 1998; 2010) intéressées par le contrôle des politiques criminelles et de sécurité: la « criminologie du passage à l'acte », auxiliaire du système criminel dans la répression et le traitement du criminel et la «sociologie de la réaction sociale », critique des formes de contrôle criminel et sécuritaire des conflits sociaux.

Mots-clés: France – Criminologie – Université – Insécurité – Problème public.

Sumário: 1. Apresentação. 2. O debate público sobre insegurança e os saberes sobre o crime na França (1980-2020). 3. Uma criminologia de Estado?. 4. O conflito entre as "duas criminologias". 5. Considerações finais. 6. Bibliografia.

1. Apresentação[1]

O nosso objetivo será analisar a constituição da insegurança como problema público na França a partir dos anos 1980 e sua repercussão em controvérsias sobre a identidade da Criminologia como campo de estudos, disciplina e profissão na França a partir dos anos 2000. Esse processo acarretou impactos no campo científico e no sistema universitário, através da criação de novas instituições de pesquisa e de cursos relacionados à delinquência, à segurança pública e à justiça penal, bem como inovações no campo do controle do crime e da manutenção da ordem.

Para a devida compreensão desse contexto, é necessário reconstruir um pouco das linhas gerais do percurso histórico do que se convencionou nomear

1. O presente texto apresenta os primeiros resultados de "estágio-sanduíche" realizado na França entre dezembro de 2012 e setembro de 2013, com o apoio do CNPq. Contamos com a supervisão de René Levy – pesquisador em sociologia e história da polícia e também dedicado à discussão sobre a criminologia – e com a estrutura do *Centre de Recherches Sociologiques sur le Droit et les Institutions Pénales* (CESDIP), vinculado à *Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines* e ao Ministério da Justiça francês. Fizemos também uso de outras instituições, como os arquivos da *Association Française de Criminologie* (AFC).

Criminologia desde sua origem, que teve, na França uma importante referência em seu momento de afirmação inicial, com a "Escola de Lyon" no século XIX (KALUSZYNSKI, 2002; RENNEVILLE, 2017). Essa "Escola" era integrada fundamentalmente por médicos, mas também juristas, e realizava contraponto às teses da "Antropologia criminal" ou

> "Escola Positiva italiana (Lombroso, Garofalo e Ferri), que enfatizava origens biológicas e fisionômicas para a distinção entre o homem delinquente e o não delinquente. Como contraponto, a 'Escola de Lyon', cujo principal expoente foi Alexandre Lacassagne (1843-1924), enfatiza que estas diferenças não seriam produto da natureza individual, mas do "meio social".

Outros dois nomes importantes que, posteriormente irão concorrer pela renovação ou contestação das duas perspectivas supracitadas serão Gabriel Tarde e Émile Durkheim (KALUSZYNSKI, 2002; RENNEVILLE, 2017). O primeiro pretendeu desvincular o estudo da criminalidade da antropologia criminal, afirmando uma psicossociologia da imitação. Assim, a partir das leis da imitação e da pedagogia social seria possível explicar os modelos repetitivos de comportamento criminal e entender suas causas sem apoio na teoria da hereditariedade, da doença ou das influências do meio físico. Durkheim, por sua vez, subverte o raciocínio habitual sobre a anormalidade individual do criminoso e, ao considerar que existiriam níveis estatísticos de crime considerandos normais para um dado tipo de sociedade e seu momento, indica a necessidade de explicar o crime pela sensibilidade moral de cada sociedade e seu crescimento por problemas no equilíbrio institucional e funcional da sociedade. Ou seja: a reforma social e moral é o âmbito principal da discussão e não o incremento das formas repressão e tratamento penal do criminoso.

Seja por disputas entre paradigmas científicos, por disputas políticas para superar a "crise moral" da sociedade e também pelos efeitos das duas guerras mundiais, o início do século XX será um contexto de transição. As explicações da antropologia criminal italiana e da "Escola de Lyon" serão contestadas, mas, ao mesmo tempo, os estudos da sociologia sobre o crime, principalmente a partir de Durkheim, somente irão prosperar com o início da recuperação do campo científico francês no pós-guerra (MUCCHIELLI & MARCEL 2002). Assim, a partir de 1922 será o Direito que controlará o ensino e a institucionalização da Criminologia, o que terá consequências importantes:

> "É toda uma metamorfose do objeto. O que no início estava mais próximo de uma ciência social (por seus temas, sua variedade e sua relação privilegiada com o homem e a sociedade) torna-se uma ciência jurídica anexada ao direito

> criminal. É a passagem de uma ciência social balbuciante à uma ciência jurídica que se afirma [...] A era da 'antropologia criminal', tal como os congressos puderam representar, se encerra. A ciência jurídica transforma, especializa, mira um saber que mergulha suas raízes no espírito das ciências sociais. A criminologia se estabiliza e se torna legítima aos olhos dos cientistas, ao mesmo tempo em que o grande movimento internacional (e nacional) que lhe havia impulsionado sob o nome de antropologia criminal, se extingue com a primeira guerra mundial. Esta não faz mais que dar um golpe fatal ao movimento das ideias e personalidades do movimento da antropologia criminal." (KALUSZYNSKI, 2002, p. 232-233, tradução nossa).

Entre os anos 1945 e 1975, o "campo criminológico" francês será marcado pela concorrência entre linhas de *disciplinarização*[2] (GARLAND, 2008) divididas pelo grau de domínio do Direito, da Sociologia e da Psiquiatria (MUCCHIELLI, 2004):

1) a apropriação pelo Direito dos saberes sobre o crime na forma de uma *jurisociologie,* por Georges Levasseur e Jean Carbonnier, e da política criminal da *nova defesa social*, lideradas por Marc Ancel e Paul Amour;

2) a construção de uma *sociologie juridique et morale* e de uma *sociologie criminelle* em torno da revista durkheimiana *Année Sociologique*, a partir da liderança de André Davidovitch (1912-1986)[3];

3) uma criminologia clínica baseada na Psiquiatria, auxiliar ao sistema penal, na forma de expertise no julgamento da pena e no tratamento do criminoso, e às polícias, na identificação de tendências criminais.

A primeira tendência estava associada à discussão mais geral sobre a mudança social do Direito e também às políticas de direitos humanos. A segunda se tornará realmente central somente após os anos 1970. Logo após a segunda guerra, é a última tendência que norteia o paradigma central da Criminologia, sendo defendida pela maior parte dos juristas-criminólogos como fundamento de uma "criminologia etiológica integrada". Na França, o principal autor da escola

2. Desenvolvimento de tradições de ensino, pesquisa e profissionalização.

3. Apesar da relativa falta de reconhecimento em vida, Andre Davidovich é central para o renascimento da investigação sociológica sobre o crime após a Segunda Guerra Mundial e o principal ponto de articulação entre a geração de durkheimianos históricos e que a que construiu a sociologia moderna do crime e da punição na década de 1960 (MUCCHIELLI & MARCEL, 2006). Davidovitch atua principalmente na Année Sociologique e no Centre d'Études Sociologiques (CES), onde trabalhou em uma pequena equipe de pesquisa denominada *Unité de Recherche de Sociologie Criminelle* (URSC), que ele dirigirá até a sua aposentadoria em 1985.

é Jean Pinatel (1913-1999), que assumiu posição dominante nas Associações e Congressos de Criminologia[4]. Ele será o defensor desta criminologia do *passage à l'acte*, uma vez que investiga as causas psicopatológicas à tomada de decisão delituosa. A ela estão associados os conceitos de *personnalité criminelle*, *personnalité dangereuse* e *état dangereux*, herdeiras da criminologia de Garofalo e Ferri em sua proposta para um "critério positivo para a pena" a partir da *témébilité*, entendida como base para classificar diferentes graus de capacidade e adaptação ao crime (LEYRIE, 1996).

Será contra esta concepção de criminologia que uma nova geração de juristas e sociólogos se voltará. As críticas já se fazem presentes nos Congressos de Criminologia nos anos 1950 (PIRES, 1979), mas a disputa se prolonga nas décadas seguintes. Esta geração reivindicará a vinculação da criminologia às ciências humanas e sociais, contestando as teses da psicopatologia e problematizando a construção social do crime e do criminoso como reação social fundada em valores morais e em efeitos políticos (MUCCHIELLI, 1997; 1999). Ela militará pela emancipação da criminologia em relação ao direito penal e a subversão da "ciência penitenciária" em ciência social crítica das formas de controle social: o judiciário será visto como uma "máquina repressiva" seletiva, cujo funcionamento resulta em opressão sobre os atores que se afastam dos critérios mais tradicionais da ordem social. Essa perspectiva se consolida no interior de uma tendência geral do mundo ocidental nos anos 1960 à crítica das formas de autoridade:

> "O ano de 1973 marca, assim, a institucionalização definitiva desta 'criminologia crítica' cuja missão é, antes de tudo, desmascarar as formas de controle social, a começar por suas próprias ligações institucionais com os governos e os sistemas de justiça [...] Por trás das teorias da etiquetagem está a luta de classes iminente e, por trás dos conflitos dos congressos de criminologia está também uma questão de geração. Para além dos processos de controle social da delinquência, é o conjunto das estruturas de autoridade, o conjunto da ordem social, que contestam os jovens criminólogos." (MUCCHIELLI, 1997, p. 10-12, tradução nossa)[5].

4. *Inspecteur général de l'administration* no Ministério do Interior, J. Pinatel foi Presidente da Sociedade Internacional de Criminologia, que organiza os principais Congressos internacionais de criminologia, e do Centre International de Criminologie Comparée (CICC) e organizador da Revue de Science Criminelle et le Droit Pénal Comparé. Para saber mais cf. CASTAIGNÈDE, 1999.

5. Na sociologia estadunidense, por exemplo, a sociologia se inclina para uma renovação de correntes marxistas e interacionistas sob o nome de "sociologia radical" ou

Na França, considerando o cenário mais amplo da geração de maio de 68, Michel Foucault se torna o principal nome na discussão sobre poder, crime e desvio. Contudo, a influência foucaultiana sobre a sociologia do crime parece ser mais profunda em alguns países anglo-saxões do que na França, onde tornou-se uma influência principalmente para historiadores. Para os sociólogos da política e para os sociólogos do crime a perspectiva foucaultiana foi considerada uma sociologia "demasiado unilateral", por conceder uma grande prioridade ao estudo do discurso e não às práticas (LEVY, 2002). Ao mesmo tempo, apesar da colaboração intensa com intelectuais de viés marxista, como o italiano Alessandro Baratta, através da Revista *Déviance et Société*, a linha que se tornará hegemônica na universidade francesa não se identificará com a Criminologia Crítica (MUCCHIELLI & MARCEL, 2002). As influências de Foucault e do marxismo foram, nesse sentido, equilibradas por outras influências, especialmente a sociologia norte-americana do desvio (interacionismo simbólico) e os trabalhos do Reino Unido sobre o crime, especialmente por sua referência metodológica.

O principal nome desta nova geração será Philippe Robert (1939-) que é, ao mesmo tempo, magistrado e sociólogo. Na magistratura, ele participou de um grupo que se mobilizou em um debate crítico que resultou na criação do *Syndicat de la Magistrature*, em 1968. A doutrina penal defendida por esse Sindicato em grande parte antecipa as perspectivas de Robert: defende-se que a pena de prisão deva ser a menos dessocializante possível; refuta-se o "encarceramento sistemático" como medida de ação: a inovação em matéria penal deve superar o "determinismo carceral" que faz da prisão a pena de referência para os juízes e para a sociedade; a prisão seria uma resposta superficial e irrealista aos medos da sociedade e apenas uma das respostas sociais possíveis; incentiva-se estratégias de

"sociologia crítica". No que se refere à criminologia propriamente o movimento se radicaliza ao ponto de tomadas de posição política declaradas: promover alternativas radicais a ideologia racista e sexista que dominaria a criminologia; denunciar as causas políticas e econômicas fundamentais do crime e da delinquência; definir o crime em um sentido favorável aos interesses das populações oprimidas e classes exploradas; analisar criticamente as estratégias legais e extralegais de repressão do Estado. Na Europa, o movimento iniciou com a *National Deviancy Conference*, na Inglaterra, em 1968 e com a obra de Dennis Chapman, *Sociology and the stereotype of the criminal*, na Inglaterra, que causou polêmica no Congresso Mundial de Criminologia em 1970, colocando em causa a própria função da comunidade de criminólogos. Na Itália, em 1973, se constitui o *European Group for the Study of Deviance and Social Control*, orientado pelas obras de Taylor, Walton et Young ([1975], 1980). Na América Latina, o movimento também encontra apoio, por exemplo, na produção de Lola Anyiar de Castro (1976), Rosa del Olmo (1981), Roberto Lyra Filho (1972) e Juarez Cirino dos Santos (1981).

despenalização e descriminalização, recorrendo o menos possível ao sistema de repressão penal e ativando os mecanismos alternativos de resolução de problemas criminais, posto que a delinquência e a insegurança seriam consequências de fatores estruturais (ENGUÉLÉGUÉLÉ, 1998).

Na Sociologia, ele começa a ensinar na Faculdade de Bourdeaux em 1966 e se aproxima de André Davidovitch, que vai lhe confiar a seção *Sociologie criminelle* na *Année Sociologique*. Esse foi o ano da publicação de seu primeiro livro *Les bandes d'adolescents*[6], considerado pelo próprio Davidovitch como renovador das interpretações sobre a formação de grupos informais de adolescentes na microssociologia e o desenvolvimento de políticas de prevenção mais adequadas (DAVIDOVITCH, 1967)[7].

A partir desta obra, Robert se envolve nos conflitos entre as antigas e novas gerações da criminologia, posicionando-se contra as teorias da "personalidade criminal" e suas explicações sobre o *passage à l'acte*: a designação de um indivíduo como desviante ou criminoso não resultaria de forma automática da sua psicologia individual ou do seu comportamento. Haveria um jogo de poder entre a capacidade de uma audiência designar o indivíduo como desviante e os seus esforços de resistência. A lógica institucional do sistema penal legitimaria a seleção, razão pela qual ele defende a rejeição dos pressupostos metodológicos da criminologia "biopsicológica", cujas conclusões se baseariam na população carcerária existente, resultado de um processo desigual de seleção pelo sistema judicial, uma

6. Nesta primeira obra, percebe-se as principais referências de Robert: os ensinamentos do funcionalismo a partir de Durkheim, Parsons e Merton; a Escola de Chicago e o interacionismo no estudo do crime e do desvio; a história das mentalidades de Georges Duby e a psicologia das representações sociais de Serge Moscovici, que então se desenvolvia na França (MUCCHIELLI, 1997).

7. O caráter renovador se revelaria em dois aspectos principais: a incorporação de referenciais da sociologia interacionista do desvio e, em diálogo com este referencial, o não enquadramento da formação de grupos de adolescentes (com seus diferentes padrões de sociabilidade, agregação, liderança e valores) no sentido da "patologia individual". Não haveria uma diferença de natureza "normal" e "patológica" entre os indivíduos que participam dos grupos mais amplos e informais de adolescentes considerados desviantes em relação à sociedade e ao mundo adulto (grupos de amizade a partir da escola, da vizinhança e do lazer) e aqueles que participam da delinquência juvenil na forma de gangue que promovem brigas, agressões a homossexuais e roubos. A passagem entre um universo e outro é acidental e muitas vezes fluida e, se é possível enquadrá-lo, em certos limites, como fenômeno patológico, esta patologia é de natureza social e relacionada, portanto, a medidas de prevenção diferentes das que seriam dirigidas a "indivíduos perigosos" (DAVIDOVITCH, 1967).

fração não representativa nem dos diferentes tipos de infração nem das características individuais dos delinquentes (ROBERT, KELLENS, 1973).

No sentido de ir além da criminologia biopsicológica e do interacionismo simbólico – muito preso como variável explicativa da passagem ao ato individual ou de pequenos grupos – e construir uma verdadeira "ciência dos mecanismos sociais de rejeição", Robert coloca duas questões centrais: como a sociedade cria as normas e como ela as sanciona? Para respondê-las, ele propõe um estudo sistêmico do processo penal combinando duas direções: 1) as representações sociais sobre desvio e crime e 2) os mecanismos de ação penal. Dessa maneira, se de início falava-se em "criminologia da reação social" para nomear este novo campo de investigações, essa expressão será rapidamente abandonada por seus desenvolvedores: o objetivo não seria abordar uma simples resposta à um evento anterior, mas submeter à análise o ato pelo qual a lei criminaliza a conduta e lhe torna passível de punição. Ou seja, haveria uma passagem de uma "criminologia da reação social" à uma *sociologia penal* (ROBERT, 1981; 1984).

Nesse sentido, o grupo em torno de Robert[8] tinha ambições maiores: o de fundar um centro de pesquisa sociológica aplicada à criminologia, em particular ao estudo da justiça penal. Ele ressaltaria à época que a França não dispunha de um lugar autônomo de ensino interdisciplinar em criminologia, nem uma estrutura que combinasse ensino e pesquisa[9]. Ele recruta pesquisadores inicialmente congregados na *Année Sociologique* e, em 1968, reúne as condições para a criação do *Service d'Études Pénales et Criminologiques* (SEPC). Sob a tutela do Ministério da Justiça, o SEPC foca-se em decisões judiciais, estatísticas criminais, custo do

8. Não seria possível situar a importância destes temas, nem retraçar a história desse projeto intelectual, sem considerar também a parceria de Robert com Claude Faugeron (1934-2010), uma das integrantes do grupo fundador do SEPC, do CESDIP e da Déviance et Société. Herdeira da tradição durkheimiana de estudos sobre representações sociais e crime ligada a Davidovitch, ela se voltará especialmente ao estudo do judiciário e do sistema penitenciário (FAUGERON, 1980; 1990; 1995), trabalhando também a condição feminina nesse sistema (FAUGERON, 1975; 1979) e produzindo balanços sobre a área de pesquisa (FAUGERON, 1987; 1991). Por toda a sua produção, que mereceria uma consideração à parte, e sua atuação como diretora do CESDIP e figura central no comitê editorial da *Déviance et Société*, pode-se afirmar que ela exerceu papel similar ao de Robert no interior do projeto de afirmação de pesquisas sobre o campo penal na França.

9. O modelo institucional de referência era a Escola de Montreal/Quebec, um dos raros lugares onde se estudaria o sistema de justiça criminal em todos os seus níveis (ROBERT, 1970; 1971a).

crime, representações do sistema de justiça criminal e outros aspectos do sistema de justiça criminal. Em 1983, o SEPC será agregado ao *Centre de Recherches Sociologiques sur le Droit et les Instituticions Pénales* (CESDIP), que se tornará o principal centro de pesquisa francês na área, vinculado inicialmente ao CNRS, ao Ministério da Justiça e posteriormente também à *Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines* (MUCCHIELLI & MARCEL, 2002).

O grupo consegue, assim, uma operação inédita: criar um dispositivo de pesquisas críticas no interior da própria instituição judiciária e ocupar lugar hegemônico no debate acadêmico sobre pena e crime nas décadas seguintes. O CESDIP, junto à Revista *Déviance et Société*[10] e ao *Groupe Européen de Recherches en Normativités* (GERN) serão os principais veículos federalizadores desse movimento de ideias na Europa, principalmente continental (MUCCHIELLI, 1997). Essa hegemonia, entretanto, começará a ser desafiada em um novo cenário de diversificação de centros de pesquisa sobre drogas, delinquência juvenil, prevenção ao crime e policiamento, construído a partir da preocupação político-midiática com a insegurança e as demandas por punição durante as décadas de 1990-2000.

No presente artigo discutiremos como, nas décadas seguintes, esse cenário resultou na polêmica proposta de criação de uma cadeira de Criminologia no sistema universitário, "janela de oportunidade" para expressão acadêmica de tradições de conhecimento relegadas a um segundo plano ao longo da história do pensamento francês sobre a questão criminal, como o pensamento criminológico clínico e de especialistas do mercado de consultoria em segurança.

2. O debate público sobre insegurança e os saberes sobre o crime na França (1980-2020)

O observador que chega à França nos anos 2000 e está interessado no debate sobre insegurança, crime e violência tem a sensação de entrar no meio de uma "guerra epistemológica": nos livros, na imprensa, na internet, as controvérsias sobre fatos ou sobre as estatísticas do governo proporcionam espaço para oposições, conflitos e acusações entre pesquisadores acadêmicos, jornalistas, operadores do direito, policiais, psicólogos, assistentes sociais e *experts*. Essas controvérsias incidiram sobre a correta interpretação das causas do aumento da violência, da natureza dos conflitos sociais, do crime e do criminoso, sobre a

10. A rede de colaboradores da revista é extensa, unindo intelectuais de países como França, Canadá, Bélgica e Itália, dentre eles Alessandro Baratta.

melhor forma de lidar com o assunto, sobre quem está autorizado a falar sobre o tema e também sobre a politização da ciência e a independência da universidade em relação a governos e a grupos de pressão (BONELLI, 2010).

O sentimento de insegurança e da violência como problema público se desenvolveu partir dos anos 1970 na França (BONELLI, 2010) em meio à metamorfose do Estado francês após o fim dos "trinta anos gloriosos" (1945-1975)[11] e o desenvolvimento, nas décadas seguintes, de uma sociedade de consumo globalizada. Para alguns, essas mudanças teriam aumentado tanto a exclusão social e econômica como a distância entre a sociedade e a representação política, vistas como causas da vulnerabilidade social e da criação de um imaginário de decadência, que transforma os sentimentos de injustiça em sentimentos de insegurança e de impunidade (MUCCHIELLI, 2011). Para outros, o problema seria mais de ordem e de "civilização": os benefícios do livre mercado seriam aproveitáveis através da adaptação dos controles sociais e estatais para reforçar a integração cultural e a responsabilidade individual (BAUER, 2008).

A década de 1970 marca o início de uma inflexão na maneira como parte das elites políticas francesas percebe a questão. Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, acreditava-se que o desenvolvimento econômico e social acabaria por prevenir ou controlar os níveis de delinquência e violência. Os ideais de reeducação, reabilitação e reinserção de delinquentes prevaleciam. As autoridades de segurança preocupavam-se, sobretudo, com manifestações políticas e o governo de esquerda eleito em 1981 defendia a abolição da pena de morte.

Após a segunda metade dos anos 1990, contudo, a insegurança se torna um dos principais temas abordados pela imprensa e prioridade dos governos. Pressionados a ouvir outras vozes de expressão e interpretação das demandas sociais, diferentes coalizões políticas construíram propostas para atender a "demanda por segurança" de seus eleitores. Assim, a insegurança transborda o campo das instituições especializadas na questão para se tornar uma questão política de primeira importância a ponto de reconfigurar a tradicional oposição entre ordem/segurança e liberdade/igualdade social que divide os posicionamentos entre direita e esquerda no campo político. Em outras palavras, a mudança da escala e dos termos do debate sobre a insegurança esteve associado à mobilização de grupos capazes de produzir novas categorias de percepção do mundo social que definiram os contornos da questão da insegurança através de recursos simbólicos

11. A expressão "les trente glorieuses" é utilizada em referência ao período de crescimento econômico, populacional e estabilidade social e política que marcou a França e outros países industriais logo após a Segunda Guerra Mundial até a crise do petróleo em 1973.

políticos, midiáticos e acadêmicos (BONELLI, 2010). A Expressão desse cenário foi a criação do *Comité d'étude sur la violence, la criminalité et la délinquance*, presidido pelo Ministro da Justiça, Alain Peyrefitte, em 1976. O Relatório *Réponses à la violence* (1997) ou *Rapport Peyrefitte*, buscava legitimar a constatação de um sentimento crescente de insegurança ligado ao aumento da criminalidade. Esse Relatório fornecerá a base para a lei *Securité et Liberté,* adotada em 1980, mas anulada em 1981, em razão da forte resistência das esquerdas contra as medidas sugeridas, bem como contestação de pesquisadores universitários a respeito dou aumento da violência criminal e da natureza de suas causas. De todo modo, se os contornos de um aumento da criminalidade eram ainda motivos de controvérsia, sua realidade como questão de segurança pública começara a ser incluída no jogo político.

Assim, com a chegada da esquerda ao poder nos anos 1980 uma proposta alternativa à abordagem securitária e voltada à prevenção social da delinquência conhecerá seu apogeu. Em torno da liderança do prefeito de Épinay, Gilbert Bonnemaison no *Conseil National de Prévention de la Délinquance* (CNPD) e da *Comission des maires sur la sécurité* organizam-se políticas de prevenção social como ações de "discriminação positiva" em favor dos bairros populares, em contraste com o modelo anglo-americano de "prevenção situacional", acusado de agir mais sobre os efeitos (vigilância e controle policial da circulação de "indesejáveis" e "suspeitos") que sobre as causas. Se o Estado tem meios limitados, a sociedade deve ser mobilizada. Essa foi a mensagem de uma fração "anticentralização" e ainda marginalizada dentro da esquerda francesa. Os grupos relacionados a essa discussão vão se distribuir na periferia da ação do governo, onde eles irão implantar seus princípios racionalidade associada ao espírito das políticas de gestão, de parceria e de integração e ação afirmativa em territórios e populações. Entretanto, mesmo que a história desta década tenha sido marcada pelo papel modernizador das elites políticas e administrativas do governo François Mitterrand[12], a prevenção social não será uma prioridade e será diluída no conjunto de políticas urbanas e de moradia (BONELLI, 2010).

O retorno da direita ao poder nos anos 1990 será concomitante aos sinais de esgotamento deste modelo de prevenção, que será criticado por sua "frouxidão" e por enfatizar as causas sociais do crime e não a responsabilidade individual. A centralidade da insegurança como preocupação social e tema eleitoral levará a esquerda a considerá-la questão como fundamental para seus planos nessa década. O governo de Lionel Jospin de 1995 representa o início da renovação da

12. Do Partie Socialiste (PS), governou de 1981 a 1988 e de 1988 a 1995.

abordagem da esquerda em relação à segurança, com a organização dos *Contratos Locais de Segurança* (CLS) e a maior atenção às vítimas. Se os dispositivos de prevenção resistem à sombra das políticas urbanas e econômicas, a assinatura dos CLS marca o retorno da Polícia Nacional como ator principal sob a forma de uma polícia de proximidade que se arriscava a ser uma nova roupagem à prevenção situacional. Nesse sentido, a conferência *Des villes sûres pour citoyens libres*, em Villepinte (1997), formalizará uma nova doutrina de segurança, celebrado no discurso do então Ministro do Interior, Jean-Pierre Chevènement, sobre a segurança como a *première des libertés*, sobre a qual deveria prevalecer a *responsabilité individuelle sur les excuses sociologiques*. Uma questão-chave nesta nova doutrina são as relações entre imigração, juventude e delinquência:

> "Se o trabalhador indisciplinado ou o pobre foram, durante muito tempo, figuras típicas de perturbadores da ordem social, hoje é essa fração da juventude sem lugar social, frequentemente representada sob os traços do 'jovem de origem estrangeira, sem emprego, em fracasso escolar e/ou delinquente', que chama a atenção. Não se trata mais tanto de assegurar sua disciplina no trabalho, mas de se precaver contra as desordens que ela pode desenvolver no espaço público (e cujas violências coletivas constituem o paroxismo), nas escolas, nas organizações socioculturais etc. Por detrás da luta contra a 'insegurança', se reúnem assim tentativas barulhentas para redefinir seu enquadramento e nas quais as instituições do Estado e os coletivos territoriais ocupam a partir de agora uma posição central." (BONELLI, 2010, p. 9, tradução nossa).

Nesse sentido, ao longo dos anos 1980 e 1990 houve a passagem da ênfase de uma noção ampla ou global sobre a questão urbana – a partir do reforço aos laços sociais, da proteção social e da garantia do emprego ao jovem nas políticas locais e municipais –, para uma noção mais restrita ou securitária – ligada à esfera de ação de agências especializadas do judiciário e da polícia sobre a delinquência (roubos e agressões) envolvendo principalmente jovens dos *quartiers populaires*[13].

Essa mudança foi favorecida especialmente pela aproximação das coalizões de esquerda com o tema da manutenção da ordem e do controle do crime, tradicionalmente da direita (BONELLI, 2010). O distanciamento a esquerda no poder

13. Nas diferentes maneiras de nomear essas áreas que concentram populações de baixa renda e pouca qualificação profissional – *banlieues*, *cités*, *grands ensembles*, *quartiers sensibles*, *quartiers ouvriers*, *quartiers de relégation*, *quartiers d'exil*, *banlieues rouges*, *quartiers populaires* etc. Poderiam se perceber as diferentes lógicas e cronologias ligadas ao trabalho de setores administrativos e grupos políticos que passaram a disputar o enquadramento da política urbana (BONELLI, 2011).

em relação ao discurso sobre as causas econômicas e sociais da insegurança e a ênfase na responsabilidade individual abrirá o caminho para a adoção de novas referências, baseadas em pesquisas e doutrinas anglo-saxãs, nas quais a "primeira causa do crime é o próprio criminoso". A teoria das "janelas quebradas" e as políticas de "tolerância zero" estarão cada vez mais na ordem do dia na política. A sua acomodação à realidade francesa será atrelada às noções de *violences urbaines*, *incivilités*, *zones de non-droit* e *nouvelles menaces de la globalisation*.

É quase um consenso de que o termo *violences urbaines* é colocado em circulação a partir dos *rodéos de Minguettes*[14], em 1981, e popularizado no momento de uma primeira série de *émeutes* urbanas em *Vaulx-en-Velin*, subúrbio de Lyon, que continuou nos subúrbios de Paris, em 1991. As *émeutes* são revoltas urbanas marcadas por confrontos entre jovens pobres, em grande parte descendentes de imigrantes, e autoridades públicas, especialmente contra a polícia, em bairros periféricos. Ligado a esses eventos e outros que ocorreram na década de 1990 e 2000 foi gradualmente construída uma representação de uma escalada de violência e do crime entre adolescentes. As explicações associadas a essas representações envolvem, muitas vezes, um diagnóstico de inadequação dos jovens imigrantes aos valores republicanos, seja por conta da ameaça islâmica ou da má socialização relacionada à exclusão econômica, social e racial (MUCCHIELLI & GOAZIOU, 2006).

As *violences urbaines* ganharão *status* de categoria analítica através de produção intelectual da comissária de polícia Lucienne Bui-Trong, dos *Reinsegnements Généraux* (RG)[15] da *Police Nationale*. A partir dos dados registrados pela Polícia, Bui-Trong propôs mensurar o risco de *émeutes* e de "violência anti-institucional". Segundo Bui-Trong, as *émeutes* que se produzem quando da morte de algum jovem dos *banlieues* não acontecem por acaso ou de forma imprevisível, mas de uma acumulação de pequenas *incivilités*. Seguindo um princípio psicológico ligado a um desejo de reparação, os atores das violências reagem às desaprovações e repressões que sofrem ou creem sofrer de figuras de autoridade (parentes, vizinhos adultos, professores, policiais etc.) sempre com uma intensidade maior. Eles não se contentariam apenas em confrontar a lei, mas em se afirmar mais forte

14. O *rodéo* foi uma técnica de tumultos que se popularizou na França a partir de 1981, quando centenas de carros foram roubados e queimados em projetos habitacionais do governo de Marselha, Lyon, Roubaix, Nancy e Paris. Os tumultos consistiam em roubar carros, conduzi-los em círculos para efinalmente queimá-los, a fim de atrair a polícia para batalhas de rua.

15. Setor de inteligência da Polícia francesa.

que ela. Sem se demorar na explicação das causas estruturais ou culturais deste comportamento, interessa à Bui-Trong complementar ao diagnóstico da escalada da violência com um instrumento para medi-la e contê-la. Ela propõe, nesse sentido, uma escala de *violences urbaines* a partir de níveis diferentes de intensidade. Em linhas gerais, a identificação dos vandalismos, das intimidações e pequenos roubos e das condutas de confronto seria o ponto de partida do trabalho policial para neutralizar a escalada de violências.

Esta "tolerância zero à francesa" veio a se fortalecer associando-se à outra noção, a de *zone de non-droit*, que se tornou corriqueira para tratar de um conjunto de situações, fluxos e espaços sociais: não somente para localizar territórios periféricos tomados por comportamentos antissociais, mas para designar práticas financeiras criativas que permitem escapar de controles fiscais, regiões do globo onde nenhuma força parece capaz de manter a ordem de maneira durável ou o espaço abstrato de informações que circulam na rede mundial de comunicações eletrônicas:

> "Estes espaços se caracterizam por uma ausência relativa de autoridade formal, tornando impossível um sistema de sanções coerentes e, portanto, suscetível de conter a espiral da violência. Ali, onde a autoridade não pode se impor por falta de reconhecimento, ninguém poderia impedir que se regrem os desacordos pela violência que, por sua vez, gera uma violência que resolve os desacordos em um sentido favorável aos interesses de uma das partes – esta defesa violenta de um interesse constituiria a essência do conflito. Uma 'zona de non-droit' seria então uma fonte permanente de conflito – cujos efeitos poderiam, aliás, eventualmente se manifestar apenas no exterior desta zona: assim, a paz e a prosperidade que se supõe usufruírem os 'paraísos fiscais seriam proporcionais aos danos que estas 'zones de non-droit' financeiras e fiscais causam ao resto do mundo, por sua inação, impedindo os Estados honestos e virtuosos de asfixiar economicamente o terrorismo e a corrupção organizada. Quase tão imoral quanto o próprio crime, a 'zone de non-droit' seria o lugar da realização das tendências ao mal que toda sociedade moderna normalmente constituída só pode reprimir. Em inglês estadunidense, *lawlessness* parece ter se tornado um sinônimo de 'clima propício à criminalidade'." (CARNIER, 2009, p. 129-130, tradução nossa).

As *zones de non-droit* se tornaram, então, parte das decisões de planejamento na prevenção policial de comportamentos antissociais em territórios periféricos, ao mesmo tempo em que concedem uma abertura para interligar a revolta juvenil no âmbito de um fluxo internacional de informações, técnicas e recursos que alimentam ilegalidades em diferentes esferas. Estas seriam as "novas ameaças da

globalização": o aumento do crime violento relacionado ao "amálgama entre o crime organizado e o terrorismo" (BAUER; RAUFER; ROUCAUTE, 2008).

Assim, com base nestas referências, desde 1997, um conjunto de atores se associou para o desenvolvimento de uma "nova doutrina de segurança interna", a partir da – abertura do Estado a parcerias com setor privado e no combate ao que concebem como amálgama entre delinquência, violência urbana juvenil e terrorismo. Algumas personagens são emblemáticas: Xavier Raufer[16], François Haut[17], Yves Roucaute[18], Cristophe Naudin[19] e principalmente Alain Bauer[20]. Este grupo será considerado, por seus críticos, um dos principais promotores do medo como mercadoria, organizando um setor de atividades ideológicas para venda de *expertise* à governos e empresas (RIGOUSTE, 2011 MUCCHIELLI, 2008; 2013). Em grande parte eles têm suas trajetórias interligadas à direita nacionalista, anticomunista e partidária da Algéria francesa em 1968, aos autores do *Rapport Peyrefitte* e a lei *Sécurité et Liberté* nos anos 1970 e ao neoconservadorismo no fim dos anos 1980, que converteu as doutrinas anticomunistas da guerra fria em doutrinas da guerra global ao terrorismo e ao islamismo. Mantendo boas relações com empresariado industrial, Forças Armadas, polícias na França e com *think tanks* estadunidenses especializados em segurança e defesa anti-terrorista, eles construirão uma rede de colaboração a partir destes apoios e no interior de Institutos de ensino e pesquisa, promovendo um pensamento estratégico sobre geopolítica e criminologia (terrorismo, delinquência, violência urbana e imigração).

16. Seu nome original é Christian Bongain, ex-ideólogo da extrema-direita militante e diretor do Instituto de História Social, instituição anti-comunista financiada por fundos dos EUA. Adota o nome de Xavier Raufer em seu trabalho como jornalista especializado no estudo do terrorismo. Muito ligado à polícia e hierarquias militares, está no comando do Instituto de Criminologia da Universidade de Paris II Panthéon-Assas, onde funciona um centro de conferências com os jornalistas, policiais, advogados sobre questões de crime.
17. Ligado à direita nacionalista, consultor para a OTAN e Rand Corporation.
18. Um dos principais defensores do neoconservadorismo (ROUCAUTE, 2005).
19. "Especialista em criminalidade identitária", ligada à falsificação de documentos e controle biométrico (NAUDIN, 2005).
20. Alain Bauer é ex ativista do Partido Socialista (PS), que participa da criação do IHESI e cuja atividade principal é a consultoria para empresas (primeiramente para a Air France e grupos imobiliários), mas, sobretudo no setor de segurança. Bauer criará a sua própria empresa de consultoria em segurança privada em Paris (AB Associates). Ele também foi líder da principal loja maçônica na França e assessor de segurança de Sarkozy, assim como ligado à Manuel Valls, então Ministro do Interior.

Uma referência foi a criação, no *Institut de criminologie* da universidade de Panthéon-Assas, do *Centre de recherche sur la violence politique* (CERVIP), em 1986, a partir do qual se difunde a ideia dos *quartiers populaires* como certas zonas do "terceiro mundo", lugares de proliferação de novas ameaças. Na mesma universidade, em 1997, será criado o *Département de Recherche sur les Menaces Criminelles* (DRMCC), especializado na "detecção precoce de ameaças criminais contemporâneas", bem como observação e análise dessas ameaças e mensuração do seu impacto, prestando consultoria a empresas e governos. Entre estas ameaças estariam o "terrorismo urbano" e as "gangues violentas" (RAUFER, 1982; HAUT, 2007; 2015), a "criminalidade identitária", ligada à falsificação de documentos, ferramentas biométricos e controle de fronteiras (NAUDIN, 2005).

Esta rede de atores terá em Alain Bauer o protagonista. Antigo integrante da "esquerda anticomunista" e formado em "segurança e defesa" pelo *Institut National Superieur d'Études de Défense* (INSED), Bauer terá sua ascensão no Partido Socialista, na zona de influência do Primeiro Ministro Michel Rocard, em 1988, ocupando-se de questões de polícia junto com Manuel Valls, futuro Ministro do Interior e Primeiro-Ministro no governo François Hollande[21]. Desde essa época, Bauer atuará em consultorias privadas para a *Air France* e para o *World Trade Center Paris-Défense*, por exemplo. Após deixar o Partido em 1994, continua assessorando políticos à esquerda preocupados com a emergência eleitoral da direita francesa do *Front National* em matéria de segurança. Bauer se tornará, então, importante consultor em matéria de *sécurité urbaine*, especialmente videomonitoramento e prevenção situacional, exercendo influência na aproximação do *Partie Socialiste* com o tema da segurança pública a partir de 1997, no já citado *colloque de Villepinte*, na construção do projeto dos *Contrats Locaux de Sécurité* (CLS).

Mas será em torno da rede política de Nicolas Sarkozy[22] desde o Ministério do Interior e, posteriormente, na Presidência da República, que Bauer se tornará não só influente.

Desde então Bauer estará ligado à rede de centros de pesquisa em torno do *Institut National des Hautes Études de Sécurité Interieur* (IHESI) e fará circular sua produção em cursos e nas *media*[23]. Através de ligações entre o IHESI, o *Syndicat des commissaires et de hauts fonctionnaires de la police nationale* (SCHFPN), e o Departamento de Sociologia da Universidade de Paris V, criou um Diploma

21. Do Partie Socialiste. Governou a França de 2012 a 2017.

22. Do *Union pour un Mouvement Populaire* (UMP), partido de centro-direita, foi presidente entre 2007 e 2012.

23. Cf. BAUER & SOULLEZ, 2010.

Universitário (DU) em "segurança urbana" e um curso de pós-graduação em "engenharia de segurança". Em 2010, ele se torna professor de criminologia no *Conservatoire National des Artes et Métiers* (CNAM) (MUCCHIELLI, 2008; 2010).

Bauer será ator fundamental do projeto para um *nouveau management de la sécurité*, uma transformação do Estado em torno dos interesses de indústrias públicas e privadas de guerra e segurança (MUCCHIELLI, 2008; 2014; RIGOUSTE, 2011). Esse projeto se estruturou em várias frentes. Uma delas foi o controle não apenas da comunicação sobre as estatísticas de delinquência, mas a sua produção, interferindo no *Observatoire National de la Délinquance* (OND). Bauer e sua rede ocuparão importantes postos no aconselhamento para a racionalização do Estado e suas forças de segurança. Um dos resultados será uma Missão para "treinamento e pesquisa estratégica", encomendada pela Presidência da República, sintetizada no Relatório *Déceler-Étudier-Former: une voie nouvelle por la recherche stratégique* ou *Rapport Bauer* (BAUER & ROCCARD, 2007; BAUER, 2008).

O *Rapport Bauer* propunha a criação de um *Conseil supérieur de la formation et de la recherche stratégique* (CSFRS), ligado diretamente ao Presidente e ao Primeiro Ministro. Em 2008 Sarkozy anunciará a intenção de criar este Conselho, com integrantes nomeados por ele mesmo. Em sua apresentação oficial, o Conselho deveria definir um "novo pensamento estratégico" e "reunir a comunidade universitária, favorecendo o diálogo público-privado". O *Rapport* preconiza a fusão do conjunto de organismos ministeriais e também a absorção de centros de pesquisa dependentes às universidades e do CNRS para criar uma espécie de "mega instituto administrativo-universitário, cujo modelo seria fornecido por exemplos estrangeiros e que os autores previam implantar "simbolicamente" sob o comando da Escola Militar:

> "A sede da Escola Militar poderia se tornar o centro intelectual e nervoso do pensamento estratégico de segurança, reunindo estruturas de treinamento, centros de documentação e serviços de divulgação e de valorização da nossa reflexão. Este lugar também deve ser o ponto de passagem obrigatório para a pesquisa nessa área. Um verdadeiro *campus* dedicado às questões de defesa e segurança deve ser criado para reunir todas as infraestruturas que contribuam para o desenvolvimento do pensamento estratégico, da pesquisa e da liberdade de expressão em assuntos estratégicos." (BAUER, 2008, p. 38, tradução nossa).

Esta estrutura foi implementada a partir do *Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice* (INHESJ), criado em 2009, substituindo o INHES. Trata-se de um estabelecimento público administrativo nacional sob a tutela do Primeiro Ministro e sediado na Escola Militar. Sua missão principal seria formar

"responsáveis de alto nível" no domínio da segurança (interior e exterior) e da justiça e realizar estudos, pesquisa e contribuir com o ensino universitário. Além disso, ele será encarregado de estudar a evolução das estatísticas do conjunto do processo penal. Para isso, o antigo *Observatoire nacional de la délinquance* (OND) é agregado ao INHESJ e transformado no *Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales* (ONDRP).

3. Uma criminologia de Estado?

O *Rapport* Bauer tornou-se uma das referências para a conquista do monopólio da produção legítima de conhecimento sobre a segurança e a justiça e sua utilização política. O seu ponto de partida é um diagnóstico acerca da nulidade da pesquisa francesa em criminologia: "A pesquisa francesa sobre as questões de criminalidade, embora pioneira, está praticamente desaparecida, vítima de sequestro por juristas e sociólogos sob o olhar cego do Estado" (BAUER, 2008, p. 32, tradução nossa). O sistema francês de pesquisa é também acusado de ser excessivamente politizado, interferindo na qualidade de sua produção (BAUER & FREYNET, 2009, p. 3, tradução nossa). É nesse contexto que o projeto de institucionalização de uma "nova criminologia" na Universidade surge e conduz a uma discussão sobre o seu estatuto epistemológico na França, quais seriam as disciplinas componentes e seus projetos profissionais, e também sugere a discussão sobre as condições para um discurso científico independente em um momento no qual, para alguns, a manipulação política da ciência está na ordem do dia.

Essa proposta ganha força através de iniciativas diversas, que se reforçam mutuamente. Assim, um conjunto de atores que continuam a se definir como criminólogos[24], ligados especialmente à Faculdades de Direito e de Psiquiatria, bem como às formações profissionais na Administração Penitenciária e nas Polícias, reúne-se para a renovação da *Associação Francesa de Criminologia* (AFC). Em torno desta rede propõem sair do que consideram a "exceção francesa" de não institucionalização da criminologia em relação a outros países europeus, e especialmente aos países anglo-saxões (CARIO & VILLERBU, 1994; TOURNIER (ed.), 2009).

24. Entre os mais ativos está Robert Cario, chefe da "Unidade de Ciências Criminais Jean Pinatel" da Universidade de Pau, criador da coleção "Ciências Criminais" nas edições L'Harmattan, que investiu nos últimos anos em dois temas tópicos atuais: vitimologia e direito penal de menores. Outros nomes são igualmente relevantes como Victor Tournier, Martine Herzog-Evans, Loïck Villerbu, Raymond Gassin, Alain Blanc, Alain Bauer e Xavier Raufer.

Assim, em 2008, de forma paralela ao *Rapport Bauer*, outra encomenda presidencial para diminuir os riscos da reincidência, o *Rapport Lamanda* (2008), sugere o desenvolvimento do ensino universitário para qualificação em "criminologia clínica". No ano seguinte, um simpósio multidisciplinar e multiprofissional é organizado com o objetivo de fazer um balanço do ensino e da pesquisa em criminologia na França. O simpósio realizado na sede da CNRS, na presença de mais de 200 participantes, tornou-se um momento fundador e referencial. O livro *La Babel Criminologique, sortir de l'exception française?* (2009) reúne os principais eixos de discussão. Ele expressa a conclusão geral do grupo: que diferentes propostas de ensino, pesquisa e profissionalização em torno da criminologia convivem de modo disperso na França e necessitam de visibilidade.

Esse diagnóstico conduz a uma proposta de uma nova estruturação institucional nacional para o reconhecimento da Criminologia e seu ensino. O relatório *Sur la faisabilité, la mise en place et le développement des études, recherches et formations en criminologie* (2010), conhecido como *Rapport Villerbu*[25] é o documento programático fundamental do grupo[26]. Recomendado pela Ministra do Ensino Superior e Pesquisa, o *Rapport* tem como objetivo uma pesquisa a respeito da realidade da criminologia na França e as condições para permitir o desenvolvimento da criminologia em todo território nacional através da colaboração entre estruturas de pesquisa, cursos universitários e escolas profissionais, construindo polos para estudos regionais/nacionais/internacionais em fluxo contínuo de troca e transferência de conhecimento e tecnologia.

É em torno dessa articulação que é organizada uma Mesa Redonda em 2010, reunindo os Diretores das Escolas de Administração interessados no ensino da Criminologia[27]. Essa reunião serviu para consolidar o entendimento que há uma expectativa de formações gerais ou específicas para os envolvidos na gestão do fenômeno criminoso em sua prevenção, repressão e tratamento: formação para educadores especializados, administração penitenciária, saúde, política municipal, juventude e esportes, funcionários da associação especializadas em

25. Relatório elaborado sob a direção de Loïck Villerbu, então Presidente da *Conférence Nationale de Criminologie* e professor da Université de Rennes 2 – Haute Bretagne.

26. Para essa tarefa foi criada uma Comissão pluridisciplinar composto por oito integrantes do Direito, das Ciências Médicas e Psiquiátricas e das Ciências Humanas e Sociais. Em grande parte, os mesmos que integram a Associação Francesa de Criminologia.

27. Ecole nationale d'administration pénitentiaire (ENAP), Ecole nationale de la magistrature (ENM), Ecole de la Gendarmerie, Ecoles des commissaires de police, Ecoles des Hautes Etudes en Santé Publique.

ajudar vítimas, segurança privada, além das diversas profissões do direito e da medicina. Essas formações não necessariamente os identificariam como criminólogos, mas, defendem os autores, seriam feitas em referência a uma "cultura criminológica".

Para definir o conteúdo desta "cultura criminológica", o *Rapport* revisa as polêmicas constitutivas da história da Criminologia na França. Seu ponto de partida é a necessidade de ampliação da definição do objeto criminológico:

> "Seja a construção do objeto da criminologia é ampla ou restrita (incluindo ou não as inadaptações, os desvios e o crimes ou, se é preferível, as situações-problemas de natureza penal ou extra-penal), a situação de conflito sempre precede a lei, o instrumento preferido de reação social [....] É então legítimo falar de práticas infracionais que retiram suas manifestações de múltiplas fontes de conflito [...] Sem dúvida, é aí que reside o campo criminológico: complexidade e articulação de complexidades, em uma base disciplinar plural." (VILLERBU, 2010, p. 13, tradução nossa).

Nesse sentido, os autores recusam o que entendem por "cultura criminológica" que estigmatiza o aparelho de justiça como sistema de dominação, baseada em uma leitura unidisciplinar e restrita do objeto, definido a partir da reação social e da sociologia do direito. Eles propõem, então, a construção de um paradigma de complementaridade entre perspectivas, uma vez que as múltiplas teorias produzidas seriam, em sua maior parte, operacionais. Ou seja: elas sublinham, cada um à sua maneira, a complexidade da "razão de ser" da criminologia: prevenir e, se necessário, gerir os conflitos de ordem comunicacional, conflitos que se desenvolvem como um problema a resolver pelo grupo (ou pela sociedade). Esta complementaridade de perspectivas se daria especialmente a partir de uma atualização da criminologia do *passage à l'acte*:

> "A autonomia da criminologia, de forma mais geral, é certamente discutível, mas isso não a impede que tenha como tendência o estudo da(s) diferença (s) entre aqueles que transgridem as normas e os valores sociais com mais ou menos sucesso e visibilidade e aqueles que são 'inibidos' por elas. Mas é importante esclarecer imediatamente que a análise unicamente do *passage à l'acte* não é suficiente para fundar essa diferença. A história do sujeito (em sua genealogia como em sua própria trajetória social) bem como as características do contexto social e de seu ambiente social, econômico, político e humano são fundamentais para por em evidência essas diferenças expressas através do ato. O recurso ao ato (infracional) que marca o conflito (no sentido mais amplo) é muito mais do que uma transgressão: é [...]um problema em uma relação, uma questão geralmente vivenciada pelo ator (independentemente de seu status) como a

> única ação efetiva em seu ambiente, em todo caso, como a ação mais adequada para sair do conflito, para não sofrer mais, em outras palavras, os estímulos dolorosos que esse conflito desencadeia." (id. ibid, p. 13, tradução nossa).

Nesse sentido o *Rapport* optou por definir a criminologia em um sentido amplo e operacional, como "o estudo científico do fenômeno criminoso e as respostas que a sociedade fornece ou poderia fornecer" (id. ibid., p. 05, tradução nossa), por considerar que ela leva em conta as inadequações, os desvios e as infrações penais. Um triplo objetivo é delimitado: prevenção, repressão, tratamento no contexto das políticas públicas implementadas. Cada um dos objetivos sugere um conteúdo e um eixo específicos: *prevenir* – seja de forma primária, secundária ou terciária; *reprimir* – no sentido de identificar e caracterizar, de deter o infrator e as consequências do crime (os aspectos processuais, as expertises médico-legais e psiquiátricas ou psicológicas); *tratar* – lidar com os direitos das partes, com a ajuda as vítimas, com a ressocialização ou a reabilitação, com respostas restaurativas, com reparação e com mediação. Para além de uma criminologia do ato, de uma criminologia dos contextos e atos que dele emanam, afirma-se a renovação conceitual das perspectivas políticas e praxeológicas capazes de fazer sentido em termos de prevenção, de reintegração e reparação, com base em dados cuja aprendizagem deve ser promovida por critérios que podem não depender apenas de um ponto de vista unívoco (securitário, judiciário, da saúde pública, educacional...), mas polimórfico.

Mas, no mesmo movimento em que defendem visão plural do objeto da criminologia, o Rapport abre espaço para uma abordagem centralmente securitária, relativa às "dimensões estratégicas" dos fenômenos criminosos, individuais, grupais, nacionais ou transnacionais (as ameaças do crime organizado, terrorismo ou "gangsterismo" e de grupos criminosos sectários). "Uma abordagem geopolítica e global do crime é uma necessidade científica". O *Rapport Villerbu* retoma, então, o *Rapport Bauer*, que destacou a necessidade da criação de canais dedicados a questões estratégicas de defesa e segurança, relações internacionais e criminologia.

"O nome 'criminologia, diplomacia, polemologia, estratégia' poderia, portanto, ser mais apropriado e responder melhor aos problemas das 'disciplinas órfãs', mas a discussão deve ser totalmente aberta".

As dificuldades para abrir espaço para esta definição operacional e ampliada da criminologia são interpretadas como lutas entre fronteiras disciplinares, a serem superadas:

> "Toda disciplina [...], ao buscar entrar no campo das ciências oficiais, enfrenta três grandes obstáculos: intelectual (o objeto), institucional (as estruturas de

> ensino) e cultural (a comunidade que cria legitimidade). Sem sermos muito sistemáticos, constatamos que a que se deve a grande relutância que tem emergido na oposição ao reconhecimento da criminologia: toda invenção desperta adversários por razões que são principalmente a defesa dos territórios. Dir-se-á então que no estado atual a criminologia possui todos os critérios pelos quais se encontram definidos os *Sans Domicile Fixe*, criminólogos sem criminologia; ou ainda mais, os *Sans Papier*, uma criminologia sem criminólogo, pois sem diploma." (id. ibid., p. 11, tradução nossa).

Assim, eles afirmam a necessidade de criar canais de discussão e formação em criminologia a partir da permanência das preocupações com os determinantes do comportamento criminoso nos setores administrativos – no caso da saúde e do policiamento forense, questões relativas à irresponsabilidade penal e ao *état dangereux*, retomadas na preocupação pública sobre o alcoolismo, o vício em drogas e a análise psicológica comportamental – ou a partir da dificuldade de integração das ciências criminais ao direito e da marginalidade dos ensinamentos da política criminal. O interesse por uma formação em criminologia (no sentido amplo de ensino, pesquisa e prática profissional) mereceria atenção: "o campo criminológico se constitui de forma subterrânea, um 'quase-Estado' no Estado oficial e fixado de formações iniciais e contínuas". Uma criminologia é ensinada. Criminólogos são procurados. Mas falta o reconhecimento do status científico e das condições de estruturação.

Não é por acidente que recuperam como princípio a observação de Jean Pinatel no 25º aniversário da *Revue de Science criminelle* (1971): "Se a criminologia ainda é uma ciência em formação, ou mais precisamente uma ciência jovem, não é porque tem um caráter multidisciplinar ou pluralista, mas é porque, até agora, não foi dado os meios para desenvolver". O Rapport Villerbu propõe, então, o desenvolvimento destes meios. após mapear 130 diplomas de criminologia ou de cursos que possam ser abrigados neste rótulo na França, planeja-se:

1) estabelecer uma coerência de formação, a partir de uma "base comum" de referência composta por cinco disciplinas[28]: Direito (criminal, administrativo....); Ciências médicas e psiquiátricas (medicina forense, psiquiatria, psicologia, medicina

28. Cada curso pessoal deve, no entanto, ser estruturado em torno de uma disciplina principal, que geralmente, mas nem sempre – será a disciplina dos primeiros anos de ensino superior, a espinha dorsal intelectual da pessoa. Este será, em face disso, o direito de um magistrado, um policial ou um advogado, psicologia para um psicólogo clínico, uma ciência social particular para um oficial de missão de "inserção" comunitária e medicina para médicos, psiquiatras e outros especialistas.

e neurobiologia); Ciência da sociedade (antropologia, demografia e estatística criminal, etologia, história, geografia, economia, ciência política e sociologia); Polícia científica e técnica (criminal); Filosofia e ética;

2) criar polos regionais de excelência no ensino e na pesquisa;

3) criar uma seção no *Conseil National Universitaire* (CNU)[29] e de uma estrutura adaptada para avaliar formações e pesquisas: uma seção "criminologia" completa de formação e pesquisa no horizonte de cinco a dez anos, com professores-pesquisadores habilitados para comandar pesquisadores e doutoradandos;

4) criar uma Conferência Universitária de Criminologia (CUC), agrupando pesquisadores, professores e atores da justiça, da segurança e da assistência social e em saúde.

Esse ambicioso projeto, contudo, terá dificuldades em ser implementado. Uma derrota crucial foi o parecer incisivo do Comitê Permanente do *Conseil Universitaire National* (CNU), que declarou:

> "[...] sua indignação diante da criação de uma seção 'criminologia' por decisão ministerial em 12 de fevereiro de 2012. Ela reprova uma medida de força imposta por uma autoridade política, contra a opinião da comunidade científica [...] O projeto de criação de uma nova seção de 'criminologia' foi realizado por um grupo restrito de algumas personalidades que não representam o campo científico em sua diversidade, que é a condição mínima para uma disciplina emergir (...) – A CP-CNU acredita que a criação da seção de criminologia é motivada por preocupações estranhas à lógica científica (...)." (CP-CNU, 2012).

O Parecer expressa algo para além de uma simples reação da comunidade universitária a uma reestruturação que, por sua complexidade e envergadura, suscita desconfianças. Ele revela também a adesão às teses que rejeitam as bases epistemológicas desta proposta de Criminologia e que, ao mesmo tempo, enxergam no projeto uma interferência política e administrativa na autonomia universitária por parte de *lobbies* políticos, administrativos e mercadológicos. No centro dessa resistência institucional está o legado histórico, epistemológico e político, da sociologia da reação social, que se consolidou na rede da *Déviance et Société* e no CESDIP. Não à toa será Laurent Mucchielli, ex-diretor do CESDIP, o ator mais engajado nessa confrontação epistemológica e política, como expressa a sua

29. Órgão central para a decisão sobre institucionalização do ensino e da pesquisa na Universidade.

produção no período. Ele analisa o desenvolvimento dessas novas coalizões e, ao mesmo tempo, elabora uma narrativa que se contrapõe às suas principais teses.

Mucchielli parte da história da preocupação com a delinquência juvenil na sociedade francesa e as diferentes respostas ao fenômeno ao longo do tempo (MUCCHIELLI, 2011). Em 1950, a rebeldia jovem dos *blousons noirs* teria se dado em um cenário de pleno emprego, onde ainda existiriam as teias de relações sociais dos distritos operários, o que os diferenciariam da juventude integrada aos valores de uma sociedade de consumo, sem perspectivas de ascensão social, com famílias próximas ao desemprego, vivendo em bairros de relações sociais fragmentadas. Atualmente, na origem dos desafios à ordem e nos tumultos, estariam a falta de canais políticos de tratamento de demandas e direitos. A eleição da juventude como alvo de vigilância policial por conta de sua origem estrangeira e sua (pressuposta) vinculação com o aumento da criminalidade e da insegurança fecharia o ciclo de exclusão e incompreensão política de juventude que teriam a incerteza como condição de vida.

A sua perspectiva sugere que a discussão política em torno das necessidades e direitos dos jovens nas grandes cidades é a grande questão. A prevenção retorna ao debate, mas afastada de um viés repressivo, uma vez que as *émeutes* não teriam relação com a economia da droga. Um policiamento de proximidade e uma política de descriminalização seriam medidas para dar conta do fenômeno. Em suma, seria preciso diferenciar o *medo*, relacionado à possibilidade objetiva de ser vítima de crime (que teria um aumento na década de 1990), da *preocupação*, como julgamento social mais amplo sobre a decadência as relações morais e sociais (que teria aumentado a partir da década de 1970)[30]. Nesse sentido, a questão da violência estaria mais associada às metamorfoses da sociedade e do Estado após tempo forte da vigência do Estado de Bem-Estar Social na França[31].

Em grande medida Mucchielli herda a genealogia da insegurança traçada por Robert (1999; 2002). Para ele, o retorno da obsessão pelo crime nos anos 1970-80 demonstraria que o modelo do "Estado social de segurança"[32] (não confundir com

30. Sobre a relação entre Mídia e sentimento de insegurança na França, cf. LAGRANGE,1995 e MACÉ, 2002.

31. Podemos perceber, assim, alguns pontos em comum com o pensamento de Wierviorka (1999) em torno do novo paradigma da violência ligado ao esgotamento dos métodos de tratamento político e institucional das demandas sociais; um olhar mais centrado na criação de novas relações sociais e na diferenciação entre os fenômenos do crime, do terrorismo, das *émeutes* e das *incivilités*.

32. Modelo de controle social baseado no mecanismo penal clássico e em um sistema preventivo-educativo sobre os predispostos ao crime e o reincidente.

"Estado securitário"), vigente durante todo o século XX, estaria desregulado ou não seria mais satisfatório. No início dos anos 1970 houve um aumento massivo de roubos e assaltos, que foram qualificados como "pequena delinquência" por uma tradição policial pouco interessada nos "delitos de apropriação" e às perturbações à tranquilidade pública. O desenvolvimento de um setor especializado, a *justice des mineurs* e a atuação de educadores de rua parecia suficiente para dar conta da "pequena delinquência". Uma série de "bloqueios contra a insegurança" contribuíram para que não houvesse maior interesse na questão: a preocupação com a descolonização dos países africanos; a revolta juvenil contra os padrões morais; o quase pleno emprego e as garantias de direito ligadas ao salário e contrato de trabalho, que forneciam estabilidade e a virtude socializante do status; e a generalização da proteção através do acesso universal aos serviços públicos (moradia social, transporte público, saúde, educação) em meio ao otimismo inicial frente à sociedade de consumo.

Na metade dos anos 1970, essa realidade começa a mudar com a perda da estabilidade do emprego e de suas garantias, junto a novas condições de estruturação do espaço urbano para as populações mais pobres e também migrantes. A criação dos *Les grands ensembles* como solução contra a formação dos *bidonvilles periurbains*, inicialmente vistos como espaço de passagem para essa população, tornaram-se espaços de exclusão permanentes quando a segurança no emprego começa a falhar. Verdadeiras *machines à habiter*, eles seriam diferentes dos bairros operários tradicionais. Nos *grands ensembles* a função social da habitação é separada das demais funções sociais no espaço urbano: de agora em diante o lugar de moradia está separado do local de trabalho que por sua vez está separado do local de lazer. Estas condições favoreceram a "segregação recíproca" entre a população de zonas de má reputação e a cidade em geral e converteu o *quartier* no único lugar onde esta população sente-se em casa, longe de exclusão ou reprovação social.

Ao mesmo tempo, agravando a situação, ocorre o enfraquecimento da mediação e da supervisão do espaço público. Nos lugares de fluxo, como o transporte público (ônibus, metrôs e trens), desaparecem os pequenos empregos para os atores que garantiam a acomodação de conflitos. Os espaços juridicamente privados, mas de uso público (como galerias comerciais, estádios, um supermercado) adotam a vigilância privada e a videomonitoramento, tornando-se "bolhas de segurança". Por sua vez, a função do policiamento de supervisão dos conflitos nas ruas, função original do policiamento, é substituída pela ênfase na "caça aos delinquentes". Com isso, criam-se não lugares onde cada um pensa com facilidade que pode fazer o que quiser. É nesse contexto que aumentam as disputas pelo controle desse espaço pelos mais jovens. Assim, a partir dos anos 1980 a agressão física passa a ser um componente da delinquência urbana, junto com os roubos e

assaltos, no mesmo momento em que a "delinquência de apropriação" torna-se também "delinquência de ostentação", posto que associada ao acesso à bens simbólicos de diferenciação e inclusão na sociedade de consumo por parte de uma juventude que encontra dificuldades na transição da escola ao mundo do trabalho:

> "Como incentivar pessoas que se julgam permanentemente excluídas do jogo social a seguirem as regras? Não se trata mais de lutar contra a exclusão, mas a gerir. É então que a insegurança faz sua aparição, se começa a se preocupar com isto após a irrupção de uma delinquência de consumo e bem antes que a violência dos banlieues fosse uma questão." (ROBERT et al. 2002, p. 41-42).

O agravamento da situação teria acontecido, nesse sentido, também por erros políticos no direcionamento dos poderes públicos, como a percepção da *Comissão Peyrefitte*: ser tolerante com a delinquência não violenta e concentrar os esforços dos poderes públicos na repressão às agressões físicas. A proliferação da *pétite délinquance* ao longo de mais de uma década alimentou a insegurança, gerando uma "cultura de impunidade", da parte da *pétite délinquance*, e uma "cultura do abandono", da parte das vítimas, que passam a confiar menos no poder público. A centralização das polícias e seu direcionamento à manutenção da ordem pública e não à segurança dos cidadãos enfraqueceu a construção efetiva de polícias municipais e agendes de mediação social capaz de realizar a prevenção em nível local.

Segurança pública em nível local, manutenção da ordem e polícia judiciária em nível nacional seria uma estruturação ainda não realizada no país. A esta estruturação seria preciso conjugar um modelo de prevenção, mas a partir da melhoria das estatísticas sobre crimes e vitimização[33]. Essa medida seria central para desfazer mitos presentes em orientações políticas securitárias que enxergariam nos problemas da pequena delinquência e de tranquilidade pública o grande crime organizado transnacional, a economia subterrânea da droga e o terrorismo[34]. Contra a "obsessão securitária", associada a modelos de prevenção situacional, uma prevenção social mais intensiva, fundada em dados qualificados[35].

33. Entre as pesquisas de vitimização realizadas pelo CESDIP, cf. ROBERT, 1999 et al. Para a crítica do monopólio dos dados estatísticos pelas polícias, cf. MONJARDET, 1886.
34. Em contraponto à tese dos roubos praticados servirem para financiar consumo de drogas na França, cf. BARRÉ, 1996.
35. Para uma crítica das demandas por segurança e punição e as políticas de prevenção de modo comparado e em uma perspectiva crítica, cf. LAGRANGE, 2003; HEBBERECHT, P. et DUPREZ, D. (sous la dir. de), 2001; BODY-GENDROT et DUPREZ, 2001 e WYVEKENS, 2008.

Considerando a narrativa apresentada, torna-se nítida a oposição frontal com as novas perspectivas criminológicas, que se revela também uma disputa sobre os dados estatísticos, na medida em que cresce a sua importância no debate público, sobretudo na "guerra dos números" sobre insegurança, que se torna central na campanha eleitoral de 2001-2002 e a eleição de Nicolas Sarkozy, A partir desse momento, em que aumenta o interesse do poder governamental em controlar os "números da delinquência" e se amplia a rede de articulação das criminologias securitárias, Mucchielli será mais uma vez o protagonista dos principais embates. Ele assumirá a tarefa de defensor do legado da sociologia crítica no campo penal, sendo responsável pela reconstrução da história da Déviance et Société e do CESDIP (1997;1999) e, ao mesmo tempo, pela embate epistemológico e político contra o projeto da "nova criminologia".

De um ponto de vista crítico, Mucchielli defende que o papel desempenhado pela "virada simbólica" operada pela esquerda francesa teria favorecido esta visibilidade do discurso policial e securitário sobre as *violences urbaines*. O imperativo de "dar voz à polícia" surgiria por causa das fissuras entre os sindicatos da polícia e os Ministérios do Interior e da Justiça e teria três objetivos: 1) construir a ideia de uma ameaça crescente; 2) evacuar a dimensão política do comportamento dos jovens; 3) esconder da polícia a sua corresponsabilidade no desencadeamento dos fenômenos. Dessa forma, como uma batalha ideológica, afirmação corporativista e satisfação dos sentimentos de desamparo dos policiais da "base", esse imperativo teria colaborado à uma crítica perniciosa do associativismo local, e ao fortalecimento a um "discurso pré-científico" em torno do surgimento de um "criminoso mais jovem, mais violento e reincidente", assim como da identificação de um inimigo interno através dos vínculos entre crime e imigração. É nesse processo que se origina a proposta de uma "nova criminologia".

A esse respeito, Mucchielli (2004) afirma a impossibilidade de uma criminologia unificada, ressaltando as distâncias entre Sociologia, Psicologia e o Direito. Em relação à Psicologia, sublinha o fundamental rompimento da sociologia da reação social com a "doença infantil da criminologia" – a busca das causas do crime em características psicológicas de indivíduos específicos. Em relação ao Direito, a distância epistemológica teria raízes na ausência de colaboração através de um ensino inicial: magistrados, policiais, e aqueles que trabalham na administração penitenciária geralmente frequentam os primeiros estudos universitários em Direito, depois ingressam em suas próprias escolas de formação. Sobre o renascimento da *Associação Francesa de Criminologia* como vínculo possível entre Direito e Sociologia ele afirma que sua audiência é sobretudo um testemunho da atualidade das questões criminológicas e criminais no debate público, mas sua

atuação passaria à margem dos grandes debates sobre a análise do crime e o estado intelectual do campo.

O autor contesta a existência de um paradigma, de uma definição comum do que poderia ser a "nova criminologia" entre os atores que a propõem (MUCCHIELLI, 2008). Uma disciplina científica não poderia ser definida apenas pelo objeto (o crime ou criminoso), mas por uma coerência entre problemática, paradigma e metodologia (MUCCHIELLI, 2010a). Em seu ponto de vista, existiriam preocupações práticas associadas a visões de senso comum ou a paradigmas irreconciliáveis em cada disciplina. Dessa maneira, a chamada "exceção francesa" de não institucionalização da Criminologia teria uma razão, inicialmente, epistemológica: a necessária distinção entre paradigmas disciplinares[36].

Além do contraste com modelos idealizados ou descontextualizados, a proposta confundiria a pesquisa fundamental, baseada no teste crítico de hipóteses e argumentos sem preocupação de uso imediato, com as ciências aplicadas, em resposta a demandas sociais e de setores administrativos. A crítica como parte integrante do processo científico seria desconsiderada em nome de uma pesquisa subserviente. Haveria um conjunto de parcerias entre pesquisadores, escolas de formação e avaliação de políticas públicas. Mas, se essas relações têm seus problemas, em realidade, eles seriam principalmente decorrentes das tentativas de centralização, das lutas corporativistas entre Ministérios e das ambições pessoais que impediriam o desenvolvimento da produção independente de conhecimento científico em relação aos governos à cada momento.

Ou seja, a confusão entre ciência fundamental e aplicada estaria ligada à falta de fronteiras entre o campo científico, o campo político e as diferentes formas de expersites da sociedade civil e do mercado. Mucchielli (2010b) descreve seus oponentes como um "conjunto de autores que se dão aparências científicas, quando na realidade são policiais, mercadores da segurança, jornalistas politicamente engajados, em suma, autores cujos interesses não são neutros" (tradução nossa, p. 87) O objetivo desta estratégia de confusão de fronteiras seria "atiçar o

36. Em contraste com a visão do *Rapport Villerbu* sobre modelos estrangeiros, como o caso da criminologia em Montreal/Quebec, ele alerta para a idealização de uma pluridisciplinaridade que não se realiza na prática. Já em relação à situação da Bélgica, onde a Criminologia é uma disciplina acadêmica desenvolvida e oferece oportunidades profissionais reais, esta configuração estaria fora de contexto na França, onde as especializações no estudo do crime ou da segurança ocorrem tardiamente (em mestrados), em cursos universitários já bem estabelecidos (direito, medicina, psicologia ou sociologia) e os oficiais do serviço público são todos treinados em escolas profissionais específicas e não nas universidades.

sentimento de insegurança para melhor vender sua expertise". Em síntese, uma demanda política criou a polêmica em torno da Criminologia na França, utilizando de uma estratégia política de dominação intelectual da parte de um grupo de atores que, fazendo tabula rasa do campo de estudos sobre crime no país, está interessada na promoção de uma visão de mundo catastrófica e de uma concepção policial da ciência, enquanto abrem a universidade ao mercado.

A busca de uma legitimidade acadêmica seria parte desse projeto, razão pela qual eles militariam para que sua doutrina seja ensinada nas escolas e também em universidades especializadas. Mas, pelo exposto, este seria um programa de reforma da pesquisa científica que poderia ameaçar gravemente a sua independência, convertendo a Criminologia no braço de uma polícia científica:

> "[...] pode-se resumir a tentativa de impor uma criminologia do Estado, concebida como um ramo da polícia técnica e científica, em duas palavras: uma ciência policial. No momento, embora um número muito pequeno de acadêmicos ou pesquisadores esteja envolvido nos empreendimentos políticos que descrevemos, e enquanto outros estão tentados a reivindicar a adesão a uma nova disciplina de "criminologia" porque provavelmente se sentem insuficientemente reconhecidos em sua disciplina atual (principalmente psicólogos e penalistas), a grande maioria dos pesquisadores e pesquisadores expressou sua oposição e medo em face dos projetos em curso." (id. ibid., p. 89-90, tradução nossa).

Pelo exposto, compreende-se em grande parte quais argumentos fundamentaram o Parecer do CNU. Contudo, mesmo com a derrota sofrida pelo projeto, a discussão tocou tensões estruturais para a configuração do campo de estudos sobre crime na França, como já foram antecipadas por pesquisadores que problematizaram a "esquizofrenia criminológica" no campo francês (BODY-GENDROT, 2010) e as dificuldades de tradução entre o mundo francês e o mundo anglo-saxão (LEVY, 2002). A configuração do debate francês suscita posições ambíguas ou paradoxais, do ponto de vista externo à França: a negação da criminologia como disciplina e, ao mesmo tempo, de afirmação da hegemonia em criminologia como um campo de estudo, com possíveis limitações para a aproximação entre a pesquisa e as oportunidades de diálogo para com os governos (COLSON, 2013).

4. O conflito entre as "duas criminologias"

O contexto analisado dá continuidade a uma história de confrontações entre duas comunidades epistêmicas penais (ENGUELÉGUÉLÉ, 1998; 2010) que

determinam em seus avanços e recuos o estado do campo de estudos em correlação com a ocupação de postos nas universidades, com a criação de disciplinas e com processos de profissionalização, no sentido weberiano, como processo de especialização no qual atores se apropriam do controle de um setor social e da alocação de bens e serviços produzidos nesse segmento, no caso, os ligados aos direitos humanos, à justiça penal e à segurança pública: a "criminologia do passage à l'acte", auxiliar do sistema penal na repressão e no tratamento do criminoso, e a "sociologia da reação social", crítica das formas de controle penal e securitário dos conflitos sociais.

A conjunção de interesses destes atores com o governo Sarkozy ofereceu uma grande "janela de oportunidade" a partir de condições políticas, culturais e institucionais que vem sendo criadas a partir das idas e vindas da construção da insegurança como problema público. Desse modo, o movimento desta comunidade epistêmica penal, associada às criminologias securitárias, administrativas ou liberais, realiza uma contestação ao projeto consolidado pela comunidade epistêmica penal que dominou o campo de estudos sobre crime na França desde os anos 1970, congregados em torno da proposta de uma sociologia da reação social crítica da securitização e penalização das questões sociais e conflitos interpessoais, cujos representantes principais estão vinculados à *Déviance et Société* e ao CESDIP.

Esse antagonismo remonta aos anos 1960-1970, e aos conflitos de perspectiva entre o grupo reunido em torno de Jean Pinatel e o de Philippe Robert nos Congressos de Criminologia, bem como dos diferentes posicionamentos entre, de um lado, o Sindicato dos Magistrados e, de outro, do *Rapport Peyrefitte* e da lei *Securité et Liberté*. Em síntese, pudemos indicar essas disputas resultaram: 1) na marginalização da criminologia clínica e integrada, isolada a partir de então em faculdades de direito e psiquiatria ou em associações internacionais de criminologia e política criminal com menor influência; 2) e na hegemonia das novas correntes associadas com as ciências sociais (criminologia crítica, sociologia do desvio e da reação social...), ligadas à uma política criminal de direito penal mínimo.

Em termos históricos, a montagem de um sistema de pesquisas pelo Estado francês nesta área a partir dos anos 1960 é um bom ponto de partida. (ROBERT, 1984; MUCCHIELLI & MARCEL, 2002), pois coincide com o momento em que ocorre essa passagem entre paradigmas. A partir dessa década, a pesquisa criminológica recebe grande apoio do Ministério da Justiça, que resolve criar uma série de estruturas de pesquisa ligadas à inadaptação, educação e justiça juvenil; ao sistema penitenciário e ao crime e justiça criminal. Uma série de modificações se

inicia nesse contexto[37], com a reunião de grande parte das equipes de pesquisa em um único Centro, o *Centre de Recherches Sociologiques sur le Droit et les Institutions Pénales* (CESDIP), em 1983, que se tornará o principal centro de pesquisa francês na área, vinculado inicialmente ao CNRS, ao Ministério da Justiça e posteriormente também à *Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines* (MUCCHIELLI & MARCEL, 2002).

O CESDIP, junto à Revista *Déviance et Société* e ao *Groupe Européen de Recherches en Normativités* (GERN) serão os principais veículos federalizadores desse movimento de ideias na Europa, principalmente continental (MUCCHIELLI, 1997). A *Déviance et Société*, em particular, constitui um fórum central da construção coletiva e também das discordâncias dessa rede de criminólogos críticos da Europa continental, especialmente de língua francesa. Ela se orientará para o estudo da normatividade penal (a incriminação e sua eventual aplicação), sobretudo a partir de uma sociologia política encarregada de determinar quais os agentes do processo legislativo e da história das normas penais. Esta orientação sócio-histórica foi vista por alguns como um recuo, mas se tornou a perspectiva dominante nos anos 1980[38]. Em síntese:

> "O projeto *Déviance et Société* era fundamentalmente militante, e as ciências sociais foram sua bandeira. O objetivo era atacar uma cidadela criminológica jurídica considerada comprometida por suas ligações com a justiça criminal e com a administração penitenciária, ou seja, incapaz de compreender que seu objeto preferido de observação (o criminoso) não era apenas, na origem, o resultado das disfunções da sociedade pós-industrial, mas também e, sobretudo, diante de seus olhos, o produto diário de um sistema de segregação normativa e social. A sociologia e então a história receberam a missão de atualizar essas normatividades implícitas e práticas estigmatizantes. O estudo dos processos de penalização do comportamento, a análise da tomada de decisão do sistema de justiça criminal, a observação das práticas policiais e prisionais, foram seus objetos preferidos e até, cada vez mais, desde o início da década de 1980, exclusivos." (id. ibid., p. 44, tradução nossa).

Assim, durante os anos 1980 e 1990 se desenvolverão os estudos sobre as profissões da justiça criminal, principalmente a prisão e a polícia. Incentivadas pela

37. Até esse momento, os centros de pesquisa são bastante subordinados a setores administrativos do Estado, mas a entrada do CNRS, em 1972, favoreceu uma nova sustentação para a integração e autonomia científica desses centros (MUCCHIELLI & MARCEL, 2002).

38. Sobre a história da Déviance et Société em suas relações com a criminologia crítica, cf. VAN SWAANINGEN, 1997.

perspectiva foucaultiana, as pesquisas estatísticas, qualitativas e históricas sobre estabelecimentos penitenciários, população carcerária e vida cotidiana de detentos e guardas prisionais também serão um ponto forte.

Nos anos 1990, contudo, ganha força a perspectiva de que o conteúdo científico da Revista parece ter se tornado muito estreito em relação ao seu título e que, se a criminologia na França e na Europa continental continua institucionalmente dependente das Faculdades de Direito e do ensino de Direito Penal (LÉVY, 1997), essa perspectiva mais estreita não isolaria a revista do campo das ciências humanas. Interroga-se que, ao se focalizar sobre a repressão penal (policial, judiciária, penitenciária), a Revista não deixou de lado temas e métodos que permitiriam resultados também potentes, a exemplo de outras formas de desvio (uso de drogas, homossexualidade, problemas mentais), de delinquência (financeira e política) ou ainda modos de controle menos institucionalizados.

Essa busca por uma maior abrangência já indica um cenário novo, de diversificação de centros de pesquisa, em que outras perspectivas buscaram se reposicionar no cenário da crescente preocupação com a insegurança pública e as demandas por punição, O problema da insegurança tornou-se que tornaram-se incontornáveis, especialmente quando por terem se transformados em mercadoria na competição política: as controvérsias interpretativas são atravessadas pelas polarizações do campo político, sobretudo pela denúncia ou apoio à ação governamental na criação de novas políticas legislativas, urbanas e de reforma do sistema prisional e policial. Junto a questão do processo penal e do uso do cárcere, o tema das políticas de prevenção às violências nos *quartiers populaires* tornaram-se centrais no julgamento acerca da pertinência dos pontos de vista e eficácia das políticas.

Haverá, nesse sentido, um incentivo direto do Estado na criação de novos setores de pesquisa desde os anos 1980 que se institucionalizará nos anos 1990. Um primeiro setor é o das pesquisas sobre drogas (consumo, políticas e tráfico), com a criação do *Observatoire français des drogues et des toxicomanies* (OFDT), em 1993, da rede de pesquisa "Psychotropes, politiques, sociétés", em 1994 e um laboratório do CNRS, em 2001. Um segundo setor é o das pesquisas sobre polícias, com a criação do *Institut des Hautes Études de la Sécurité Intérieure* (IHESI), em 1991, e de uma revista especializada, o *Cahiers de la Sécurité Intérieure*. Um terceiro setor é o da delinquência, que terá pesquisas incentivadas pelo *Ministère de la Ville*, criado em 1990, e desenvolvido cada vez mais quando a questão da delinquência juvenil e a violência na escola entra na agenda político-midiática na segunda metade da década.

Esta diversificação conduziu, então, também a uma reavaliação no CESDIP e seus aliados no campo das Ciências Humanas e Sociais. Acompanhando a

preocupação com o sentimento de insegurança, o Centro desenvolverá pesquisas sobre a relação das vítimas com os serviços de polícia e justiça (ROBERT et al, 1994). Ao mesmo tempo, os estudos se tornarão mais abertos para as "determinações externas" do processo penal, o que diversificará os temas de pesquisa que, além dos já abordados (criação da lei penal, as vítimas, a prisão) se acrescentaram outros, sugeridos pela atualidade (polícia, drogas, racismo, terrorismo, insegurança e as políticas de prevenção). Há um aumento considerável dos estudos sobre políticas públicas de segurança, especialmente sobre o funcionamento das polícias francesas (MUCCHIELLI & MARCEL, 2002)[39]. A sociologia do crime se recentra em uma análise de criminalização como um recurso que diferentes atores sociais podem desempenhar mais ou menos habilmente e começa a levar em consideração não apenas os atores de instituições penais, mas também o autor de comportamento, buscando um "verdadeiro paradigma sociológico de crime" (MUCCHIELLI & MARCEL, 2002).

Ao mesmo tempo, esse cenário colocou no centro da discussão a hegemonia da *Déviance et Société* e do CESDIP, seu paradigma e suas redes de apoio, ao oferecer espaço para o desenvolvimento da proposta de Criminologia na universidade, associada a setores da administração estatal, de juristas criminólogos até então deslocados para um segundo plano e a interesses dos mercados de segurança e controle. A conjunção de interesses desses atores com o governo Sarkozy ofereceu uma grande "janela de oportunidade" a partir de condições políticas, culturais e institucionais que vem sendo criadas a partir das idas e vindas da construção da insegurança como problema público no país (COBB & ELDER, 1971; GUSFIELD, 1981; CEFAÏ, 2017).

Esse desenvolvimento, especialmente na década de 2000, intensificou os conflitos em torno da legitimidade científica dos saberes construídos, originando um contexto que se assemelha, pela profundidade das mudanças propostas, ao grande momento de reestruturação das organizações de pesquisa vinculadas aos setores administrativos do judiciário e da segurança pública nos anos 1960, mas em sentido contrário: enquanto o momento anterior (1960-1990) se fundamentava em uma "cultura criminológica" enraizada na crítica ao sistema penal e às formas de dominação, as novas propostas e articulações buscaram fortalecer

39. Essas pesquisas foram também acompanhadas por interpretações mais amplas das grandes transformações da sociedade francesa, que discutiram diferentes hipóteses sobre a realidade do processo civilizatório francês ou a metamorfose do Estado francês após o fim dos " trinta anos gloriosos" (1945-1975) e o desenvolvimento de uma sociedade de consumo.

as perspectivas que perderam espaço naquele período, em uma aliança entre a criminologia clínica, as criminologias securitárias e a influência governamental sobre a ciências.

Abriu-se, então, espaço para uma disputa entre herdeiros de outras tradições de conhecimento criminológico que foram relegadas a um segundo plano e que agora encontraram uma "janela de oportunidade" para ganhar expressão acadêmica: as disputas em torno dos legados daqueles que, nos anos 1950, inspiraram-se em Cesare Lombroso, Gabriel Tarde ou Émile Durkheim – caso de intelectuais como Jean Pinatel, Deniz Szabo, Étienne De Greef, Marc Ancel, Paul Amour, Andre Davidovitch e Philippe Robert – e que hoje servem de referência para o embate de paradigmas das criminologias etiológicas interdisciplinares, integradas ao Direito e/ou à criminologia policial/securitária, com a sociologia penal, da delinquência e da polícia organizada em torno do CESDIP. Nos anos 1990, quando do início da diversificação do campo francês, a convergência entre estas "duas criminologias" foi proposta no interior da própria *Déviance et Société* (PIRES, 1993; 1995), ocasionando forte divergência e acusação de incoerência (VAN OUTRIVE, 1995; ROBERT, 1995)[40], o que demonstra as fortes fricções entre estas duas comunidades epistêmicas.

Desse modo, o movimento desta comunidade epistêmica penal, associada às criminologias securitárias, administrativas ou liberais, realiza uma contestação ao projeto consolidado pela comunidade epistêmica penal que dominou o campo de estudos sobre crime na França desde os anos 1970, baseado em uma sociologia da reação social crítica da securitização e penalização das questões sociais e conflitos interpessoais, cujos representantes principais estão vinculados à *Déviance et Société* e ao CESDIP. Nesse sentido, diante da impossibilidade de conciliação entre as diferentes perspectivas, os *Rapports Bauer* e *Villerbu* buscam, sob nova roupagem, a partir de uma articulação contra-hegemônica apoiada em forças políticas, retomar a criminologia do *passage à l'acte* como ciência integral do fato criminal e auxiliar ao sistema penal, promovendo a anexação da sociologia do campo penal como setor subordinado à sua construção intelectual e política.

40. Para uma análise mais aprofundada, que não podemos desenvolver no momento, seria necessário estabelecer as conexões e contrastes, a partir da década de 1950, entre os grupos subjacentes às revistas Revue Internationale de Criminologie et Politique Scientifique, a Déviance et Société e os Archives de Politique Criminelle, assim como a construção de um "espaço francófono de pesquisa criminológica" e de suas clivagens e rivalidades, particularmente entre o "modelo de Montreal" e o "modelo francês", que se estruturaria ao longo dos anos 1950-1980.

Nessa disputa, como um jogo de espelhos, as acusações são mútuas: de um lado, cegueira e tolerância excessiva pela negação do aumento da violência, considerada apenas como uma produção política da mídia, e necessidade de uma criminologia aplicada em questões de segurança (BAUER et al. 2008); por outro, indaga-se sobre o alarmismo do discurso da violência crescente e questiona-se a valorização do saber fazer técnico dos especialistas em segurança pública em detrimento da questão central da independência científica diante da política (MUCCHIELLI, 2014). Ao mesmo tempo, cursos para formação de agentes do sistema de justiça criminal e debates, a exemplo dos promovidos recentemente pelo *Forum de Sécurité Urbaine*[41], parecem configurar um ponto de interseção à duas comunidades epistêmicas que se friccionam.

5. Considerações finais

No presente ensaio, complementando a proposta de divisão da história da criminologia na França de Mucchielli (2004), situamos o desenvolvimento do campo criminológico francês em quatro momentos: 1) a emergência dos paradigmas deterministas e a crise institucional e da interdisciplinaridade (1880-1940); 2) a afirmação da criminologia do passage à l'acte como auxiliar do sistema penal no tratamento do criminoso e a reação das criminologias críticas (1945-1975); 3) a hegemonia da sociologia do desvio e da reação social no sistema de pesquisa francês e início da diversificação temática e institucional (1975-2000); 4) o projeto de institucionalização de uma "nova criminologia", a partir do desenvolvimento conceitual de criminologias administrativas securitárias, penais e psicológicas, e reações da comunidade acadêmica francesa (2000-2020).

Como eixo dinâmico principal dessa história, situamos a disputa entre duas comunidades epistêmicas que defendem teses contrapostas, seja em relação ao poder punitivo e repressivo do Estado na regulação de conflitos sociais, seja em relação à explicação sobre a natureza do "fato criminal", entre uma ênfase jurídico-política ou comportamental-psicológica. As propostas de integração ou separação entre estas duas perspectivas expressam, portanto, repercutem não apenas em termos questões teóricas. Por fim, indicamos que essa disputa sobre paradigmas explicativos é reveladora das escolhas de cada momento histórico sobre as

41. O Forum é uma rede francesa de 130 organizações locais criada em 1992 e originado do Fórum Europeu para a Segurança Urbana, criado em 1987 em Barcelona, iniciativa de Gilbert Bonnemaison, antigo prefeito de Epinay-sur-Seine, e com o apoio do Conseil de l'Europe. O objetivo da rede é reforçar as políticas de segurança e de prevenção da delinquência e promover a articulação entre políticas locais e nacionais.

formas de exercício político do controle social, determinantes para os níveis de liberdade, conflito e ordem de uma determinada sociedade. A institucionalização da ciência, e sua maior ou menor independência diante dos poderes políticos governamentais, são fatores centrais para a legitimação, a eficácia e eficiência dos instrumentos de controle e das formas de resistência.

Essa realidade torna sempre necessária refletir sobre as diferentes configurações dos saberes científicos sobre desvio, crime e punição, qualquer que seja a forma de nomeá-lo, diante dos seus públicos a partir de uma reflexão sobre a natureza sociológica do Estado e seu funcionamento no atual momento histórico. A retomada de um eixo de pensamento "estratégico-securitário" sobre o governo das cidades e populações marginalizadas, somada à relegitimação da funcionalidade da prisão como sistema de correção ou de simples incapacitação/exclusão são sintomas de regressão do Estado de Bem-Estar Social europeu ou, para sermos mais exatos, da sua reconfiguração à uma forma de Estado adaptada às necessidades do neoliberalismo em um momento de retomada, na Europa, de uma lógica populista de reforço a fronteiras simbólicas e sociais (GARLAND, 2008; LOADER & SPARKS, 2011; WACQUANT, 2011).

A reflexão que fizemos sobre o caso francês partiu de dois princípios: a necessidade de invertermos a lógica de importação de ideias no estrangeiro para sua adaptação à realidade local, ou seja, a defesa da legitimidade de pesquisas sobre países centrais do capitalismo, no sentido de provincializá-los (CHAKRABARTY, 2000); e a possibilidade de, a partir do estudo do desenvolvimento dos saberes sobre crime e pena em outros países, fornecer as bases para comparações. Assim, embora a pretensão do presente artigo não tenha sido uma análise comparativa – a ser construída posteriormente – é possível traçar alguns paralelos iniciais com o caso brasileiro. Nesse sentido, diferentemente da França, com sua tradição específica de estabilidade e centralização, no Brasil, as relações entre Estado e universidades, entre teoria, pesquisa e políticas públicas na justiça criminal e na segurança pública, foi mais acidentada e regionalmente diversificada.

Uma série de estudos já foram desenvolvidos sobre a primeira adaptação das ideias criminológicas "biopsicológicas" europeias no Brasil, entre o fim do século XIX e o início do século XX, até a perda de sua hegemonia nas universidades brasileiras a partir dos anos 1970, com a incorporação de influências interacionistas, marxistas e foucaultianas, nem sempre convergentes (SANTOS, 1981; ALVAREZ, 2003; ANDRADE, 2012). Paulatinamente, há um esforço de pesquisa (VASCONCELOS, 2014; 2019b) sobre as décadas seguintes, abordando a sobrevivência/readaptação de ideias criminológicas "biopsicológicas" em setores da intelectualidade jurídica e policial, o surgimento de novos paradigma, ou ainda

os diferentes arranjos institucionais de interação entre conhecimento científico e expertise estatal.

Assim, em trabalhos anteriores (VASCONCELOS, 2014; 2019a), esboçamos que a primeira oportunidade de um arranjo desse tipo, a partir dos anos 1970, realizou-se com a iniciativa do Ministério da Justiça em 1979, com a convocação de juristas e cientistas sociais para delimitar diagnósticos e propor projetos de reforma sobre o tema da criminalidade violenta, bem como as diversas CPIs ocorridas nos anos seguintes. Entre as propostas estavam mudanças legislativas e a criação de um Instituto Nacional de Criminologia como escola de formação, foco de resistência de defensores de teses mais tradicionais sobre a criminologia. Uma série de fatores convergiram para o relativo insucesso desta iniciativa: a incapacidade do governo federal em implementar um planejamento no contexto de radicalização política contra a ditadura civil-militar ou a falta de consistência e apoio da gestão do Ministro da Justiça; e a incompatibilidade interna entre os paradigmas e o descompasso entre o conhecimento presente nos relatórios e o da nova geração nas universidades, que iniciaram o desenvolvimento de fóruns de discussão, como o GT "Direito e Sociedade" na Anpocs, e a criação de centros de pesquisa.

Balanços bibliográficos (CAMPOS & ALVAREZ, 2017; RATTON (org.), 2017) e estudos mais recentes sobre o período (RAMOS, 2007; LOPES, 2009; PRADAL, 2013; 2017; VASCONCELOS, 2014; MARQUES, 2017) demonstram, a partir de então, o desenvolvimento de um abrangente campo de estudos sobre crime, violência, segurança pública e justiça criminal, em que se mantém a tentativa de legitimar duas tradições disciplinares principais, cujas referências nem sempre se cruzam: a da Criminologia crítica e a das Ciências Sociais, com suas fissuras internas, que versam principalmente sobre a incorporação de referências e proposições pragmáticas de consultoria ou atuação, por parte de cientistas sociais, junto ao poder público em projetos de atuação na segurança pública ou na reforma organizacional e educacional das polícias.

Criminólogos críticos e cientistas sociais desenvolverão redes de consultoria junto a governos a partir de centros de pesquisa em diálogo com ONGs e universidades (VASCONCELOS, 2014; 2017). Para o primeiro grupo, os governos Brizola (1983-1987; 1991-1994) no Rio de Janeiro, são emblemáticos; para o segundo, os governos Montoro (1983-1987), em São Paulo e, posteriormente, Garotinho (1999-2002), no Rio de Janeiro. A partir de então, com hegemonia das redes construídas internamente às Ciências Sociais em diálogo com polícias e operadores do direito, dá-se um processo mais ampliado de construção de redes de pesquisa, consultoria e articulação com demandas de setores do Estado. As

relações entre a Secretaria Nacional de Segurança Pública – SENASP, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública e a Anpocs convergirão como ponto de apoio e articulação de redes para implementação de planos e reformas na segurança pública durante os anos 2000. Algumas das resultantes foram a 1a Conferência Nacional de Segurança Pública, em 2009, a elaboração da Proposta de Emenda à Constituição 51, referente à desmilitarização das polícias, e a nova arquitetura institucional da segurança pública através do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP). Nem todos os projetos foram aprovados, mas, nesse contexto, as relações entre policiais e universidades tornam-se mais próximas, com o incentivo à formação de policiais-pesquisadores nas universidades e criação de cursos de formação e aperfeiçoamento – Rede Nacional de Altos Estudos em Segurança Pública – RENAESP e cursos de graduação, como bacharelados em segurança pública – e concursos de pesquisas aplicadas (VASCONCELOS, 2014; 2017; 2019b).

Apesar dessa forte convergência, ela não se provou permanente e se enfraqueceu de acordo com a variação das coalizões políticas em governos (SOUZA, 2015). Nesse contexto, as correntes próximas à Criminologia Crítica e às Ciências Sociais trocam mútuas acusações e redefinem suas fronteiras internas. Entre as principais querelas estão as acusações feitas, por Criminólogos críticos, à linha hegemônica do campo de estudos nas Ciências Sociais. A crítica, em resumo, articula dois pontos: "colaboracionismo" excessivo dos pesquisadores tornando-os avalizadores da atuação estatal em projetos aplicados na segurança pública; e uma crença "positivista" no valor de pesquisas empírico-descritivas para diagnóstico em detrimento da teoria (MALAGUTI, 2009; 2011; CARVALHO, 2013). Estes dois pontos demarcariam a "visão liberal" desses pesquisadores sobre a relação entre Estado e Sociedade (PRADAL, 2013; 2017). Por outro lado, apesar de preocupações com uma possível deriva empiricista ligada ao conhecimento aplicado, a corrente hegemônica recusa as críticas como uma simplificação, pouco atenta ao conjunto mais amplo de reflexões teóricas e metodológicas produzidas ao longo de trinta anos de produção regular; além disso, pontua-se a diversidade de posicionamentos em relação à política (LIMA, 2011; LIMA & RATTON, 2011; LIMA, RATTON & AZEVEDO (orgs.), 2014). Em contraponto, retoma-se a crítica inicial dos primeiros estudos à supremacia de um ponto de vista teórico restrito, derivado de uma preferência marxista, historicista e juridicista na Criminologia crítica, que conduziria a poucos estudos originais e posicionamentos políticos que não consideram ganhos graduais nas reformas organizacionais, legislativas e na promoção de uma cultura de políticas orientadas por evidências (CARVALHO, 1999; ZALUAR, 1999; VASCONCELOS, 2014).

Como reação a esse cenário, nos últimos anos se observa a tomada de controle, por setores do Estado, do conhecimento sobre o crime, bem como da linguagem para sua análise e comunicação, com a organização de setores de pesquisa/diagnóstico na segurança pública e, simultaneamente, a institucionalização de uma "Ciência Policial", no sentido de qualificarem as polícias como as verdadeiras intérpretes da realidade do crime e da violência no país, com grave risco para a distorção do conhecimento científico em teses afinadas à defesa do ponto de vista corporativo policial em conexão com o senso comum político-midiático (LIMA et al. 2021). Vivemos, nesse sentido, uma retomada de argumentos por parte de uma nova "intelectualidade dirigente policial", que possui sua diversidade interna, mas que, em suas versões mais radicais, propõe uma visão policial de teor modernizadora, mas conservadora, corporativa, antirreformista e crítica do conhecimento produzido fora das polícias. Assim, estas tendências tendem a afirmar a "ciência" como linguagem de Estado e a serviço de suas finalidades, em detrimento do conhecimento científico organizado segundo as balizas das universidades e aberto à crítica social e às agendas de direitos humanos, controle da punição e fiscalização da eficácia e eficiência da segurança cada vez mais enfatizadas pela rede em torno do Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Mas, assim como na França, configura-se um novo cenário de contestação do conhecimento universitário em concorrência com um saber mais atrelado ao comando político sobre a ciência, também sob o impacto de um novo papel punitivo e repressivo do Estado no contexto de um capitalismo neoliberal avançado – no caso brasileiro, mesmo que também se possam perceber mudanças, talvez se deva falar de continuidade e incremento desse papel. Este cenário enseja um posicionamento menos defensivo de fechamento de fronteiras ou ainda de competição interna entre os diferentes segmentos que compõem as "Ciências Criminais" brasileiras, entendidas de modo amplo, para um balanço autocrítico em relação aos fatores que impediram a criação de mecanismos efetivos de reforma do sistema de justiça criminal e da segurança pública e de contenção do poder punitivo do Estado brasileiro ao longo das últimas décadas.

6. Bibliografia

ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas*: saber jurídico e nova escola penal no Brasil (1889- 1930). São Paulo: IBCCRIM, 2003. v. 1. p. 267.

ANDRADE, Vera Regina P. de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012.

BARRÉ, M.-D. "Toxicomanie et délinquance: relations et artefacts", Déviance et Société, 1996. 20, 4, p. 299-315.

BAUER, A. Déceler-Étudier-Former: une voie nouvelle por la recherche stratégique, 2008.

BAUER, A; ROCCARD, Michel. Pour un Conseil de Sécurité Nationale. Défense Nationale, n.10, 2007.

BAUER, A; RAUFER, X.; ROUCAUTE, Y. Une vocation nouvelle pour la criminologie, Sécurité globale, automne 2008. p. 89-93.

BAUER, A; FREYNET, F. Les études de sûreté et de sécurité publique, Paris, Presses universitaires de France (coll. "Que sais-je?"), 2009. p. 3.

BAUER, A; SOULLEZ, Christophe. Violences et insécurités urbaines. Collection Que sais je? Presses Universitaires de France, 2010.

BODY-GENDROT, Sophie. How to become Schizophrenic? Try french criminology. Newsletter of the European Society of Criminology, 2010. 9:2. 10-11.

BODY-GENDROT, Sophie; DUPREZ, Dominique. Les politiques de sécurité et de prévention dans les années 1990 en france. Les villes en france et la sécurité, *Déviance et Société* 2001/4 (v. 25). p. 377-402.

BONELLI, Laurent. *La France a peur*. Une histoire sociale de l' «insécurité». Éditions La Découverte, 2008.

BUI-TRONG, Lucienne. *Violences urbaines*: des vérités qui dérangent. Bayarad Éditions, 2000.

CAMPOS, Marcelo da Silveira; ALVAREZ, Marcos César. "Políticas Públicas de Segurança, Violência e Punição no Brasil (2000-2016)". In: MICELI, Sérgio; MARTINS, Carlos Benedito. *Sociologia brasileira hoje*. Cotia: Ateliê Ed, 2017.

CARESHE, C., PANDRAUD, R. Mission parlementaire relative à la création d'un observatoire de la délinquance, Rapport au Premier ministre, 30 janvier 2002. Disponível em: (www.intérieur.gouv.fr).

CARIO, R et VILLERBU, LM. Profession criminologue. Toulouse: Érès, 1994.

CARNIER, Louis-Philippe. «Zone de non droit, zone de conflit?», *Jurisdoctoria*, n. 2, 2009. p. 129-150.

CARVALHO, Glauber Silva de. "Abordagens teóricas da violência criminal: respostas das Ciências Sociais a um momento político". Dissertação – Mestrado em Sociologia, São Paulo, FFLCH, USP, 1999.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CASTAIGNÈDE, J. Hommage à Jean Pinatel et à son oeuvre. Eguzkilore: cuaderno del Instituto Vasco de Criminología (13): 219-225, 1999.

CAVARLAY, B.; HURÉ, M-S. Arrestations, classements, déférements, jugements. Suivi d'une cohorte d'affaires pénales de la police à la justice, CESDIP, 1995.

CEFAÏ, D. (2017). Públicos, problemas públicos, arenas públicas...: O que nos ensina o pragmatismo (Parte 1). *Novos Estudos*, (107), 187-213.

CHAKRABARTY, Dipesh. Provincializing Europe. Postcolonial Thought and Historical Difference. Princeton, Princeton University Press. 2000.

CHAPMAN, Dennis (Ed.). Sociology and the Stereotype of the Criminal. Routledge, 2013.

COBB, Roger W.; ELDER, Charles D. The Politics of Agenda-Building: An Alternative Perspective for Modern Democratic Theory. *The Journal of Politics*, v. 33, n. 4. (Nov., 1971). p. 892-915.

COLSON, Renaud. Criminology à la française. *Brit. J. Criminol.*, 53, 552-567, 2 May, 2013.

CNU – Conseil National Universitaire. Motion de la CP- CNU contre la création d'une section de criminologie. Disponível em: [www.sauvonsluniversite.com/spip.php?article5429]. Acesso: 25.07.2020.

DAVIDOVITCH, A. Reviewed Work: Les bandes d'adolescents. (L'évolution de la vie sociale) by Philippe Robert. *L'Année sociologique (1940/1948-)* Troisième série, v. 18, p. 424-428 (5 pages), 1967.

ENGUÉLÉGUÉLÉ, S. *Les politiques pénales* (1958-1995). L'Harmattan, 1998.

ENGUÉLÉGUÉLÉ, S. *Justice, Politique Pénale et Tolérance Zero*. L'Harmatta, 2010.

FAUGERON C. Quelques réflexions pour une sociologie de la prison. In: Robert Ph., Emsley C., (eds). *Geschichte und Soziologie des Verbrechens*, Pfaffenweiler, Centaurus Verlag, 1990. 44-50. Disponível em: (www.centaurus-verlag.de).

FAUGERON C. La production de l'ordre et le contrôle pénal. Bilan de la recherche en France depuis 1980, Déviance et Société, 1991. 15, 1, 51-91.

FAUGERON C. Les personnels de surveillance, entre la méconnaissance et la reconnaissance, *Droit & Société*, 1992. 22, 499-502.

FAUGERON C. From Criminal Justice to Discipline: Order and Penal Control in France. In: Robert Ph., Van Outrive L., Jefferson T., Shapland J., (eds). *Research, Crime and Justice in Europe:* An Assessment and some Recommendations, 1995. 71-108.

FAUGERON C. Quelques réflexions pour une sociologie de la prison. In: Robert Ph., Emsley C., (eds). *Geschichte und Soziologie des Verbrechens*, Pfaffenweiler, Centaurus Verlag, 1990, 44-50. Disponível em: (www.centaurus-verlag.de).

FAUGERON C. La production de l'ordre et le contrôle pénal. Bilan de la recherche en France depuis 1980. *Déviance et Société*, 1991. 15, 1, 51-91.

FAUGERON C. From Criminal Justice to Discipline: Order and Penal Control in France. In: Robert Ph., Van Outrive L., Jefferson T., Shapland J., (eds). *Research, Crime and Justice in Europe:* An Assessment and some Recommendations, 1995. 71-108.

FAUGERON, C., POGGI, D. Les femmes, les infractions, la justice pénale: une analyse d'attitudes, *Revue de l'Institut de Sociologie*, 1975. 3-4, 369-385.

FAUGERON, C.; Groman, D. La criminalité féminine libérée, de quoi?, *Déviance & Société*, 1979. 3, 4, 363-376.

FAUGERON, C.; ROBERT, P. *Les forces cachées de la justice, la crise de la justice pénale*, Paris, Centurion, 1980.

FAUGERON, C.: HOUCHON, G. Prison and the Penal System: from Penology to a Sociology of Penal Policies, *International Journal of the Sociology of Law*, 1987. 15, 4, 393-422.

GARLAND, D. "Disciplining Criminology?," 46 *Int'l Annals Criminology* 19, 2008.

GASSIN, Raymond. *Criminologie*. 3e edition. Paris, Edition Dalloz, 1994.

GUSFIELD, J.R. *The culture of public problems*: drinking-driving and the simbolic order. Chicago/London, The University of Chicago Press, 1981.

HAUT, F. Terrorism and Diasporas in France. In: The radicalization of diásporas and terrorismo. National Security Research Division & CSS, Whashington-D-DC-Zurich, 2007.

HAUT, F. *The Nature of Today's Terrorism and Organized Crime*: a French Perspective. In: ORTUNG, R. & MAKARYCHEV, A. (dir.), National Counter-Terrorism Strategies. 2015.

HEBBERECHT, P. et DUPREZ, D. (sous la dir. de), «Les politiques de prévention et de sécurité en Europe», Déviance et Société, 2001.

KALUSZYNSKI, Martine. La Republique à l'Épreuve du Crime – La construction du crime comme objet politique 1880-1920. Paris, L.G.D.J, 2002. p. 251.

LAGRANGE, Hughes. *La Civilité à l'épreuve*: crime et sentiment d'insécurité, Paris, PUF, 1995.

LAGRANGE, Hughes. *Demandes de sécurité*: France, Europe, États-Unis. Éditions du Seuil et La République des ideés, 2003.

LAGRANGE, Hughes. *Le déni des cultures*, Paris, Éditions du Seuil, 2010.

LAMANDA, V. *Amoindrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux, 2008*.

LÉVY, René. The Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales in the context of modern French criminology. Paper to be given at the Secretaria de Estado de Direitos Humanos, Brasilia, Brasil, July 2002.

LEYRIE, Jacques. *L'état dangereux criminologique*: de la theorie à l'adaptation. Revue Médecine & Droit. n. 17, 1996.

LIMA, Renato S. de. *Entre palavras e números*: violência, democracia e segurança pública no Brasil. São Paulo: Alameda, 2011.

LIMA, Renato S. de. & RATTON, José Luiz. (Orgs.). *As Ciências Sociais e os pioneiros no estudo do crime, da violência e dos direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública; Urbania; ANPOCS, 2011.

LIMA, Renato S. de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. (Orgs.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Ed. Contexto, 2014.

LIMA, Renato S. de; VASCONCELOS, Francisco Thiago R.; ALCADIPANI, Rafael; VIANNA, Fernando. "Saber acadêmico, 'guerra cultural' e a emergência das Ciências Policiais no Brasil". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 2021, no prelo.

LOADER, Ian et SPARKS, Richard. *Public Criminology?* Routledge, 2011.

LYRA FILHO, Roberto. *Criminología dialéctica*. Borsoi, 1972.

MACÉ, Éric. Les *violences dites «urbaines» et la ville*: du désordre public au conflit dans l'espace public. Les Annales de la Recherche Urbaine, n. 83-84. DATA.

MACÉ, É. «Le traitement médiatique de l'insécurité». In: L. Mucchielli, P. Robert (sous la dir. de), *Crime et insécurité*: l'état des savoirs, Paris, La Découverte, 2002. p. 33-41.

MALAGUTI BATISTA. Prefácio. In: LOPES, Edson. *Política e segurança pública*: uma vontade de sujeição. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

MALAGUTI BATISTA. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

MARQUES, Adalton. *Humanizar e Expandir:* uma genealogia da segurança pública em São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Sociologia – UFSCAR, 2017.

MONJARDET, Dominique. *Ce que fait la police, sociologie de la force publique*. Paris, La Découverte, 1996.

MUCCHIELLI, Laurent. Une sociologie militante du contrôle social. Naissance du projet et formation de l'équipe francophone «Dévance et Société», des origines au milieu des années quatre-vingts. In: *Déviance et société*, v. 21. n.1, 1997. p. 5-49.

MUCCHIELLI, Laurent. La *Découverte du social*: naissance de la sociologie en France (1870-1914). Éditions La Découverte, 1998.

MUCCHIELLI, Laurent. Les champs de la sociologie pénale. Vingt ans de recherches et de débats dans Déviance et Société (1977-1997) In: *Déviance et société*, v. 23, n. 1. 1999. p. 3-40.

MUCCHIELLI, Laurent. L'expertise policière de la «violence urbaine», sa construction intellectuelle et ses usages dans le débat public français. In: *Déviance et société,* 2000, v. 24, n. 4. Les désordres urbains: regards sociologiques. p. 351-375.

MUCCHIELLI, Laurent. *Violences et insecurité*: fantasmes et réalités dans le débat français. Éditions La Découverte, 2001.

MUCCHIELLI, Laurent et MARCEL, J.C. La sociologie du crime em France depuis 1945. In. MUCCHIELLI, L. et ROBERT, P. *Crime et securité*: l'état des savoirs. Paris. Les Éditions La Découverte, 2002. p. 53-63.

MUCCHIELLI, Laurent. L'impossible constitution d'une discipline criminologique en France (des années 1880 à nos jours). *Criminologie*, 2004, 37: 12-42.

MUCCHIELLI, Laurent et MARCEL, J.C. André Davidovitch (1912-1986) et le deuxième age de la sociologie criminelle française. *L'Année sociologique*, Paris: Les Presses universitaires de France, v. 56, n. 1, 2006. p. 83-117.

MUCCHIELLI, Laurent. Une "nouvelle criminologie" en France: pour qui? Pourquoi? *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2008a: 795-803.

MUCCHIELLI, Laurent. *La frénésie sécuritaire*. Paris, La Découverte, 2008b.

MUCCHIELLI, Laurent. *De la criminologie comme science appliquée et des discours mythiques sur la "pluridisciplinarité" et "l'exception française"*. Champ pénal/ Penal Field, VII, 2010a.

MUCCHIELLI, Laurent. Vers une criminologie d'État en France? Institutions, acteurs et doctrines d'une nouvelle science policière. Politix, 2010b 89: 195-214.

MUCCHIELLI, *Laurent. L'invention de la violence – des peurs, des chiffres, des faits*. Éditions Fayard, 2011.

MUCCHIELLI, Laurent. *Criminologie et lobby sécuritaire*. Une controverse française, La Dispute, 2014.

MUCCHIELLI, Laurent. *Sociology of Deviance and Criminology in France*: History and Controversies. *American Sociologist*, Springer Verlag, 2017.

MUCCHIELLI, Laurent. Faire de la criminologie une nouvelle discipline? Contexte et enjeux d'une controverse. Frédéric Audren et Ségolène Barbou des Places. Qu'est-ce qu'une discipline juridique? *Fondations et recompositions des disciplines dans les facultés de droit*, LGDJ, 2018.

MUCCHIELLI, L. & GOANZIOU, V. L. *Quand les quartiers brûlent... retour sur les émeutes de novembre 2005*. Éditions La Découverte, Paris, 2006.

NAUDIN, C. Alias. *Du terrorisme international aux fraudes massives*. Le nouvel empire des crimes d'identité. Éditions Table Ronde, 2005.

PIRES, Alvaro Penna. *Le débat inachevé sur le crime*: le cas du congrès de 1950. Déviance et Société, 1979, 3, 1. p. 23-46.

PIRES, Alvaro Penna. La criminologie et ses objets paradoxaux: réflexions épistémologiques sur un nouveau paradigme. In: *Déviance et société*, v. 17, n. 2, 1993. p. 129-161.

PIRES, Alvaro Penna. "La criminologie d'hier et d'aujourd'hui" In: Christian Debuyst, Françoise Digneffe, Jean-Michel Labadie et Alvaro P. Pires, Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome I. Des savoirs diffus à la notion de criminel-né. Chapitre 1. p. 13-67. Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa et De Boeck Université, 1995. p. 366. Collection: Perspectives criminologiques.

PRADAL, Fernanda. *Política e segurança pública no Brasil*: uma problematização da perspectiva especialista liberal. Mestrado em Direito. PUC-RJ, 2013.

PRADAL, Fernanda. "Segurança pública no Brasil: uma crítica sobre a produção intelectual". *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, n. 1, v. 8, 2017.

RAMOS, Silvia. "*Respostas brasileiras à violência no campo da segurança pública*: os movimentos sociais e as organizações não-governamentais". Tese em Saúde Pública. Fundação Oswaldo Cruz, 2007.

RATTON, José Luiz (Org.). "Crime, polícia e sistema de justiça no Brasil contemporâneo: uma cartografia (incompleta) dos consensos e dissensos da produção recente das Ciências Sociais". *BIB – Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, v. 84, p. 5-12, 2017.

RAUFER, Xavier. *Terrorisme*: maintenant, la France?: la guerre des partis communistes combattants. Garnier, 1982.

RENNEVILLE, M. La criminologie française. Enquête sur une disparition. 38e congrès de l'Association française de criminologie. *Quelle place pour la criminologie en France aujourd'hui?*. Association française de criminologie; Criminocorpus; Centre de Droit pénal et de Criminocorpus, nov. 2017, Nanterre, France.

ROBERT, Philippe. La sociologie entre une criminologie du passage à l'acte et une criminologie de la réaction sociale. *Année Sociologique*, 1973,441-504.

ROBERT, Philippe. De la «criminologie de la réaction sociale» à une sociologie pénale. *Année Sociologique*, 1981, 31, 253-183.

ROBERT, Philippe. *La question pénale*. Genève, Droz, 1984.

ROBERT, Philippe. The sociology of crime and deviance in France. *British Journal of Criminology*, 31: 27-38, 1991.

ROBERT, Philippe. Paradigme ou stratégie: Pires et la conception du crime. *Déviance et Société*, 1995, 19, 3, 267-278.

ROBERT, Philippe. *Le Citoyen, le Crime et l'État*. Genève-Paris, Librairie Droz, 1999.

ROBERT, Philippe. *L'insécurité em France*. Paris. La Découverte. 2002.

ROBERT, Philippe. Le renouveau de la sociologie criminelle. In: MUCCHIELLI, Laurent (dir.) *Histoire de la criminologie française*. Éditions L'Harmattan, 2004.

ROBERT, Ph.; CAVARLAY, B.; POTTIER, M-L.; TOURNIER, P. *Les comptes du crime*. Les délinquances en France et leur mesure, Éd. L'Harmattan, 1994.

ROBERT Ph., KELLENS G., Nouvelles perspectives en sociologie de la déviance. *Revue Française de Sociologie*, 1973, XIV, 2, 371-395.

ROBERT, P.; MONGIN, Marc-Olivier Padis; SEYLER, Monique. *Une généalogie de l'insécurité contemporaine*: Entretien avec Philippe Robert. Esprit. N. 290 (12) (Décembre 2002), p. 35-58 (24 pages).

ROBERT, Philippe et MUCCHIELLI, Laurent (dir.) *Crime et sécurité*: l'état des savoirs. Paris. La Découverte, 2002.

ROBERT, Ph.; ZAUBERMAN; R., POTTIER, M.-L.; LAGRANGE, H. «Mesurer la délinquance: entre statistiques de police et enquêtes de victimation (1985-1995)». *Revue française de sociologie*, 1999, XL, 2, p. 255-294.

RIGOUSTE, Mathieu. *Les Marchands de Peur*: La bande à Bauer et l'idéologie securitaire. Éditions Libertalia, 2011.

ROCHÉ, S. *Sociologie politique de l'insécurité*. Violences urbaines, inégalités et globalisation. Paris, Presses Universitaires de France, 1998.

ROUCAUTE, Y. *Le néoconsertaisme est un humanisme*, PUF, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Forense, 1981.

SOUZA, Robson S. R. *Quem comanda a segurança pública no Brasil*: atores, crenças e coalizões que dominam a política nacional de segurança pública, 2015.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paulo; YOUNG, Jock. *Criminologia crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

TOURNIER, P. V. (ed.). *La Babel criminologique*. Formation et recherche sur le phénomène criminel: sortir de l'exception française? Actes du colloque du 3 février 2009. Paris, L'Harmattan, 2009.

VAN OUTRIVE L. La criminologie et ses objets paradoxaux: la nouveauté doit se trouver ailleurs. *Déviance et Société*, 1995, 19, 3, 279-289.

VAN SWAANINGEN, R. Vingt ans de «Déviance et Société» sous l'angle de la criminologie critique. In: *Déviance et société*, v. 21, n.1, 1997. p. 57-76.

VILLERBU, L. Sur la faisabilité, la mise en place et le développement des études, recherches et formations en criminologie, 2010.

WIERVIORKA, Michel. *Violence en France*. Éditions du Seuil, 1999.

WYVEKENS, A. Quand l'urbain rencontre la sécurité. La prévention situationnelle en France aujourd'hui. *Revue du droit pénal et de criminologie*, Die Keure / La Charte, 2008. p. 887-900.

WACQUANT, L. From Public Criminology to the Reflexive Sociology of Criminological Production and Consumption: A Review of Public Criminology? By Ian Loader and Richard Sparks. *British Journal of Criminology*, 51: 438-48, 2011.

ZALUAR, Alba. Violência e crime. In: MICELI, Sergio (Org.) *O que ler na ciência social brasileira (1970-1995)*. Antropologia. São Paulo: Sumaré/Anpocs, 1999. v. 1.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A recepção do pensamento criminológico no ensino do direito criminal paulista (1889-1930), De Rebeca Fernandes Dias – *RBCCrim* 145/649-691 (DTR\2018\17993);
- Criminologia cultural, Clarice Lispector e a criminologia patrocinada pelo Estado: repensando o significado para além do mundo jurídico, de Wayne Joseph Morrison e outros – *RBCCrim* 177/329-365 (DTR\2021\1975); e
- Para além da criminologia?, de Paddy Hillyard e Steve Tombs – *RBCCrim* 142/273-299 (DTR\2018\10716).

Crime na pandemia: relatos jornalísticos sobre a ação de organizações criminais no Brasil durante o primeiro ano de crise da Covid-19

Crime during the pandemic: journalistic coverage on the actions of criminal organizations in Brazil during the first year of Covid-19

Thais Lemos Duarte

Pesquisadora de Pós-Doutorado em Sociologia e no Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública (CRISP) ambos na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutora em Ciências Sociais.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-9149-7387].
thais-duarte@hotmail.com

Natalia Martino

Doutoranda em Ciência Política e pesquisadora no Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública, ambos na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Sociologia.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-5377-2993].
natymartino@gmail.com

Ludmila Ribeiro

Professora no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e pesquisadora no Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública ambos na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutora em Sociologia.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-4304-2254].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/351319578999127].
lmlr@ufmg.br

Recebido em: 15.03.2021
Aprovado em: 14.06.2021
Última versão das autoras: 25.06.2021

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo analisa as narrativas da imprensa brasileira sobre a ação de organizações criminais nas dinâmicas comunitárias durante a

Abstract: This article analyzes the narratives of the Brazilian press regarding the impact of criminal organizations on community dynamics

Duarte, Thais Lemos; Martino, Natalia; Ribeiro, Ludmila. Crime na pandemia: relatos jornalísticos sobre a ação de organizações criminais no Brasil durante o primeiro ano de crise da Covid-19.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 183. ano 29. p. 429-458. São Paulo: Ed. RT, setembro 2021.

pandemia da Covid-19, em comparação ao cenário anterior. Foram estudados jornais de grande circulação publicados em três estados: Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro. Em geral, os relatos indicaram para aspectos políticos nacionais, analisando pouco as dinâmicas estabelecidas nos espaços periféricos urbanos. Entretanto, ao discutir temas comunitários, os jornais enfocaram, em especial, o contexto do Rio de Janeiro, sempre de modo ambíguo. Indicaram que os grupos criminais devem ser foco do controle estatal. Simultaneamente, assinalaram que tais atores são importantes à manutenção da ordem comunitária durante a pandemia.

Palavras-chave: Pandemia – Organizações Criminais – Milícias – Tráfico de Drogas – Estado.

during the first year of the Covid-19 pandemic, in comparison to the previous year. Major newspapers published in three states were scrutinized: Minas Gerais, São Paulo and Rio de Janeiro. In general, the news framed federal political aspects, with little emphasis on the dynamics established in the peripheral urban spaces. However, when discussing community issues, newspapers focused, in particular, on the context of Rio de Janeiro, always in an ambiguous way. They indicated that criminal enterprises should be the aim of state control. At the same time, they pointed out that such groups are important for maintaining community order during the pandemic.

Keywords: Pandemic – Criminal Organizations – Militias – Drug Trafficking – State.

Sumário: 1. Introdução. 2. Tráfico, milícia e Estado: breves reflexões. 3. Metodologia. 4. Retrato geral das notícias. 4.1. Interseções entre governo federal e milícias. 4.2. Territórios dominados e enquadramentos jornalísticos. 5. Quem garante o direito à saúde nas periferias?. 5.1. Definições de "crime organizado". 5.2. Organizações criminais durante a pandemia. 5.3. Posicionamentos estatais. 6. Considerações finais. 7. Bibliografia. Fontes da imprensa.

1. Introdução[1]

A pandemia da Covid-19 no Brasil veio acompanhada da disputa política sobre quais medidas deveriam ser adotadas para a prevenção do espraiamento da doença. Certos governadores e prefeitos temeram que as unidades de saúde ficassem sobrecarregadas, o que, possivelmente, aumentaria a mortalidade. Decretaram o fechamento de atividades consideradas não essenciais, enquanto o presidente Bolsonaro adotou postura diversa. Sugeriu, inicialmente, a adoção do isolamento vertical, em que apenas pessoas consideradas dos grupos de risco são colocadas em quarentena. Depois, incentivou o rechaço às medidas de distanciamento e, sobretudo, de isolamento, pelo bem da economia (ORTEGA; ORSINI, 2020).

1. Trabalho realizado no âmbito da pesquisa "As Políticas Penitenciárias em Minas Gerais: uma análise sócio-histórica (1983-2017)", que conta com o apoio da FAPEMIG (APQ-02825-18).

Não obstante, organizações criminais incrustradas em determinadas periferias urbanas, como milícias e grupos tradicionalmente relacionados ao varejo de drogas, começaram a regular a conduta de moradores em face da pandemia. Passaram a impor regras heterogêneas, estipulando desde o toque de recolher em certas localidades até, como medida contrária, a obrigatoriedade de os comerciantes abrirem suas portas para angariarem o dinheiro necessário ao pagamento de taxas demandadas por criminosos (DUARTE; RIBEIRO, 2020).

Para compreender como a imprensa relata a ação de grupos criminais em dinâmicas comunitárias em meio ao cenário da Covid-19, este artigo enfoca a narrativa jornalística de três estados: Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro. Especificamente, pretendemos: a) compreender as possíveis mudanças de abordagem na imprensa sobre a ação de organizações criminais durante a crise de saúde; b) averiguar aproximações e divergências no modo como a imprensa relata as dinâmicas de grupos envolvidos com o varejo de drogas em comparação às milícias; c) explorar como são narradas as investidas estatais durante a pandemia para conter a ação de grupos criminais.

Antes da apresentação dos dados, faremos uma breve revisão bibliográfica a respeito de grupos relacionados ao varejo de drogas e às milícias. Em seguida, apresentaremos as nossas opções metodológicas para, enfim, efetuarmos as análises de naturezas quantitativa e qualitativa das narrativas da imprensa.

2. Tráfico, milícia e Estado: breves reflexões

O que transforma o Brasil em terreno fértil para organizações criminais tão diversas? Essa pergunta tem mobilizado pesquisadores há décadas. Embora não exista uma teoria sobre a questão, as análises realizadas fornecem pistas ao entendimento de como as dinâmicas criminais se estruturam e se alastram no tempo e no espaço.

Seguindo o caminho sugerido por Villarreal (2020), o ponto de partida consiste na constatação de que populações pobres residentes em metrópoles latino-americanas experimentam a violência de forma desproporcional, tanto em relação aos não pobres dos mesmos países, como em contraste aos que vivem no norte global. Para os que habitam periferias urbanas, as ações do tráfico de drogas e a presença constante de armas (fenômenos que geralmente andam juntos) significam uma reorientação da forma como o Estado lida com suas margens (DAS et al, 2004).

Ao focar o olhar na atuação policial, geralmente, tais forças de segurança mobilizam três estratégias de ação, não necessariamente excludentes entre si.

Buscam ocupar periferias, disputando espaço e legitimidade com outros grupos (MACHADO DA SILVA; MENEZES, 2019). Usam a morte violenta como artifício, assassinando os considerados indignos de vida, estratégia amplamente apoiada pelas elites (ZACCONE, 2015). Aumentam o número de prisões em flagrante, que tendem a ser convertidas em prisões preventivas, incrementando a superlotação e a violência nas prisões (ALBARRACÍN; BARNES, 2020). As polícias se mostram, assim, publicamente preocupadas em desarticular a criminalidade, em especial a relacionada ao tráfico de drogas. Entretanto, ao invés de reprimi-la, tais agentes de segurança acabam por reforçá-la (BARBOSA, 2005).

Argumentamos que não há ausência de Estado nas margens. Em verdade, os territórios periféricos são continuamente redefinidos a partir das interações estabelecidas entre atores públicos, criminosos e moradores. Ante a enorme lucratividade de negócios ilegais, certos agentes estatais estabelecem uma posição dúbia. Ora se proclamam como engajados na expulsão dos "bandidos", "traficantes" e "perpetradores da violência", mediante políticas públicas de base territorial (ALVES; ARIAS, 2012). Ora eles são os indutores dos mercados ilícitos, seja através da proteção das mercadorias, seja por fazer "vistas grossas" ao que acontece, seja pela própria organização de redes criminais (LESSING, 2017).

Ao mesmo tempo em que as ações do Estado beiram a fronteira entre a legalidade e a ilegalidade, confundindo-se às vezes com práticas criminais (TELLES, 2013), cria-se uma espécie de corrida armamentista entre agentes de segurança e organizações criminosas, a fim de que ambos se posicionem durante as operações policiais violentas (MISSE, 2008). Acirram-se também disputas entre diferentes grupos criminais, que rivalizam pelo controle de territórios estratégicos ao desenvolvimento de dinâmicas criminosas (LESSING, 2008). Tais "jogos de poder" entrincheiram moradores de áreas de periferias, tornando-os "cidadãos do medo" (ROTKER, 2002). Eles ficam presos entre as múltiplas regras estabelecidas pelos diferentes atores, as quais normalmente acabam por se matizar entre si.

Embora comum às metrópoles latino-americanas, essa narrativa tem raízes profundas no Brasil, em especial no Rio de Janeiro. Os ditos grupos criminosos costumam ser classificados pelos operadores do direito na categoria genérica proposta pela Lei 12.850 de 2013. Entre outros aspectos, tal norma considera "organização criminosa" a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas. Entretanto, essa legislação inviabiliza compreender as heterogeneidades que constituem os distintos perfis de grupos brasileiros. De fato, para analisar o *modus operandi* de determinados atores do "mundo do crime" (RAMALHO, 1983), é preciso examinar a relação simbiótica que costumam estabelecer com agentes estatais (MINGARDI, 2007).

Cabe destacar que boa parte das organizações criminais, sobretudo as relacionadas ao varejo de drogas, procura legitimar suas ações ao indicar proteger os moradores das disputas com outros grupos e dos contextos de violência policial (MISSE, 2008; LESSING, 2008). Tais coletivos podem tanto ajudar os moradores em momentos de extrema necessidade, doando comidas e remédios, como garantir segurança por meio do estabelecimento de barreiras físicas nas entradas das comunidades, cuja função é atenuar ações dos agentes estatais.

Outro elemento que contribui à estruturação de grupos ligados ao comércio de drogas e à sua legitimação perante as comunidades diz respeito ao aprisionamento dos seus membros (MANSO; Dias, 2018; BARBOSA, 2005). O Comando Vermelho, facção de destaque no Rio de Janeiro, se estruturou nas prisões de Ilha Grande[2], inicialmente, demandando melhores condições de vida aos presos e, depois, enunciando proteção para quem residia nas favelas sob sua influência (PENGLASE, 2008). Já o Primeiro Comando da Capital (PCC), organização de relevo em São Paulo, tem em sua fundação um estatuto que prescreve a paz "entre os ladrões" e a "guerra" ao sistema, especialmente, contra as violências carcerárias e a ação policial nas periferias (FELTRAN, 2018). Entretanto, esse modelo de ação não é homogêneo em todo Brasil. Na capital de Minas Gerais, por exemplo, as dinâmicas do tráfico de drogas são traçadas a partir de configurações diversas. O dito crime organizado se estabelece mediante pequenas agremiações, as chamadas gangues, incapazes de exercer forte domínio sob certo território. São relativamente fracas e tendem a se desestruturar e a se reestruturar, a depender de quais ações são engendradas por outros grupos para conter a sua expansão (BEATO; ZILLI, 2012), bem como das políticas estatais executadas (ALVES; ARIAS, 2012).

Por sua vez, encontramos contexto distinto ao focar nosso olhar em espaços dominados pelas milícias no Rio de Janeiro. Não foi o sistema prisional que ajudou a forjar a solidariedade entre seus membros (PENGLASE, 2008; FELTRAN, 2018). Tampouco a disputa entre grupos criminais é elemento importante à sua contínua estruturação e reestruturação (BEATO; ZILLI, 2012). Entretanto, a

2. A Ilha Grande, segunda maior ilha oceânica do Brasil, fica a 150 km do Rio de Janeiro e a 400 km de São Paulo. Abrigou diversas instituições carcerárias entre o final do século XIX e ao longo do século XX (SANTOS, 2006). Desativada em 1994, sua última unidade prisional, o Instituto Penal Cândido Mendes, foi palco do surgimento da organização Comando Vermelho. Embora haja ambiguidades sobre seu surgimento, a narrativa predominante indica que o grupo nasceu a partir do contato entre presos comuns e os considerados políticos pelo Regime Civil-Militar, durante a década de 1970 (BARBOSA, 2005).

violência policial e a posição privilegiada de seus membros, em geral agentes públicos, contribuem para que esses grupos ganhem vantagem em relação aos demais coletivos criminais (DUARTE, 2019). Ainda, as polícias tendem a realizar menor número de operações em territórios onde milicianos exercem domínio, já que eles são vistos como "mal menores" em comparação aos traficantes.

Em suas origens, as milícias eram compostas por policiais autodenominados "justiceiros", aproximando-se de grupos de extermínio (ZALUAR; CONCEIÇÃO, 2007). Desde meados dos anos 2000, porém, outros atores estatais, como bombeiros, agentes prisionais ou qualquer um com acesso garantido à posse de armas, começaram a ver a ação miliciana como possibilidade de lucro. Sob o discurso de proteção comunitária, passaram a cobrar taxas por serviços de segurança (CANO; IOTT, 2008). Ademais, sob as "vistas grossas" de agências estatais, os milicianos iniciaram o controle de serviços considerados essenciais, como gás e transporte (CANO; DUARTE, 2012). Para aqueles que resistem às normas desses atores, são aplicadas penalidades que variam de recados nos muros das casas a execuções sumárias (ARAÚJO, 2019). O medo é direto: caso as taxas não sejam quitadas, pode-se pagar com a própria vida (WERNECK, 2015).

Portanto, embora a categoria legal "organização criminosa" seja utilizada para nomear as gangues de Belo Horizonte (BEATO; ZILLI, 2012; ALVES; ARIAS, 2012), os grupos distintos que disputam os territórios do Rio de Janeiro (PENGLASE, 2008; LESSING, 2017; DUARTE, 2019; ARAÚJO, 2019) e o PCC (FELTRAN, 2018; MANSO; DIAS, 2018), esses atores criminais são altamente heterogêneos. São coletivos que contam com dinâmicas diferenciadas, que não podem ser confundidas sob pena de invisibilizá-los (DUARTE, 2019). Algumas vezes disputam a governança de uma mesma área (ARIAS, 2019). Em outras, demarcam espaços de influência para que os negócios de um não atrapalhem os de outro (LESSING, 2017). Em comum, porém, têm a preocupação de dominar certas comunidades para aumentar sua capacidade lucrativa e produzir novas identidades entre seus membros (ZALUAR, 1994; MACHADO DA SILVA; MENEZES, 2019).

A pandemia da Covid-19 aterrissou nas periferias brasileiras em meio a esse cenário. Nesses espaços, as políticas de saúde, entre outros aspectos, tendem a depender das disputas estabelecidas entre agentes estatais e distintas organizações criminais. Bruce *et al* (2020) lançaram algumas luzes sobre a questão, testando se, no Rio de Janeiro, áreas dominadas por grupos criminais apresentam taxas de infecção e de morte pelo novo coronavírus distintas de outras partes do município. Constataram que locais com forte ação de organizações ligadas ao varejo de drogas tiveram 43% menos infectados e bairros controlados por milícias tiveram

29% mais vítimas de infecções respiratórias agudas graves, ambos em contraste a bairros considerados sem influência de grupos criminais (BRUCE et al, 2020).

Bruce *et al* (2020) sublinham que as diferenças seriam reflexo das distintas estratégias engendradas pelos atores criminais nas comunidades sob seu controle. Assim, grupos ligados ao tráfico teriam favorecido medidas de isolamento social, já que seu lucro teria origem primordialmente em bairros externos, mais ricos, compradores das mercadorias ilícitas. Já as milícias, segundo a hipótese dos autores, teriam atuado contrariamente a essas medidas preventivas ao novo coronavírus, posto que seus ganhos econômicos, ligados ao pagamento de taxas pelos moradores das periferias, só poderiam ser auferidos com a continuidade das atividades econômicas locais.

Com efeito, nas próximas seções, pretendemos compreender como as narrativas proferidas pelas notícias de jornais do Rio de Janeiro, São Paulo e Belo Horizonte relatam o posicionamento desses grupos criminais perante as medidas de mitigação da pandemia da Covid-19. Em última instância, esperamos responder à seguinte indagação: como a imprensa retrata a ação de grupos criminais em espaços periféricos durante a pandemia da Covid-19?

3. Metodologia

A pandemia da Covid-19 instaurou um novo desafio ao desenvolvimento de pesquisas acadêmicas. Sem a possibilidade de realização de trabalho de campo, dada a necessidade de isolamento para diminuir os riscos de infecção, tornou-se urgente a adoção de estratégias metodológicas que minimizem riscos à saúde do pesquisador e de seus pesquisados. No âmbito dos estudos sobre dinâmicas criminais, essas táticas são ainda mais prementes, pois, em geral, os esforços de pesquisa se voltam a territórios e a populações vulneráveis ao contágio, sujeitas a condições infraestruturais precárias, como prisões e espaços periféricos.

A opção aqui proposta foi investir na análise de narrativas jornalísticas. Embora não seja uma inovação em estudos sobre segurança pública (SALLA, 2015), essa abordagem apresenta possibilidades e limites. Por um lado, impede eventuais riscos à saúde de envolvidos da pesquisa. Soma-se a isso o fato de que, atualmente, a mídia é reconhecida como um dos componentes importantes do campo, fortalecendo determinadas perspectivas e ações, ademais de permitir averiguar aspectos sociais importantes, evidenciados por atores centrais ao tema que enunciam as suas percepções publicamente nas páginas dos jornais (RAMOS; PAIVA, 2007; MISSE, 2008).

O conteúdo das notícias jornalísticas pode facilitar interpretações de uma realidade como falsas ou verdadeiras, bem como orienta os atores sociais (PORTO, 2009).

As representações proferidas são absorvidas pelos leitores, guiando suas práticas e criando sociabilidades. Assim, se a literatura da área já tem apontado, como demonstrado no tópico anterior, para uma simplificação jurídica acerca do que poderia ser enquadrado como "organização criminosa", o que aqui propomos é entender em que medida as narrativas jornalísticas reforçam ou desafiam essa tendência judicial de homogeneização de práticas e dinâmicas que são diferentes entre si. E mais: em que medida a pandemia da Covid-19 alterou essas narrativas. Entender a forma como os jornais relatam a existência e a atuação dos diferentes grupos é importante para compreender como outros atores sociais irão guiar e legitimar suas ações durante a pandemia.

Sabe-se que a mídia é seletiva e, muitas vezes, a sua não atenção a determinados objetos pode decorrer de uma escolha (até mesmo tácita) de não jogar luzes sobre certos fenômenos (MIGUEL; BIROLI, 2010). Este não parece ser o caso das organizações criminais, posto que os jornais têm lançado sistematicamente matérias sobre como tais grupos atuam durante a pandemia, constituindo-se em uma fonte valiosa de informação sobre o presente contexto (DUARTE; RIBEIRO, 2020).

Para contornar possíveis limitações decorrentes da pauta editorial de um dado veículo, neste artigo foram utilizadas três fontes de informação: *Folha de São Paulo, O Globo* e *O Tempo*, que correspondem, respectivamente, aos jornais impressos com maior circulação nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte. O esforço de abrangê-las traz a vantagem de permitir o escrutínio de assuntos divulgados em um, mas que não estejam necessariamente contemplados em outro. Ademais, permite compreender possíveis diversidades regionais, pois abarcam distintas localidades.

Para organização dos dados, criou-se um formulário estruturado, permitindo a padronização de algumas categorias presentes nos jornais. A unidade de análise do estudo foi a matéria coletada através dos sistemas de busca da *internet* dos veículos. Já o corte temporal foi estabelecido a partir da data em que a Organização Mundial de Saúde classificou a crise ocasionada pelo novo coronavírus como pandemia mundial, em 11 de março de 2020. Em face disso, estabelecemos o intervalo entre este dia e 30 de junho de 2020, bem como o mesmo período em 2019. Assim, serão observadas possíveis diferenças e aproximações entre narrativas sobre dinâmicas criminais empreendidas em cortes temporais semelhantes, de anos contíguos.

Foram buscados nos sistemas jornalísticos as palavras-chave "milícias", "organização criminosa", "crime organizado", "PCC", "facção paulista" e "tráfico de drogas". Para a seleção desses termos, observamos trabalhos já publicados.

Duarte & Araújo (2020), por exemplo, desenvolveram pesquisas em jornais, em específico na *Folha de São Paulo* e n'*O Tempo*, sobre a organização PCC, utilizando tal sigla e atingindo um número substancial de matérias. Dias (2011) e Silvestre (2016) usaram táticas semelhantes ao analisar a narrativa jornalística paulista sobre o PCC. Optamos, então, pela mesma estratégia, ampliando apenas o escopo do estudo com a inclusão d'*O Globo*. Contudo, este veículo adotou há alguns anos a política de omitir o nome de grupos criminais em suas matérias, crendo que, deste modo, seria evitada a projeção da criminalidade via imprensa (OLLIVEIRA et al, 11.08.2020). Para contornar esse problema, incluímos termos como "crime organizado", "organização criminosa" e "tráfico de drogas". Pensamos que, provavelmente, deixa-se de mencionar o nome das organizações, mas são publicadas notícias sobre as atividades que desenvolvem.

Por fim, como disposto em pesquisas anteriores (CANO; DUARTE, 2012), o termo "milícias" é veiculado regularmente na imprensa fluminense e de outros estados do país desde 2006. Embora não necessariamente seja indicado o nome específico de determinado grupo, os jornais costumam descrever as suas dinâmicas referenciando a expressão "milícia", o que facilita a identificação das matérias e a sua sistematização (WERNECK, 2015). Com base na metodologia utilizada por Cano & Duarte (2012) e Cano & Iott (2008) em suas pesquisas, fizemos buscas nos três jornais em foco, lançando mão das expressões "milícias".

Através desses passos, chegamos ao universo de 1.254 notícias. A maior parte é referente à *Folha de São Paulo* (48,4%) e ao ano de 2019 (58,2%), tendo sido mapeada, em especial a partir da palavra-chave "organização criminosa" (29%). A tabela 1 resume as principais características do *corpus* colhido. Este foi organizado em uma base de dados que contemplou variáveis como nome do jornal, data da matéria, palavra-chave, ano da notícia, manchete, seção, página de publicação e *link*. Geralmente, foram coletadas tais informações para todos os materiais, com exceção do número da página da matéria que tende a ser omitido dos portais *on-line*.

Tabela 1 – Características gerais das matérias coletadas

		Total	%
Jornal	Folha de São Paulo	607	48,4
	O Tempo	412	32,9
	O Globo	235	18,7
	Total	1.254	100

		Total	%
Ano	2019	730	58,2
	2020	524	41,8
	Total	1.254	100
Palavras-chave	Organização criminosa	376	29,0
	Milícias	362	27,9
	Crime organizado	287	22,1
	Tráfico de drogas	143	11,0
	PCC	121	9,5
	Fação paulista	6	0,5
	Total	1.295	100

Fonte: O Tempo, Folha de São Paulo e O Globo – 2019 e 2020.

Como uma reportagem pode abranger até três termos distintos, o total apresentado por vocábulo pesquisado (1.295 casos) é diferente do conjunto geral de matérias (1.254 casos). As análises realizadas neste artigo consideram a notícia somente uma vez.

Ao analisar a imprensa como fonte de pesquisas em ciências humanas, Luca (2008) elencou a organização interna dos periódicos como um dos elementos de atenção para os estudiosos. Esse ordenamento indica, por exemplo, o grau de valorização do conteúdo a partir da sua publicação em páginas e seções nobres (ou não), bem como o enfoque dado à notícia, já que um mesmo fato pode ser lido mediante a lente da economia, da política ou da cultura.

Até a década de 1990, o jornalismo brasileiro tratava questões relacionadas à segurança pública primordialmente na seção "Polícia". O fim progressivo desse eixo nos jornais, fundido a cadernos relacionados a questões urbanas[3], mudou o foco das matérias (Ramos & Paiva, 2007). Além de expor os temas da criminalidade ao lado de assuntos como educação ou transporte, a mudança exigiu maior qualificação dos repórteres. Esses profissionais passaram a transitar por vários assuntos, contribuindo para reduzir o estigma circundante sobre os que

3. As denominações dessas seções variam entre os periódicos, que podem chamá-las, por exemplo, de "Geral", "Cidades" ou "Cotidiano".

trabalhavam apenas em "Polícia" e, ainda, diminuindo a abordagem sensacionalista (RAMOS; PAIVA, 2007). Um dos problemas persistentes seria o tratamento do tema como factual. Isso é verificado na baixa presença do assunto "segurança pública" em seções relacionadas a aspectos contextuais, como entrevistas, editoriais e reportagens especiais.

Ao analisarmos a distribuição quantitativa das matérias do nosso *corpus* de análise, observamos um grande número de textos nas seções de Política dos jornais e, colocando uma lente sobre eles, notamos a recorrência da palavra "milícias" em textos a respeito do presidente Jair Bolsonaro ou, ainda, menções a organizações criminosas em análises sobre propostas legislativas do atual governo federal.

Como nosso objetivo é entender as narrativas jornalísticas sobre as dinâmicas criminais em comunidades periféricas durante a pandemia, foi necessária outra filtragem das notícias. Optamos por melhor especificar esse procedimento de seleção ao longo da análise nas seções seguintes para delinearmos, simultaneamente, um quadro geral das notícias. Porém, já indicamos aqui que tal processo nos deixou com um universo de 838 textos: 43,9% da *Folha de São Paulo*, 32,9% d'*O Tempo* e 23,2% d'*O Globo*.

Esse grupo mais estrito de matérias também foi analisado quantitativamente, na busca de indicar continuidades e descontinuidades nas narrativas entre os jornais e entre os dois períodos (antes e durante a pandemia). A partir das manchetes, buscamos, ainda, entender qualitativamente como os jornais de cada estado enquadram os grupos criminais e em que medida os identificam com os seus territórios ou relatam dinâmicas em outros estados. Procuramos nessas manchetes indícios que nos ajudassem a compreender qual o enfoque das notícias, se repressão ao crime, se *modus operandi* dos grupos, se denúncias de ações criminosas específicas ou se enquadramentos ligados à intervenção desses grupos nas políticas de saúde durante a pandemia.

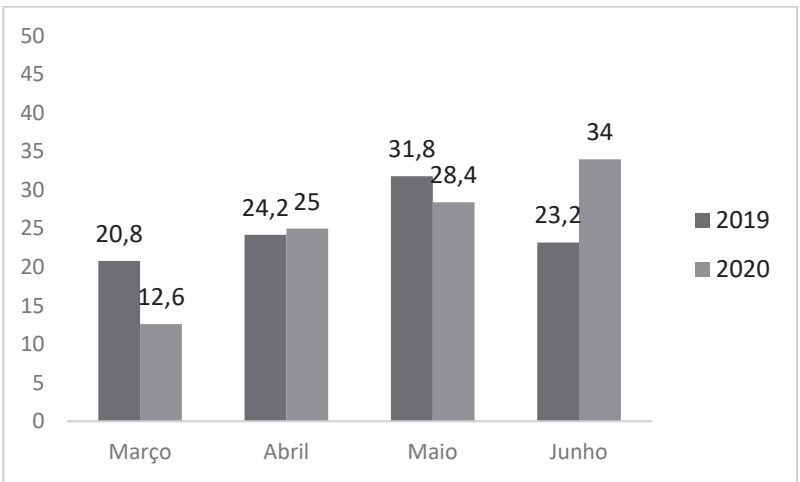
Por fim, um grupo específico de matérias, formado por 41 textos que tinham indicados em sua manchete os termos "Covid-19", "pandemia", "quarentena", "coronavírus" e "saúde" foram estudados mais qualitativamente por meio da técnica de análise de conteúdo. Para tanto, essas notícias foram lidas e perquiridas a partir de três eixos: a caracterização dada a organizações criminais, a atuação de grupos criminais narrada, e a relação narrada desses grupos com o Estado.

4. Retrato geral das notícias

Um primeiro aspecto a se observar é que os meses analisados em 2019 apresentaram maior volume de notícias em relação a 2020, cenário invertido apenas

em junho deste ano (Gráfico 1). Talvez esse dado possa ser explicado como fruto da pandemia da Covid-19, que poderia ter ofuscado a veiculação de matérias sobre segurança pública e criminalidade.

Gráfico 1 – Volume de notícias entre 11 de março e 30 de junho (%) 2019 e 2020



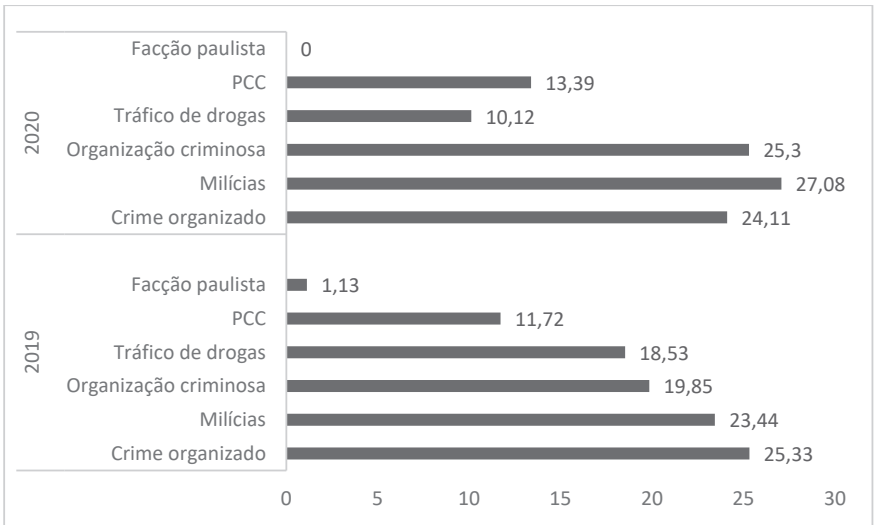
Fontes: elaborado pelas autoras com base nos jornais O Tempo, O Globo e Folha de São Paulo.

Sobre as palavras-chave utilizadas, cabem alguns comentários iniciais, a começar pelos significados atribuídos a algumas delas. Normalmente, "crime organizado" e "organização criminosa" aparecem como sinônimos nos jornais, em referência às dinâmicas criminais operadas tanto por indivíduos ligados tradicionalmente ao varejo de drogas quanto a milícias. Prepondera uma perspectiva quase generalista, como se não existissem nuances entre os grupos e, assim, estes são inseridos na categoria de "organização criminosa" disposta pela Lei 12.850 de 2013. Portanto, em uma leitura superficial, essas expressões não permitem avaliar se as matérias trataram em específico sobre qual – ou quais – dinâmica delituosa, em consonância com a simplificação verificada pela literatura nos processos judiciais.

As palavras-chave que mais ajudariam a realizar a diferenciação para a análise proposta neste artigo seriam "milícias", "tráfico de drogas", "facção paulista" e "PCC". O Gráfico 2 fornece o panorama geral dos termos encontrados nas notícias. Em 2019, sobressaíram matérias com palavras relacionadas ao varejo de drogas (31,38%), em detrimento das que abordaram a ação de milicianos (23,44%). Entretanto, esse cenário mudou em 2020, já que as reportagens que

mobilizaram "milícias" foram um pouco mais vultuosas (27,05%) neste ano, em comparação com as que trataram sobre tráfico (23,51%).

Gráfico 2 – Frequência de palavras-chaves presentes nas matérias (%) 2019 e 2020



Fontes: elaborado pelas autoras com base nos jornais O Tempo, O Globo e Folha de São Paulo.

Se ficaram em alguma medida invisibilizadas em anos anteriores (DUARTE, 2019), as milícias voltaram a estar no foco da imprensa, o que em grande medida pode ser explicado a partir das interseções desenvolvidas pelos jornais entre tais organizações e atores do primeiro escalão do governo federal. Esse assunto será tratado na próxima seção.

4.1. Interseções entre governo federal e milícias

Compreender a localização das matérias na organização interna dos jornais é essencial para pesquisas de temas sociais com fontes da imprensa. Dessa forma, no estudo aqui empreendido, o alto volume de reportagens coletadas em locais tradicionalmente dedicados às disputas político-institucionais é um indicativo sobre como as narrativas jornalísticas relacionaram, nos períodos analisados, o dito crime organizado e o alto escalão governamental.

Cerca de 57% das matérias ficaram concentradas em cadernos como "Política" e "Brasil" d'*O Tempo*, "O País" d'*O Globo*, bem como "Poder" e "Coluna e Blog", ambos da *Folha de São Paulo*. Esta última seção é formada por colunistas

do jornal paulista, os quais, geralmente, discutem aspectos do panorama nacional. Apenas 28% das notícias estavam dispostas em seções sobre dinâmicas urbanas, mais tradicionalmente afeitas às temáticas de segurança pública. Elas seriam "Cotidiano" da *Folha de São Paulo*, "Rio" d'*O Globo* e "Cidades" d'*O Tempo*. Já as demais notícias (15%) estavam em espaços heterogêneos, como painéis do leitor, mercado, fotografia etc. Em outros termos, o contexto político nacional ganhou forte projeção na imprensa nos cortes de referência, sendo sistematicamente conectado a dinâmicas de organizações criminais, sobretudo as milícias. Esse dado reforça o argumento de Manso (2020), que traçou um paralelo entre grupos milicianos do Rio de Janeiro e a família do Presidente Bolsonaro.

Em suma, há um esforço da imprensa em conectar a ação de milicianos ao alto escalão do governo federal. Assim, para qualificar nossas análises sobre dinâmicas comunitárias, fizemos uma varredura nas manchetes dos jornais, mobilizando os termos específicos "Bolsonaro" e "Queiroz", este último relativo ao nome de um assessor do filho do presidente envolvido em escândalos de corrupção e acusado de ligação com as milícias. Além desses vocábulos, notamos que outras palavras eram normalmente referenciadas para remeter ao contexto político: "Mourão", em alusão ao vice-presidente; "Presidente", em menção direta a Bolsonaro; "Flavio", diretamente envolvido no escândalo Queiroz. Ainda, outras expressões como "STF", "Temer", "bolsonaristas", "Lula", "Moreira Franco", "PT", "petista", "Marielle", "Damares" e "*fake news*" entravam no mesmo escopo de notícias sobre o cenário nacional, embora não especificassem diretamente o Presidente Bolsonaro e sua família.

Interessante destacar que mais de um terço do banco de dados (33%) se referia a questões políticas: basicamente 60% das notícias da *Folha de São Paulo* e 32,7% do material d'*O Tempo*. Por sua vez, somente cerca de 10% dos documentos d'*O Globo* tiveram tal abordagem. Algumas manchetes com esta perspectiva foram: "Apuração sobre facada em Bolsonaro investigou conexões até fora do Brasil" (RAGAZZI, *O Tempo*, 16.05.2019); "Para Moro, Bolsonaro não tem ligação com milícias" (PRAZERES, *O Globo*, 12.03.2020); "O governo Bolsonaro é ineficaz e se transformou num inimigo" (CONTI, *Folha de São Paulo*, 28.03.2020).

Tais resultados demonstraram significativamente como cada jornal espelhou uma mesma questão social e, ainda, como a pauta editorial foi distinta nas três capitais. A *Folha de São Paulo* robusteceu ao longo do tempo esse tipo de enfoque. Se, em 2019, 55% das suas notícias se relacionaram a conjuntura política, em 2020, esse número subiu para 60%, com um pico de notícias em junho (46,3%). *O Tempo*, a seu turno, reduziu em dois pontos percentuais (entre um ano e outro) este tipo de notícia, dispondo de 33,6% das matérias sobre o tema em 2019 e

31,7% em 2020. *O Globo* seguiu tendência semelhante, apresentando 11,2% no primeiro ano e 8,4% no segundo.

Embora seja um montante expressivo de notícias, devendo ser aprofundado em outras análises, essas matérias não abordaram necessariamente dinâmicas de grupos criminais com atuação comunitária, tampouco a ação do Estado para combatê-los. Conforme indicado na metodologia, optamos por excluir das análises subsequentes as reportagens selecionadas com base na varredura feita nas manchetes, o que nos deixou com um universo de 838 notícias. Destas, 61,6% foram publicadas em 2019 e 38,4% em 2020, sugerindo a já mencionada redução na cobertura sobre grupos criminais relacionados ao varejo de drogas e às milícias durante a pandemia. Partimos agora para uma análise pormenorizada desse escopo mais restrito de notícias.

4.2. Territórios dominados e enquadramentos jornalísticos

Em apenas 142 notícias conseguimos coletar o número da página de publicação, dentre o universo de 838 casos. Como levantamos os dados nos sistemas dos jornais *web*, informações deste tipo costumam ficar ocultadas. Logo, considerando os casos válidos, apenas uma matéria foi veiculada em primeira página. Em média, as notícias foram divulgadas na página onze, confirmando que, geralmente, tais materiais são lançados nas seções sobre cidades, bairros e comunidades. Ainda, destacamos que não existem diferenças estatisticamente significativas sobre a página de divulgação das notícias ao compararmos o ano de publicação.

Ao proceder uma análise qualitativa, não necessariamente os jornais se limitaram a retratar aspectos criminais dos seus estados. Um exemplo emblemático nesse sentido foi o grande conjunto de matérias lançadas em abril de 2019, relativo a uma tragédia na favela do Muzema, situada na Zona Oeste do Rio de Janeiro. A *Folha de São Paulo,* por exemplo, publicou matérias como a descrita a seguir.

> "[...] tragédia que ocorreu ontem na comunidade de Muzema, na zona oeste do Rio de Janeiro, onde dois prédios caíram matando duas pessoas e ferindo outras tantas. A ação do crime organizado, como a milícia, que é hoje um investidor no mercado imobiliário ilegal das 'comunidades', explica o outro lado da questão". (BONDUKI, *Folha de São Paulo*, 12.04.2019)

Tanto durante a pandemia quanto no cenário anterior, os jornais tenderam a se referir ao estado fluminense ao versarem sobre milícias. Confirmando algumas pesquisas (CANO; DUARTE, 2012; WERNECK, 2015; ARAÚJO, 2019), a

ação desses grupos foi identificada pelos veículos estudados como elemento próprio do Rio de Janeiro. Entretanto, essa perspectiva aparece em disputa em outras fontes da imprensa. Data de 2018, atualizada em junho de 2019, uma matéria veiculada no Metrópoles que indicou em sua manchete "Não é só no Rio. Milícias estão em 15 estados de norte a sul do Brasil" (COSTA, *Metrópoles*, 24.06.2019).

A *Folha de São Paulo* tratou sistematicamente sobre as ações de integrantes do PCC no estado paulista nos dois cortes em análise, não necessariamente fazendo distinção sobre o conteúdo veiculado entre o momento de pandemia e o contexto anterior. Dois exemplos dessa cobertura são os seguintes: "Explicando a queda de homicídios" (CARVALHO, *Folha de São Paulo*, 24.04.2019); "Polícia de SP fecha 'padaria' do PCC capaz de produzir 900 papelotes de cocaína por minuto" (PAGNAN, *Folha de São Paulo*, 17.04.2020). Ou seja, a repressão ao tráfico de drogas, pautada pela detenção dos integrantes do PCC, foi retratada como marca de ambos os períodos analisados, inexistindo aparente variação.

De igual maneira, *O Tempo* focou sistematicamente nas prisões de integrantes do dito crime organizado no estado de Minas Gerais, como apontado nas reportagens: "MP apura fraudes em contratações de serviços de shows por cidades de MG" (Da Redação, *O Tempo*, 12.03.2019); "Região Metropolitana tem três homicídios entre fim de tarde e início da noite" (Da Redação, *O Tempo*, 07.04.2020). Ademais, esse mesmo jornal também analisou a ação do PCC em território mineiro, fenômeno que parece ganhar fôlego nos últimos anos, dinamizando o cenário criminal de Minas Gerais (DUARTE; ARAÚJO, 2020a; DUARTE; ARAÚJO, 2020b).

Diferentemente das milícias, veiculadas geralmente como fenômeno do Rio de Janeiro, o PCC é ventilado pela imprensa como em processo de expansão pelo Brasil há alguns anos, sendo Minas Gerais um de seus alvos (MANSO; DIAS, 2018; DUARTE; ARAÚJO, 2020b). Não à toa, tanto em 2019 quanto em 2020, foram lançadas matérias sobre a ação e a prisão de integrantes do grupo no estado: "Megaoperação desarticula célula do PCC em Minas Gerais" (Da Redação, *Super Notícia*[4], 19.03.2019); "PC desarticula quadrilha que movimentou R$ 8 milhões com tráfico de drogas" (OLIVEIRA, 16.04.2020). Novamente, a pandemia não pareceu gerar variação no modo como a imprensa retrata a repressão do tráfico por parte do Estado.

Além de enfocar a detenção de pessoas relacionadas ao chamado crime organizado, *O Globo* também tratou da rivalidade entre grupos ilegais que historicamente marcam as rotinas de determinadas periferias do Rio de Janeiro (MISSE, 2007).

4. Super Notícia é o tabloide do jornal *O Tempo*.

> "O conjunto de favelas do Buraco do Boi, do Holofote e dos Marítimos, no Barreto, em Niterói, entrou no centro da disputa de quadrilhas de traficantes pelo domínio de territórios na Zona Norte da cidade. A sequência de ações de criminosos que dominavam o Complexo do Salgueiro, em São Gonçalo, desencadeada há 17 dias e que envolveu assassinatos, traição e troca de facções, tem como plano atual o domínio de favelas de Niterói em busca de fortalecimento para a retomada do local considerado por eles um quartel-general no município vizinho". (SODRÉ, *O Globo*, 11.05.2019)

Tal mote de matérias não surgiu sobre São Paulo, talvez por ser o PCC o ator central no "mundo do crime" estadual (FELTRAN, 2018; DIAS, 2011), o que se manteve perene durante a pandemia. Já no caso mineiro, embora não haja um grupo com domínio hegemônico, sendo o estado e, especialmente a Região Metropolitana da capital, marcados pela ação de gangues (BEATO; ZILLI, 2012), os jornais não traduziram esse tipo de conflito. Como hipótese, por Minas Gerais não ser palco de surgimento de grupos de projeção nacional, sofrendo apenas com a expansão dessas organizações recentemente, como seria o caso do PCC (RIBEIRO et al, 2019; DUARTE; ARAÚJO, 2020b), haveria uma falta de especialização entre jornalistas nessa temática. Como outra suposição possível, não excludente da anterior, há maior interesse do público estadual em notícias cujo foco seja a ação de grupos considerados "famosos", como o PCC, as milícias e o Comando Vermelho. Por isso, jornais como *O Tempo* devotam muitas de suas matérias a tratar dessas organizações, em detrimento de abordar dinâmicas locais, como as perpetradas pelas gangues Belo Horizontinas.

Algumas pautas foram trabalhadas como pontos comuns ao aludirem a crise de saúde de 2020. Os jornais *O Globo* e a *Folha de São Paulo* destacaram a narrativa do então Ministro da Saúde Luiz Henrique Mandetta durante uma coletiva de imprensa, quando ele indicou que o poder público precisaria dialogar com o tráfico e com a milícia para reduzir os níveis de infecção em espaços periféricos de grandes cidades (ALVES, 2020). Elio Gaspari, colunista da *Folha de São Paulo* e d'*o Globo,* disse que o Ministro "perdeu a oportunidade de ficar calado" (GASPARI, 08.04.2020; GASPARI, 12.04.2020), já que relatos como o efetuado acabam, para o colunista, por legitimar o "crime organizado". O jornal *O Globo* também utilizou tal declaração para discutir a incidência do novo coronavírus em favelas cariocas.

> "Estão confirmados seis casos de coronavírus, dois deles na Rocinha, onde os riscos parecem estar sendo ignorados pelos moradores esta semana. As ruas voltaram a ficar repletas de pessoas e lojas estão abertas. Os outros óbitos por coronavírus foram registrados em Vigário Geral (dois), Maré e Manguinhos". (*O Globo*, 08.04.2020)

Ao abordar a fala do então Ministro da Saúde, a imprensa colocou em foco como o Estado, cuja função é garantir a segurança pública, não apenas reconhece a existência de grupos criminosos, como também admite que eles têm maior legitimidade nas periferias urbanas (ALVES, 2020). Ou seja, a imprensa joga luz ao discurso de que tais organizações adotariam medidas efetivas de prevenção à Covid-19, seara na qual os agentes estatais não estavam logrando êxito. Em tais matérias, os agentes públicos e os grupos criminais se situam numa posição diferenciada. Por isso, na seção seguinte, vamos esmiuçar as análises jornalísticas sobre a questão durante a pandemia da Covid-19.

5. Quem garante o direito à saúde nas periferias?

"Até o crime organizado, ironicamente, parece ter mais bom senso do que muitos empresários brasileiros que insistem em querer abreviar a quarentena". Essa frase foi proferida por um professor da Fundação Getúlio Vargas e membro do Fórum Brasileiro de Segurança Pública a uma das colunistas da *Folha de São Paulo*, em meio a pandemia da Covid-19 (CUNHA, *Folha de São Paulo*, 20.04.20). Tal afirmação fornece pistas sobre o que encontramos nos jornais ao selecionarmos as matérias publicadas entre março e junho de 2020, cujas manchetes apresentavam termos que explicitamente remetiam à crise de saúde: "Covid-19", "pandemia", "quarentena", "coronavírus" e "saúde".

Nesta seção, focaremos nosso olhar nas 41 matérias que disseram respeito especificamente a temática, procurando compreendê-las do ponto de vista mais qualitativo, no que diz respeito ao conteúdo da notícia para além das palavras que compunham as manchetes[5]. Todavia, foi necessário um segundo recorte para que chegássemos ao nosso ponto de interesse. Isso porque, neste universo de casos, algumas notícias até debateram sobre o PCC, mas o fizeram para apontar resistências do governo federal e de operadores do direito em aplicar a Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicada em março de 2020[6].

5. É possível considerar essa nova seleção de matérias como a "filtragem da filtragem", pois, além de fazer uma varredura dos termos relacionados à questão de saúde, já tínhamos separado as notícias que se remetiam ao cenário político nacional. Isto é, essa nova compilação foi realizada a partir do universo de 838 notícias.

6. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Prioriza, entre outros aspectos, a liberação de pessoas dos ambientes de privação de liberdade, a fim de se diminuir os riscos de infecção pelo novo coronavírus.

Em geral, tais atores se opuseram à soltura de custodiados, pois, em sua retórica, integrantes de grupos criminais poderiam aumentar os níveis de criminalidade urbana, caso fossem liberados. O título de uma das matérias resume bem esse entendimento: "Governo Federal faz ofensiva contra soltura de presos devido ao coronavírus" (GIELOW, *Folha de São Paulo/O Tempo*, 07.04.20)[7].

É interessante observar que, embora haja uma vasta discussão na literatura sobre os efeitos do PCC em espaços periféricos, como a que analisa a queda de homicídios em São Paulo nas últimas décadas (FELTRAN, 2010; DIAS, 2011), as narrativas da imprensa abordaram a ação do grupo apenas a partir dos cárceres. Liberar seus membros poderia gerar "transtornos" à segurança pública, ignorando-se que, há tempos, o PCC já produz efeitos substanciais às periferias (MANSO; DIAS, 2018). Por não tratarem de dinâmicas comunitárias, essas matérias sobre possíveis efeitos da Resolução 62 do CNJ não serão alvo de mais considerações neste trabalho.

Sobre os demais textos, podemos categorizá-los em três eixos analíticos: a) definições de grupos criminosos; b) ações das organizações criminais durante pandemia; c) posicionamentos estatais frente a problemas relacionados à interseção entre coronavírus, periferias e grupos criminosos.

5.1. Definições de "crime organizado"

Conforme indicado anteriormente, termos como "grupos criminosos" ou "organizações criminosas" podem ser mobilizados com significados substancialmente diferentes. Não obstante, doze matérias expuseram denúncias sobre desvios de recursos ou fraudes em licitações para compras de equipamentos médicos e remédios de combate à pandemia. Nesses textos, os jornalistas ressaltaram que agentes públicos poderiam ser enquadrados criminalmente como membros de organizações criminosas, remetendo à referida noção da Lei 12.850/2013 sobre grupos criminais. Nesta ótica, qualquer pessoa, em conjunto com outras, cujas ações envolvam atividades ilícitas, pode ser caracterizada como integrante de uma "organização criminosa". Num indicativo do conteúdo dessas reportagens, temos que "Os investigados poderão responder, na medida das suas responsabilidades, pelos crimes de fraude à licitação e integrar organização criminosa, e, se condenados, poderão cumprir pena de até 14 anos de reclusão" (*O Tempo*, 29.04.2020).

7. O texto foi veiculado em ambos os jornais.

Como resposta à ação de tais organizações, a imprensa costumou cobrar uma atitude estatal considerada "à altura" de grupos com este perfil, notadamente a prisão de seus membros. Até porque, como apontado por Mingardi (2007), há uma espécie de mito circundante do tema, preponderando o entendimento de que existiria um centro diretivo, ordenador e centralizador das diversas atividades criminosas, que deve ser severamente coibido, dados os potenciais danos sociais gerados. No caso em questão, a corrupção pareceu ser compreendida como um grande mal que assola de modo perverso a população, sobretudo, em tempos de crise, como a gerada pela pandemia.

A exemplo das reportagens que trataram das milícias a partir do envolvimento de atores políticos nacionais, não aprofundamos as análises dessas doze matérias por seus conteúdos não apresentarem relação com o problema de pesquisa proposto. Essa opção, porém, não resolveu o impasse da falta de definição sobre coletivos criminais. Ou as notícias se referiram genericamente a "grupos criminosos" ou depuravam a ação das organizações, exemplificando-as. Entretanto, mesmo no segundo caso, não se ativeram a identificar formas de procederes específicos, diferenciando, por exemplo, a ação de traficantes de drogas e de milicianos: "Traficantes e milicianos estabeleceram toques de recolher em favelas após a confirmação de casos de infecções de coronavírus em comunidades do Rio. Os criminosos também fazem ameaças a moradores que forem flagrados circulando pelas favelas após as 20h" (SOARES, *O Globo*, 15.03.20).

Algumas poucas reportagens pareceram realizar movimento contrário ao citar diretamente ou "milicianos" ou "traficantes", sem categorizá-los genericamente como "organizações criminosas". Vale lembrar que partimos do suposto de que existe uma distinção entre organizações ligadas ao tráfico de drogas e às milícias (DUARTE, 2019). Por isso, nosso especial interesse recaiu nas reportagens que procuravam fazer essa diferenciação em detrimento de projetar a equivalência entre os distintos grupos. Esses casos nos guiaram ao segundo tópico da nossa análise, voltado a dissertar sobre as ações desses atores criminais diante da pandemia.

5.2. Organizações criminais durante a pandemia

Todas as matérias que trataram da interseção entre dinâmicas comunitárias, crime e Covid-19, ou abordaram os temas de maneira genérica sem aludir a nenhum território específico, ou citaram apenas cenários fluminenses. Isto é, embora *O Tempo, O Globo* e a *Folha de São Paulo* tenham veiculado notícias sobre os assuntos aqui em análise, as publicações paulista e mineira o fizeram repercutindo questões do Rio de Janeiro, geralmente, em um esforço de retratar territórios

específicos. Por exemplo, "Moradores da Cidade de Deus criam gabinete de crise contra o coronavírus" (ALBUQUERQUE, *Folha de São Paulo*, 24.03.20)[8].

Cremos que essa maior sistematicidade de notícias sobre os territórios do Rio de Janeiro seja uma consequência das dinâmicas criminais locais, que se projetam na imprensa nacional. Estas são em boa medida pautadas pela ostensividade do uso da força, algo especialmente mobilizado pelo tráfico de drogas carioca (ZALUAR, 1994), o que ajuda a conformar um imaginário bastante peculiar a respeito da criminalidade urbana. Entretanto, há relativo silêncio dos jornais ao retratar a ação do PCC em dinâmicas comunitárias, haja vista o fato de a organização adotar atitude discreta sobre si, dispondo de feições de sociedade secreta (FELTRAN, 2018). Também as ações dos grupos mineiros, articulados como gangues (BEATO; ZILLI, 2012), não tiveram espaço nos jornais analisados.

Nos três jornais, as milícias e os grupos tradicionalmente dedicados ao varejo de drogas fluminenses foram apontados como atores que impuseram medidas favoráveis à quarentena em espaços de periferias, como o toque de recolher de moradores. A única exceção a essa regra foi um texto publicado na coluna de Ancelmo Góes, que destacava como "Campo Grande, onde a milícia manda, ameaça tirar o primeiro lugar de Copacabana em casos do novo coronavírus. A milícia, quase toda eleitora de Bolsonaro, tem sido mais tolerante com o isolamento social do que o tráfico, por exemplo" (GÓES, *O Globo*, 13.05.20).

De fato, o texto do colunista foi construído de forma bastante ambígua. Entretanto, é possível deduzir que Góes fez uma analogia entre o posicionamento de milicianos no bairro de Campo Grande e as perspectivas negacionistas do presidente Bolsonaro diante da pandemia, o que, em consequência, acabaria por gerar um relaxamento das medidas de proteção do novo coronavírus. Nessa narrativa solitária, as milícias fariam "vistas grossas" às aglomerações, ao passo que os traficantes fiscalizariam o cumprimento das medidas de prevenção à Covid-19.

Em alguma medida, tal abordagem jornalística corroborou a hipótese de Bruce *et al* (2020) para explicar o menor número de casos de infectados em zonas dominadas pelo tráfico de drogas e o maior número em áreas das milícias, ambos em comparação a bairros sem domínio do crime no Rio de Janeiro. As outras matérias do banco de dados, porém, mobilizaram uma ideia destoante, indicando ambos os grupos (milicianos e traficantes) como atores importantes no reforço

8. Cidade de Deus é uma favela situada na Zona Oeste da cidade do Rio de Janeiro, mundialmente famosa em face do filme cujo título carrega o nome da comunidade.

do distanciamento social. Ou seja, de acordo com a imprensa, a diferença no número de casos e de mortes não poderia ser explicada pelo posicionamento heterogêneo entre os dois tipos de organizações em relação às medidas.

Uma matéria que merece destaque foi a publicada no jornal *O Globo* em 30 de maio de 2020, com denúncias de moradores de periferias sobre aglomerações nas ruas. Segundo o depoimento de um morador, "nem a milícia consegue impor a quarentena" (CALIXTO, *O Globo*, 30.05.20). Duarte & Ribeiro (2020) analisaram relatos semelhantes, indicando que, à primeira vista, tais narrativas projetadas pela imprensa poderiam indicar certo enfraquecimento de milicianos em áreas fluminenses. Entretanto, um olhar mais atento aponta que o mando das milícias seria tão "natural" nessas localidades que se transformou em uma espécie de termômetro social para avaliar a eficácia das medidas de contenção do novo coronavírus. Não à toa, perspectivas como essa surgiram junto a matérias que retrataram recomendações de líderes comunitários sobre as medidas de prevenção ao vírus. Conforme os jornais aqui analisados, um ator reforça o outro, como se ambos partissem de posições sociais semelhantes.

Nesse mesmo sentido, grupos criminais foram mencionados como responsáveis por ações de assistência social diante da crise econômica advinda da pandemia. "A negligência do Estado também permite que grupos criminosos consolidem sua influência. Do Brasil ao México, cartéis, gangues e o crime organizado estão distribuindo alimentos e suprimentos médicos, aprofundando suas redes de poder" (MUGGAH, *Folha de São Paulo*, 27.05.20). Muitas matérias reforçaram a ideia de o Estado ser "negligente" em suas ações, já que grande parte das notícias omitiu qualquer referência às medidas governamentais de combate ao novo coronavírus em espaços periféricos. As únicas contrárias a esse mote narrativo foram os já referidos textos das colunas de Elio Gaspari em *O Globo* e a *Folha de São Paulo* que discutiram a perspectiva do então Ministro da Saúde Luiz Henrique Mandetta sobre a necessidade de o poder público dialogar com o tráfico e com a milícia. Contudo, ainda assim, os artigos dispuseram de forte tom crítico, indicando como o Ministro apenas queria se projetar individualmente ao enunciar de modo público como as políticas de saúde deveriam operar em periferias urbanas.

Por certo, nossas escolhas metodológicas não permitiram levantar notícias que discutiram medidas governamentais adotadas em face da pandemia alheias ao âmbito da segurança pública, como o pagamento do auxílio emergencial a grupos empobrecidos. Entretanto, não podemos ignorar a inexistência de notícias sobre as ações do poder público destinadas a conter as atividades de milicianos e de traficantes em consequência da pandemia, tema da próxima seção.

5.3. Posicionamentos estatais

A imprensa costuma narrar que a principal ação estatal perante os grupos criminosos é o encarceramento de seus líderes, como se tal medida resolvesse o domínio desses atores sob determinados territórios. Nesse mesmo mote, os jornais até relatam as prisões de membros de grupos ligados ao varejo de drogas e às milícias em 2020, porém com uma narrativa semelhante à do mesmo período de 2019. Isto é, para a imprensa, a política geral de segurança pública pareceu seguir a mesma lógica entre um e outro momento, de modo que traficantes e milicianos continuaram no radar dos órgãos de controle mesmo durante a pandemia. Contudo, no âmbito comunitário, os jornais tenderam a endossar a ação de grupos criminais com atuação nas periferias durante a crise de saúde. Tais atores começaram a ser empoderados por ocupantes de cargos públicos, sendo positivamente avaliados ao adotar medidas em prol do isolamento social (ALVES, 2020).

Em um aspecto mais macro, traficantes e milicianos seriam notados como aqueles a serem reprimidos, pois comporiam as fileiras do "crime organizado". Em um nível local, costumaram a ser retratados como responsáveis por garantir um ordenamento comunitário, encarnando para si uma tarefa da gestão pública. Neste ponto, é bom lembrar que, nos anos 2000, as milícias surgiram publicamente, até mesmo conforme a imprensa, como "autodefesas comunitárias" (CANO; DUARTE, 2012). Se tal narrativa se arrefeceu ao longo das últimas décadas, pareceu ser retomada durante a pandemia através dos jornais (DUARTE; RIBEIRO, 2020). Por sua vez, os traficantes de drogas sempre foram percebidos como inimigos da segurança pública (BARBOSA, 2005; MISSE, 2008). Mas, dadas as potencialidades de ações comunitárias que desempenham durante a pandemia, suas dinâmicas pareceram ser relativizadas nos relatos jornalísticos. Os traficantes passaram a ser percebidos como um mal a ser suportado: apesar de estabelecerem uma vida sob o cerco (MACHADO DA SILVA, 2008), agem em nome de um bem maior, garantindo menos casos de infectados e mortos pela Covid-19.

Ambas as perspectivas enunciadas pela imprensa se aproximam da análise de que grupos criminais surgiriam como produto de uma "ausência" estatal no processo de formulação de políticas públicas, dominando territórios que deveriam ser "controlados" pelo Estado. Como argumenta Duarte (2019), sob este ponto de vista, tudo passa a ser explicado através da concorrência entre as organizações criminosas e o aparelho estatal, sendo "poder paralelo" a expressão comumente utilizada para explicar as ações do dito "crime organizado". Entretanto, ao proceder dessa maneira, traça-se uma linha muito fixa entre o que seria lícito e o que seria ilícito, esquecendo-se que muitas atividades criminais apenas se formam e se reforçam a partir das ações estatais (DIAS, 2011; FELTRAN, 2018; BARBOSA,

2005). Em boa medida, a proliferação desses grupos está mais relacionada à maneira como o Estado se comporta nessas áreas do que à sua ausência, algo que aparece tanto nas matérias de jornais como nas pesquisas sobre o tema.

6. Considerações finais

O exercício de análise para esse artigo, em boa medida, se centrou em processos de filtragens dos dados. Tanto em contexto de pandemia, quanto em cenário de dita normalidade no âmbito de saúde pública, o olhar da imprensa sobre "organizações criminais" se voltou a discutir aspectos da conjuntura política nacional, relacionando a ação de milicianos ao Poder Executivo Federal. Ao focarmos nas narrativas sobre segurança pública *per si*, retirando os conteúdos com mote majoritariamente político, os jornais tenderam a utilizar as noções genéricas legais sobre "organização criminosa", indicando que qualquer ação ilegal cometida por um conjunto de pessoas pode ser categorizada como tal. Não necessariamente, porém, essas matérias se referiram a aspectos comunitários, escopo deste artigo.

Neste bojo, ao selecionarmos somente matérias voltadas às atuações de grupos criminais ditos organizados em espaços periféricos, observou-se que o foco das notícias se voltou ao Rio de Janeiro, em detrimento dos estados paulista e mineiro. As dinâmicas empreendidas pelo PCC, assim como as ações das gangues mineiras, foram pontos de pauta pouco trabalhados pela cobertura jornalística. Quando abordados, tinham como foco a prisão de integrantes dos respectivos grupos nos três jornais analisados, sem entrar em muitas especificidades.

Mesmo quando a imprensa jogou luz ao cenário fluminense, costumou abordar os atores criminais de modo genérico, sem se voltar a elementos peculiares. Tal esforço de generalização, porém, foi performado por narrativas ambíguas. Tanto em contexto de pandemia quanto em cenário anterior, os grupos criminais (seja o tráfico, seja a milícia) foram retratados como alvos dos órgãos de controle estatal, não sendo poucas as notícias sobre as prisões de seus membros. Entretanto, durante a crise de saúde, foram normalmente percebidos como sujeitos centrais à consolidação de um ordenamento comunitário, capazes de garantir medidas que reduzissem os riscos de infecção do novo coronavírus e a sobrevivência em espaços marcados pela pobreza. As milícias são a representação máxima desta ambivalência quando a fonte considerada são os jornais de grande circulação. Embora a maioria das narrativas aqui analisadas tenha indicado que tais grupos impuseram medidas de isolamento social, em especial na forma de toque de recolher, uma notícia mencionou atitude contrária, com a determinação de abertura de comércio.

Por fim, é possível depreender que o teor geral das notícias se voltou a homogeneizar os diferentes grupos ilegais e a traduzir a importância de coletivos criminais ao desenvolvimento de um regramento social em espaços onde o Estado estaria "ausente", isto é, alheio à população, permitindo a formação de "poderes paralelos". Em reforço à ideia de que um tipo de ator contrapõe o outro, numa espécie de dualidade crime *versus* poder público, os jornais narraram durante a crise ocasionada pela Covid-19 que a "negligência" estatal produziria vácuos de governabilidade em certos territórios fluminenses, abrindo-se flanco à ação do "crime organizado". Tais grupos desviantes, independentemente de ser tráfico ou de ser milícia, criariam regramentos comunitários que ajudariam a produzir um tipo de ordem muitas vezes próxima da proferida por órgãos governamentais, como a que estipula as medidas de isolamento durante a pandemia.

Em outros termos, os jornais, em alguns momentos, legitimam esse tipo de ordenamento coordenado por grupos que, em outros momentos, são alvos de clamores por dura repressão. Ora retratam tais grupos como "odiáveis", posto que ilegais, ora os transforma em "desejáveis" porque garantem algum tipo de segurança (sanitária e alimentar, em especial) em tempos de Covid-19.

7. Bibliografia

ALBARRACÍN, J. D.; BARNES, N. Criminal Violence in Latin America. *Latin American Research Review*, v. 55, n. 2, 2020.

ALVES, J. C. S. Chame a milícia: O Estado e a violência em tempos de coronavírus. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, Reflexões na Pandemia (seção excepcional), 2020.

ALVES, M.; ARIAS, E. D. Understanding the Fica Vivo programme: two-tiered community policing in Belo Horizonte, Brazil. *Policing and society*, v. 22, n. 1, p. 101-113, 2012. Disponível em: [https://doi.org/10.1080/10439463.2011.597857].

ARAUJO, M. As obras urbanas, o tráfico de drogas e as milícias: Quais são as consequências das interações entre o trabalho social e os mercados ilícitos? *Journal of Illicit Economies and Development*, v. 1, n. 2, pp. 53-66, 2019. Disponível em: [https://doi.org/10.31389/jied.30].

ARIAS, E. D. Social responses to criminal governance in Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Kingston, and Medellín. *Latin American Research Review*, v. 54, n. 1, 2019. Disponível em: [http://doi.org/10.25222/larr.375].

BARBOSA, A. R. Prender e Dar Fuga: Biopolítica, Sistema Penitenciário e Tráfico de Drogas no Rio de Janeiro. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

BEATO, C; ZILLI, L. F. A estruturação de atividades criminosas: um estudo de caso. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, 27 (80): 71-88, 2012. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/S0102-69092012000300005].

BRUCE, R.; CAVGIAS, A.; MELONI, L. Filling the Void? Organized Crime and COVID-19 in Rio De Janeiro. *SSRN*, August 21, 2020. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3678840].

CANO, I.; IOTTY, C. *Seis por meia dúzia. Segurança, Tráfico e Milícias no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2008.

CANO, I.; DUARTE, T. L. *No sapatinho: a evolução das milícias no Rio de Janeiro (2008-2011)*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2012.

DAS, V.; POOLE, D. Anthropology in the Margins of the State. *PoLAR: Political and Legal Anthropology Review,* v. 30, n. 1, p. 140-144, 2004. DOI: 10.1525/aa.2005.107.4.721.

DIAS, C. Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

DUARTE, T. L. Facções criminais e milícias: aproximações e distanciamentos propostos pela literatura. *BIB–Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, v. 90, p. 1-16, 2019. DOI: 10.17666/bib9002/2019.

DUARTE, T. L.; RIBEIRO, L. M. L. As milícias fluminenses em tempos de Covid-19: Relatos de medos ambivalentes na imprensa? *Dilemas – Revista de Estudos de Conflito e Controle Social – Seção Especial Reflexões na Pandemia*, p. 1-10, n. 32, 2020.

DUARTE, T. L.; ARAÚJO, I. C. Aa. PCC em pauta: narrativas jornalísticas sobre a expansão do grupo pelo Brasil. *Dilemas – Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*. Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 505-532, 2020. Disponível em: [https://doi.org/10.17648/dilemas.v13n2.23020].

DUARTE, T. L.; ARAÚJO, I. C. A.b. Caminho sem volta? Faces da expansão do PCC a Minas Gerais. *Tempo Social*, n. 32, v. 3, 2020, p. 173-196. Disponível em: [https://doi.org/10.11606/0103-2070.ts.2020.170870].

FELTRAN, G. Crime e castigo na cidade: os repertórios da justiça e a questão do homicídio nas periferias de São Paulo. *Caderno CRH (UFBA. Impresso)*. Salvador, v. 23, p. 59 74, 2010. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/S0103-49792010000100005].

FELTRAN, G. *Irmãos. Uma história do PCC*. São Paulo, Companhia das Letras, 2018.

LESSING, B. *Making peace in drug wars: crackdowns and cartels in Latin America*. Cambridge University Press, 2017.

LESSING, B. As facções cariocas em perspectiva comparativa. *Novos Estudos*, n. 80: 43-62, mar., 2008. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/S0101-33002008000100004].

LUCA, T. R. História dos, nos e por meio dos periódicos. In: PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). *Em Fontes Históricas*. São Paulo. Contexto, 2008.

MACHADO DA SILVA, L. A. *Vida sob cerco: violência e rotina nas favelas do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

MACHADO DA SILVA, L. A.; MENEZES, P. V. (Des) continuidades na experiência de "vida sob cerco" e na "sociabilidade violenta". *Novos estudos CEBRAP*, v. 38, n. 3, p. 529-551, 2019. Disponível em: [https://doi.org/10.25091/s01013300201900030005].

MANSO, B. P. *A República das Milícias: dos Esquadrões da Morte à Era Bolsonaro*. São Paulo: Todavia, 2020.

MANSO, B. P.; DIAS, C. N. *A guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil*. Editora Todavia SA, 2018.

MIGUEL, L. F.; BIROLI, F. (2010). A produção da imparcialidade: a construção do discurso universal a partir da perspectiva jornalística. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 25 (73), p. 59-76. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/S0102-69092010000200004].

MINGARDI, G. O trabalho da Inteligência no controle do Crime Organizado. *Estudos Avançados*, n. 21, p. 51-69, 2007. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/S0103-40142007000300004].

MISSE, M. Mercados ilegais, redes de proteção e organização local do crime no Rio de Janeiro. *Estudos Avançados*, v. 21, n. 61, p. 139-157, 2007. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/S0103-40142007000300010].

MISSE, M. Sobre a acumulação social da violência no Rio de Janeiro]. *Civitas*, v. 8, n. 3, p. 371-385, 2008. Disponível em: [https://doi.org/10.15448/1984-7289.2008.3.4865].

ORTEGA, F.; ORSINI, M. Governing COVID-19 without government in Brazil: Ignorance, neoliberal authoritarianism, and the collapse of public health leadership. *Global public health*, v. 15, n. 9, p. 1257-1277, 2020. Disponível em: [https://doi.org/10.1080/17441692.2020.1795223].

PENGLASE, B. The bastard child of the dictatorship: The Comando Vermelho and the birth of "narco-culture" in Rio de Janeiro. *Luso-Brazilian Review*, v. 45, n. 1, p. 118-145, 2008. Disponível em: [https://www.jstor.org/stable/30219061].

PORTO, M. S. G. Mídia, segurança pública e representações sociais. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, v. 21, n. 2, p. 211-233, 2009. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/S0103-20702009000200010].

RAMALHO, J. R. *Mundo do crime a ordem pelo avesso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1983.

RAMOS, S; PAIVA, A. *Mídia e violência: Tendências na cobertura de criminalidade e segurança no Brasil*. Rio de Janeiro: Iuperj, 2007.

RIBEIRO, L. M. L. R; OLIVEIRA, V. N.; BASTOS, L. Pavilhões do Primeiro Comando da Capital: tensões e conflitos em uma unidade prisional de segurança máxima em Minas Gerais. *O Público e o Privado*, n. 33, 2019, p. 213-241.

ROTKER, S. Cities written by violence: an introduction. *Citizens of fear: Urban violence in Latin America,* p. 7-24, 2002.

SALLA, F. Decifrando as dinâmicas do crime. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 30, n. 87, 2015. Disponível em: [https://doi.org/10.17666/3087174-179/2015].

SANTOS, M. S. Os porões da República: a Colônia Correcional de Dois Rios entre 1908 e 1930. *TOPOI,* v. 7, n. 13, pp. 445-476, 2006. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/2237-101X006013006].

SILVESTRE, G. Enxugando o iceberg: como as instituições estatais exercem o controle do crime em São Paulo. Tese (Doutorado em Sociologia), Universidade Federal de São Carlos – UFSCar, São Carlos, 2016.

TELLES, V. Prospectando a cidade a partir de suas margens: notas inconclusas sobre uma experiência etnográfica. *Contemporânea-Revista de Sociologia da UFSCar*, v. 3, n. 2, p. 359, 2013.

VILLARREAL, A. Reconceptualizing Urban Violence from the Global South. *City & Community*, 2020. Disponível em: [https://doi.org/10.1111/cico.12506].

WERNECK, A. O ornitorrinco de criminalização: A construção social moral do miliciano a partir dos personagens da "violência urbana" do Rio de Janeiro. *Dilemas-Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 8, n. 3, p. 429-454, 2015.

ZACCONE, O. *Indignos da vida: a desconstrução do poder punitivo*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

ZALUAR, A. *O Condomínio do Diabo*. Rio de Janeiro, Editora UFRJ: 1994.

ZALUAR, A; CONCEIÇÃO, I. S. Favelas sob o controle das milícias no Rio de Janeiro. *São Paulo em Perspectiva*, v. 21, n. 2, p. 89-101, 2007.

Fontes da imprensa

BONDUKI, Nabil. A verticalização nas favelas fará novas vítimas. *Folha de São Paulo*, Cotidiano, 12.04.2019. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/04/a-verticalizacao-nas-favelas-fara-novas-vitimas.shtml].

CARVALHO, Ilona Szabó de. Explicando a queda nos homicídios. *Folha de São Paulo*, Colunas e Blogs, 24.04.2019. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/colunas/ilona-szabo/2019/04/explicando-a-queda-nos-homicidios.shtml].

CONTI, Mario Sergio. Governo Bolsonaro é ineficaz e se transformou num inimigo. *Folha de São Paulo*, Colunas e Blog, 28.03.2020. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/colunas/mariosergioconti/2020/03/a-forca-das-coisas.shtml].

COSTA, Liana. Não é só no Rio. Milícias estão em 15 estados do norte a sul do Brasil. *Metrópoles*, 01.04.2018. Disponível em: [www.metropoles.com/materias-especiais/nao-e-so-no-rio-milicias-estao-em-15-estados-de-norte-a-sul-do-brasil].

GASPARI, Elio. Declaração de Mandetta sobre tráfico e milícia pode ser atribuída à síndrome do holofote. Folha de São Paulo, Colunas e Blog, 08.04.2020. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/colunas/eliogaspari/2020/04/declaracao-de-mandetta-sobre-trafico-e-milicia-pode-ser-atribuida-a-sindrome-do-holofote.shtml].

GASPARI, Elio (a). Mandetta pegou o vírus do holofote. *O Globo*, Brasil, 14.04.2020. Disponível em: [https://oglobo.globo.com/brasil/mandetta-pegou-virus-do-holofote-24366428].

O GLOBO. 'Saúde dialoga com o tráfico e com a milícia', diz Mandetta. *O Globo*, Rio, 08.04.2020. Disponível em: [https://oglobo.globo.com/rio/saude-dialoga-com-trafico-milicia-diz-mandetta-24361014].

OLIVEIRA, Natalia. PC desarticula quadrilha que movimentou R$ 8 milhões com tráfico de drogas. *O Tempo*, Cidades, 16.04.2020. Disponível em: [www.otempo.com.br/cidades/pc-desarticula-quadrilha-que-movimentou-r-8-milhoes-com-trafico-de-drogas-1.2325558].

OLLIVEIRA, Cecilia; NHANGA, Carlos; EIRAS, Yuri. O malabarismo da grande imprensa para omitir os nomes das facções coloca cidadãos em risco. *Intercept Brasil*, 11.08.2020. Disponível em: [https://theintercept.com/2020/08/11/imprensa-rio-faccoes-milicias-trafico/].

PAGNAN, Rogério. Polícia de SP fecha 'padaria' do PCC capaz de produzir 900 papelotes de cocaína por minuto. *Folha de São Paulo*, Cotidiano, 17.04.2020. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/04/policia-de-sp-fecha-padaria-do-pcc-capaz-de-produzir-900-papelotes-de-cocaina-por-minuto.shtml].

PRAZERES, Leandro. Para Moro, Bolsonaro não tem ligação com milícias. *O Globo*, Brasil, 12.03.2020. Disponível em: [https://oglobo.globo.com/brasil/para-moro-bolsonaro-nao-tem-ligacao-com-milicias-24299998].

RAGAZZI, Lucas. Apuração sobre facada em Bolsonaro investigou conexões até fora do Brasil. *O Tempo*, Política, 16.05.2019. Disponível em: [www.otempo.com.br/politica/minas-na-esplanada/apuracao-sobre-facada-em-bolsonaro-investigou-conexoes-ate-fora-do-brasil-1.2182121].

REDAÇÃO. MP apura fraudes em contratações de serviços de shows por cidades de MG. *O Tempo*, Cidades, 12.03.2019. Disponível em: [www.otempo.com.br/cidades/mp-apura-fraudes-em-contratacoes-de-servicos-de-shows-por-cidades-de-mg-1.2148406].

REDAÇÃO. Região metropolitana tem três homicídios entre fim de tarde e início da noite. *O Tempo*, Cidades, 07.04.2020. Disponível em: [www.otempo.com.br/cidades/regiao-metropolitana-tem-tres-homicidios-entre-fim-de-tarde-e-inicio-da-noite-1.2322185].

SOARES, Rafael. Tráfico imita milícia e passa a cobrar taxas de até R$ 4 mil de comerciantes em Madureira. *O Globo*, Rio, 15.03.2020. Disponível em: [https://

oglobo.globo.com/rio/trafico-imita-milicia-passa-cobrar-taxas-de-ate-4-mil-de-comerciantes-em-madureira-1-24306001].

SODRÉ, Leonardo. Traficantes disputam território em Niterói para retomar controle do Salgueiro, em São Gonçalo. *O Globo*, Bairros, 11.05.2019. Disponível em: [https://oglobo.globo.com/rio/bairros/traficantes-disputam-territorio-em-niteroi-para-retomar-controle-do-salgueiro-em-sao-goncalo-23657926].

SUPER NOTÍCIA. Megaoperação desarticula célula do PCC em Minas Gerais. *O Tempo*, Super Notícias, 19.03.2019. Disponível em: [www.otempo.com.br/super-noticia/cidades/megaoperacao-desarticula-celula-do-pcc-em-minas-gerais-1.2151668].

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A tipicidade material no delito de pertencimento a organização criminosa e a criminalidade de empresa, de Victor Labate – *RDPec* 2/121-154 (DTR\2020\7589);
- Associação de tipo mafioso: propostas de espelhamento típico na Itália e no Brasil, de Ney de Barros Bello Filho e Bruno Hermes Leal – *RBCCrim* 176/21-49 (DTR\2021\346); e
- Organização criminosa no direito comparado: desafios da harmonização normativa e problemas dos transplantes legais, de Paula Brener – *RBCCrim* 172/125-159 (DTR\2020\12758).

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- Conteúdo exclusivo Web: JRP\2021\774842.

Índice Alfabético-remissivo

AUTORES

A

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de
– Inteligência artificial, *big data* e algoritmos: policiamento e as novas roupagens de um agir discriminatório, p. 247

B

BARRETO, Ana Luisa Leão de Aquino
– Os paradoxos da audiência de custódia no Tribunal de Justiça da Bahia: um estudo empírico, p. 345

BOLDT, Raphael
– Processo penal anocrático? A ressignificação da justiça criminal na sociedade de plataformas, p. 227

C

CAMARGO, Beatriz Corrêa
– O conceito de ato sexual ou libidinoso nos crimes sexuais, p. 273

CARVALHO, Gisele Mendes de
– A criminalização do "stalking" e do assédio moral no Brasil: uma lacuna (quase) colmatada, p. 125

D

DIAS, Felipe da Veiga
– Algoritmos de predição no sistema penal: as profecias tecnopolíticas que se autorrealizam no século XXI, p. 99

DISSENHA, Rui Carlo
– Criminalização do ecocídio: qual a contribuição do Estatuto de Roma?, p. 313

DUARTE, Daniel Edler
– A política do policiamento preditivo: pressupostos criminológicos, técnicas algorítmicas e estratégias punitivas, p. 57

DUARTE, Daniel Nascimento
– Gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal na era da sociedade digital, p. 23

DUARTE, Evandro Piza
– Compreendendo algoritmos aplicados ao sistema de justiça criminal – ilegibilidade, acesso, compreensão, verdade e computabilidade no 'eu' identificado por algoritmos, p. 199

DUARTE, Thais Lemos
– Crime na pandemia: relatos jornalísticos sobre a ação de organizações criminais no Brasil durante o primeiro ano de crise da Covid-19, p. 429

DUTRA, Luíza Correa de Magalhães
– Inteligência artificial, *big data* e algoritmos: policiamento e as novas roupagens de um agir discriminatório, p. 247

F

FARIAS, Marina Cardoso
– Criminalização do ecocídio: qual a contribuição do Estatuto de Roma?, p. 313

FERNANDES, Daniel Fonseca
– Os paradoxos da audiência de custódia no Tribunal de Justiça da Bahia: um estudo empírico, p. 345

G

GARCIA, Rafael de Deus
– Compreendendo algoritmos aplicados ao sistema de justiça criminal – ilegibilidade, acesso, compreensão, verdade e computabilidade no 'eu' identificado por algoritmos, p. 199

H

HENRIQUES, Hamilton Belloto
– A criminalização do "stalking" e do assédio moral no Brasil: uma lacuna (quase) colmatada, p. 125

L

LOBATO, Luisa Cruz
– A política do policiamento preditivo: pressupostos criminológicos, técnicas algorítmicas e estratégias punitivas, p. 57

M

MARTINO, Natalia
– Crime na pandemia: relatos jornalísticos sobre a ação de organizações criminais no Brasil durante o primeiro ano de crise da Covid-19, p. 429

MELO, Jhonatas Péricles Oliveira de
– Bitcoin y su uso en el lavado de activos: una mirada a la experiencia euro-brasileña, p. 171

R

RENZIKOWSKI, Joachim
– O conceito de ato sexual ou libidinoso nos crimes sexuais, p. 273

RIBEIRO, Ludmila
– Crime na pandemia: relatos jornalísticos sobre a ação de organizações criminais no Brasil durante o primeiro ano de crise da Covid-19, p. 429

S

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires
– Gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal na era da sociedade digital, p. 23

V

VASCONCELOS, Francisco Thiago Rocha
– A criminologia francesa em disputa (1980-2020): querelas disciplinares e reações ao controle político da ciência, p. 381

TEMAS

A

Algoritmos

– Compreendendo algoritmos aplicados ao sistema de justiça criminal – ilegibilidade, acesso, compreensão, verdade e computabilidade no 'eu' identificado por algoritmos, p. 199

– Inteligência artificial, *big data* e algoritmos: policiamento e as novas roupagens de um agir discriminatório, p. 247

Algoritmos preditivos – Algoritmos de predição no sistema penal: as profecias tecnopolíticas que se autorrealizam no século XXI, p. 99

Anocracia – Processo penal anocrático? A ressignificação da justiça criminal na sociedade de plataformas, p. 227

Assédio moral – A criminalização do "stalking" e do assédio moral no Brasil: uma lacuna (quase) colmatada, p. 125

Ato libidinoso – O conceito de ato sexual ou libidinoso nos crimes sexuais, p. 273

Ato sexual – O conceito de ato sexual ou libidinoso nos crimes sexuais, p. 273

Audiência de custódia – Os paradoxos da audiência de custódia no Tribunal de Justiça da Bahia: um estudo empírico, p. 345

Autonomia sexual – O conceito de ato sexual ou libidinoso nos crimes sexuais, p. 273

B

Big data – Inteligência artificial, *big data* e algoritmos: policiamento e as novas roupagens de um agir discriminatório, p. 247

***Bitcoin* –** Bitcoin y su uso en el lavado de activos: una mirada a la experiencia euro-brasileña, p. 171

C

Capitalismo de vigilância – Algoritmos de predição no sistema penal: as profecias tecnopolíticas que se autorrealizam no século XXI, p. 99

Cibercriminologia – Processo penal anocrático? A ressignificação da justiça criminal na sociedade de plataformas, p. 227

Computabilidade do eu – Compreendendo algoritmos aplicados ao sistema de justiça criminal – ilegibilidade, acesso, compreensão, verdade e computabilidade no 'eu' identificado por algoritmos, p. 199

Crimes sexuais – O conceito de ato sexual ou libidinoso nos crimes sexuais, p. 273

Criminalización – Bitcoin y su uso en el lavado de activos: una mirada a la experiencia euro-brasileña, p. 171

Criminologia – A criminologia francesa em disputa (1980-2020): querelas disciplinares e reações ao controle político da ciência, p. 381

Criminologia crítica – Algoritmos de predição no sistema penal: as profecias tecnopolíticas que se autorrealizam no século XXI, p. 99

Criptomonedas – Bitcoin y su uso en el lavado de activos: una mirada a la experiencia euro-brasileña, p. 171

Cyberstalking – A criminalização do "stalking" e do assédio moral no Brasil: uma lacuna (quase) colmatada, p. 125

D

Decisões judiciais – Os paradoxos da audiência de custódia no Tribunal de Justiça da Bahia: um estudo empírico, p. 345

Direito penal internacional – Criminalização do ecocídio: qual a contribuição do Estatuto de Roma?, p. 313

Discriminação policial – A política do policiamento preditivo: pressupostos criminológicos, técnicas algorítmicas e estratégias punitivas, p. 57

E

Ecocídio – Criminalização do ecocídio: qual a contribuição do Estatuto de Roma?, p. 313

Elementos subjetivos do tipo – O conceito de ato sexual ou libidinoso nos crimes sexuais, p. 273

Estado – Crime na pandemia: relatos jornalísticos sobre a ação de organizações criminais no Brasil durante o primeiro ano de crise da Covid-19, p. 429

Estatuto de Roma – Criminalização do ecocídio: qual a contribuição do Estatuto de Roma?, p. 313

F

Fluxo de informações – Compreendendo algoritmos aplicados ao sistema de justiça criminal – ilegibilidade, acesso, compreensão, verdade e computabilidade no 'eu' identificado por algoritmos, p. 199

França – A criminologia francesa em disputa (1980-2020): querelas disciplinares e reações ao controle político da ciência, p. 381

G

Gestão diferencial dos ilegalismos – Gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal na era da sociedade digital, p. 23

H

Hermenêutica processual penal – Gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal na era da sociedade digital, p. 23

I

Ilegalidade – Os paradoxos da audiência de custódia no Tribunal de Justiça da Bahia: um estudo empírico, p. 345

Ilegibilidade – Compreendendo algoritmos aplicados ao sistema de justiça criminal – ilegibilidade, acesso, compreensão, verdade e computabilidade no 'eu' identificado por algoritmos, p. 199

Insegurança – A criminologia francesa em disputa (1980-2020): querelas disciplinares e reações ao controle político da ciência, p. 381

Integridade moral – A criminalização do "stalking" e do assédio moral no Brasil: uma lacuna (quase) colmatada, p. 125

Inteligência artificial – Inteligência artificial, *big data* e algoritmos: policiamento e as novas roupagens de um agir discriminatório, p. 247

J

Justiça criminal – Processo penal anocrático? A ressignificação da justiça criminal na sociedade de plataformas, p. 227

L

Lavado de activos – Bitcoin y su uso en el lavado de activos: una mirada a la experiencia euro-brasileña, p. 171

M

Milícias – Crime na pandemia: relatos jornalísticos sobre a ação de organizações criminais no Brasil durante o primeiro ano de crise da Covid-19, p. 429

O

Organizações criminais – Crime na pandemia: relatos jornalísticos sobre a ação de organizações criminais no Brasil durante o primeiro ano de crise da Covid-19, p. 429

P

Pandemia – Crime na pandemia: relatos jornalísticos sobre a ação de organizações criminais no Brasil durante o primeiro ano de crise da Covid-19, p. 429

Perseguição – A criminalização do "stalking" e do assédio moral no Brasil: uma lacuna (quase) colmatada, p. 125

Policiamento preditivo – A política do policiamento preditivo: pressupostos criminológicos, técnicas algorítmicas e estratégias punitivas, p. 57

Policiamento preditivo – Inteligência artificial, *big data* e algoritmos: policiamento e as novas roupagens de um agir discriminatório, p. 247

Posição institucional – Os paradoxos da audiência de custódia no Tribunal de Justiça da Bahia: um estudo empírico, p. 345

Previsão de crimes – A política do policiamento preditivo: pressupostos criminológicos, técnicas algorítmicas e estratégias punitivas, p. 57

Problema público – A criminologia francesa em disputa (1980-2020): querelas disciplinares e reações ao controle político da ciência, p. 381

Processo penal

– Gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal na era da sociedade digital, p. 23

– Processo penal anocrático? A ressignificação da justiça criminal na sociedade de plataformas, p. 227

Punitivismo – A política do policiamento preditivo: pressupostos criminológicos, técnicas algorítmicas e estratégias punitivas, p. 57

R

Regulación – Bitcoin y su uso en el lavado de activos: una mirada a la experiencia euro-brasileña, p. 171

S

Saber-poder – Gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal na era da sociedade digital, p. 23

Sistema de justiça criminal – Compreendendo algoritmos aplicados ao sistema de justiça criminal – ilegibilidade, acesso, compreensão, verdade e computabilidade no 'eu' identificado por algoritmos, p. 199

Sistema penal – Algoritmos de predição no sistema penal: as profecias tecnopolíticas que se autorrealizam no século XXI, p. 99

Sociedade de plataformas – Processo penal anocrático? A ressignificação da justiça criminal na sociedade de plataformas, p. 227

Sociedade digital – Gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal na era da sociedade digital, p. 23

***Stalking* –** A criminalização do "stalking" e do assédio moral no Brasil: uma lacuna (quase) colmatada, p. 125

T

Tecnopolítica – Algoritmos de predição no sistema penal: as profecias tecnopolíticas que se autorrealizam no século XXI, p. 99

Tráfico de drogas – Crime na pandemia: relatos jornalísticos sobre a ação de organizações criminais no Brasil durante o primeiro ano de crise da Covid-19, p. 429

Tribunal Penal Internacional – Criminalização do ecocídio: qual a contribuição do Estatuto de Roma?, p. 313

U

Universidade – A criminologia francesa em disputa (1980-2020): querelas disciplinares e reações ao controle político da ciência, p. 381

V

Viés algorítmico – A política do policiamento preditivo: pressupostos criminológicos, técnicas algorítmicas e estratégias punitivas, p. 57

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais

Política editorial determinada pela equipe editorial em conformidade com o conselho editorial da RBCCRIM, sujeita à revisão periódica.

1. Dados gerais do periódico

- **Nome**: Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)
- **Responsável**: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)
- **Formato**: impresso (Editora Thomson Reuters)
- **Ano de criação**: 1992 (sem interrupções)
- **Periodicidade**: mensal
- **Recebimento de manuscritos**: fluxo contínuo e editais especiais
- **ISSN**: 1415-5400
- ***Qualis***: A1

2. Linha editorial

A Revista Brasileira de Ciências Criminais visa à publicação de **trabalhos científicos** relacionados às **ciências criminais**, essencialmente compreendidas entre as áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia, além de seus pontos de transdisciplinaridade com outras esferas do conhecimento, como a psicologia, a medicina, a antropologia, a sociologia etc.

Com o objetivo de abranger tal escopo editorial, o periódico é dividido nas seguintes **seções**:

a) *Direito Penal*: abrangendo Teoria Geral, Parte Especial, Legislação Penal Especial e Direito Penal Econômico;

b) *Processo Penal;*

c) *Crime e Sociedade*.

Ademais, a RBCCRIM, almejando a interlocução entre a estruturação de uma sólida doutrina nas ciências criminais e seu impacto na prática judicial, também publica **comentários críticos a decisões jurisprudenciais**, preferencialmente aquelas emanadas dos tribunais superiores e internacionais. Tais contribuições integram a seção *Direito em Ação* – Comentário Jurisprudencial. Além disso, também são publicados **Pareceres** acerca da aplicação prática de teorias relevantes às ciências criminais.

Por fim, visando à divulgação de importantes trabalhos científicos publicados em âmbito nacional e internacional, especialmente pesquisas acadêmicas, há a seção **Resenhas Críticas**, em que se apresentam breves comentários a tais publicações, ensejando críticas e incentivo ao debate científico. Ocasionalmente, também serão admitidas e publicadas **entrevistas** avaliadas pela coordenação como relevantes à promoção do debate científico concernente ao escopo do periódico.

3. REGRAS PARA SUBMISSÃO

O envio dos trabalhos deverá ser feito por correio eletrônico da RBCCrim, para o endereço revista@ibccrim.org.br e mediante o preenchimento do formulário http://bit.ly/30JjvSo. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word (formatos doc.). Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

3.1. Condições para submissão

a) É exigida **titulação mínima de mestrado (de autores e coautores)** para submissão de artigos ao processo de avaliação.

b) O artigo deve ser inédito; portanto, não publicado em nenhum outro periódico científico e/ou canais de comunicação. Vale ressaltar que ineditismo não deve ser confundido com originalidade, podendo o tema tratado pelo artigo já ter sido abordado por outros autores(as) e/ou publicações.

c) Todos os artigos serão submetidos à inspeção com programa antiplágio. Não são considerados inéditos os textos: divulgados na *internet*; já publicados no exterior (ainda que em outra língua); publicados em anais de eventos científicos. Serão considerados inéditos os artigos que consistam em versões reduzidas de dissertações de mestrado ou teses de doutorado, embora publicados integralmente em bancos de teses de programas de pós-graduação e os publicados anteriormente em anais de eventos científicos, mas que apresentem efetivos aprimoramentos em razão de debates e estudos posteriores (destacar tais modificações à equipe editorial no e-mail da submissão). Alterações não justificadas em trabalhos já publicados, só serão toleradas até o limite de 30% de coincidência de caracteres.

d) Assim, em qualquer das hipóteses acima referidas, quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado pelo autor em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão, **sob pena de proibição de novas submissão pelo período de um ano**.

e) Traduções de artigos também poderão ser submetidas à apreciação do periódico, desde que acompanhadas da autorização de seus respectivos autores e, quando

necessário, do periódico que detenha seus direitos de publicação. No entanto, a decisão sobre a sua publicação ou não será prerrogativa da coordenação da Revista.

f) Uma vez submetido um artigo para avaliação, objetivando sua possível publicação, é vedada a submissão simultânea do mesmo trabalho a outro periódico ou publicação, sob pena de impedimento de submissão de novos trabalhos a este periódico pelo período de um ano.

g) Após o recebimento e cadastramento do trabalho, entraremos em contato para acusar a recepção e solicitar eventuais informações faltantes.

4. Elementos formais obrigatórios

a) Os artigos deverão ser precedidos de uma página de apresentação, na qual se fará constar obrigatoriamente: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos com ano de obtenção, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, link para o currículo LATTES e número do ORCID.

b) Os trabalhos devem ter entre 20 a 40 páginas, com tolerância de duas para mais ou duas para menos; e resenhas críticas (até 15 páginas). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois.

c) Como fonte, **usar a Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm**. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

d) Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois de cada tópico; devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 2,5 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

e) Os trabalhos podem ser escritos em português, espanhol, inglês, francês, alemão ou italiano. Em qualquer caso, **deverão ser indicados, no idioma do artigo e em inglês, o título do trabalho, o respectivo resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave.**

f) Os artigos devem possuir os seguintes elementos em português e inglês: título/*title*; resumo/*abstract*; palavras-chave/*keywords*; sumário (apenas em português ou na língua original do artigo).

g) A numeração do sumário deverá obrigatoriamente ser feita em algarismos arábicos. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:

> Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. Considerações finais. Referências.

h) Os artigos deverão conter itens específicos para introdução, considerações finais (conclusões) e referências.

i) A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) não se responsabilizará por realizar qualquer complemento nos trabalhos, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave, que ficam à elaboração exclusiva do autor do artigo.

j) O título do artigo não deverá ser excessivamente extenso, mas necessariamente precisa apresentar de modo claro a temática e a delimitação de seu objeto.

k) A qualificação/afiliação do(s) autor(es) deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida, completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante e seu respectivo estado da federação e a cidade); finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Deverá ser indicado e-mail para contato. Exemplo:

   Doutor em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina. ORCID. E-mail.

l) Solicita-se que o autor informe em nota de rodapé qualquer financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais (por ex., se o artigo é fruto de parecer contratado), e que declare não haver conflito de interesses que comprometam a cientificidade do trabalho apresentado. Se o trabalho for resultante de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento), deverá haver tal informação em nota de rodapé, especificando o edital de que resulta o financiamento.

m) As Referências deverão seguir o padrão da norma NBR 6023/2018 (da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT). <u>As referências bibliográficas completas</u> deverão constar <u>apenas</u> 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 <u>não se inclui</u> 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 <u>até três linhas</u> devem estar contidas entre aspas duplas, no corpo do parágrafo a que se referem. Exemplo: Barbour (1971, p. 35)

descreve: "O estudo da morfologia dos terrenos [...] ativos[...]". OU: "Não se mova, faça de conta que está morta." (CLARAC; BONNIN, 1985, p. 72)

– Citações diretas de mais de três linhas devem ser destacadas do texto, com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor (corpo 10) que a utilizada no texto corrido, espaçamento simples entre as linhas e sem aspas.

A teleconferência permite ao indivíduo participar de um encontro nacional ou regional sem a necessidade de deixar seu local de origem. Tipos comuns de teleconferência incluem o uso da televisão, telefone e computador. Através de audioconferência, utilizando a companhia local de telefone, um sinal de áudio pode ser emitido em um salão de qualquer dimensão. (NICHOLS, 1993, p. 181).

p) As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de internet deve-se indicar o *link*, introduzido pela expressão "Disponível em:" e a data de acesso, precedida da expressão "Acesso em:". As datas devem seguir o padrão de abreviação universal ABNT. Exemplo: 20 ago. 2012; 15 set. 2018; 22 mar. 2019 etc.

q) Sugere-se que esquemas, organogramas, tabelas e gráficos sejam inseridos no texto por meio de imagens, de modo a evitar distorções na posterior diagramação.

5. Cientificidade

Os artigos deverão apresentar caráter científico, definindo e esclarecendo um (ou mais) problema específico, 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.

5.1. Pressupostos de Integridade Ética em Pesquisa

a) Autoria: Todas as pessoas que contribuíram para a pesquisa devem ser indicadas. Cada autor deve ter participado suficientemente do trabalho para poder assumir publicamente a responsabilidade pelo seu conteúdo. Sua participação deve incluir: a) a concepção ou delineamento ou ainda análise e interpretação dos dados, ou ambos; b) redação do manuscrito ou sua revisão, quando inclua crítica intelectual

importante de seu conteúdo; c) aprovação final da versão a ser publicada. A simples participação na coleta de dados não justifica autoria.[1]

b) Coautoria: Quando se tratar da publicação de resultados obtidos por meio de pesquisa coletiva, é preciso certificar-se da contribuição intelectual direta e efetiva e do consentimento de todos os colaboradores. A cessão de recursos financeiros e de infraestrutura não é indicação de coautoria.

c) Vedação de Plágio: Quando uma ideia ou uma formulação utilizada no trabalho não sejam evidentemente de domínio público na área de pesquisa em questão, presume-se que se trata de contribuição original. Se não for esse o caso, a ideia ou formulação devem ser expressamente creditadas, sob pena de plágio.

d) Vedação de Autoplágio: Quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão. A falta de menção expressa a esse fato caracterizará o autoplágio.

e) Responsabilidade: O autor ou, quando for o caso, cada um dos autores é responsável pela qualidade do trabalho como um todo, a menos que os limites de sua contribuição sejam indicados de modo expresso e preciso.

f) Termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE): Sempre que, em virtude do objeto ou outras circunstâncias de pesquisa, for possível a identificação dos entrevistados, será exigida a apresentação de TCLE dos entrevistados que puderem ser identificados.

g) Conflito de interesses: quando houver possível conflito de interesses, os autores devem informar a equipe editorial no ato da submissão do trabalho. Os editores decidirão sobre a configuração de conflito de interesses avaliando se a cientificidade da obra foi comprometida.

h) Responsabilidade com Dados

- Fontes: Sempre que se faz referência a dados é necessário que seja apontada a sua fonte.
- Termo de Confidencialidade: Sempre que um trabalho fizer uso de dados obtidos através de TC, é preciso que os autores enviem o termo no ato da submissão do trabalho para que se possa apurar sua observância.
- Manipulação: Sempre que se utilizarem métodos de correção estatística, os mesmos devem ser identificados e justificados.

1. MONTENEGRO, Mario R. ALVES, Venâncio A. Ferreira. Critérios de autoria e coautoria em trabalhos científicos. Acta boT. bras. 11 (2): 1997. Acesso em: 25 abr. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/abb/v11n2/v11n2a14.pdf

5.2. *Responsabilidade editorial*

a) O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. O interesse em realizar a melhor avaliação deve prevalecer em face de outros interesses, como o cumprimento estrito de prazos estipulados. As divergências de juízos não devem ser tomadas como razões suficientes para a emissão de parecer desfavorável.

b) O revisor deve tratar com confidencialidade e não fazer uso próprio das informações a que tenha tido acesso no exercício de sua função de avaliador.

c) O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial conflito de interesse, quando mantiver colaboração científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar ou afetiva com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação.

d) Todos os casos em que se verificarem violações de natureza ética, serão devidamente apurados pela coordenação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) mediante estudo, debate e encaminhamento das providências cabíveis.

5.3. *Política de Privacidade*

a) Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

b) Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota o sistema de controle duplo-cego por pares, de modo que há anonimato entre os avaliadores e autores, respeitando o sigilo sobre os dados do redator do parecer no momento do encaminhamento ao autor.

c) Com relação aos pareceres eventualmente emitidos pelos avaliadores da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), embora utilize-se o sistema de controle duplo-cego (em que autor e revisores não têm informações recíprocas no momento da avaliação), após a finalização do processo editorial, a partir do momento da tomada da decisão final pela equipe editorial, não há proibição de publicização do parecer pelo seu autor (parecerista). Por exemplo, autoriza-se (e sugere-se) a publicação do conteúdo das avaliações no sistema PUBLONS. Ou seja, os direitos autorais sobre os pareceres são dos seus respectivos autores (pareceristas). O direito de anonimato em relação à avaliação é disponível ao parecerista, que pode optar por publicar posteriormente o parecer emitido.

d) A partir dessa lógica, deve-se ressaltar que os autores dos artigos submetidos não podem dar publicidade a eventuais pareceres recebidos, salvo em caso de autorização expressa do parecerista.

e) Por fim, ao submeter o artigo para o processo editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), o autor está ciente e autoriza eventual divulgação do parecer emitido por qualquer avaliador do periódico, por exemplo, no sistema PUBLONS.

6. RESENHAS CRÍTICAS, PARECERES, COMENTÁRIOS JURISPRUDENCIAIS E ENTREVISTAS

a) Resenhas de livros: não serão aceitas resenhas meramente descritivas. Serão publicadas somente **resenhas críticas** de livros de interesse jurídico e científico para o escopo editorial do periódico, com a citação de outras referências, e não somente um resumo do trabalho específico. O tamanho do texto deve respeitar os limites e requisitos das informações necessárias para a boa compreensão do texto analisado (Item 2, b).

b) Os comentários jurisprudenciais poderão ser enviados à Revista e serão publicados, respeitando as regras acima, com o limite de páginas reduzido a 20 laudas. Deve haver uma análise crítica do julgado, a partir de referências doutrinárias representativas acerca da temática em estudo.

c) Os pareceres deverão abordar caso relevante e atual de concretização prática acerca de discussão teórica importante às ciências criminais. Deverá ser embasado em referências consistentes e atualizadas. Se houver qualquer tipo de financiamento, isso deve ser exposto em nota de rodapé, de modo a atestar eventuais conflitos de interesse.

d) As entrevistas com pesquisadores de renome poderão ser propostas ou enviadas à revista, com base na avaliação combinada dos seguintes critérios:

- Representa um avanço no conhecimento que merece ser divulgado para a sociedade?
- Contribui para a popularização do conhecimento científico?
- Apresenta inovações significativas?
- Pode ter impacto na sociedade ou na definição de políticas públicas?
- Além do público-alvo (jornalistas), a entrevista poderá ser utilizada também por tomadores de decisão, pesquisadores, estudantes e público em geral?
- Tamanho: deve ser composta por 4 a 10 questões e o texto deve conter o máximo de 15.000 caracteres com espaço.
- Idioma: poderão ser encaminhadas nos idiomas português, inglês ou espanhol.
- Imagem: deverão, obrigatoriamente, ser acompanhadas pela foto do entrevistado que deve ser enviada em arquivo anexo (.jpg ou .gif), com boa resolução (acima de 100 KB) e com autorização prévia do entrevistado. Caso seja de interesse deste, pode ser incluída também uma imagem que complemente o conteúdo da entrevista.
- Dados sobre o entrevistado: breve texto com dados sobre o entrevistado, contendo informação sobre o currículo, incluindo instituição a qual está afiliado, produção científica resumida, formação acadêmica, outros.

- Lead: as entrevistas deverão estar acompanhadas do lead que consiste em um pequeno texto que fornece ao leitor a informação básica sobre o tema. O lead deve conter informação que responda às seguintes questões: "O quê" e/ou "Quem?", "Quando?", "Onde?", "Como?", e "Por quê?".

e) A avaliação das resenhas, comentários jurisprudenciais, pareceres e entrevistas serão realizadas pela equipe editorial da RBCCRIM, a partir da relevância, cientificidade e pertinência do trabalho, além da titulação do autor, sem envio à análise cega por pares.

7. Processo de avaliação e publicação

a) Controle preliminar formal *(desk review)*: Recebido o manuscrito, inicialmente haverá um controle preliminar realizado pelos editores (chefe, assistentes, executivos ou editores associados) do periódico, o que condicionará seu envio para o controle por pares. Em tal momento, a avaliação se limitará aos aspectos formais essenciais do artigo, conforme as regras expostas anteriormente, analisando-se os seguintes aspectos:

1. O trabalho obedece às normas de publicação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)?
2. O trabalho é compatível com a linha editorial do periódico?
3. O trabalho apresenta linguagem adequada e 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.

8. DIREITOS AUTORAIS

a) Os direitos autorais dos artigos publicados são do autor, com direitos do periódico sobre a primeira publicação.

Os autores somente poderão utilizar os mesmos resultados em outras publicações indicando claramente este periódico como o meio da publicação original. Se não houver tal indicação, considerar-se-á situação de autoplágio.

Portanto, a reprodução, total ou parcial, dos artigos aqui publicados fica sujeita à expressa menção da procedência de sua publicação neste periódico, citando-se o volume e o número dessa publicação. Para efeitos legais, deve ser consignada a fonte de publicação original.

9. REVISÃO, DIAGRAMAÇÃO, IMPRESSÃO E PUBLICAÇÃO

Finalizado o processo editorial de seleção dos artigos, os trabalhos aprovados e selecionados para o respectivo volume são enviados para a revisão e diagramação, realizadas ao encargo do IBCCRIM e da Editora Revista dos Tribunais (RT).

Assim, são realizadas a revisão gramatical e ortográfica, bem como a formatação (diagramação) dos arquivos, que retornam ao IBCCRIM. Em seguida, em data próxima à publicação, haverá novo contato com o autor para a análise das sugestões de correção pós-revisão e verificação da formatação, com prazo de 3 (três) dias para resposta. Em caso de inércia, as correções sugeridas pela revisão serão integralmente aceitas. Nesse momento, solicita-se que o autor se abstenha de realizar alterações profundas no texto, mas somente realize a revisão sugerida e atualizações indispensáveis.

No que tange à revisão de ortografia, o IBCCRIM adota a correção ortográfica (ortografia, acentuação, hifenização etc.) do mais recente Acordo Ortográfico (2009) em vigor (obrigatório desde 01/01/2016), até mesmo para citações de originais anteriores ao Acordo. Exceção é feita a documentos antigos em contextos nos quais a preservação da grafia original tem importância e significado historiográfico e/ou linguístico etc.

Em seguida, os artigos, com as aprovações e rejeições dos autores às sugestões de revisão, são encaminhados para a diagramação final e publicação.

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota postura de integral respeito ao autor, de modo a vedar qualquer alteração sem sua aprovação (salvo a falta de resposta no prazo determinado), ainda que aparentem ser "meras correções ortográficas". Qualquer atitude distinta a tal diretriz é repudiada pela equipe editorial do periódico.

10. Critérios de espera e preferência para publicação

a) A publicação dos trabalhos aprovados pelo controle por pares e selecionados pelos editores do periódico segue a ordem cronológica de submissão e aprovação, com exceção de autores convidados. Contudo, em razão das regras impostas pela comissão Qualis/CAPES, existem critérios para avaliação e publicação preferencial, que podem ser atendidos pelos autores visando à maior agilidade na publicação de seu trabalho.

b) Em razão das regras de exogenia, artigos de autores representantes do Estado de São Paulo são limitados a 25% do total de trabalhos publicados por volume, de modo que há uma fila específica para artigos que se enquadrem em tal circunstância.

c) Diante das regras de qualidade impostas, cada volume publicado conterá entre 50 a 60% dos artigos com autor (ao menos um) que possua titulação de doutor, de modo que há limitação à publicação de trabalhos sem autoria de autor com essa titulação.

d) Artigos em coautoria entre professores permanentes de Programas de Instituições de Ensino Superior de diferentes unidades da federação, com filiação devidamente identificada.

e) Artigos originais de profissionais vinculados a Instituições de Ensino Superior estrangeiras.

f) Artigos em inglês ou em outras línguas, ainda que o autor seja brasileiro.

g) Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento) devidamente identificados no texto (especificar o edital de que resulta o financiamento em nota de rodapé).

h) Além de tais hipóteses, podem ser publicados com preferência trabalhos que abordem temática de iminente atualidade e que possam se tornar obsoletos em razão do decurso da demora para publicação. Tal situação é determinada por decisão da equipe editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) e pode ser sugerida pelos pareceristas em sua avaliação.

i) Vale ressaltar, contudo, que os critérios expostos neste tópico determinam a preferência do artigo no processo de avaliação e publicação, mas não são requisitos indispensáveis. Por exemplo, embora textos com autoria de escritor com titulação de doutor tenham preferência, não há impedimento para publicação de artigos sem tal característica. Todos serão submetidos ao controle por pares, que adotará idênticos parâmetros na seleção, visando à produção científica de qualidade no periódico.

10.1. Autores convidados

Conforme decisão de sua equipe editorial, a Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá convidar autores para publicar artigos sobre temáticas específicas, em razão de sua relevância, atualidade e marcante contribuição crítica às ciências criminais. Em tal situação, excepcionalmente, não haverá controle por pares *(double blind peer review)* e atenção à fila de aprovados para publicação. Conforme regra da Qualis/CAPES, o percentual de artigos de autores convidados fica limitado a 25% por volume.

10.2. Volumes e dossiês especiais

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá publicar volumes especiais ou dossiês específicos em seus volumes ordinários, em razão da relevância e da pertinência da temática, conforme decisão da equipe editorial e de seu conselho editorial. O volume ou dossiê poderá ficar sob responsabilidade de um editor associado que possua relevante conhecimento sobre o tema. Em tal situação, haverá divulgação de edital contendo as informações necessárias, como regras e prazos para submissão. De todo modo, haverá o controle por pares *(double blind peer review)*.

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais

Diretrizes determinadas pela equipe editorial em conformidade com o conselho editorial da RBCCRIM, sujeitas à revisão periódica.

1. Composição do corpo de avaliadores

O corpo de avaliadores da RBCCRIM é composto por mestres, doutorandos e doutores, com distinto conhecimento acerca das ciências criminais. Os **artigos submetidos são avaliados por pareceristas de igual ou superior titulação ao autor de maior titulação**.

Interessados em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM que cumpram os requisitos abaixo (item 2) deverão se cadastra por meio do seguinte link: https://docs.google.com/forms/d/1q8yIS1jaoaNiYyEPjEhr_nJVOaMpnB3t7FLxGnH4dwo/viewform?edit_requested=true.

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

1. Recomendações adaptadas do Guia de avaliação de TCC do programa de pós-graduação lato sensu da FGV Direito SP | GVlaw, disponível on-line.

subjetivas não contaminem a correção do artigo. Isso não implica conceder, no processo de avaliação, que qualquer tipo de trabalho ou argumentação é aceitável, mas apenas a busca por uma aferição imparcial e objetiva da qualidade, rigor e fundamentação dos argumentos apresentados.

Fundamentação: a melhor forma de garantir-se imparcialidade na avaliação do artigo é fundamentando-se, de forma clara e objetiva, as percepções sobre o trabalho e decisões tomadas a partir daí. Para tanto, é fundamental que os(as) avaliadores(as) se familiarizem com a política editorial da RBCCrim e suas diretrizes. É importante que a avaliação ocorra de forma fundamentada nestes parâmetros. A avaliação deve, necessariamente, ser exercida a partir das mesmas normas e diretrizes divulgadas ao tempo da submissão do artigo ao processo avaliação.

Respeito aos prazos: o processo de avaliação deve obedecer a prazos para que sejam reunidas as condições mais céleres possíveis de resposta aos(às) autores(as). Atrasos podem gerar graves consequências para os(as) autores(as) e para a RBCCrim como um todo, tais como prejuízos ao cronograma de produtividade acadêmica exigida pelos programas de pós-graduação ou morosidade para a confecção antecipada dos próximos números da revista. Não há impedimento à comunicação de indisponibilidade ou afastamento temporário, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

Feedback Construtivo

A avaliação de um trabalho acadêmico implica em um importante exercício de empatia, colaboração e autoconhecimento. O feedback pode alcançar diferentes resultados, a depender da forma que foi emitido: pode ser encorajador e oferecer uma boa contribuição para o artigo, ou ser destrutivo e desestimular o destinatário, sem oferecer qualquer contribuição científica/acadêmica útil para o trabalho. Portanto sugerimos que, ao dar feedback sobre o trabalho sob sua avaliação, leve em consideração as seguintes sugestões:

(I) **Comece ressaltando os pontos positivos**: iniciar uma avaliação ressaltando os pontos fortes do artigo pode auxiliar o destinatário a receber melhor as críticas colocadas, com a segurança de que outros aspectos foram levados em conta. O feedback deve sempre ser equilibrado e levar em conta a integralidade do artigo. Muitas vezes, o ato de apenas enumerar o que está errado desestimula o receptor que se sente desprestigiado e não favorece uma avaliação justa, tendo em vista que é focada apenas nos erros.

(II) **Seja específico e ofereça alternativas:** é muito importante evitar comentários genéricos, que dificultam a compreensão do que pode ser desenvolvido pelo(a) autor(a). Comentários como "muito bom", "muito ruim", "terrível" etc, costumam não apontar nenhuma direção e não fornecem uma colaboração efetiva. Sugestões objetivas facilitam a compreensão e dão ao(à) autor(a) a oportunidade de corrigir seus erros e aprimorar suas habilidades para as próximas pesquisas. A especificidade também auxilia o receptor da informação a entender os critérios para a sua avaliação e a aceitar isso como uma colaboração, não como uma punição.

(III) **Seja mais descritivo e gentil:** assumir uma postura avaliativa muito assertiva pode prejudicar a forma com que essa informação será recebida pelo(a) autor(a). Não podemos esquecer que, para além da avaliação final, esse momento integra uma relação de troca e crescimento com um(a) autor(a) que não espera de uma instituição acadêmica uma contribuição pouco construtiva e hostil. O anonimato garantido pela "avaliação cega" não pode nos fazer esquecer de que, "do outro lado" do Formulário de Avaliação haverá um autor(a) que receberá os comentários.

(IV) **Evite adjetivos:** Normalmente, uma avaliação bem fundamentada e construtiva se caracteriza por trazer poucos adjetivos. Simplesmente dizer que um determinado argumento é "ruim" ou "frágil" é diferente de demonstrar, concretamente, a contradição lógica implicada por esse mesmo argumento. A adjetivação, com frequência, fala menos do artigo e mais das preferências do(a) avaliador(a), pouco contribuindo, portanto, para a compreensão, pelo(a) autor(a), sobre as forças e deficiências de seu artigo.

(V) **Ofereça uma contribuição:** cada pessoa possui uma forma de desenvolver seu raciocínio e uma maneira de escrever. Avaliar não significa impor sua forma de desenvolver a pesquisa, mas sim colocar ao(à) pesquisador(a) uma opção de como o estudo poderia ser melhor desenvolvido. Ainda que esse feedback implique apontar um erro, colocar isso como uma sugestão facilita a absorção da informação, pois muitas vezes a crítica direta desperta a resistência do receptor.

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (*CHECK LIST*)

(ou "como evitar uma rejeição preliminar")

* requisitos básicos que não excluem a necessidade de integral atenção às demais regras da Política Editorial da RBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao)

- ✓ **O artigo é inédito e livre de plágio? Ele não está sendo avaliado para publicação por outra revista?** Quando um trabalho idêntico ou semelhante tiver sido publicado em meio distinto (ainda que em outro idioma), esse fato deve ser informado ao editor no momento da submissão.
- ✓ O formulário de submissão foi preenchido em sua integralidade? http://bit.ly/30JjvSo
- ✓ 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?

Edital 1 – Chamada de Artigos Dossiês – 2022

Dossiê "A posição da vítima nas ciências criminais" – RBCCRIM nº (190)



Com o objetivo de adequar-se às melhores práticas de periódicos internacionais e incentivar a democratização do conhecimento aplicado aos artigos direcionados à **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, periódico científico **QUALIS A1**, a Equipe Editorial da RBCCRIM torna público que receberá, no período determinado abaixo, artigos científicos a serem publicados no volume **190**, sobre o tema: "**A posição da vítima nas Ciências Criminais**"

Editores(as)-Associados(as):

Profa. Dra. Maria Auxiliadora Minahim

(Universidade Federal da Bahia – UFBA)

Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/3711110042226464

https://orcid.org/0000-0002-9183-7011

Profa. Dra. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado

(Universidade Federal da Bahia – UFBA)

Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/2158993363327030

https://orcid.org/0000-0001-9001-653X

Profa. Dra. Sônia Mariza Florêncio Fidalgo

(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal)

Endereço para acessar este CV: https://www.cienciavitae.pt/portal/en/1613-10C-4-494F

https://orcid.org/0000-0001-7554-3040

- **Ementa:** A proposta desta publicação é a de examinar a posição da vítima nas Ciências Criminais, compreendendo, especialmente, análise do comportamento da vítima nos campos de abordagem da dogmática penal. Com essa proposta, este veículo pretende investigar o desenvolvimento de institutos dogmáticos como o

consentimento do ofendido, a vitimodogmática, a participação em autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida, e outras que põem em realce a autorresponsabilidade do titular do bem jurídico como fundamento à ampliação de espaços sociais de ação. A análise envolve a distinção entre as construções e seus acertos, põe em evidência a adequação do direito penal, no Estado social democrático de Direito, quando recua na proteção ao cidadão tido como negligente ou descuidado na proteção de seus bens. Discute a topologia correta para inserção dessas figuras na teoria do delito. Pretende, também, propor uma reflexão sobre os limites que podem e devem ser opostos à juridicidade da ação do autor em razão da compreensão do cidadão como sujeito autônomo; a vítima na criminologia; e a vítima no processo penal.

- **Prazo submissão: 10 10 2021**
- **Período de avaliação: até março 2022**

Normas:

Os artigos deverão ser cadastrados e enviados pelo site do IBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7) contendo folha de rosto com informação sobre o Dossiê ao qual é submetido.

Os textos devem respeitar todas as regras determinadas na Política Editorial da RBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7), sob pena de ser rejeitado preliminarmente. A avaliação será feita por meio do sistema de *controle duplo-cego por pares*, de acordo com as diretrizes da Qualis/CAPES.

A equipe editorial da RBCCRIM poderá encaminhar artigos submetidos à chamada geral de fluxo contínuo, que abordem temática relacionada a algum dos dossiês, para a sua avaliação conjunta; os textos já aprovados e em fila para publicação que tratem do tema de algum dos dossiês poderão ser nele publicados.

Clique para acessar o edital nº 1 de chamada de artigos para dossiês da RBCCRIM em 2021: https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7

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.

modelo

1. STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

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

Impressão e encadernação:
Forma Certa Gráfica Digital Ltda., CNPJ 07.691.829/0001-27