



## EDITORIAL

**2** Câmeras corporais e controle da atividade dos órgãos de segurança: contribuições a sua regulamentação pelo Governo Federal

## CADERNO DE DOCTRINA

**5** O testemunho do policial militar no processo penal: a necessária cautela em sua utilização  
Luiz Antonio Borri  
Gustavo Noronha de Ávila  
Érika Mendes de Carvalho

**8** A criminalização do *bullying* e do *cyberbullying*: uma análise do artigo 146-A do Código Penal  
Tatiana Lourenço Emmerich de Souza  
Bruno Gilaberte Freitas

**12** A audiência de custódia em risco: perspectivas sobre a racionalidade tecnicista-fascista e seus impactos no instituto

Felipe Lazzari da Silveira  
Pedro Postal

**14** Colaboração premiada e os crimes dolosos contra a vida  
Luiz Antonio Borri  
Rafael Junior Soares

**18** Direito Penal Sindical: a outra face da moeda  
Maurides de Melo Ribeiro  
Francesca Columbu

**22** Histórias da legislação penal brasileira: a classificação dos criminosos (1890-1969)

Marcelo Mayora Alves  
Mariana Dutra de Oliveira Garcia

**27** Criminalização do *bullying* e do *cyberbullying*: o Estado penal ataca novamente

Helena Zani Morgado

## LAUT

**31** Dos vestígios punitivos à grafia da liberdade: reflexões sobre pesquisa empírica em direito e sistema prisional  
Mariana Lins de Carli Silva

**NORMAS DE  
PUBLICAÇÃO**



# CÂMERAS CORPORAIS E CONTROLE DA ATIVIDADE DOS ÓRGÃOS DE SEGURANÇA: CONTRIBUIÇÕES A SUA REGULAMENTAÇÃO PELO GOVERNO FEDERAL

*BODY CAMERAS AND THE CONTROL OF LAW ENFORCEMENT ACTIVITY: CONTRIBUTIONS TO THEIR REGULATION BY THE FEDERAL GOVERNMENT*

**Resumo:** As câmeras corporais são um importante instrumento para o controle do uso da força pelas polícias. A partir dessa premissa e da necessidade de regulamentação do tema, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais apresentou contribuições à minuta da "Portaria da Diretriz Nacional sobre Câmeras Corporais em Segurança Pública", em desenvolvimento pelo Ministério da Justiça.

**Palavras-chave:** Segurança pública; Força; Polícia; Ministério da Justiça.

**Abstract:** Bodycams are an important way of controlling the use of force by police. Based on this premise and the need to regulate this matter, the Brazilian Institute of Criminal Sciences has submitted contributions to the draft of "National Guidelines of Bodycams in Public Security," developed by the Justice Department.

**Keywords:** Public security; Force; Police; Justice Department.

A Secretaria Nacional de Segurança Pública formulou consulta pública referente ao esboço da "Portaria da Diretriz Nacional sobre Câmeras Corporais em Segurança Pública". Dada sua importância para a redução da letalidade policial e o debate sobre o controle da ação policial, o IBCCRIM elaborou contribuições e as submeteu.<sup>1</sup>

Ainda que o contexto social e político dos anos anteriores, em razão da ascensão da extrema direita, tenha solapado a participação social e desestruturado os mecanismos de controle da violência institucional das polícias e nos cárceres, a introdução das câmeras corporais, inicialmente na Polícia Militar de São Paulo, evidenciou a potencialidade de uma política de controle do uso da força por meio da videovigilância. Houve redução expressiva não apenas de mortes em decorrência da ação policial, mas também de crimes cometidos contra os policiais em serviço. Os resultados impulsionaram a adoção das câmeras por outras polícias e o desenho de uma política para sua adoção no Ministério da Justiça e Segurança Pública no atual governo.

O IBCCRIM apoia e saúda as políticas de controle do uso da força pelas polícias, assim como expressa alívio com o retorno das consultas à sociedade civil no âmbito federal.

No que tange ao conteúdo, a minuta está organizada em 8 capítulos, com 26 artigos. O documento busca estabelecer as diretrizes nacionais que os estados devem observar ao optarem pela implementação de câmeras corporais, visando ao financiamento federal. Sem a intenção de esgotar o tema, o instituto buscou contribuir com sugestões em aspectos que carecem de discussão mais aprofundada e eventual revisão do texto antes de sua publicação.<sup>2</sup>

Nas "Disposições Preliminares", observa-se que o documento carece de força normativa para impor o uso do equipamento pelas forças de segurança estadual, em virtude da autonomia federativa. Entretanto a redação do §1º do artigo 1º, ao declarar que "A observância do disposto nesta Portaria é obrigatória para todos os órgãos de segurança pública que optarem pela implementação de câmeras corporais", transmite a impressão equivocada de que os órgãos de segurança detêm a prerrogativa de decisão sobre a utilização do equipamento, quando, na realidade, tal competência pertence aos chefes dos Poderes Executivos.

O *caput* do artigo 1º afirma que a Portaria se destina a todos os órgãos de segurança pública, incluindo a Força Nacional e a Força Penal Nacional no parágrafo segundo. Contudo há uma

omissão com relação às guardas municipais, suscitando uma questão complexa acerca do enquadramento dessas instituições como forças de segurança. A eventual inclusão das guardas na Portaria representaria um reconhecimento significativo de sua natureza como órgãos de segurança — ainda que com atribuição restrita à proteção de bens, serviços e instalações municipais —, enquanto sua exclusão significaria fechar os olhos às práticas policiais dessas instituições, sem a devida fiscalização conferida pelas câmeras corporais.

No capítulo III, é iniciado o tema “Da Utilização”. Em seus artigos e incisos são delineadas as hipóteses de utilização do equipamento. O texto deixa claro que se trata de rol exemplificativo, ao utilizar acertadamente a expressão “pelo menos, nas seguintes circunstâncias”. Contudo o que chama a atenção são os §§ 1º e 2º do artigo 8º.

De acordo com § 1º, “a utilização de câmeras corporais deve ser regulamentada por cada órgão de segurança pública de acordo com as peculiaridades do seu regime jurídico”. Esse parágrafo parece indicar que cabe ao próprio órgão de segurança pública a regulamentação do uso, ou seja, cabe à polícia dizer como a polícia vai usar a câmera. Por uma interpretação literal da minuta, não caberia ao Poder Executivo, Poder Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Defensoria, participação popular etc. estabelecer a regulamentação das câmeras, mas sim às próprias forças de segurança, em tentativa de alijamento das demais instituições e da sociedade civil das políticas de segurança pública.

Parece também ser necessário definir o que se entende por “peculiaridades do seu regime jurídico”. Isso significaria que as polícias preventivas e repressivas teriam formas diferentes de utilização das câmeras? Quem definirá isso são elas mesmas?

O § 2º traz a previsão de necessidade de regulação específica para a seguinte hipótese: “O uso de câmeras corporais nas atividades de inteligência, em investigações que possam ter sua eficiência prejudicada pelo seu uso e em situações que violem a intimidade do profissional deve ser objeto de regulamentação específica”.

O dispositivo parece indicar que, durante as atividades de inteligência, em investigações que possam ser prejudicadas pelo uso das câmeras e em situações que violem a intimidade do profissional, deverá haver uma regulamentação específica que norteie a não utilização das câmeras.

Abrem-se três importantes brechas para o afastamento da obrigatoriedade do equipamento e não se estabelece quem deverá emitir essa regulamentação. Em uma leitura primeira, é passada a impressão de ser a própria instituição, o que não se coaduna com a necessidade de reforço de controle externo dos órgãos de segurança.

Outro ponto importante: qual o conceito de “atividade de inteligência e de investigação” está se tomando no dispositivo? Ali está prevista somente a atividade das polícias judiciárias, que são, em regra, as únicas habilitadas constitucionalmente a promoverem investigações, ou o termo é amplo e abrange todo e qualquer tipo de atividade de inteligência e atos investigativos?

Sobre os “Procedimentos” previstos no capítulo IV, é necessário chamar a atenção sobre o artigo 10, especialmente quanto ao seu § 2º, que prevê: “os órgãos de segurança pública poderão, justificada e excepcionalmente, regular hipóteses de vedação do uso de câmeras corporais e classificação de acesso, especialmente quando importe constrangimento ou situações vexatórias dos envolvidos”.

Assim como no artigo 8º, a Portaria confia novamente às forças de segurança a tarefa de regular hipóteses de vedação do uso de câmeras e de classificar (leia-se limitar) seu acesso, no caso

de as imagens poderem causar constrangimentos ou situações vexatórias aos envolvidos.

Além da necessidade de discutir se a tarefa de definir as hipóteses de não utilização do equipamento e da limitação de acesso deva caber às polícias, também se faz necessário discutir o que seriam situações que causem constrangimento ou situações vexatórias aos envolvidos, bem como a existência de outros meios, como a aposição de segredo de justiça, que não sacrifiquem por completo o monitoramento da atividade. Por fim, quanto a esse parágrafo, o termo “especialmente” necessita de revisão, pois significaria que aquelas hipóteses previstas são exemplificativas, podendo haver outras.

Passando ao tema do “Acesso aos Registros Audiovisuais”, previsto no capítulo VII, o artigo 21 já se inicia demonstrando que a Portaria pretende também confiar às instituições policiais o tema da regulamentação do acesso às imagens gravadas:

[...] as instituições de segurança pública deverão regulamentar o acesso imediato aos registros audiovisuais das câmeras corporais de acordo com os seguintes parâmetros.

I - mediante requisição do juiz, do Ministério Público, do delegado de polícia, do defensor público, e de responsáveis por investigações e processos administrativos;

II - mediante requerimento do advogado da vítima, do acusado e do investigado.

Apesar de apresentar parâmetros — que nada mais são que obrigações judiciais das forças policiais —, o artigo 21 é uma carta branca para elas organizarem como desejem o acesso ao objeto mais importante da Portaria, que é a própria gravação.

Os parâmetros são tão insuficientes que sequer preveem a possibilidade de acesso pela vítima sem a representação por advogado. No processo penal, não é necessária, via de regra, a nomeação de advogado à vítima. Contudo a Portaria cria essa obrigatoriedade, gerando ônus à pessoa ofendida.

O § 2º traz exceção à maior conquista prevista no *caput*, que é o “acesso imediato” às gravações. De acordo com o mencionado dispositivo: “na hipótese de ausência da regulamentação de que trata o *caput*, o órgão de segurança pública deverá conceder o acesso em prazo não superior a vinte dias, prorrogáveis, de forma justificada, por mais dez dias”.

Ou seja, caso a própria instituição não consiga se organizar para fornecer imagens imediatamente, ela poderá contar com prazo de até 30 dias para fazê-lo. Além de desincentivar o estabelecimento de protocolos e procedimentos para acesso imediato, a Portaria estabelece prazo desarrazoado, pois o acesso a elemento informativo central seria efetivado apenas após o escoamento do prazo legal de conclusão de inquérito policial.

É possível perceber que a Portaria mantém uma tradição institucional brasileira de plena e contrafática confiança nas forças de segurança e de baixa participação de outros órgãos e da população civil em temas dessa natureza.

A construção da Portaria, conforme é possível perceber pelas entidades que compuseram o grupo de estudos que a redigiu, foi realizada pelas e para as polícias. A ausência de participação de outros órgãos estatais, da comunidade universitária e da sociedade civil na construção evidencia a falta de abertura dos órgãos de segurança ao tema, reforçando a ideia de que “os especialistas” são somente os policiais e a eles cabe a função de regulamentar a utilização das câmeras corporais do começo ao fim.

Assim, as contribuições apresentadas pelo IBCCRIM ao texto da Portaria referem-se à previsão de que todas as decisões sobre uso de câmeras e acesso às imagens sejam da titularidade dos Poderes Executivos aos quais cada polícia está vinculada. Foi

proposto ainda que o Ouvidor da polícia ou dos serviços públicos também possa requisitar acesso às imagens. Com isso, esperamos contribuir para o fortalecimento da prestação de contas das organizações policiais e com a efetivação de políticas de controle do uso da força, com vistas à redução dos índices de letalidade policial e violência institucional que, em

regra, abatem-se prioritariamente sobre a parcela mais vulnerável da população — preta, pobre e periférica — e legitima-se a partir da suposta “fé pública” administrativa dos agentes de segurança, que os juízes insistem em transportar ao processo penal, em sacrifício do mandamento constitucional da presunção de inocência.

## Notas

<sup>1</sup> Confira em: <https://ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/arquivo-26-01-2024-17-48-18-611722.pdf>.

<sup>2</sup> A portaria e o resultado da consulta pública podem ser conferidos na

página: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/consulta-publica-sobre-a-portaria-da-diretriz-nacional-sobre-cameras-corporais-em-seguranca-publica>.

## NOTAS

### MANIFESTAÇÕES DO IBCCRIM SOBRE O PROJETO DE LEI QUE RESTRINGE AS SAÍDAS TEMPORÁRIAS

O IBCCRIM posicionou-se contrariamente ao projeto, por meio de duas manifestações.

Na primeira, elaborada pelo Departamento de Políticas Legislativas, ressaltou-se que o projeto “possui graves inconsistências em sua argumentação, pois não apresenta dados empíricos relacionados às taxas de regresso e evasão daqueles que tiveram acesso ao instrumento legal”. Para o Instituto, “faltou aos legisladores, no caso do PL 2.253/2022, uma técnica legislativa mais acurada, uma maior consciência dos impactos gerados pelas medidas aprovadas e uma percepção mais realista do cotidiano prisional brasileiro”. Confira em: <https://ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/arquivo-08-02-2024-11-47-20-970012.pdf>.

A segunda, por sua vez, foi assinada em conjunto com outras sessenta e cinco organizações da sociedade civil. Nela, foram analisados os três principais pontos do projeto: restrição da saída temporária; obrigação de exame criminológico para progressão de regime; e monitoramento eletrônico para o cumprimento de pena. Ao final, as entidades se manifestaram “contrariamente à aprovação do PL 2.253/2022, seja por sua inconstitucionalidade, seja por seu caráter desfavorável do ponto de vista das políticas de reintegração social, da própria segurança interna dos estabelecimentos penais, bem como da segurança pública em geral”. Leia a nota técnica em: <https://ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/arquivo-17-02-2024-12-35-08-874922.pdf>.

## Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

### EDITORIAL

2. **Câmeras corporais e controle da atividade dos órgãos de segurança: contribuições a sua regulamentação pelo Governo Federal**

### CADERNO DE DOCTRINA

5. **O testemunho do policial militar no processo penal: a necessária cautela em sua utilização**

Luiz Antonio Borri, Gustavo Noronha de Ávila e Érika Mendes de Carvalho

8. **A criminalização do bullying e do cyberbullying: uma análise do artigo 146-A do Código Penal**

Tatiana Lourenço Emmerich de Souza e Bruno Gilaberte Freitas

12. **A audiência de custódia em risco: perspectivas sobre a racionalidade tecnicista-fascista e seus impactos no instituto**

Felipe Lazzari da Silveira e Pedro Postal

18. **Direito Penal Sindical: a outra face da moeda**

Maurides de Melo Ribeiro e Francesca Columbu

22. **Histórias da legislação penal brasileira: a classificação dos criminosos (1890–1969)**

Marcelo Mayora Alves e Mariana Dutra de Oliveira Garcia

27. **Criminalização do bullying e do cyberbullying: o Estado penal ataca novamente**

Helena Zani Morgado

### LAUT

31. **Dos vestígios punitivos à grafia da liberdade: reflexões sobre pesquisa empírica em direito e sistema prisional**

Mariana Lins de Carli Silva

# O TESTEMUNHO DO POLICIAL MILITAR NO PROCESSO PENAL: A NECESSÁRIA CAUTELA EM SUA UTILIZAÇÃO

*THE MILITARY POLICE OFFICER'S TESTIMONY IN CRIMINAL PROCEDURE: THE  
NECESSARY CAUTION IN ITS USE*

## **Luiz Antonio Borri**

Doutorando em Ciências Criminais na PUCRS. Mestre em Ciências Jurídicas pela Unicesumar. Professor de cursos de pós-graduação. Advogado.

Link Lattes: <https://lattes.cnpq.br/1414046440611495>

ORCID: <https://orcid.org/0000000176491270>

[luiz@advocaciabittar.adv.br](mailto:luiz@advocaciabittar.adv.br)

## **Gustavo Noronha de Ávila**

Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Unicesumar. Professor da UEM. Consultor do Inocente Project Brasil.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4220998164028087>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7239-1456>

[gustavonoronhadeavila@gmail.com](mailto:gustavonoronhadeavila@gmail.com)

## **Érika Mendes de Carvalho**

Doutora em Direito Pela Universidade de Zaragoza. Professora Associada da UEM.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0031221963405422>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2307-7217>

[erika.mendes0510@hotmail.com](mailto:erika.mendes0510@hotmail.com)

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10564721>

**Resumo:** O texto trata do persistente problema do testemunho do policial militar no processo criminal. Desde a perspectiva de um processo penal de garantias e da psicologia do testemunho, objetivou-se apresentar os desafios e as complexidades envolvidos na apreciação dessa prova penal dependente da memória. Ao final, é apresentada a necessária posição de cautela, rechaçando o seu uso indiscriminado, especialmente como única fonte de prova. Dessa forma, será possível preservar direitos fundamentais e prevenir condenações de inocentes.

**Palavras-chave:** Prova penal dependente da memória; Policial militar; Psicologia do testemunho; Processo penal de garantias.

**Abstract:** This paper analyses the persistent problem of the military police officer's testimony in criminal procedures. From the perspective of a criminal process of guarantees and eyewitness psychology, the aim was to present the challenges and complexities involved in the assessment of this criminal evidence dependent on memory in Brazil. In the end, the necessary position of caution is presented, rejecting its indiscriminate use, especially as the only source of evidence. In this way, it will be possible to preserve fundamental rights and prevent convictions of innocent people.

**Keywords:** Memory-dependent criminal evidence; Military police; Eyewitness psychology; Criminal proceedings guarantees.

O testemunho do policial militar possui especial relevância ao longo da persecução penal. Desde a Investigação Criminal até a

Instrução processual, a palavra do policial desempenha papel crucial no processo de criminalização. (Stein; Ávila, 2015, 2018).

Nesse sentido, a prova penal dependente da memória do policial precisa ser analisada com especial cautela. A uma pela sua relevância, a duas porque sua utilização revela complexidades importantes que devem ser levadas em consideração no debate.

Em um primeiro momento, é necessário destacar que a função ostensiva do policiamento militar nem sempre leva à construção de um testemunho direto. Ou seja, em muitos casos, o policial militar acompanha a ocorrência após a conduta ter sido praticada.

Assim, é importante dizer que, invariavelmente, o testemunho do policial militar diz respeito à observância, no máximo, da cena do crime. Não do crime em si.

A cautela, então é exigida porque o policial militar será, não raro, testemunha indireta do crime. Quando não está caracterizado autêntico testemunho por hearsay (ouvir dizer), como ocorre, por exemplo, quando o agente estatal dá vazão a versões de testemunhas que supostamente não quiseram se identificar, implicando violação ao contraditório e à ampla defesa.

Mesmo quando depõe na condição de testemunha direta sobre o fato, a valoração exacerbada ao relato policial conduz, na prática, à inversão do ônus da prova e ao princípio da presunção de inocência. Como apontam **Caldas e Prado (2020)**, a presunção de veracidade do depoimento policial impõe ao acusado a produção de elementos probatórios que desconstituam essa versão, sob pena de sofrer uma condenação criminal.

Da mesma forma, quando em confronto, o policial alvejado em um tiroteio, por exemplo, deverá ser ouvido necessariamente na condição de vítima, o que nem sempre é feito.

Analisar a natureza jurídica do testemunho, então, é uma das primeiras complexidades envolvidas.

Se assumirmos que, efetivamente, o policial militar acompanhou todo o enredo de uma situação criminal, tendo algo a narrar sobre início, meio e fim do ocorrido, ainda assim temos complexidades.

Como é sabido, a Polícia Militar constitui uma das instituições responsáveis pela realização da segurança pública (art. 144 da CRFB). Manter a ordem pública, prevenindo a ocorrência de delitos, é seu principal papel.

Isso nos traz, novamente, problemas em sentido político-criminal. O ponto de partida, a finalidade realizada pelo policial militar no ordenamento da segurança pública pode, invariavelmente, enviesar suas impressões acerca do delito. Ou seja, falamos aqui do fenômeno do "raciocínio motivado" (*motivated reasoning* – Kunda, 1990).

As crenças dos policiais, por exemplo, costumam impactar na forma de perguntar às testemunhas quando em uma investigação ou na primeira abordagem feita à vítima ou às testemunhas de um delito (Kleider-Offut; Cavrak; Knuycky, 2015). Aqui, uma constatação interessante: o policial militar é comumente o primeiro a manter contato com vítimas e testemunhas de um delito, daí derivando também o dever de não as sugerir e de adotar protocolos para a preservação da custódia da prova penal dependente da memória.

Esse compromisso em relação ao fato, dada a finalidade do agente de segurança pública, poderia impactar em uma das qualidades mais fundamentais da testemunha que a difere, dogmaticamente, por exemplo, da vítima: a imparcialidade. A testemunha costuma ser "[...] pessoa estranha ao feito chamada a juízo para depor sobre o que sabe a respeito do fato litigioso" (Matida, 2020, p. 1).

Sabemos, a partir de estudos provenientes da Psicologia do Testemunho, que a memória humana não registra, conserva e recupera, as informações às quais é exposta da mesma forma como um dispositivo eletrônico, como uma máquina fotográfica ou filmadora (Clifasefi; Garry; Loftus, 2007).

A memória é um dos traços mais significativos da complexidade do ser humano (Ávila, 2013). Nesse contexto, as variáveis às quais estará exposto o registro de memória precisam ser analisadas para determinar sua confiabilidade e acurácia.

Dentre as variáveis que possuem maior impacto na precisão das memórias está o tempo. Desde estudos centenários como o de **Ebbinghaus (1885)**, sabe-se que a passagem do tempo é decisiva para a quantidade e a qualidade de informações que podem ser prestadas por testemunhas (Ceconello; Ávila; Stein, 2018). Certamente, em relação aos policiais militares, a situação não é diferente.

Especialmente para o caso de policiais atuantes em grandes centros, onde costumam ocorrer diversas situações criminais semelhantes entre si. Considerando que a duração média de um processo penal, no Brasil, é de 1 ano e 10 meses (esfera federal) e 2 anos e 4 meses (varas estaduais), de acordo com dados do **Conselho Nacional de Justiça (2022)**. Ainda que o Código de Processo Penal, recorde-se, exija a realização da audiência de instrução de julgamento no prazo de apenas 60 dias, o qual é constantemente descumprido.

Assim, é bastante plausível pensar que a variável tempo possa impactar na qualidade da prova penal dependente da memória do policial militar.

Com relação ao reconhecimento, dados levantados pelo Grupo de Trabalho "Reconhecimento de Pessoas" (Conselho Nacional de Justiça, 2022) demonstram que o procedimento, em 53,35% dos casos, demora mais de um mês desde a data do fato para ser realizado. Em nosso contexto, carregado ainda de um notório racismo estrutural, a cautela é imperiosa.

Em outros contextos, experimentos controlados foram realizados para analisar a qualidade dos testemunhos feitos por policiais.

**Christianson, Karlsson e Persson (1998)** analisaram se policiais estariam mais corretos acerca dos seus testemunhos de um crime violento em comparação com civis. Para testar a hipótese da maior familiaridade em relação aos delitos, também foram comparados os policiais mais experientes com os ingressantes na carreira.

Os resultados mostraram que os policiais mais experientes trouxeram testemunhos mais precisos em comparação com os recrutas e os civis. Foi sugerido que aqueles policiais, com base no seu conhecimento e na experiência profissional no trato de crimes violentos, podem ter adquirido maior habilidade para resolver e analisar informações relevantes para um delito.

**Vredeveldt e van Koppen (2016)** realizaram uma metanálise, considerando pesquisas empíricas cujo objeto foi a comparação de performance entre policiais e civis, na qual foi identificado que há algumas evidências sugerindo maior acurácia nos testemunhos por parte dos oficiais, especialmente em termos de detalhes.

Porém essa habilidade dependerá sempre do indivíduo e dos contextos nos quais sejam entrevistados policiais e civis. Em termos de reconhecimento presencial, por exemplo, chegou-se à conclusão de que os policiais não são mais precisos do que os civis na identificação do responsável por um delito.

Além disso, há evidência de que o contato diário com situações criminosas e pessoas nelas envolvidas faz com que os policiais possam realizar mais identificações falsas.

As câmeras de uniformes dos policiais militares, em que pesem notícias de possibilidades de adulteração em seus conteúdos, têm sido geralmente saudadas como exemplos positivos no sentido de evitação da persistente questão da violência policial.

Em outros contextos, tem sido estudada a possibilidade de o policial/testemunha assistir ao vídeo de sua câmera antes de formalizar o procedimento de uma prova penal dependente da memória.

Investigações científicas (Grady; Butler; Loftus, 2016; Pezdek; Shapland; Barragan, 2022) têm mostrado que, embora a visualização do vídeo, em um primeiro momento, possa aumentar a precisão dos detalhes presentes na filmagem, também pode causar menor acurácia ou distorção em relação a outras partes não capturadas pela câmera, incluindo a possibilidade de interpretação da situação pelo policial.

Ainda, os experimentos acima têm mostrado que é provável que a memória decaia após qualquer atraso de um período de espera, com pouca probabilidade de que o tempo irá preservar os rastros da memória. Ou seja, ainda em uma perspectiva controlada, que possa eventualmente levar à efetiva e necessária cadeia de custódia da prova penal dependente da memória (Ávila; Borri, 2019, 2022), existem certos riscos de distorções possíveis de impactar na condenação de inocentes.

Mesmo que haja indícios, em outros contextos, de que informações acuradas possam ser trazidas a partir da

participação na investigação ou processo penal do policial militar, é necessário ponderar sobre essa (im)possibilidade.

Seja pelas dificuldades de enquadramento da natureza jurídica da prova cuja fonte é o policial militar, seja por problemas notórios quanto às questões estruturais sistematicamente apresentadas pela crítica criminológica, jamais se deve autorizar sua utilização como único elemento de prova em relação à autoria ou à materialidade. Apenas deve ser possível a utilização quando inequivocamente corroborada pelos demais elementos de prova.

Dessa forma, ainda que estudos científicos possam demonstrar, em contextos diferentes do nosso, possibilidade de utilização da prova penal dependente da memória cuja fonte é o policial militar, a cautela se impõe. Em outras palavras, a palavra do policial militar é insuficiente, por si só, para sustentar um decreto condenatório.

### Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

**Declaração de conflito de interesses:** os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua

totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; eles também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

#### Como citar (ABNT Brasil):

BORRI, L. A.; ÁVILA, G. N.; CARVALHO, É. M. O testemunho do policial militar no processo penal: a necessária cautela em sua utilização. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 32, n. 376, p. 5-7, 2024. DOI: 10.5281/zenodo.10564721.

Disponível em: [https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim\\_1993/article/view/942](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/942). Acesso em: 1 mar. 2024.

#### Referências

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Lumen Juris, 2013.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; BORRI, Luiz Antonio. A cadeia de custódia da prova penal dependente da memória: diálogos entre a psicologia do testemunho e a dogmática processual penal. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (Org.). *Reflexões sobre o reconhecimento de pessoas: caminhos para o aprimoramento do sistema de justiça criminal*. Brasília: CNJ, 2022. v. 1, p. 50-68.

BORRI, Luiz Antonio; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A cadeia de custódia da prova no "Projeto de Lei Anticrime": suas repercussões em um contexto de encarceramento em massa. *Direito Público*, v. 16, n. 89, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3592>. Acesso em: 23 jan. 2024.

CALDAS, Fernanda Furtado; PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas. A presunção de veracidade dos testemunhos prestados por policiais: inversão do ônus da prova e violação ao princípio da presunção de inocência. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 166, p. 85-127, 2020.

CECCONELLO, William Weber; ÁVILA, Gustavo Noronha; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 1057-1073, 2018.

CHRISTIANSON, Sven-Åke; KARLSSON, Ingemar; PERSSON, Leif G. W. Police personnel as eyewitnesses to a violent crime. *Legal and Criminological Psychology*, v. 3, n. 1, p. 59-72, 1998. <https://doi.org/10.1111/j.2044-8333.1998.tb00351.x>

CLIFASEFI, Seema L.; GARRY, Maryanne; LOFTUS, Elizabeth F. Setting the record (or video camera) straight on memory: The video camera model of memory and other memory myths. In: DELLA SALA, Sergio (Org.). *Tall tales about the mind and brain: Separating fact from fiction*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 60-75.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Final do Grupo de Trabalho sobre Reconhecimento de Pessoas*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/12/relatorio-final-gt-sobre-o-reconhecimento-de-pessoas-conselho-nacional-de-justica.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2024.

EBBINGHAUS, Hermann. *Memory: A contribution to experimental psychology*. Tradução: Henry A. Ruger e Clara E. Bussenius. Nova York: Teachers College, 1964. (Originalmente publicado em 1885)

GRADY, Rebecca Hofstein; BUTLER, Brendon J.; LOFTUS, Elizabeth F. What should happen after an officer-involved shooting? Memory concerns in police reporting procedures. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, v. 5, n. 3, p. 246-251, 2016. <https://doi.org/10.1016/j.jarmac.2016.07.002>

KLEIDER-OFFUTT, Heather M.; CAVRAK, Sarah E.; KNUYCKY, Leslie R. Do police officers' beliefs about emotional witnesses influence the questions they ask? *Applied Cognitive Psychology*, v. 29, n. 2, p. 314-319, 2015. <https://doi.org/10.1002/acp.3111>

KUNDA, Ziva. The case for motivated reasoning. *Psychological Bulletin*, v. 108, n. 3, p. 480, 1990. <https://doi.org/10.1037/0033-2909.108.3.480>

MATIDA, Janaina Roland. *O valor probatório da palavra do policial*. Marcos Peixoto, Artigos – Sentenças – Decisões, jun. 2020. Disponível em: [https://www.marcospeixoto.com/wp-content/uploads/2020/06/MATIDA\\_O-valor-probat%C3%B3rio-da-palavra-do-policial.pdf](https://www.marcospeixoto.com/wp-content/uploads/2020/06/MATIDA_O-valor-probat%C3%B3rio-da-palavra-do-policial.pdf). Acesso em: 23 jan. 2024.

PEZDEK, Kathy; SHAPLAND, Tyler; BARRAGAN, Jessica. Memory outcomes of police officers viewing their body-worn camera video. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, v. 11, n. 3, 392-404, 2022. <https://doi.org/10.1037/mac0000013>

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos, 2015. (Série Pensando Direito, n. 59).

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Entrevistas forenses e reconhecimento pessoal nos processos de criminalização: um diagnóstico brasileiro. *Boletim de Análise Político-Institucional*, Brasília, n. 17, p. 45-51, 2018. Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8866/1/bapi\\_17\\_cap\\_6.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8866/1/bapi_17_cap_6.pdf). Acesso em: 23 jan. 2024.

VREDEVELDT, Annelies; VAN KOPPEN, Peter J. The thin blue line-up: Comparing eyewitness performance by police and civilians. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, v. 5, n. 3, p. 252-256, 2016. <https://doi.org/10.1016/j.jarmac.2016.06.013>

Autores convidados

# A CRIMINALIZAÇÃO DO BULLYING E DO CYBERBULLYING: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 146-A DO CÓDIGO PENAL

**THE CRIMINALIZATION OF BULLYING AND CYBERBULLYING: AN ANALYSIS OF ARTICLE  
146-A OF THE PENAL CODE**

**Tatiana Lourenço Emmerich de  
Souza**

Doutoranda em Direito Penal pela UERJ. Mestre em Políticas  
Públicas em Direitos Humanos pela UFRJ.  
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0353875902696380>  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7340-9347>  
[tatiana.emmerich@hotmail.com](mailto:tatiana.emmerich@hotmail.com)

**Bruno Gilaberte Freitas**

Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Delegado  
da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro.  
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4777129154012165>  
ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-7641-7945>  
[brunogilaberte@uol.com.br](mailto:brunogilaberte@uol.com.br)

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10685232>

**Resumo:** O trabalho analisou, por meio de pesquisa bibliográfica, o artigo 146-A do Código Penal, introduzido pela Lei 14.811/24, que criminalizou as condutas de *bullying* e *cyberbullying*. O desenvolvimento se deu a partir da definição do termo intimidação sistemática, com posterior exame da objetividade jurídica e classificação do tipo dentro sistema penal. Conclui-se que, apesar de a atecnia legislativa levar à incompreensão do artigo 146-A, o tipo se trata de crime e não de contravenção penal, tendo como possível consequência prática seu prematuro desuso.

**Palavras-chave:** Crime; Intimidação sistemática; Lei 14.811/24; Objetividade jurídica.

**Abstract:** Through bibliographical research, this paper analyzed Article 146-A of the Brazilian Penal Code, introduced by Law 14.811/24, which criminalized bullying and cyberbullying. The development started with the definition of the term systematic intimidation, with subsequent examination of the legal objectivity and classification of the type within the penal system. The conclusion is that, despite legislative atecchnicality leading to misunderstanding of Article 146-A, the type is a crime and not a misdemeanor, with the possible practical consequence of its premature disuse.

**Keywords:** Crime; Systematic intimidation; Law 14.811/24; Legal objectivity.

## 1. Introdução

Como resultado do aumento de casos de violência em ambientes escolares no início do século XXI, envolvendo, majoritariamente, crianças e adolescentes, ganharam visibilidade os efeitos nocivos oriundos de uma forma de intimidação sistemática, denominada *bullying* (Dresch, 2011; Lopes Neto, 2005; Trevisol). Há tempos o fenômeno é objeto de estudo por pesquisadores, porém foi a partir de dois grandes massacres ocorridos, respectivamente, em *Columbine High*

*School*<sup>1</sup> e na Escola Municipal Tasso de Oliveira,<sup>2</sup> que os debates sobre a criminalização da conduta se intensificaram, debatendo-se a conveniência da tutela penal. Surgiu, então, a Lei 14.811/24, como consequência desse debate.

O presente texto tem o fito de analisar o tipo criado pela lei e alocado no art. 146-A do Código Penal (CP). Dessa maneira, por pesquisa bibliográfica, o estudo iniciar-se-á com a definição dos termos *bullying* e *cyberbullying*, suas características e o histórico

legislativo que culminou na criação do tipo. Em seguida, examinar-se-á sua correta classificação dentro do sistema penal, finalizando com a análise de sua objetividade jurídica e as perplexidades oriundas do estudo em questão.

## **2. Bullying e cyberbullying: conceito, características e a Lei 14.811/2024**

A tradução da palavra *bullying*, além de significar intimidação, pode ser interpretada como a ocorrência de comportamentos agressivos praticados, majoritariamente, por crianças e adolescentes, dentro do ambiente escolar (Rodrigues, 2014). De acordo com o artigo 1º, § 1º, da Lei 13.185/15, que instituiu o Programa de Combate à Intimidação Sistemática no Brasil, o *bullying* pode ser definido como atos de violência física ou psicológica, intencional e repetitiva, que ocorrem sem motivo evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas (Brasil, 2015).

Quanto ao *cyberbullying*, o referido diploma legal prevê, em seu artigo 2º, parágrafo único, que a intimidação produzir-se-á por meio da rede mundial de computadores, com o intuito de depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais, criando meios de constrangimento psicossocial (Brasil, 2015). Apesar da gravidade da conduta, as Leis 9.394/96, 13.185/15 e 13.663/18, que regulam a matéria, foram silentes quanto à previsão de sanções administrativas, cíveis ou penais, aplicadas aos casos concretos. O enfretamento se deu, principalmente, por normas de caráter preventivo, como as supramencionadas, priorizando práticas restaurativas, de maneira a evitar a desmedida expansão da tutela penal, vez que a intimidação sistemática já possuiria proteção em outros dispositivos ao longo do CP, a exemplo dos crimes contra a honra e a liberdade individual. Nos episódios envolvendo crianças e adolescentes, inimputáveis face ao sistema penal, que são levados ao conhecimento do Ministério Público e de Conselhos de Educação e Tutelares, a atuação conjunta se revela precípua, com o fito auxiliar na identificação de possíveis responsabilidades civis (parental e da pessoa jurídica da escola), verificar a aplicação de medida socioeducativa ou remissão nos casos de atos infracionais e promover a edição de resoluções ou Códigos de Condutas Escolares, que auxiliam no cumprimento das políticas preventivas, especialmente, no ambiente escolar.

No entanto o crescimento vertiginoso de casos graves de *bullying* no Brasil, que somaram mais de 66.000 ocorrências no biênio de 2022–2023 (Estatísticas [...], [2024]), pressionaram o legislador a pensar em medidas mais eficazes. Na prática, contrariando os princípios da fragmentariedade, lesividade e da subsidiariedade penal, verificou-se o surgimento de inúmeros Projetos de Lei (PLs 6.935/10, 228/10, 1.785/11, 1.011/11 e 4.224/21) buscando criminalizar a conduta, embora sem estudos prévios capazes de suprir a atecnia legislativa e justificar a criação de um novo tipo. O movimento também foi observado pelo Direito comparado, por meio do *Cyberbullying Research Center*, que, além de atestar a tipificação do *bullying* em outros ordenamentos jurídicos, verificou, a exemplo dos Estados Unidos, a aplicação de sanções penais para casos de *cyberbullying*, bem como de sanções administrativas no âmbito escolar (Hinduja; Patchin, 2022). Somente o PL 4.224/21 foi aprovado pelo Congresso Nacional, sem vetos presidenciais, o que culminou na publicação da Lei 14.811/24.

## **3. Bullying: crime, contravenção ou tipo *sui generis*?**

A análise do tipo penal de intimidação sistemática (*bullying*) deve começar por sua classificação dentro do sistema penal: crime, contravenção penal ou de tipo penal *sui generis*? Essa definição

implica consequências práticas e decorre da sanção abstratamente cominada ao caput do dispositivo, qual seja, unicamente a pena de multa. A Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei 3.914/41, ou LICP), em seu artigo. 1º, especifica que é contravenção penal a infração à qual a lei comina, isoladamente, pena de multa.

O tratamento dado pelo Decreto-Lei à distinção entre crime e contravenção surgiu na transição da antiga Consolidação das Leis Penais (1932) para os diplomas que hoje regem boa parte dos crimes e das contravenções (Código Penal e da Lei das Contravenções Penais), o que exigiu uma série de ajustes, os quais, hoje, já não gozam da pertinência de antes. Basta verificar que a LICP menciona o Código de Menores, de 1927, Código Florestal, de 1934, e o Código de Pesca, de 1938, revogados. Apesar disso, há doutrina admitindo a LICP como único ou principal critério distintivo entre crime e contravenção.<sup>3</sup> Caso consideremos real essa premissa, a pena de multa isolada indica que o art. 146-A é uma contravenção, o que gera perplexidades, a começar pela posição topográfica, já que seria a única contravenção em meio aos crimes do CP. Ademais, essa conclusão causa problemas na aplicação da norma. Por exemplo, as contravenções penais não admitem a punição da forma tentada (art. 4º da LCP), ao passo em que os tipos penais previstos no CP admitem (art. 14, II, CP); a reincidência, nas contravenções penais, tem regra própria (art. 7º, LCP), diferente da reservada aos crimes (arts. 63 e 64, CP).

O Supremo Tribunal Federal (STF) já admitiu a validade da LICP, embora de forma relativizada. Ao se pronunciar sobre o art. 28 da Lei 11.343/06, a Corte salientou (Brasil, 2007):

O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta que a lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade [...].

Ao afirmar a natureza criminoso do tipo penal da Lei de Drogas, o STF atestou que a LICP não mais se presta à finalidade para a qual seu art. 1º foi criado, vez que, à época de sua edição, o sistema de penas sequer previa algumas hipóteses de sancionamento hoje consagradas pela Constituição Federal em seu art. 5º, XLVI. Anuindo para com a posição do STF, **Renato Marcão** (2007) salienta o “diminuto alcance da Lei de Introdução, que era perfeita para seu tempo”.

O STF poderia ter ido além em sua manifestação, reconhecendo não apenas a flexibilização do art. 1º da LICP, mas sua incompatibilidade constitucional. Ao tratar das penas cominadas aos crimes, a Constituição Federal não apenas admitiu o sancionamento com pena de multa (alínea c do inciso XLVI do art. 5º), como também, em momento algum, impediu que a multa isolada fosse cominada aos crimes. Essa conclusão não é estranha ao sistema penal. Vejamos: na Lei 4.737/65, o legislador elaborou crimes eleitorais com pena de multa isolada, a exemplo do art. 292, entre outros. Esses tipos penais foram sistematizados no Capítulo II do Título IV, denominado “dos crimes eleitorais”. Não se desconhece a existência de posições sustentando a natureza contravencional desses dispositivos (Moreira, 2021). Contudo comungamos com os argumentos de **Schmitt de Bem e Garcia Cunha** (2018, p. 41):

[...] com a promulgação da Constituição Federal, novo passo foi dado para anular o enunciado do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, porque foi conferido ao legislador infraconstitucional a possibilidade de regular a individualização através de qualquer pena, salvo aquelas proibidas (art. 5º, XLVI).

Sequer há relevância na distinção entre pena de multa isolada e pena de multa alternativa (à pena privativa de liberdade

igualmente cominada), após a escolha pelo magistrado da multa como hipótese concreta de punição, pois o inadimplemento da multa não admite sua conversão em prisão (art. 51, CP).

Entendemos, pois, que persiste a dicotomia entre crime e contravenção penal como espécies do gênero infração penal, mas a diferenciação entre ambas não se faz mais pela pena e sim pela vontade do legislador: em regra, as infrações penais são crimes; todavia serão contravenções quando o texto legal expressamente o afirmar. Se o art. 292 da Lei 4.737/65 fosse contravenção, assim o diria a lei. Não disse? É crime.

Face ao exposto, sustentamos que o art. 146-A é um crime, não uma contravenção penal. Não poderíamos, igualmente, classificá-lo como uma infração penal *sui generis*. Pensamos que se trata de um despropósito, pois a solução de afastar a incidência do art. 1º da LICP é bem mais simples do que criar algo que sequer é reconhecido pela legislação em vigor. Aliás, quais seriam, por exemplo, as regras aplicáveis a esse *tertium genus*? As concernentes aos crimes ou às contravenções penais? Ele admitiria a forma tentada, como os crimes? Esse pensamento traz mais problemas do que soluções.

#### 4. A objetividade jurídica do tipo penal de *bullying* e *cyberbullying*

Superada a classificação do *bullying* como crime e com a certeza de que o tipo penal derivado — o *cyberbullying* — é uma conduta criminosa, passemos à análise do seu alcance.

O art. 146-A do CP é um delito contra a liberdade individual. Essa conclusão é facilmente extraída do verbo “intimidar” (que não é sinônimo de ameaçar), usado como núcleo do tipo penal. Embora a conduta possa ser praticada através de ofensas, violência física, abuso sexual e outras formas de agir, o objetivo precípuo sempre é o de tolher a vítima, de modo a impedir que possa exercer plenamente suas potencialidades. A vítima, acuada, passa a ter o receio da socialização ou da interação pessoal.

Há a tutela de outros bens jurídicos, dependendo de como a intimidação é praticada: se ocorre através de atos de violência, por exemplo, existe a integridade corporal. Contudo, como o *bullying* é um delito expressamente subsidiário e punido unicamente com pena de multa, esses meios de ação dificilmente deixarão de constituir um crime mais grave, de modo que, ao final e à exceção do *cyberbullying*, apenas a intimidação sem qualquer outra violação que não seja à liberdade individual caracterizará o tipo. Exemplificando: o *bullying* executado através de surras consistirá em crime de lesão corporal (que, mais grave, absorve o art. 146-A); as pilhérias para intimidar a vítima, salvo se importarem crime contra a honra, redundarão no crime do art. 146-A.

#### 5. Perplexidades na análise do tipo penal

Chama atenção a grande quantidade de elementos redundantes, antitéticos ou desnecessários no tipo penal.

O primeiro trecho desnecessário é aquele que menciona um crime de concurso eventual. Após o núcleo do tipo (intimidar) e o advérbio de modo que define a habitualidade criminosa (sistematicamente), o legislador se vale da expressão “individualmente ou em grupo”. A referência ao número de agentes só seria exigível em caso de formulação de um delito de concurso necessário. O legislador, se assim quisesse, deveria deixar evidente a obrigatoriedade do concurso de pessoas (por exemplo, art. 161, § 1º, II, do CP) ou usar um verbo indicativo desse concurso (como o “associarem-se” do art. 288 do CP). Como o verbo intimidar não contempla a necessidade de atuação concursal e tampouco era essa a vontade do legislador, o trecho poderia simplesmente não existir e ainda assim estaria diante de um crime de concurso eventual.

Depois, o legislador usa desnecessariamente de uma nova

cláusula numérica, dessa vez sobre a quantidade de vítimas (“uma ou mais”). Aqui, parece-nos que há algo mais grave. Suponhamos que o *bullying* seja praticado, em um mesmo contexto, contra várias vítimas. A referência à pluralidade inserta no tipo conduz ao reconhecimento de crime único? Não nos parece a melhor solução. Cremos que, por se tratar de crime contra a pessoa, o número de vítimas determinará o número de crimes.

A norma também faz (várias) referências aos meios de execução. Inicialmente, indica que a intimidação deve ser praticada mediante “violência física ou psicológica”. Em seguida, indica os “meios dos meios”, isto é, quais são os meios de execução pelos quais a violência física ou psicológica pode ser praticada. Ali estão arroladas situações que não caracterizam violência física nem psicológica. Vejamos: o art. 3º, VII, da Lei 13.185/15 conceitua as “ações materiais” — um dos meios arrolados no art. 146-A do CP — como “furtar, roubar, destruir pertences de outrem”. Trata-se de violência patrimonial. Portanto, o trecho da norma que fala em “violência física ou psicológica” deve ser lido como “violência física, psicológica, moral, patrimonial ou qualquer outra decorrente dos meios especificados nesse dispositivo”.

O *caput* do art. 146-A ainda faz uma equivocada reverência às ações virtuais, que, no entanto, são contempladas pela qualificadora do *cyberbullying* (art. 146-A, parágrafo único, CP). O tipo qualificado, por ser mais específico, prevalece sobre a menção genérica do *caput*, reservando-se ao tipo fundamental apenas os ataques virtuais que não se amoldem ao parágrafo único (o que, na prática, será muito difícil, já dado o uso da expressão genérica “qualquer outro meio ou ambiente digital”).

Outras redundâncias e termos desnecessários: o *caput* menciona a natureza “sistemática” (referência a ações repetidas realizadas de forma metódica) da intimidação, praticada “de modo intencional e repetitivo”. A repetição é uma característica da atuação sistemática (redundância) e a intencionalidade é uma referência ao dolo genérico (desnecessidade).

Interessa comentar a qualidade metódica da natureza sistemática. Esse tópico traz uma interessante distinção entre o *bullying* e o crime de perseguição (art. 147-A do CP). A exigência de método faz com que todas as ações do sujeito ativo sejam planejadas para tolher a liberdade individual da vítima, intimidando-a. A perseguição pode, ao contrário, ser caótica.

Perceba-se que o art. 146-A prevê uma elementar subjetiva que parece contradizer a posição que acabou de ser esposada: a conduta é praticada “sem motivação evidente”. No entanto a ausência de motivação evidente quer dizer que não é necessário comprovar que a intimidação era realizada para o atingimento de alguma finalidade especial, bastando o dolo genérico.

O confronto entre os crimes de *bullying* e de perseguição merece outra consideração, pois aquele nada mais é do que uma forma de perseguição, todavia mais específica. Pela redação da Lei 13.185/15, o *bullying*, como conceito é uma forma de intimidação ou agressão. No tipo penal do art. 146-A do CP, embora a agressão seja contemplada pelos meios executórios, o dolo será sempre o de intimidar. Já o crime de perseguição pode ser uma intimidação, mas não necessariamente (por exemplo, a intenção pode ser apenas a de perturbar, como no caso do ex-namorado que liga para a vítima várias vezes, por dias seguidos, pedindo que reatem os laços). Assim: (a) ambos os tipos são habituais; (b) no *bullying* se exige uma intimidação, ao passo em que a perseguição pode ser resultado de perturbação, violação da esfera de intimidade ou privacidade etc.; (c) o *bullying* é sistemático (metódico) e a perseguição pode ser caótica. Presentes os requisitos da habitualidade, da sistematicidade e da intimidação, estar-se-á diante do crime do art. 146-A, desde que a conduta não importe crime mais grave (subsidiariedade expressa). Nesse ponto, houve derrogação do crime de perseguição, já que os requisitos aditivos de

configuração do *bullying* outrora também importariam subsunção ao art. 147-A do CP.

O *cyberbullying*, como tipo derivado, determina maior reprovabilidade quando a conduta é praticada pelos meios ali previstos. O incremento da pena se dá em virtude do maior alcance dos atos de *bullying*, o que permite mais eficácia na intimidação, bem como pela possibilidade de anonimato, que dificulta a apuração da responsabilidade. Em que pese a evidente reprovabilidade acentuada, a influência sobre a pena, que passa da multa para a reclusão, de dois a quatro anos, sem escalas nas penas restritivas de direitos ou nas formas mais tênues de prisão (prisão simples e detenção), é evidentemente desproporcional.

A qualificadora não existe apenas no uso de meios virtuais pelo autor do fato: qualquer transmissão em tempo real (como, por exemplo, por ondas de rádio) é apta a caracterizá-la. No tocante aos meios informáticos, o crime qualificado pode acontecer ou não em redes sociais.

Em que pese a subsidiariedade expressa, o *cyberbullying* absorverá a maior parte dos crimes que são seus antecedentes lógicos, como os crimes contra a honra (injúria e difamação), o constrangimento ilegal, a ameaça e outros. Haverá, entretanto, exceções: a calúnia majorada pelo uso de redes sociais, por exemplo, é mais grave que o parágrafo único do art. 146-A, sobre ele prevalecendo.

## 6. Conclusão

Observou-se que, apesar de o tipo em questão se tratar de crime e não de contravenção, todos os erros e entraves redacionais encontrados ao longo do texto do artigo 146-A do CP têm uma explicação óbvia: o legislador, ao tipificar penalmente a conduta, fez meramente a fusão entre dispositivos conceituais da Lei 13.185/15 (arts. 1º, § 1º; 2º, *caput*; e 3º), com algumas adaptações, mas sem a principal adequação que seria exigível: dar ao tipo a correta feição de uma infração penal, com atenção aos princípios penais. De acordo com o posicionamento de **Sandroni e Fernandes (2024)**, entendemos que nem todo conceito pode ser automaticamente transformado em um modelo proibido de conduta penalmente sancionada, pois o sistema penal possui peculiaridades.

Não há, todavia, como adjetivar a norma de “Frankenstein jurídico”: embora a “criatura” seja bem-intencionada e formada por retalhos, como na literatura, o livro aponta para um indivíduo relativamente inteligente e perseguido por ser mal compreendido. No caso do *bullying*, a inteligência do produto é nula e a perseguição doutrinária implacável é justa, principalmente pela impossibilidade de compreensão do tipo. Como consequências da aplicação do referido tipo na prática, destaca-se seu possível desuso, como resultado da inadequada observação dos princípios penais e da atecnia do legislador, reforçando que a criminalização de novas condutas, com o uso desmedido do Direito Penal, nem sempre será a melhor solução para as demandas da sociedade contemporânea.

### Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

**Declaração de conflito de interesses:** os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua

totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; eles também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

### Como citar (ABNT Brasil):

SOUZA, T. L. E.; FREITAS, B. G. A criminalização do *bullying* e do *cyberbullying*: uma análise do artigo 146-A do Código Penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 32, n. 376, p. 8-11, 2024. DOI: 10.5281/zenodo.10685232. Disponível em:

[https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim\\_1993/article/view/1011](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1011). Acesso em: 1 mar. 2024.

### Notas

<sup>1</sup> Fato ocorrido no ano de 1999, no estado do Colorado, EUA.

<sup>2</sup> Fato ocorrido no ano de 2011, no bairro Realengo, Rio de Janeiro, Brasil.

<sup>3</sup> Nesse sentido, por todos, Luiz Flávio Gomes (2007, p. 163-164) e Cleber Masson (2018, p. 194).

### Referências

BRASIL. *Lei nº 13.185/15, de 06 de novembro de 2015*. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 09 nov. 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm). Acesso em: 18 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 14.811/24, de 10 de janeiro de 2024*. Institui medidas de proteção à criança e ao adolescente contra a violência nos estabelecimentos educacionais ou similares, prevê a Política Nacional de Prevenção e Combate ao Abuso e Exploração Sexual da Criança e do Adolescente e altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 e as Leis n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, e 8.069, de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 12 jan. 2024. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2023-2026/2024/lei/l14811.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/l14811.htm). Acesso em: 18 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário 430105/RJ, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 13 de fevereiro de 2007.

DE BEM, Leonardo Schmitt; CUNHA, Mariana Garcia. *Crimes eleitorais*. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

ESTATÍSTICAS mundiais de *bullying*. *Bullyingsinfronteras*, 2022. Disponível em: <https://bullyingsinfronteras.blogspot.com/2022/02/estatisticas-de-bullying-no-brasil.html>. Acesso em: 18 fev. 2024.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal*: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HINDUJA, Sameer; PATCHIN, Justin. W. State Bullying Laws. EUA: Cyberbullying Research Center, 2022. Disponível em: [https://cyberbullying.org/pdfs/2022\\_Bullying-and-Cyberbullying-Laws.pdf](https://cyberbullying.org/pdfs/2022_Bullying-and-Cyberbullying-Laws.pdf). Acesso em: 13 fev. 2024.

LOPES NETO, Aramis A. *Bullying*: comportamento agressivo entre estudantes. *Jornal de Pediatria*, Porto Alegre, v. 81, supl. 5, p. s164-s172, 2005. <https://doi.org/10.1590/S0021-75572005000700006>

MARCÃO, Renato. O art. 28 da nova Lei de Tóxicos na visão do Supremo Tribunal Federal, *Migalhas*, 30 mar. 2007. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/37341/o-art-28-da-nova-lei-de-toxico-s-na-visao-do-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 18 fev. 2024.

MASSON, Cleber. *Direito Penal*: Parte Geral. Vol. 1. São Paulo: Método, 2018.

MOREIRA, Romulo de Andrade. A competência criminal da Justiça Eleitoral – o STF reitera a sua posição. *Consultor Jurídico*, 01 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-01/romulo-moreira-competencia-crimin-al-justica-eleitoral/>. Acesso em: 18 fev. 2024.

RODRIGUES, Clarice Cardoso da Silva. *O bullying como tipo penal*. Rio de Janeiro: Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014.

SANDRONI, Julia Thomaz.; FERNANDES, Maira. O Injusto Penal sofre bullying: reflexões sobre o novo tipo penal previsto na Lei 14.811. *Conjur*, 24 jan. de 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jan-24/o-injusto-penal-sofre-bullying-reflexoes-sobre-o-novo-tipo-penal-previsto-na-lei-14-811/>. Acesso em: 18 fev. 2024.

TREVISOL, Maria Teresa; DRESCH, Daniela. Escola e *bullying*: a compreensão dos educadores. *Múltiplas Leituras*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 41-55, 2011. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/ML/article/view/2842/>. Acesso em: 18 fev. 2024

---

# A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM RISCO: PERSPECTIVAS SOBRE A RACIONALIDADE TECNICISTA-FASCISTA E SEUS IMPACTOS NO INSTITUTO

*THE CUSTODY HEARING AT RISK: PERSPECTIVES ON TECHNICIST-FASCIST RATIONALITY  
AND ITS IMPACTS ON THE INSTITUTE*

---

## Felipe Lazzari da Silveira

Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Política Social e Direitos Humanos da UCPEL. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5830643220329971>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2738-6914>

[felipe.silveira@ucpel.edu.br](mailto:felipe.silveira@ucpel.edu.br)

---

## Pedro Postal

Mestrando em Política Social e Direitos Humanos pela UCPEL. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3503618578627968>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-9559-4111>

[pedro.postal@ucpel.edu.br](mailto:pedro.postal@ucpel.edu.br)

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10636964>

**Resumo:** Este artigo problematiza a audiência de custódia e a racionalidade tecnicista-fascista, de essência inquisitorial, que predomina no processo penal brasileiro, com o objetivo de evidenciar o potencial que essa racionalidade ostenta para impactar negativamente o procedimento. O trabalho foi elaborado através de pesquisas bibliográfica e documental. Com base no aporte teórico cotejado, a conclusão apresentada ao final do artigo é a de que a racionalidade autoritária predominante poderá expungir a substancialidade acusatória do procedimento, desviando-o das suas finalidades, fazendo com que sirva apenas para conferir uma fachada democrática ao arbítrio que caracteriza o campo processual penal, e que se manifesta em prisões ilegais e na tolerância à violência policial.

**Palavras-chave:** Processo penal; Audiência de custódia; Autoritarismo.

**Abstract:** This article problematizes the custody hearing and the technical-fascist rationality, with an inquisitorial essence, that predominates in the Brazilian criminal process, with the aim of highlighting the potential that this rationality has to negatively impact the procedure. The work was prepared through bibliographic and documentary research. Based on the theoretical support compared, the conclusion presented at the end of the article is that the predominant authoritarian rationality may expunge the accusatory substantiality of the procedure, diverting it from its purposes, making it serve only to give a democratic façade to the discretion that characterizes the criminal procedural area, which manifests itself in illegal arrests and tolerance of police violence.

**Keywords:** Criminal procedure, Custody hearing; Authoritarianism.

## 1. Introdução

A audiência de custódia<sup>1</sup> é um instituto processual que se enquadra na perspectiva de proteção dos direitos humanos e fundamentais porque concretiza o direito do cidadão preso de ser rapidamente apresentado ao juiz para que as circunstâncias de sua prisão e sua integridade física e psicológica sejam averiguadas. Por isso que se lamenta que esse procedimento de essência democrática, que tornou a apresentação ao juiz um requisito da legalidade da constrição cautelar (Badaró, 2022, p. 1.240), tenha demorado tanto tempo para ser efetivado.

A introdução do procedimento no ordenamento jurídico brasileiro representou um avanço na direção da democratização do processo penal. Para além do fato de estar previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)<sup>2</sup> e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH),<sup>3</sup> o procedimento se alinha à ideia de devido processo legal constitucional e convencional, baseada no respeito aos princípios democráticos, especialmente à dignidade humana (Costa, 2019; Giacomolli, 2016; Oliveira *et al.*, 2015).

Não obstante o potencial de evitar violações decorrentes de encarceramento provisórios desnecessários ou da violência policial, pesquisadores demonstram que, até o presente momento, as audiências de custódia não alteraram significativamente o cenário caracterizado por decretações de prisões cautelares em larga escala e pela brutalidade das forças de segurança pública (Costa, 2019; Fernandes, 2020; Silva, 2018; Teixeira, 2019). Portanto, estudos sobre esse procedimento se justificam porque fomentam discussões e fornecem subsídios para o aprimoramento das práticas e das políticas públicas sobre o tema, visando à implementação de medidas mais eficazes no combate ao encarceramento excessivo e à violência policial. Bem como promovem uma reflexão crítica sobre o atual sistema de custódia, incentivando a busca por alternativas que garantam a segurança pública sem comprometer os direitos individuais.

Sem a pretensão de esgotar o tema (tendo em vista o formato do presente trabalho), este ensaio, elaborado através de pesquisa bibliográfica e documental (legislações, normativas e jurisprudência), tem como escopo proceder a uma breve análise do instituto da audiência de custódia e problematizar um dos principais fatores que inviabilizam seu potencial acusatório/democrático, isto é, a racionalidade tecnicista-fascista de matriz inquisitória que predomina no campo desde a década de 1940. Para tanto, tencionando proporcionar ao leitor melhor/acurada compreensão do assunto, o ensaio está estruturado em dois tópicos onde examinaremos, respectivamente, a incorporação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro e a origem histórica da racionalidade tecnicista-fascista no sistema jurídico penal e suas implicações na efetividade da audiência de custódia.

Este artigo utiliza dados, mais precisamente alguns aportes teóricos obtidos na pesquisa intitulada “Audiência de Custódia e Acesso à Justiça Penal: Perspectivas a partir da Comarca de Pelotas/RS”, desenvolvida no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Política Social e Direitos Humanos da Universidade Católica de Pelotas (UCPEL), investigação que contou com financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS).

## 2. Audiência de custódia: um procedimento acusatório destinado à proteção dos direitos e garantias fundamentais

Apesar do ineditismo da denominação empregada no Brasil, isto é, “audiência de custódia”, a rápida apresentação da pessoa presa ao juiz é um direito previsto no ordenamento jurídico internacional há mais de meio século. É forçoso reconhecer que esse direito deveria estar sendo assegurado no País desde a década de 1990, quando foram ratificados o PIDCP<sup>4</sup> e a CADH,<sup>5</sup> tratados que objetivam a proteção dos direitos humanos (Ocampos, 2022, p. 25).

No que diz respeito à consciência da necessidade de se proteger os direitos humanos, que se consolidou diante das barbáries praticadas na Segunda Guerra Mundial (Comparato, 2013, p. 47), constata-se que, em termos de sistematização, a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) pela Carta das Nações Unidas em 1945 e a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 demarcaram um ponto sem retorno. Foi a adesão de inúmeros países à ONU que facultou a celebração de tratados e convenções internacionais de proteção dos direitos humanos, inclusive dos firmados em nível continental (Piovesan, 2012, p. 125).

É importante destacar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, mesmo não sendo um tratado, estabeleceu uma base axiológica e ética universal voltada à proteção da dignidade humana, a qual é nitidamente contemplada pelo PIDCP e pela CADH, que preconizam a audiência de apresentação como um direito. Nos países signatários dessas convenções, em respeito ao *jus cogens*, as regras do processo penal devem respeitar o paradigma humanitário (Giacomolli, 2016, p. 3).

Considerando a incorporação desses tratados ao ordenamento jurídico brasileiro,<sup>6</sup> é possível deduzir que a audiência de custódia demorou a ser implementada por falta de vontade política dos Poderes do Estado. É que, considerando o que fez o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que colocou em prática a audiência de custódia através projetos-piloto realizados em parcerias como os Tribunais de Justiça dos estados, e também que os tratados que versam sobre a proteção dos direitos humanos integram o ordenamento jurídico brasileiro antes mesmo de qualquer alteração legislativa, resta evidente que não existem justificativas para a morosidade na efetivação do procedimento.<sup>7</sup> A negligência, considerando a resistência das instituições ao instituto, bem como o tom de algumas manifestações contrárias a sua implementação, refletiu a racionalidade autoritária predominante no campo, segundo a qual o processo penal deve ter sua instrumentalidade voltada ao combate da criminalidade.

Apesar da demora, a inserção da audiência de custódia, que ostenta um imenso potencial de fustigar o autoritarismo materializado em prisões desnecessárias e de inibir a violência policial, foi uma medida extremamente relevante. Claramente, o procedimento permite uma visão mais acurada das circunstâncias da prisão e das condições pessoais do custodiado, bem como de suas condições física e psicológica. É por isso que a audiência de custódia pode propiciar decisões mais precisas no que tange à restituição da liberdade, à aplicação de medidas cautelares mais brandas ou à decretação

da prisão preventiva, ou à adoção de medidas adequadas nas situações envolvendo maus-tratos ou tortura (Fernandes, 2020, p. 109; Gonçalves, 2020, p. 131; Lopes Jr., 2022, p. 98).

Diante da omissão do artigo 310 em relação, a audiência é disciplinada pela Resolução 213/2015 do CNJ. Além de estabelecer prazo para realização da audiência de custódia, o juiz competente e outras questões, a normativa define com clareza todos os pormenores da solenidade. O rito da audiência de custódia está previsto no artigo 8º da Resolução. Segundo o dispositivo, após ser cientificado de seus direitos e garantias, o custodiado deverá ser entrevistado pelo juiz sobre as circunstâncias de sua prisão de modo que se possa verificar a legalidade de sua prisão e também identificar práticas de maus-tratos ou de tortura. Após os questionamentos do juiz, o representante do Ministério Público e o defensor também podem fazer questionamentos e, depois, devem se manifestar sobre o caso. A decisão sobre a liberação ou a decretação de medidas cautelares deverá considerar os elementos informativos produzidos na solenidade (inclusive documentos que possam ser juntados) e também os requerimentos das partes.

Na realidade, o instituto aproxima o cidadão preso dos atores do Sistema de Justiça ao permitir que ele apresente sua versão sobre o fato que ensejou a prisão, exercitando, assim, a ampla defesa e o contraditório de modo efetivo, condição que, além de possibilitar o controle mais preciso da legalidade da prisão e a identificação de maus-tratos ou tortura, mesmo em pequena medida, reduz a desumanidade intrínseca ao ato da prisão. Visivelmente, o procedimento da audiência de custódia é completamente diferente do procedimento flagrancial anterior, quando a prisão era apenas comunicada ao juiz por escrito, por meio do auto de prisão em flagrante (Giacomolli, 2016, p. 145; Lopes Jr., 2022, p. 91; Ocampos, 2022, p. 55; Silva, 2018, p. 125-126).

Contudo, para que o procedimento cumpra suas finalidades, para que não seja permeado pela racionalidade autoritária que predomina no campo, restando, assim, despido de substancialidade, além da presença física do preso, é essencial que o juiz atue de forma comprometida com os direitos e as garantias processuais. Em suma, o êxito da audiência de custódia dependerá da disposição do magistrado em realmente ouvir os argumentos do preso e de sua defesa e de formar sua convicção sobre o caso levando em conta tais informações, evitando que sua decisão seja contaminada por pré-juízos e/ou preconceitos. Do contrário, não se diferenciará do procedimento anterior, de matriz inquisitória, no qual o juiz decidia sobre a

libertação ou a manutenção da segregação do flagrado sem que ele exercesse efetivamente a ampla defesa o contraditório (Gomes, 2016, p. 389 *et seq.*).

### 3. Impactos da racionalidade tecnicista-fascista no processo penal brasileiro e em seus institutos

Este estudo não desconsidera o fato de que, em qualquer lugar e em qualquer período histórico, o processo penal manteve o autoritarismo em seu âmago.<sup>8</sup> Todavia, no caso brasileiro, constata-se que o autoritarismo processual se apresenta de forma bastante radicalizada, seletiva e requintada (Gloeckner, 2018; Sales, 2021; Silveira, 2021). Nesse diapasão, as audiências de custódia, que deveriam priorizar a liberdade, têm revelado a dinâmica do autoritarismo no campo (Costa, 2019; Fernandes, 2020; Silva, 2018; Teixeira, 2019).

Não são raras as afirmações no sentido de que o autoritarismo no campo processual é fruto da presença das categorias, institutos e dispositivos importados do *Codice Rocco*, o código de processo penal do Regime Fascista italiano, na ocasião da elaboração do Código de Processo Penal Brasileiro (CPP) de 1941. Tal assertiva não é incorreta, pois, conforme se observa na própria Exposição de Motivos do diploma legal firmada por **Francisco Campos** (1941), a inspiração fascista é explícita. Porém cogitar que a herança da processualística desenvolvida pelos juristas alinhados ao tecnicismo fascista se restringe ao conteúdo absorvido pelo texto da legislação processual penal elaborada pelo Estado Novo é incorrer em reducionismo. A profundidade e a performance do legado tecnicista-fascista se evidenciam no exemplo das audiências de custódia, na

A profundidade e a performance do legado tecnicista-fascista se evidenciam no exemplo das audiências de custódia, na medida em que [...] os juízes seguem relativizando princípios e garantias e decretando prisões de modo vulgarizado.

medida em que, mesmo contando com um dispositivo eficaz em demonstrar a desnecessidade do manejo das medidas cautelares constritivas, os juízes seguem relativizando princípios e garantias e decretando prisões de modo vulgarizado.

É verdade que o CPP de 1941, conforme diagnosticou **Jacinto Néelson de Miranda Coutinho** (2007, p. 11), é uma “cópia mal feita” do *Codice Rocco*, escrito por Vincenzo Manzini, jurista adepto do tecnicismo jurídico que reorganizou o processo penal italiano sobre a estrutura inquisitória pré-existente (inspirada no Código Napoleônico, matriz do sistema misto) de acordo com os preceitos do tecnicismo jurídico em nome dos interesses da ditadura de Mussolini. No entanto é preciso considerar que a influência da processualística penal tecnicista-fascista, baseada na reatualização de velhos paradigmas inquisitórios<sup>9</sup> mediante a distorção dos paradigmas jurídicos liberais e da utilização de discursos técnicos e cientificistas originados no positivismo

criminológico, supera os aspectos morfológicos do diploma legal. Com efeito, não se trata simplesmente de uma doutrina jurídica, mas de uma racionalidade que, além de ter norteado a elaboração da estrutura do processo penal brasileiro, também moldou a cultura processual penal brasileira, definindo o modo como o processo e sua instrumentalidade são compreendidos, sobretudo consagrando a ideia de que se trata de um instrumento repressivo destinado a promover a defesa da sociedade frente ao crime (Lamy, 2016, p. 163).

O tecnicismo jurídico, que no âmbito do Direito Processual Penal teve Manzini como seu maior expoente, dominou a produção legislativa italiana no início do século XX, utilizando a via aberta pelo Regime Fascista quando determinou a reforma dos códigos da Itália. Em apertadíssima síntese, a orientação tecnicista<sup>10</sup> adquiriu relevância e expressividade defendendo que o interesse público de punir deveria sempre prevalecer sobre a liberdade individual. De acordo com a cartilha tecnicista-fascista, tanto o Direito Penal quanto o processo penal teriam como principal missão dar fluidez ao exercício do poder punitivo estatal, visando à defesa social. Independentemente de ter mantido preceitos e paradigmas da Escola Clássica, de tradição liberal, mesclando-os com o legado do Positivismo Criminológico, é curial registrar que o tecnicismo jurídico se afastou sobremaneira da ideia de limitar o poder punitivo (Moraes, 2010, p. 117-118).

Os preceitos processuais de essência inquisitória do tecnicismo jurídico se fizeram cristalinos no pensamento de Manzini (que influenciou o *mainstream* jurídico processual penal brasileiro). Na obra *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano secondo il Nuovo Codice*, de 1931, além das homenagens ao Fascismo, o jurista escancarou seu desprezo pela presunção de inocência, princípio que compreendia ser ilógico (Manzini chegou a ironizar tal princípio ao questionar: “se uma pessoa fosse presumidamente inocente, porque se procederia contra ela?”); pelas garantias e pelos recursos, que na sua visão serviriam apenas para obstaculizar o exercício do poder punitivo e beneficiar os delinquentes; e defendeu o ativismo judicial, sustentando que o juiz seria um agente técnico e imparcial (e por isso não cometeria injustiças) e, por isso, deveria ter poderes probatórios ilimitados para conseguir buscar a verdade real (Manzini, 1931, p. 176-200).

Dito isso, pode-se afirmar que o *Codice Rocco* consubstanciou os paradigmas inquisitórios nos moldes como foram rearranjados por Manzini mediante o manejo de discursos legitimadores punitivistas adequados àquele período histórico. Analisando o referido diploma legal, **Monica Stronati** (2015, p. 141-142) afirmou que a manutenção do modelo napoleônico (“misto”) por Manzini foi uma decisão claramente política que visou estabelecer uma linha de continuidade técnica com o processo liberal para escamotear a ferocidade daquele modelo processual, fazendo parecer que os cidadãos teriam seus direitos e garantias preservados. Para o bem da ditadura de Mussolini, além de se mostrar eficiente em sua missão de neutralizar a oposição antifascista e os criminosos comuns, o processo penal fascista também necessitava ser compreendido pela sociedade italiana como um instrumento jurídico legítimo (Lacchè, 2015; Sbriccoli, 1999).

Tendo introjetado essa racionalidade inquisitorial disfarçada mediante a manutenção-manipulação de alguns princípios

liberais despidos de substancialidade, a qual predomina desde a promulgação do CPP de 1941, é coerente que o Brasil enfrente dificuldades para adequar seu processo penal ao prisma democrático. Se a tradição inquisitorial torna complexa e dificultosa a democratização do processo e as práticas penais, conforme se observa nos países latino-americanos (Binder, 2017, p. 27-42), no caso do Brasil, que incrementou a tradição inquisitorial com a racionalidade tecnicista-fascista, essa tarefa se torna ainda mais complicada.

Além da inércia em promulgar um código que preconize um modelo de processo acusatório (que não é perfeito, mas é o mais adequado à democracia), essa dificuldade resta evidenciada na distorção de alguns dos dispositivos de essência acusatória que foram introduzidos através de reformas parciais. Aqui podemos elencar a alteração do artigo 212 do CPP, que teve como escopo barrar o ativismo judicial (Giacomolli, 2008, p. 20), mas que acabou não logrando êxito nesse intento, pois muitos juízes seguiram inquirindo testemunhas de modo a produzir provas – normalmente em favor da acusação (Souza, 2021); e a introdução do juiz de garantias no CPP a partir do artigo 3º-A, dispositivo essencialmente democrático que foi imediatamente suspenso pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que posteriormente ainda o desfigurou.<sup>11</sup> A inserção de dispositivos incompatíveis com a Constituição Democrática, como a alínea “e” no artigo 492, I, do CPP, que determina a prisão automática no rito do Tribunal do Júri, afrontando a presunção de inocência (Silveira, 2023), e a manutenção de inúmeros dispositivos da mesma natureza, como os artigos 156 e 209, que permitem ao juiz produzir provas, e o artigo 385, que autoriza que o magistrado condene mesmo diante de pedido de absolvição pelo Ministério Público (que é o titular da ação penal), também é emblemática nesse sentido (Silveira, 2021). Por força da permanência da racionalidade tecnicista-fascista, que, como vimos, tem matriz inquisitorial, entendemos que o instituto da audiência de custódia corre significativos riscos de sucumbir ao autoritarismo processual.

Em tempo, com **Miranda Coutinho** (2018, p. 151), é imperioso sublinhar que, ao invés de melhorarem o sistema processual, essas reformas pontuais se mostraram “desastrosas” porque acabaram desgastando um sistema processual que já era ruim e, com isso, criaram mais dificuldades para o controle dos atos judiciais, viabilizando o autoritarismo. No contexto brasileiro, esses dispositivos acusatórios-democráticos acabam servindo apenas como uma fachada que escamoteia o autoritarismo subjacente. Nesse cenário, as reformas pontuais revelam-se insuficientes para promover mudanças substanciais, destacando a necessidade premente de uma reavaliação mais profunda do sistema processual penal, a fim de garantir efetivamente a prática de um sistema que respeite os princípios democráticos e os direitos fundamentais.

#### 4. Considerações finais

A audiência de custódia é um instituto processual de natureza democrática, tendo em vista que possibilita o respeito aos direitos humanos e fundamentais. Indubitavelmente, seu procedimento de matriz acusatória ostenta potencial para efetivar as garantias da ampla defesa e do contraditório. Sendo assim, pode viabilizar a produção de elementos informativos capazes de imprimir mais precisão na decisão judicial sobre o

*status libertatis* do cidadão custodiado e, com isso, obstar o autoritarismo que se materializa em prisões desnecessárias (e, portanto, ilegais) e também na violência policial.

No entanto, na prática, conforme problematizamos, o potencial acusatório-democrático da audiência de custódia pode estar neutralizado pela racionalidade tecnicista-fascista que segue arraigada no campo processual penal. À guisa de conclusão, é oportuno elucidar que, quando mencionamos a presença da razão fascista no processo penal brasileiro, reportamo-nos à concepção de processo desenvolvida por Vincenzo Manzini, jurista alinhado ao tecnicismo-jurídico que elaborou o código de processo penal do Fascismo italiano, o famigerado *Codice Rocco*. É medular frisar que, apesar do alegado caráter “técnico” e “neutro”, a processualística penal de Manzini nada mais fez do que readequar os paradigmas inquisitoriais preexistentes ao contexto da época, camuflando-os com a manutenção de elementos da tradição jurídica liberal completamente despidos de substancialidade, tudo em nome dos interesses persecutórios da ditadura de Mussolini.

Ante o exposto, concluímos que a permanência dessa racionalidade, além de inviabilizar a democratização do campo, impedindo a consolidação de uma cultura acusatória, a promulgação de um modelo de processo dessa natureza e a supressão das práticas arbitrárias, impacta negativamente as audiências de custódia fazendo com que não cumpram o desígnio de priorizar a liberdade e diminuir a quantidade de prisões provisórias.

Em um contexto em que as audiências de custódia são mal conduzidas, há o risco de que se tornem meros rituais formais, ocultando a violação dos direitos individuais e proporcionando uma aparência de legalidade ao processo. Assim, a importância da implementação eficaz desse instrumento reside na garantia de que sua aplicação não seja apenas simbólica, mas verdadeiramente comprometida com a proteção dos direitos fundamentais e a promoção da justiça.

### Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

**Declaração de conflito de interesses:** os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua

totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; eles também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

#### Como citar (ABNT Brasil):

SILVEIRA, F. L.; POSTAL, P. A audiência de custódia em risco: perspectivas sobre a racionalidade tecnicista-fascista e seus impactos no Instituto. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 32, n. 376, p. 12-17, 2024. DOI:

10.5281/zenodo.10636964. Disponível em: [https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim\\_1993/article/view/1001](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1001). Acesso em: 1 mar. 2024.

#### Notas

<sup>1</sup> Em dezembro de 2019, a Lei 13.964 (Lei Anticrime) alterou o artigo 310 do Código de Processo Penal, introduzindo definitivamente o instituto da audiência de custódia, que antes de ser positivado já vinha sendo disciplinado pela Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tendo sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347.

<sup>2</sup> Cf. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 - artigo 9.3: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença” (Brasil, 1992a).

<sup>3</sup> Cf. Convenção Americana sobre Direitos Humanos - artigo 7.5: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo” (Brasil, 1992b).

<sup>4</sup> O PIDCP foi ratificado pelo Brasil através do Decreto Legislativo 226/1991 e promulgado pelo Decreto Executivo 592/1992.

<sup>5</sup> A CADH, conhecida como Pacto São José da Costa Rica, foi ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo 27/1992 e promulgada pelo Decreto Executivo 678/1992.

<sup>6</sup> Não se deve olvidar que, ao instituir o regime democrático, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, I, estabeleceu a dignidade humana como um dos fundamentos da República. Em síntese, na ordem estabelecida após o fim do último período ditatorial, os direitos humanos restaram dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional, e, por isso, devem servir como critério orientador e interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional. Nesse diapasão, as disposições constantes no artigo 5º, §§ 1 e 2º, da CF/1988, respectivamente de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, e que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, devem ser interpretadas de modo a promover a interação entre o Direito Brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos que o País seja signatário. Interpretando os referidos dispositivos, Flávia Cristina Piovesan (1997) sustenta que a Carta atribui aos direitos internacionais destinados à proteção dos direitos humanos natureza de norma constitucional.

<sup>7</sup> Com relação à audiência de custódia, é curial destacar que, em que pese à posição do STF (REXT 466.343) de que os tratados internacionais sobre direitos humanos, quando não incorporados na forma do artigo 5º, § 3º, da Constituição, têm natureza de norma infraconstitucional e supralegal, não existiam motivos para que o direito da pessoa presa de ser apresentada imediatamente ao juiz, previsto em tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional 45/2004, fosse completamente desconsiderado.

<sup>8</sup> De acordo com Carlo Enrico Paliero (2011), o processo penal é um dispositivo de essência autoritária porque a submissão de um cidadão acusado da prática de um ilícito ao conjunto de atos que o caracterizam, mesmo quando direcionados à tutela da inocência, é sempre uma

imposição vertical, caracterizada por coerções (muitas vezes extremas, como as prisões cautelares), e que não oferece margem de escolha. O jurista explica que o autoritarismo é uma espécie de traço “genético” impossível de ser suprimido, sobretudo por força da natureza coercitiva dos dispositivos do Direito público (Paliero, 2011, p. 161-163). Entendemos que ignorar a essência autoritária do processo, ou melhor, o fato de que em nenhum período histórico o processo se despiu do arbítrio, equivaleria a negar os motivos que justificaram as lutas pelo estabelecimento de limites à jurisdição penal travadas ao longo dos últimos séculos.

Como principais paradigmas inquisitórios, os quais foram atualizados desde a processualística liberal, passando pela etapa do tecnicismo-fascista, e que permanecem vigentes até hoje, podemos elencar as

premissas de que o processo penal é um instrumento repressivo; que o processamento do réu deve ser o mais célere possível; que o juiz precisa ser ativo na busca da verdade; que a defesa deve ser limitada em alguns momentos processuais; que as garantias, os recursos e as impugnações são supérfluos e servem apenas para retardar a realização da justiça e gerar impunidade.

<sup>10</sup> O tecnicismo jurídico não deve ser entendido como uma “escola” de Direito Penal porque não elaborou nenhum preceito ou paradigma inédito, mas apenas procedeu à aproximação dos gestados anteriormente pelas escolas Clássica e Positiva (Miletti, 2010; Neppi Modona, 1977).

<sup>11</sup> Cf. Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305..

## Referências

- BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da Justiça Penal*. Tradução: Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992a. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 12 dez. 2023.
- BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 12 dez. 2023.
- CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 38, n. 88, p. 627-636, out./dez. 1941.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COSTA, Anderson Silva da. *Audiências de custódia: Garantismo ou simbolismo?* São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
- FERNANDES, Liciomar. *Efetividade da audiência de custódia no enfrentamento da prática de tortura dos presos em flagrante*. Belo Horizonte: Dialética, 2020.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: Considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- GOMES, Luiz Flávio. A audiência de custódia e a resistência das almas inquisitoriais. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Org.). *Processo Penal e Garantias: Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 389-398.
- GONÇALVES, Fernando David de Melo. *Audiência de Custódia*. Desafios de sua implementação no Brasil. Curitiba: Juruá, 2020.
- LACCHÈ, Luigi. (Org.) *Il diritto Del Duce: giustizia e repressione nell'Italia fascista*. Roma: Donzelli, 2015.
- LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. O processo penal brasileiro e a consciência inquisitória. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil. Anais do Congresso Internacional "Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália"*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. 1 v. p. 163-184.
- LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano secondo il Nuovo Codice*. Volume Primo. Turim: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1931.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MILETTI, Marco Nicola. La scienza nel Codice. Il diritto processuale penale nell'Italia fascista. In: GARLATI, Loredana (Org.). *L'inconscio inquisitorio: L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*. Milano: Giuffrè, 2010. p. 57-110.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Lei nº 12.403/2011: Mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leandro Costa de (Org.). *Observações sobre os sistemas processuais penais: Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 175, p. 11-13, jun. 2007.
- MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- NEPPI MODONA, Guido. Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale. *Rivista Democrazia e Diritto*, Roma, ano XVII, fasc. 4, 1977.
- OCAMPOS, Lorena. *Audiência de custódia: A presença como direito fundamental*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.
- OLIVEIRA et al. *Audiência de custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- PALIERO, Carlo Enrico. Legitimazione democratica versus fondamento autoritario: due paradigmi di diritto penale. In: STILE, Alfonso Maria (Org.). *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 157-174.
- PIOVESAN, Flávia Cristina. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PIOVESAN, Flávia Cristina. A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de SP*, São Paulo, n. 47/48, p. 95-114, jan./dez., 1997.
- SALES, José Edvaldo Pereira. *Autoritarismo e garantismo: tensões na tradição brasileira*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.
- SBRICCOLI, Mario. Le mani nella pasta e gli occhi al cielo: La penalistica italiana negli anni del Fascismo. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milão, v. 28, tomo II, p. 817-850, 1999. Disponível em: <https://www.quadernfiorentini.eu/cache/quaderni/28/0818.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2023.
- SILVA, Maria Rosinete dos Reis. *Audiência de custódia: Accountability das prisões cautelares e da violência policial*. Curitiba: Juruá, 2018.
- SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A presunção de inocência e a inconstitucionalidade do artigo 492, I, “e”, do Código de Processo Penal Brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 13, n. 1. p. 212-229, 2023. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v13i1.8828>
- SILVEIRA, Felipe Lazzari da. *Para uma crítica da razão fascista no processo penal brasileiro*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.
- SOUZA, Luanna Tomaz de. Entre juizes e “semideuses”: A nulidade da iniciativa probatória judicial na coleta do testemunho sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 3, p. 601-630, 2021. <https://doi.org/10.12957/redp.2021.56766>
- STRONATI, Monica. La grazia e la giustizia durante il fascismo. In: LACCHÈ, Luigi. (Org.) *Il diritto del Duce: giustizia e repressione nell'Italia fascista*. Roma: Donzelli, 2015. p. 127-144.
- TEIXEIRA, Yuri Serra. *Do grande encarceramento à audiência de custódia*. Reflexões etnográficas sobre a seletividade penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

# DIREITO PENAL SINDICAL: A OUTRA FACE DA MOEDA

*UNION CRIMINAL LAW: THE OTHER SIDE OF THE COIN*

## Maurides de Melo Ribeiro

Mestre e Doutor em Direito Penal e Criminologia pela USP.  
Membro-fundador do IBCCRIM. Membro da Academia Paulista de Direito, acadêmico ocupando a cadeira de nº. 68. Pesquisador adjunto do Laboratório de Estudos de Política e Criminologia. Conselheiro representando a Ordem dos Advogados do Brasil seção São Paulo no Conselho Estadual de Política Públicas sobre Drogas. Advogado.  
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1096662545591791>  
ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-9746-2546>  
[contato@mrhcadvogados.com.br](mailto:contato@mrhcadvogados.com.br)

## Francesca Columbu

Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tor Vergata e pela USP em regime de dupla titulação. Graduada em Direito pela Universidade de Roma Tor Vergata. Coordenadora do Curso de Direito do Centro de Ciência e Tecnologia da Universidade Presbiteriana Mackenzie.  
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2949205160237141>  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8891-3351>  
[fra.columbu@gmail.com](mailto:fra.columbu@gmail.com)

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10687489>

**Resumo:** Este ensaio pretende trazer ao debate jurídico a hipótese de uma especialidade que vem sendo olvidada pela doutrina e pelos atores do Direito Penal. Trata-se de um ramo do consagrado Direito Penal Econômico, mas que engloba temas contramajoritários. Se de um lado temos o Direito Penal Empresarial, que vem sendo, ao longo dessas últimas décadas, sistematizado, e, mais, vem sendo tratado com leniência; em contrapartida temos o uso do Direito Penal como instrumento de intimidação e repressão das atividades sindicais. Nesse passo, é preciso que sejam revistas as garantias e imunidades do mandato sindical. Por outro lado, há um sem-número de direitos coletivos que historicamente ganharam relevância penal, hoje estão tutelados pelo ordenamento jurídico e têm profundos reflexos e consequências nas relações de trabalho. Os sindicatos e as centrais sindicais também devem estar atentos a essas novas/antigas questões como racismo, discriminação contra a mulher e as comunidades LGBTQIA+, crimes contra as crianças, crimes ambientais e inúmeras outras questões de interesse de toda sociedade que repercutem hoje gravemente nos propósitos delineados por este breve artigo. Dito isso, esse ensaio propõe o debate sobre esse campo que denominamos neste momento como Direito Penal sindical.

**Palavras-chave:** Mandato sindical; Criminalização dos movimentos sociais/sindicais; Direito Penal contra majoritário; Imunidades.

**Abstract:** This essay intends to bring to the legal debate, the hypothesis of a specialty that has been forgotten by the doctrine and legal operators of criminal law. It is a field of the renowned economic criminal law, but which encompasses counter-majoritarian themes. If on one hand we have corporate criminal law that has been systematized over the last few decades, and, moreover, has been treated with leniency; at this stage, we have the use of criminal law as an instrument of intimidation and repression of union activities. Therefore, the guarantees and immunities of the union mandate must be reviewed. On the other hand, there are countless collective rights that have historically gained criminal relevance, are today protected by the legal system, and have profound effects and consequences on work relationships. Unions and trade unions must also be aware of these new/old issues such as racism, discriminatory issues against women and LGBTQIA+ communities, crimes against children and the environment, and countless other topics of interest to all young people that have seriously repercussions now at days and are of interest in this brief article, in labor relations and the exercise of the union mandate. That said, this essay proposes a debate on the field that we currently call trade union criminal law.

**Keywords:** Criminal trade union law; Trade union right; Criminalization of social/union movements; Countermajoritarian criminal law.

Este ensaio pretende trazer ao debate jurídico um primeiro delineamento epistemológico de uma especialidade do Direito Penal Econômico que, apesar de sua relevância, vem sendo negligenciada pelos atores da justiça criminal. Aqui, diz-se um ramo ou uma especialidade, porque, embora não autônoma, evidentemente configura-se atualmente como um corpo de normas penais sistematizadas alinhavadas por um fio condutor,

um denominador comum: as relações de trabalho e o exercício de mandato sindical.

Nessa primeira visada, compreendemos que a melhor denominação é a de "Direito Penal Sindical", até mesmo como forma de contraponto a outra especialidade já consagrada do Direito Penal Econômico definida como Direito Penal Empresarial.

O Direito Penal e o Direito Sindical historicamente se encontram em vários momentos. Em primeiro lugar, a repressão penal constituiu a primeira reação do ordenamento jurídico perante o surgimento do associacionismo sindical e, sobretudo, perante sua principal forma de luta: a greve.

Sucessivamente, com o intervencionismo autoritário varguista, a organização e a ação sindical brasileira recebem sua mais incisiva regulamentação jurídica caracterizada pela matriz autoritário-corporativista, época também de promulgação do Código Penal (CP) brasileiro, que, no Título IV, dispõe sobre os crimes contra a organização do trabalho. E, como não poderia ser diferente, frente à contemporaneidade desses diplomas legais (CLT e CP), esse cariz autoritário se refletiu em todo ordenamento, marcadamente, recebendo a tutela penal.

Desde logo, observa-se a lógica da legislação penal perante as relações laborais, principalmente as coletivas, segundo uma postura de contenção ou repressão das atividades sindicais, na medida que a maioria dos crimes, ou ao menos aqueles mais severamente apenados, eram verdadeiras repressões a movimentos paredistas, a invasões e sabotagens de estabelecimentos e outras práticas da mesma natureza. Contudo, embora tenha sido adotado especialmente durante períodos autoritários, esse título nunca foi relevante no dia a dia da justiça criminal, tampouco suscitou grandes debates.

A repressão ao movimento sindical também foi uma característica fundamental da ditadura militar empresarial, que se estabeleceu no País a partir de 1964. Contudo, superados os anos de chumbo, notadamente a partir do ressurgimento do movimento sindical dos anos 1980, esse fundamental ator político recuperou sua representatividade e seu consequente papel de protagonista no espaço público nacional e ganhou relevância definitiva a partir da Constituição de 1988. Assim, a organização sindical se consolidou definitivamente como peça fundamental da engrenagem democrática, como canal de participação da cidadania laboral ao processo político de tomada de decisão.

Apesar de essa breve remissão histórica demonstrar avanços civilizatórios, avanços que de fato ocorreram, experimentamos na última década um retrocesso sem precedentes com o desmantelamento dos direitos sociais, do Direito do Trabalho e o enfraquecimento deliberado dos movimentos sociais, notadamente, dos sindicatos e de suas centrais.

Todo esse conjunto, que expressa as legítimas representações da sociedade civil, sofreu nesses últimos anos um expressivo abalo e, mais do que isso, seus militantes e suas representações passaram a ser vítimas de abusos na aplicação de direitos. Nesse passo, o Direito Penal passou a ser utilizado indevidamente como instrumento de contenção das representações sociais (Wacquant, 1969).

Evidentemente, repara-se que esse recrudescimento do uso instrumental da legislação penal atinge diretamente os movimentos sindicais e suas representações visto se tratar de setor absolutamente institucionalizado. Esse é um artifício que tem sido constatado por aqueles que atuam no dia a dia forense; na prática se lança mão do arsenal penal punitivo de forma abusiva com vistas a intimidar, coibir e desarticular a atividade dos sindicatos e seus representantes.

Nesse ponto, cabe a reflexão dos motivos pelos quais isso ocorre. A representação sindical, como o próprio nome diz, decorre do exercício de um mandato, sendo, portanto, um mandato sindical. O mandato, por sua vez, configura-se como um legítimo instrumento de representação democrática e participação ativa, levando em consideração que nossa democracia é construída sobre os pilares da representação popular.

Em várias situações do Estado Democrático de Direito, organizamos a ação dos grupos sociais por meio do exercício de

mandato, que não é exercido em favor do mandatário, mas sim de seus representados. A partir disso, sabe-se que, para o exercício do mandato, o representante haverá de se envolver em debates, conflitos, demandas, disputas e deverá ter a tranquilidade de fazê-lo de forma desassombrada, sem qualquer tipo de intimidação, sem temores. A vida em democracia assenta suas bases no pluralismo político e na lógica do conflito, cuja possibilidade é termômetro do grau de liberdade de uma sociedade. E isso só é possível se ao mandato forem conferidos garantias e predicamentos — ou melhor, prerrogativas, haja vista que “não há como promover a liberdade sindical sem uma atuação firme em face dos atos que a violam” (Oliveira Neto *et al.*, 2021, p. 1).

As prerrogativas que se conferem a um mandato não são privilégios, mas sim garantias conferidas ao mandatário para que ele possa arrostar qualquer afronta aos direitos que lhe cumprem defender. Isso é visto e conhecido, por exemplo, em todos os mandatos parlamentares que são providos de garantias e imunidades. O juiz que, sim, cumpre um mandato instituído por outra via de eleição, dispõe de predicamentos para o exercício da magistratura assim como os integrantes do Ministério Público. Nos cumprimentos de suas funções, aos advogados também são conferidas prerrogativas para o exercício da profissão que lhes permitam o pleno exercício da defesa de interesses alheios.

Pois bem, dito isso, uma primeira questão que se coloca é acerca do mandato sindical. Historicamente, o mandato sindical, no ordenamento jurídico brasileiro, tem sido instituído acompanhado por escassas garantias e predicamentos. Para entender seus desdobramentos, é necessário entender o conceito e o alcance da liberdade sindical.

O mandato sindical é expressão direta do exercício da liberdade sindical, direito humano fundamental reconhecido pela legislação internacional e premissa estruturante da organização e da ação coletivas. Conforme **Uriarte** (2012, p. 32), a liberdade sindical “é um pré-requisito ou condição para a posse e o exercício de outros direitos. Usando uma expressão em voga, pode-se dizer que é um direito a ter direitos, um direito gerador ou criador de outros direitos”.

Conforme a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho, garantir a liberdade sindical significa que os trabalhadores, sem nenhuma distinção e autorização prévia, têm o direito de constituir, administrar e organizar as organizações que estimem convenientes, assim como de filiar-se a elas, com a única condição de observar seus estatutos. Significa também que seja garantido o direito de redigir seus estatutos e regulamentos administrativos, de eleger livremente seus representantes, sem interferência do Poder Público e sem atos de ingerência do poder patronal.

Toda e qualquer discussão acerca das prerrogativas do representante coletivo, isto é, do mandato sindical, assim como a análise do alcance das definições do termo “condutas antissindicais”, que analisaremos neste texto, impõe a existência de um sistema normativo de plena liberdade sindical e da garantia de instrumentos para sua promoção e seu exercício no natural desenvolvimento do conflito coletivo.

O ordenamento jurídico brasileiro contempla a liberdade sindical no artigo 8º da Constituição, norma que alberga no Título II dedicado aos direitos e garantias fundamentais (Brasil, 1988). Contudo, evidentemente, a afirmação da liberdade sindical por si só não reafirma garantia de efetiva proteção, mas precisa de mecanismos e instrumentos eficazes para sua efetivação, ou seja, de normas contra as condutas antissindicais.<sup>1</sup>

Definimos ato antissindical como toda ação, conduta ou omissão que prejudique, restrinja, limite e hostilize a atividade sindical tanto atingindo individualmente o titular de direitos sindicais quanto atingindo coletivamente a organização/

associação sindical como entidade de representação da categoria.<sup>2</sup> É também antissindical toda conduta que limite injustificadamente as prerrogativas necessárias para o exercício da ação coletiva (Uriarte, 1987).

Referência normativa internacional para as condutas antissindicais é a Convenção 98 da Organização Internacional do Trabalho, promulgada em 1949 e ratificada pelo Brasil em 1952. A Convenção 98 divide a proteção contra as condutas antissindicais dividindo estas duas tipologias: atos discriminatórios (ou condutas antissindicais individuais, uma vez que agridem o exercício da liberdade sindical do trabalhador),<sup>3</sup> e atos de ingerência (ou condutas antissindicais coletivas, que se referem às condutas contra sujeição de um sindicato ao poder de outro).<sup>4</sup> Cabe aqui destacar que — ao contrário do que acontece com a Convenção 87, sobre liberdade sindical — o Brasil é signatário da Convenção 98, que, portanto, é norma com força de lei no território nacional.

O direito interno — além da estabilidade provisória de emprego, isto é, da proibição de dispensa sem ausência de justa causa do dirigente sindical (art. 8, VIII, CRFB; art. 543 §3º CLT, Brasil, 1943) — carece de instrumentos eficazes de repressão das condutas antissindicais.

Nesse âmbito, no que diz respeito à legislação penal, apenas o art. 199 dispõe sobre o crime de atentado contra a liberdade de associação,<sup>5</sup> limitando-se a punir comportamentos atentatórios à organização do trabalho, deixando de fora as inúmeras outras condutas que violam a “liberdade de trabalho” ou, melhor dito, a liberdade sindical no trabalho. Como foi observado por Silva e Lima (2010), o intuito do CP nesse caso — historicamente contaminado pelo autoritarismo antidemocrático e corporativista próprio do varguismo — é o de proteger a “organização do trabalho” e não a liberdade sindical no trabalho, uma vez que está, na lógica do corporativismo sindical, é nociva ao superior interesse da nação, que não tolera o conflito coletivo, que, como mencionamos acima, é característica de todas as democracias modernas.

Aqui é importante observar que o entrelaçamento histórico da legislação sindical e penal no Brasil, que tem o seu momento mais marcante do ponto de vista axiológico, dando lugar a um sistema de normas repressoras e, evidentemente, antidemocráticas, em relação ao exercício da liberdade sindical e, portanto, da consequente ausência de proteção contra seus atos atentatórios.

Nesse contexto, a liberdade sindical é direito humano pressuposto de todas as outras liberdades internas às relações de trabalho e constitui premissa *sine qua non* de todo e qualquer sistema de relações laborais democrático. A liberdade sindical do representante coletivo é garantia de liberdade de toda a categoria. O ordenamento jurídico, portanto, tem o dever não apenas de garantir efetiva proteção contra todo e qualquer ato atentatório ao seu exercício, mas também criar uma legislação de promoção da efetiva participação da classe que vive do próprio trabalho do sistema democrático de poder.

Nesse sentido, concorda-se com **Guilherme Feliciano** (2009, p. 350) quando afirma que:

[...] se se tomam as liberdades sindicais como bens essenciais ao Estado Democrático de Direito, e se o aparato legal não-penal tem se revelado insuficiente para a prevenção adequada das condutas antissindicais, é forçoso reconhecer a legitimidade da intervenção penal, para resguardo da normatividade “mínima necessária” à pacificação das relações coletivas no âmbito da empresa e do sindicato.

Ao contrário, percebe-se na atuação prática que, quando o Direito Penal encontra o movimento sindical, ele adquire uma conotação de instrumentalização e é usado como forma de inibir a ação dos dirigentes/diretores sindicais, únicos destinatários de proteção jurídica no exercício da própria função, isto é, da

mencionada estabilidade provisória no emprego.

Há, portanto, uma inversão de valores em jogo. Ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, em que a legislação penal é eficaz instrumento de repressão das condutas antissindicais dentro da empresa,<sup>6</sup> o ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de “tutela penal dissuasória das condutas antissindicais de máxima gravidade” (Feliciano, 2009, p. 357), mas por outro lado faz do aparato punitivista penal instrumento de sistemática responsabilização dos diretores de sindicato, por exemplo, crimes contra a honra ou de opinião e outros correlacionados ao exercício de seus mandatos, como forma de pressão e constrangimento da atividade sindical.

Segundo a Diretriz 5 da 15.ª Reunião Nacional da Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical e do Diálogo Social (Conalis), instituída no âmbito do Ministério do Trabalho, constitui conduta antissindical:

[...] a criminalização do movimento sindical, mediante tratamento meramente policial, com prisões ou ameaças de processos ou inquéritos penais pelo exercício da atividade sindical, visando a atemorizar, impedir ou desestimular o uso das faculdades, direitos e garantias inerentes ao sindicalismo, é prática incompatível com o regime de liberdades consagrado pela Constituição brasileira e pelas normas da Organização Internacional do Trabalho (Oliveira Neto *et al.*, 2021, p. 11).

No que diz respeito especificamente às condutas antissindicais praticadas contra dirigentes sindicais, a mesma pesquisa da Conalis enumera as seguintes situações:

[...] dispensar trabalhadora ou trabalhador em gozo de estabilidade provisória decorrente da eleição para o cargo de dirigente sindical, até um ano após o término do mandato, inclusive na condição de suplente; impedir a frequência de dirigentes sindicais nas assembleias e reuniões sindicais devidamente convocadas; deixar de promover trabalhadora ou trabalhador em retaliação pela sua atuação como dirigente sindical; dificultar, impedir, proibir ou criar embaraços ou dificuldades ao exercício do mandato sindical, estando o trabalhador em atividade na empresa ou afastado para o exercício do mandato (Oliveira Neto *et al.*, 2021, p. 21).

Hoje, mais que nunca, perante as transformações da organização do trabalho e da estrutura produtiva, à luz do enfraquecimento do interesse coletivo e da solidariedade como sentimento fundante de uma sociedade mais justa, diante da queda da filiação sindical, da informalidade estrutural, das crises econômicas que sempre mais rapidamente assombam o tecido social, associado a uma estrutura social racista e escravagista, impõe-se o fortalecimento do representante coletivo e de seu protagonismo social por meio de um conjunto de prerrogativas de exercício que vão além da única proteção ao diretor/dirigente. Nesse sentido, parece óbvio, por exemplo, apontar que, fruto de uma sociedade estruturalmente racista e escravagista, o noticiário nos evidencia que até hoje padecemos dessa mazela que é o trabalho escravo ou, como é atualmente definido, redução a condição análoga à de escravo. Arelada a ela também podemos apontar o tráfico de pessoas interno e externo. Todos esses crimes são delitos relacionados com a organização do trabalho.

Também não podemos jamais olvidar que a atividade econômica predatória, que não observa os hoje estabelecidos critérios/padrões de sustentabilidade, é a grande responsável pela destruição de nossos recursos naturais e do meio ambiente, e há nesse contexto, ainda, uma visão específica do meio ambiente do trabalho, um ambiente degradante; e em todos esses aspectos cabe a atuação sindical.

Na mesma tônica, ainda que necessários mais avanços, a mulher ocupa seu lugar no ambiente de trabalho exercendo as mais diversas funções, estando presentes no dia a dia das empresas, tornando-se hoje maioria da massa trabalhadora.

Apesar disso, o número de assédios contra a mulher no ambiente de trabalho aumentou, crescendo a ponto de ter sido necessária a promulgação de um dispositivo penal que prevê um delito típico de abuso na relação de trabalho, que é o assédio sexual. Isso, evidentemente, potencializa-se quando se trata também da população LGBTQIA+, que nem mesmo é admitida no cotidiano das relações trabalhistas.

Chama-se atenção, nesse passo, para uma inversão da relação até então descrita entre o Direito Penal e o Direito Sindical, nesses inúmeros aspectos de proteção coletiva – vale frisar: racismo, proteção da mulher, da infância e do meio ambiente, entre tantos outros aqui enunciados; o Direito Penal passa a ser um instrumento aliado à efetividade do exercício sindical e não seu opositor. Além disso, o uso da norma penal que confere ao representante sindical mecanismos de exercício concreto da liberdade sindical, dispondo de uma tutela inibitória da conduta empresarial por meio da sanção penal também convergem

nessa mesma perspectiva garantista do livre exercício sindical. Pensa-se entre outros: direito de reunião nos locais de trabalho, de informação, de crítica e de fiscalização, que, quando não atendidos, comportam a aplicação da sanção penal da atividade econômico-empresarial.

Essas são as considerações iniciais, próprias de um esboço, que trazemos ao debate considerando que todos esses temas, aqui enunciados, estão compreendidos no Direito Penal Econômico, pois são reflexos da atividade econômica e, portanto, repercutem também nas relações de trabalho. Nessa medida, devem, também, ser preocupação das representações sindicais. Esse campo aqui brevemente esboçado e evidentemente sujeito a críticas e ao escrutínio de todos os atores do Direito interessados nos aspectos aqui elencados e no aperfeiçoamento de suas instituições, é o que estamos no momento denominando Direito Penal Sindical.

### Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

**Declaração de conflito de interesses:** os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua

totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; eles também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

### Como citar (ABNT Brasil):

RIBEIRO, M. M.; COLUMBU, F. Direito Penal Sindical: a outra face da moeda. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 32, n. 376, p. 18-21, 2024. DOI:

10.5281/zenodo.10687489. Disponível em: [https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim\\_1993/article/view/1013](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1013). Acesso em: 1 mar. 2024.

### Notas

- Conforme ensina Mauricio Godinho Delgado (2011, p. 51-52): “[...] o princípio da liberdade associativa e sindical propugna pela franca prerrogativa de criação e desenvolvimento das entidades sindicais, para que se tornem efetivos sujeitos do Direito Coletivo do Trabalho. Como qualquer princípio, enquanto comando jurídico instigador, a presente diretriz também determina ao ordenamento jurídico que confira consistência ao conteúdo e objetivo normativos que enuncia. Ou seja, que estipule garantias mínimas à estruturação e atuação dos sindicatos, sob pena de não poderem cumprir seu papel de real expressão da vontade coletiva dos respectivos trabalhadores. Algumas dessas garantias já estão normatizadas no Brasil. A principal delas é a vedação à dispensa sem justa causa do dirigente sindical, desde a data de sua inscrição eleitoral até um ano após o término do correspondente mandato (art. 8, VIII, CF-88). Esta garantia conta, inclusive, com medida judicial eficaz do Juiz do Trabalho, mediante a qual pode-se determinar, liminarmente, a reintegração obreira em contextos de afastamento, suspensão ou dispensa pelo empregador (art. 659, X, CLT, conforme Lei n. 9.270-1996)”.
- Nesse sentido, conforme Antônio Montoya Melgar (1998, p. 130 apud Silva; Lima, 2010, p. 70), “[...] as ofensas que ataquem a liberdade de ação sindical agredem direitos sindicais ad intra como o autogoverno do sindicato e ad extra como a negociação coletiva, a greve, a delimitação de conflitos individuais e coletivos, bem como a formulação de candidaturas à representação em empresas”.
- Art. 1 – 1. Os trabalhadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego.

- Tal proteção deverá, particularmente, aplicar-se a atos destinados a: a) subordinar o emprego de um trabalhador à condição de não se filiar a um sindicato ou deixar de fazer parte de um sindicato; b) dispensar um trabalhador ou prejudicá-lo, por qualquer modo, em virtude de sua filiação a um sindicato ou de sua participação em atividades sindicais, fora das horas de trabalho ou com o consentimento do empregador, durante as mesmas horas.
- Art. 2 – 1. As organizações de trabalhadores e de empregadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência de umas e outras, quer diretamente quer por meio de seus agentes ou membros, em sua formação, funcionamento e administração. 2. Serão particularmente identificados a atos de ingerência, nos termos do presente artigo, medidas destinadas a provocar a criação de organizações de trabalhadores dominadas por um empregador ou uma organização de empregadores, ou a manter organizações de trabalhadores por outros meios financeiros, com o fim de colocar essas organizações sob o controle de um empregador ou de uma organização de empregadores.
- Art. 199 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a participar ou deixar de participar de determinado sindicato ou associação profissional: Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.
- Na Itália o art. 28 do Estatuto dos Trabalhadores prevê à punição criminal do empregador que não cumprir a decisão judicial que impõe cessar de imediato a conduta antissindical.

### Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 fev. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1943. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 19 fev. 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 87: Relativa à Liberdade Sindical e à Proteção do Direito de Sindicalização*. 22 de junho de 1948. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS\\_239608/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_239608/lang-pt/index.htm). Acesso em: 19 fev. 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 98: Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva*. 18 de novembro de 1952. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS\\_235188/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235188/lang-pt/index.htm). Acesso em: 19 fev. 2024.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2011.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Refundando o Direito Penal do trabalho: primeiras aproximações. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de*

*São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 339-375, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67861/70469>. Acesso em: 19 fev. 2024.

GALLART FOLCH, Alejandro. *El sindicalismo como fenómeno social y como problema jurídico*. Buenos Aires: Zavalia, 1957.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano et al. *Atos antissindiais: manual de atuação*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, Conalis, 2021. Disponível em: [https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/manuais/atos-antissindiais-manual-de-atuacao/@@display-file/arquivo\\_pdf](https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/manuais/atos-antissindiais-manual-de-atuacao/@@display-file/arquivo_pdf). Acesso em: 19 fev. 2024.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; LIMA, Firmino Alves. Repressão penal dos atos antissindiais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 37, 2010. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/104691>. Acesso em: 19 fev. 2024.

URIARTE, Oscar Ermida. *La protección contra los actos antisindicales*. Montevideo: FCU, 1987.

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3. ed. São Paulo: Revan, 1969.

Autores convidados

# HISTÓRIAS DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA: A CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMINOSOS (1890–1969)

*STORIES OF BRAZILIAN CRIMINAL LAW LEGISLATION: THE CLASSIFICATION OF  
CRIMINALS (1890–1969)*

## Marcelo Mayora Alves

Doutor em Direito pela UFSC. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Pós-doutorando no PPGD/UERJ. Professor adjunto na Universidade Federal do Pampa.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4677068855065531>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9135-9064>

[marceloalves@unipampa.edu.br](mailto:marceloalves@unipampa.edu.br)

## Mariana Dutra de Oliveira Garcia

Doutoranda em Direito pela UFSC. Mestra em Direito pela UFSC. Graduanda em História pela UFPEL.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6992777334687811>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5447-9115>

[marianadutragarcia@gmail.com](mailto:marianadutragarcia@gmail.com)

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10631570>

**Resumo:** O artigo apresenta e analisa os debates jurídicos-penais e criminológicos em torno ao tema da “classificação dos criminosos”, bem como sua consagração na legislação brasileira, no período compreendido pelos Códigos Penais de 1890, 1940 e 1969.

**Palavras-chave:** Classificação dos criminosos; Positivismos criminológico; Legislação penal.

**Abstract:** This paper presents and analyzes the legal and criminological debates surrounding the issue of “classification of criminals,” as well as its inclusion in Brazilian legislation during the period covered by the penal codes of 1890, 1940 and 1969.

**Keywords:** Classification of criminals; Positivist criminology; Criminal law.

## 1. Introdução

A categoria da periculosidade e a “classificação dos criminosos” (daqui em diante sem aspas) foram os instrumentos centrais da política criminal pretendida pela criminologia positivista. **Enrico Ferri** (1916, p. 24) dizia que “a jurisprudência clássica, de Beccaria a Carrara, ocupou-se exclusivamente dos crimes: deixava os seus auctores na sombra, atribuindo-lhes um typo único e médio de homem como todos os outros”.<sup>1</sup> Segundo o autor, para a melhor defesa da sociedade, essa noção deveria ser substituída por outra que se esforça em “pôr em relevo os caracteres que diferenciam os criminosos entre si, e por exprimir a sua individualidade physica e psychica no meio ambiente particular de cada um deles”, ou seja, “substitue ao typo classico, unico e incolor, diferentes physiognomias de delinquentes” (Ferri, 1916, p. 26). O criminólogo italiano produziu sua classificação dos criminosos a partir da síntese dos debates gerados pela investida inaugural de Lombroso e pelas críticas aos seus excessos biologicistas. Em seu quadro conceitual, os delinquentes foram agrupados em “criminoso-nato, criminoso

louco, criminoso por hábito adquirido, criminoso passional e criminoso acidental”, possuindo cada um deles características específicas, que devem ser descobertas para a definição do correto tratamento penal (Ferri, 1916, p. 26).<sup>2</sup> **Hilário Veiga de Carvalho** (1973, p. 104-135), no *Compêndio de Criminologia*, elenca classificações de 68 criminólogos, elaboradas a partir de diferentes critérios.

Sabemos que a consequência lógica das teses da criminologia positivista era a substituição da justiça criminal, fundada na lógica jurídica e monopolizada por juízes/juristas, por uma técnica de tratamento ou de eliminação dos criminosos (criminalizados), baseada na lógica criminológica e monopolizada pelo médico ou pelo antropólogo criminal. Daí resultou a “batalha do tribunal” e a “cruzada contra a justiça mística” (Darmon, 1991, p. 139) levada adiante pelos criminólogos positivistas e a reação tecnicista dos juristas no contexto das “disputas corporativas pela propriedade do crime” (Zaffaroni, 2005, p. 29). Muito já se pesquisou sobre o assunto, mas podemos aqui afirmar que o resultado dessa disputa e da

dita conciliação entre as “escolas penais” foi um modelo de aplicação da lei penal baseado fundamentalmente nas regras e metarregras da periculosidade e justificado ideologicamente na legalidade.<sup>3</sup>

Ao introduzir na legislação (processual) penal brasileira o acordo de não persecução penal, a Lei 13.964/2019 estabeleceu, no inciso II, do parágrafo 2, do art. 28-A, que não é cabível o instituto para investigados reincidentes ou “quando houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas”. Não deixa de ser curioso que “nesta altura do campeonato” a classificação dos criminosos tenha finalmente ingressado na legislação penal brasileira. Ela esteve durante todo o século XX (e final do XIX) na antessala dos nossos códigos penais e deu origem a renhidos debates. É do que trataremos neste artigo, relativamente ao período de 1890 a 1969.

## 2. 1890: Um código “retardado em relação à ciência penal do seu tempo”<sup>4</sup>

O primeiro Código Penal do Brasil cujo processo de elaboração e consolidação foi tensionado pela crítica reformista da escola positiva foi o de 1890. Naquele contexto, em que a abolição da escravidão e o processo que culminou com o advento da República passaram a exigir a elaboração de uma legislação penal “adaptada à nova situação”, como constava no projeto de lei apresentado por Joaquim Nabuco em outubro de 1888 (Zaffaroni *et al.*, 2003, p. 444), as ideias da criminologia positivista já circulavam de modo incipiente nos debates jurídicos-penais, sobretudo nas obras de Tobias Barreto — em sentido crítico — e João Vieira de Araújo (Alvarez, 2002, p. 683).

Contudo a codificação que prosperou (o projeto Baptista Pereira) não consagrou as ideias da escola positiva, motivo pelo qual foi submetido a críticas, sobretudo diante da intensificação da difusão do positivismo criminológico na última década do século XIX. Conforme Sontag (2014, p. 191), nos textos de João Vieira de Araújo “sobre o código de 1890 é perceptível claramente uma inconformidade como o ‘classicismo’ do texto legal de Baptista Pereira”. O autor ainda analisa em minúcias a crítica positivista ao código de 1890, provenientes de Vieira de Araújo, Aurelino Leal, Nina Rodrigues e Esmeraldino Bandeira.

O Código de 1890 não incorporou a classificação dos criminosos à sua estrutura repressiva. Manteve, tal qual o Código de 1830, apenas a reincidência como circunstância agravante (art. 39, parágrafo 19). Previa o livramento condicional “numa chave que substancialmente o inseria no direito de graça, sendo concedido mediante ato do poder executivo, por provocação do diretor do estabelecimento penitenciário” (Zaffaroni *et al.*, 2003, p. 49), de maneira que não estabelecia qualquer regramento fundado no “tipo de criminoso”. Aurelino Leal (1896, p. 205) lamentava a regra inscrita nesse dispositivo legal, pois o “livramento condicional, tal como deveria ser organizado no sistema positivo da segregação indeterminada, não poderia conceder-se senão depois de um exame physio-psycologico do condemnado”. E arrematava: “incontestavelmente, despresando-se a classificação científica dos criminosos, o instituto do livramento condicional tem desvantagens praticas de ordem tal, que reclamão a sua modificação no direito positivo”.

## 3. 1940: “A codificação brasileira nascerá atrasada de meio século”<sup>5</sup>

Camila Prando (2012, p. 223), ao investigar os debates do campo das ciências criminais do início do século XX, analisou o processo de “juridicização da periculosidade”, consagrada

legalmente “como critério na aplicação das medidas de segurança e na individualização judiciária” no Código Penal de 1940. Segundo a autora, a periculosidade já estava sendo gradualmente incorporada à legislação desde a década de 1920, “revelando o domínio da retórica criminológica no campo penal, e confirmando a centralidade do delinquente como aposta na eficácia do controle punitivo” (Prando, 2012, p. 226). Nesse sentido, nos termos do Decreto 16.665/1924, o requisito subjetivo para a concessão do livramento condicional, a ser analisado pelo então criado Conselho Penitenciário, passava a ser a possibilidade de regeneração do apenado (Prando, 2012, p. 229), ou, noutras palavras, não ser o preso um incorrigível.

No projeto Alcântara Machado constava a classificação dos criminosos. A comissão revisora, contudo, suprimiu o capítulo. Machado (1957, p. 1051) criticou veementemente essa tomada de posição político-criminal, referindo que a classificação é “indispensável ao tratamento penal”, e que, diante dessa situação, a “codificação brasileira nascerá atrasada de meio século”. Roberto Lyra (1977, p. 51) respondeu sustentando que a “individualização do tratamento é mais do que classificação dos criminosos” e que os critérios individualizadores presentes no código são “consistentes e permeáveis”.

Nelson Hungria não era adepto da classificação dos criminosos. Na exposição de motivos do Código Penal de 1940, aduziu o seguinte:<sup>5</sup>

O projeto não faz *classificação penal* especial de criminosos. Na sua sistemática, apenas distingue, para diverso tratamento penal, entre o criminoso *primário* e o criminoso *reincidente* (genérico ou específico). O projeto Alcântara Machado dividia os delinquentes em quatro categorias: *ocasionais*, *por tendência*, *reincidentes* e *habituais*. Ora, para a identificação dos “tipos” das duas primeiras categorias, não há seguros critérios objetivos. Não existem características constantes ou indícios infalíveis para diferenciar entre criminosos que o sejam *per accidens* e os que o sejam *por tendência*.

Quanto aos criminosos *por tendência*, nem mesmo se pode asseverar, incontestavelmente, que existam, isto é, não se pode afirmar que haja uma inclinação especial ou fatalística para o crime; mas, ainda que se pudesse admitir isso, não seria lógico que um código penal fundamentalmente informado na liberdade volitiva incluísse entre os *imputáveis* o delinquente que o é por irresistível tendência. Quanto aos *criminosos habituais*, não há razão para destacá-los da *família* dos reincidentes, uma vez que a estes seja aplicado, como no sistema do projeto, um tratamento especialmente rigoroso.

Para a individualização da pena, não se faz mister uma prévia catalogação, mais ou menos teórica, de espécies de criminosos, desde que ao juiz se confira um amplo arbítrio na aplicação concreta das sanções legais. Neste particular, o anteprojeto assume um sentido marcadamente *individualizador*. [...]

Com a adoção de tão extenso *arbitrium judicis*, na identificação ético-social do réu, visando o ajustamento das medidas de reação e defesa social ao indivíduo, para que rotular aprioristicamente subespécies de criminosos? (Hungria *apud* Pierangeli, 2001, p. 424, grifos do autor).

O modelo que passou então a ser adotado foi o do arbítrio judicial para a individualização da pena. Ao juiz foi concedida a discricionariedade de definir a reprimenda a partir das características do réu, ou, nos termos da redação original (art. 42), da análise dos antecedentes, da personalidade do agente, da intensidade do dolo ou do grau da culpa, dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime. Se a periculosidade pode ser considerada a metarregra básica da individualização da pena, no caso das medidas de segurança era o critério legal fundamental.

#### **4. O duplo binário e as medida de segurança no Código Penal de 1940**

Hungria (1977, p. 14) sustentava que o Código Penal de 1940 era “eminentemente retribucionista”, o que pode ser questionado, pois aquela codificação foi a primeira a consagrar no sistema penal brasileiro a medida de segurança, ou seja, a segregação por tempo indeterminado, baseada na periculosidade do agente. O sistema — que combina pena e medidas de segurança, ambas podendo ser aplicadas ao mesmo infrator em razão da mesma infração — ficou conhecido como duplo binário.

Na exposição de motivos (Pierangeli, 2001, p. 412) é sustentada a ideia de que o Código foi resultado de uma “política de transação ou de conciliação”, pois nele “os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva”. Na sequência, explica-se que o projeto “contém uma inovação capital”, qual seja o de fazer “ingressar na órbita da lei penal as medidas de segurança”. Segundo o autor do projeto, trata-se de um critério de política criminal “que paira acima do radicalismo de escolas” e que “está hoje definitivamente introduzido na legislação penal do mundo civilizado”, pois, “à parte a resistência dos clássicos, já ninguém mais declara infenso a essa bilateralidade da reação legal contra o crime” (Pierangeli, 2001, p. 428). A exposição de motivos insiste na “afirmação de que as medidas de segurança não têm caráter repressivo, não são pena”, mas “medidas de prevenção e de assistência social relativamente ao ‘estado perigoso’ daqueles que, sejam ou não penalmente responsáveis, praticam ações previstas na lei como crime” (Pierangeli, 2001, p. 428). Por fim, esclarecem que “o título consagrado às medidas de segurança [...] poderia ser denominado ‘o código de segurança dentro do código penal’” (Pierangeli, 2001, p. 428).<sup>6</sup>

O Código dispunha que a aplicação de medida de segurança seria cabível quando um agente cometesse um crime e fosse considerado perigoso (art. 76). Entretanto os autores de um crime impossível ou de meros atos preparatórios também poderiam ser submetidos às medidas de segurança, caso fosse reconhecida a periculosidade (art. 76, parágrafo único). Ou seja, o agente poderia ser submetido à medida de segurança mesmo sem ter praticado qualquer crime. Em alguns casos, a periculosidade, requisito da aplicação da medida de segurança, era presumida, como no caso dos reincidentes em crimes dolosos ou dos condenados por crimes cometidos no contexto de um “bando ou quadrilha de malfeitores” (art. 78). Quando a periculosidade não fosse presumida, deveriam ser analisadas a personalidade, os antecedentes, os motivos e as circunstâncias e os motivos do crime, podendo daí decorrer a “suposição de que venha ou torne a delinquir”, razão que permitia a aplicação da medida de segurança por tempo indeterminado. Ademais, todos os condenados à pena de reclusão por mais de cinco anos e todos os condenados a pena privativa de liberdade quando o crime estivesse relacionado à ociosidade, à vadiagem e à prostituição (art. 93) poderiam ser submetidos à medida de segurança. A medida só poderia ser extinta após a realização de “exame” que atestasse a cessação da periculosidade.

#### **5. A classificação dos criminosos e a pena indeterminada no Código Penal de 1969**

O anteprojeto Hungria, de 1963,<sup>7</sup> extinguiu o duplo binário, reservando a medida de segurança aos doentes mentais — nos termos do texto legal — que praticassem crimes, que deveriam ser internados em manicômios por tempo indeterminado. Essa opção político-criminal era influenciada pelas ideias da escola neodefensivista: pena e medida de segurança deixavam de se constituir em respostas distintas à prática de crimes, pois a pena

— compreendida como uma medida educativa — tornava-se idêntica à medida de segurança.

No Segundo Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, ocorrido em Brasília, Hungria (1968, p. 91, grifos do autor) noticiava que “nos mais recentes Congressos penais, no plano internacional”, estava sendo “debatida largamente a tese relativa à supressão do sistema de **dupla via** ou de **dois trilhos**, isto é, da aplicação sucessiva de pena e medida de segurança, a ser substituída por um tratamento unitário”; e que no Congresso de Roma, em 1953, teria triunfado a tese da unificação integral das duas sanções, sob o nome de medida de segurança, “se Filippo Grispigni, o saudoso Professor da Universidade Romana, que sempre evolui entre a escola positiva e a escola neo-clássica”, que foi o relator do tema, não tivesse proposto uma fórmula conciliatória ou transacional: “não mais o sistema de aplicação sucessiva de pena e medida de segurança, ou vice-versa, mas o sistema alternativo, ficando ao esclarecido e prudente arbítrio do juiz, em cada caso, aplicar, ou somente a pena ou somente a medida de segurança” (Hungria, 1968, p. 92).

Hungria (1968) posicionava-se a favor do método unitário, mas sob o nome de pena. O argumento central, como já vimos, referia-se ao fato de que a medida de segurança era “conceitualmente subordinada, na sua aplicação, ao estado de periculosidade ou anti-sociabilidade do delinqüente” (Hungria, 1968, p. 92), de modo que ficaria inviabilizada a sua aplicação a todos aqueles que cometessem crimes, mas que não fossem considerados perigosos ou antissociais. Adota, então, o chamado sistema vicariante, unificando pena e medida de segurança, sob o nome de pena, e reservando a medida de segurança apenas aos “doentes mentais e inferiorizados psíquicos de natureza mórbida” (Hungria, 1968, p. 94). O fim do duplo binário foi aplaudido por **Heleno Fragoso** (1963, p. 75), no parecer sobre o anteprojeto Hungria:

Corretíssima a solução do anteprojeto no abandono do sistema duplo binário (pena e medida de segurança detentiva sucessivamente aplicada). Esse sistema, que teve a missão histórica de conciliar duas tendências opostas, está em franco declínio por toda parte. No Brasil, afora uma ou outra malograda experiência, êle realmente não chegou a ser pôsto em prática.

A supressão do duplo binário e da medida de segurança por tempo indeterminado para imputáveis foi objeto de insatisfação.

**Basileu Garcia** (1965, p. 128) considerou inconvenientes os “cortes substanciais [...] na antiga estrutura jurídica das medidas de segurança, cuja utilidade na proteção coletiva é incontestável”. Hungria, em resposta, sustentou que de nada vale a suposta maior proteção de tal sistema, se durante a vigência do Código Penal de 1940 “o capítulo sôbre medidas de segurança não representou mais do que um poema futurista que poderia ser assinado por Manuel Bandeira ou Carlos Drummond de Andrade” (Hungria, 1965, p. 467).

A extinção da medida de segurança para imputáveis vinha acompanhada da aproximação entre as duas vias de resposta penal. O foco na defesa social era mantido e a antiga novidade consagrada pelo anteprojeto era a classificação dos criminosos. Hungria, após excluir a classificação dos criminosos do código de 1940, parece ter mudado de ideia, pois o anteprojeto previa o instituto e estabelecia que, em se tratando de criminoso habitual ou por tendência, a pena poderia ser aumentada até o dobro. A habitualidade presumida ocorria nos casos daquele que reincidisse pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, punível com pena privativa de liberdade. A habitualidade deveria ser reconhecida pelo juiz, ou seja, não era presumida, nos casos nos quais o agente, mesmo sem ter condenação anterior, cometesse quatro ou mais crimes da

mesma natureza, puníveis com pena privativa de liberdade, no caso de suas condições de vida e circunstâncias dos fatos indicarem a inclinação para a prática de crimes. Já o criminoso por tendência era aquele que houvesse cometido homicídio, tentativa de homicídio ou lesão corporal grave, nos casos nos quais os motivos determinantes indicassem extraordinária torpeza, perversão ou malvadez (art. 60 e parágrafos).

**Heleno Fragoso** (1963, p. 23, grifo do autor), na parte dois do parecer sobre o anteprojeto, admitia que o tratamento penal dos delinquentes habituais ou por tendência era preocupação constante em todos os países, mas salientava que “dentro da concepção clássica, de um rígido enquadramento do direito penal da culpa, ninguém pode ser punido pelo que **é**, mas pelo que **fêz**”. Desse modo, mesmo compreendendo que seria “necessário um tratamento especial para os criminosos habituais, dada a evidente ineficácia das penas em relação aos mesmos”, posicionava-se no sentido de que “a fórmula do anteprojeto não pode ser aceita [...] sem reservas”, pois seria “repugnante punir mais severamente o criminoso habitual, em virtude de uma condição de sua pessoa, que independe de culpa” (Fragoso, 1963, p. 26).

A atribuição positiva da classificação de criminoso habitual ou por tendência resultava, nos termos do anteprojeto Hungria, no aumento da pena daquele que fosse etiquetado. Ou seja, Hungria colocava fim ao regime das medidas de segurança por tempo indeterminado, aplicadas a imputáveis, considerados perigosos, como ocorria segundo as regras do Código Penal de 1940.

Entretanto, nas últimas revisões do texto, sob a presidência de Alfredo Buzaid, então Ministro da Justiça, adotou-se a pena indeterminada para os criminosos habituais e por tendência. O texto definitivo, promulgado em 1969, foi o seguinte:

Art. 64. Tratando-se de criminoso habitual ou por tendência, a pena a ser imposta será por tempo indeterminado. O juiz fixará a pena correspondente ao crime cometido, que constituirá a duração mínima a da pena privativa de liberdade, não podendo ser, em caso algum, inferior a três anos (Criminoso habitual ou por tendência).

§1º A duração da pena indeterminada não poderá exceder a dez anos, após o cumprimento da pena imposta (limite da pena indeterminada)

No artigo “A aplicação da pena indeterminada no novo Código Penal Brasileiro”, **Benjamin Moraes** (1975, p. 76) informa que

nas revisões sobre o anteprojeto, quer sob a presidência do próprio autor, quer, após sua morte, sob a orientação do Ministro Alfredo Buzaid, a matéria evoluiu para a adoção clara da teoria da pena indeterminada.

Entretanto não temos certeza quanto à correção dessa afirmação. Na revisão de 1965, a pena indeterminada não foi adotada. Nelson Hungria manifestou-se expressamente contra a indeterminação da pena (1968, p. 94), sustentando que “do ponto de vista político, seria desaconselhável, porque enseja demasiado arbítrio judicial, dada a atual precariedade ou relativa insegurança dos indícios psicológicos da cessação de anti-sociabilidade”. Além disso, “para a recusa da pena

indeterminada, existe até mesmo a censura da Lei Constitucional, que proíbe a ‘prisão perpétua’ como pena” (Hungria, 1968, p. 94). Posteriormente, não sabemos se nas últimas revisões, da qual participou apenas Heleno Fragoso, ocorreu essa decisão político-criminal, ou se ela foi tomada no último período anterior à promulgação, no qual as decisões eram tomadas por Alfredo Buzaid e por Benjamin Moraes.

Na Exposição de Motivos constou o seguinte:

Os criminosos habituais ou por tendência constituem o grande problema da repressão penal. É necessário reagir contra esse tipo de criminalidade com instrumentos verdadeiramente eficientes. [...] O projeto incorpora-se à legislação moderna, estabelecendo previsão especial quanto aos criminosos habituais ou por tendência, e um sistema repressivo eficaz, com a pena relativamente indeterminada (Pierangeli, 2001, p. 587).

A redação final do Código Penal de 1969 adotou, em verdade, a pena relativamente indeterminada, pois após o cumprimento da pena imposta, aquele que fosse considerado criminoso habitual ou por tendência, poderia ficar recluso indeterminadamente por até dez anos, depois de concluída a pena aplicada. Na reforma de 1973, a principal alteração foi a extinção da lista restrita de delitos que autorizava a classificação legal do criminoso por tendência. A partir da Lei 6.016/73, deveria ser considerado criminoso por tendência não apenas o sujeito que praticou homicídio, tentativa de homicídio ou lesão corporal grave, mas todo aquele que “pela sua periculosidade, motivos determinantes e meios ou modos de execução do crime, revela extraordinárias torpeza, perversão ou malvadez” (art. 64, §3º). Na exposição de motivos, **Buzaid** (1974, p. 12) esclarece: “tive presentes, ao propor esta alteração, algumas hipóteses de estupro ou de latrocínio, não abrangidos pelo Código”.<sup>8</sup>

## 6. Considerações finais

**Roberto Lyra** (1977, p. 52) dizia que “a periculosidade [...] governa os instrumentos de política criminal”. De fato, apesar das divergências epidérmicas sobre as respostas penais que deveriam ser adotadas (medida de segurança, aumento da pena ou pena indeterminada) ou sobre a forma de classificação do delinvente (utilização de tipologia minuciosa ou de conceitos mais amplos), concordava-se quanto ao essencial. Ou seja, era praticamente unânime — antes do questionamento do positivismo criminológico pela criminologia crítica — a noção sistematizada por Liszt: que existem criminosos perigosos e não perigosos; ou recuperáveis e irrecuperáveis; que a resposta penal deve adequar-se a essa tipologia; e, que o jurista, principalmente o juiz, é o agente legitimado a classificar, a nomear, a instituir o rótulo de perigoso aos sujeitos criminalizados.

Como o Código Penal de 1969, embora promulgado, jamais entrou em vigor, a classificação dos criminosos permaneceu nos bastidores e o duplo binário só foi extinto em 1984, com a nova parte geral do código penal de 1940.<sup>9</sup>

### Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

**Declaração de conflito de interesses:** os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua

totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; eles também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

### Como citar (ABNT Brasil):

MAYORA, M.; GARCIA, M. Histórias da Legislação Penal Brasileira: a classificação dos criminosos (1890 – 1969). **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 32, n. 376, p. 22-26, 2024. DOI: 10.5281/zenodo.10631570. Disponível em:

[https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim\\_1993/article/view/996](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/996). Acesso em: 1 mar. 2024.

- <sup>1</sup> Neste e noutros trechos mantivemos a grafia original, relativa à época em que foi escrito.
- <sup>2</sup> Garófalo (2005, p. 315) sustentava que o critério da idoneidade deveria substituir o da responsabilidade moral e da proporcionalidade entre pena e delito, “*indicando los medios de represión que son adecuados a cada clase de criminales*”. Lizst (1994, p. 120) entendia que os possíveis efeitos da pena são a correção, a intimidação e a neutralização, e que esses três tipos de punição deveriam corresponder a três categorias de delinquentes: os irrecuperáveis, os recuperáveis e os ocasionais. Os primeiros são os delinquentes habituais, “os inimigos fundamentais da ordem social” (Lizst, 1994, p. 116), que poderiam ser identificados com a ajuda das estatísticas criminais e da antropologia criminal, e que cometem geralmente crimes contra a propriedade e contra os bons costumes. Para estes, “*el código penal debería determinar [...] que una tercera condena por uno de los delitos mencionados más arriba llevaría a una reclusión por tiempo indeterminado*”, que seria cumprida em presídios e consistiria “*en una servidumbre penal, bajo la más severa obligación de trabajo y la mayor explotación posible de la fuerza de trabajo*”. E como sanção disciplinar, “*la pena corporal sería casi inevitable*” (Lizst, 1994, p. 121). Para o segundo grupo (os que precisam de correção) e para o terceiro grupo (os delinquentes ocasionais), o autor também oferece as soluções penais pertinentes, mas não vamos nos alongar por aqui.
- <sup>3</sup> CPara a síntese, vejamos a clássica conclusão de Rosa Maria Cardoso da Cunha (1979, p. 131): Dito de outro modo, a fórmula da personalidade viabiliza o princípio da legalidade na forma idealizada que o saber penal propõe sua existência. A fórmula da personalidade, orientando efetivamente a interpretação e a aplicação da lei penal, põe-se como fiadora do mito contratual que inspira o princípio da legalidade. Noutras palavras, a ficção do contrato, da retribuição simétrica, ou da legalidade, pode ser mantida porque existe ordenação eficiente, casuística, conjuntural, equitativa (segundo os interesses do sistema), que a fórmula da personalidade exerce. Posto, então, como “o segredo” do princípio da legalidade o procedimento periculosidade-punição permite que o sistema penal ofereça ao público sua fachada de ouro, sua prestigiada pose liberal.
- <sup>4</sup> A expressão consta no primeiro parágrafo da exposição de motivos do Código Penal de 1940.
- <sup>5</sup> Apesar da supressão da classificação dos criminosos, o projeto da comissão revisora pouco alterou o capítulo das medidas de segurança elaborado por Alcântara Machado, que acolhia largamente “os postulados positivistas” (Del Pozzo, 1940, p. 632).
- <sup>6</sup> É interessante notar o esforço dos autores do texto oficial para excluir e ao mesmo tempo incluir as medidas de segurança no “horizonte de projeção do Direito Penal” (Zaffaroni; Batista, 2003, p. 91), com o objetivo de garantir a radical intervenção possibilitada pelas medidas de segurança e ao mesmo tempo manter hígido o discurso liberal do Direito Penal.
- <sup>7</sup> Para detalhes sobre esse processo codificador, conferir: Alves (2023).
- <sup>8</sup> O anteprojeto alternativo sobre o sistema de penas, elaborado por membros do Ministério Público e do Judiciário de São Paulo, que foi apresentado pelo Senador Accioly Filho por ocasião da tramitação da Lei 6016/73, repelia a classificação dos criminosos, considerada, “além de inconveniente, desnecessária, em razão da nova sistemática”. Ademais, repeliu a pena indeterminada. As diferenças, entretanto, não eram tão relevantes. Nos termos do anteprojeto alternativo, o juiz deveria declarar, na sentença, a periculosidade do réu, como acentuada, escassa ou nenhuma. Deveria ser considerado de acentuada periculosidade o agente que cujo seus antecedentes e personalidade, bem como os meios e os motivos do crime, evidenciasse inclinação para práticas delituosas; também aquela cuja ação criminosa revelasse torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral, e, por fim, o sujeito que tivesse sofrido duas condenações irrecorríveis a pena de prisão. O agente de escassa periculosidade seria aquele que poderia ser regenerado desde que submetido a medidas reeducativas e de proteção, ao passo que o de nenhuma periculosidade seria aquele que poderia ser regenerado independente de qualquer ação reeducativa estatal. Para declarar a periculosidade, o juiz deveria se valer dos elementos constantes nos autos e de exame psiquiátrico, que poderia requerer. O anteprojeto ainda estabelecia que o Ministério Público deveria contar com um corpo de funcionários destinados à investigação dos elementos relativos à constatação da periculosidade. Conforme a exposição de motivos (Brasil, 1974, p. 144), a aferição da periculosidade seria “a pedra de toque do sistema, já que, com base em tal definição, que será provisória, o sentenciado receberá o tratamento adequado à sua periculosidade”.
- <sup>9</sup> Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho (2002, p. 63) lembram que o aumento da reprimenda para o reincidente, na reforma de 1984, foi a solução legislativa adotada diante da supressão do duplo binário. E transcrevem o seguinte trecho da exposição de motivos da Lei 7.209/84: “com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema destinando penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida”.

## Referências

- ALVES, Marcelo Mayora. *Os penalistas na ditadura*. Rio de Janeiro: Revan, 2023.
- BRASIL. *Código Penal: Histórico da Lei n.º 6.016/73*. Brasília: Senado Federal, 1974.
- BRASIL. *Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890*. Promulga o Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1890. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm). Acesso em: 6 fev. 2024.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm). Acesso em: 6 fev. 2024.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del1004.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del1004.htm). Acesso em: 6 fev. 2024.
- BRASIL. *Lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973*. Altera dispositivos do Decreto-lei número 1.004, de 21 de outubro de 1969, que instituiu o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/l6016.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6016.htm). Acesso em: 6 fev. 2024.
- BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/l6016.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6016.htm). Acesso em: 6 fev. 2024.
- CARVALHO, Hilário Veiga de. *Compêndio de Criminologia*. São Paulo: José Bushatsky, 1973.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.
- DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Époque*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- DEL POZZO, Carlos Umberto. O projeto de Código Criminal Brasileiro (A caminho do positivismo criminológico). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 35, n. 3, p. 621-635, 1940. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65927>. Acesso em: 6 fev. 2024.
- FERRI, Enrico. *Os criminosos na arte e na literatura*. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira, 1916.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. A reforma da legislação penal brasileira – I. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 55-81, jul./set., 1963.
- GARCIA, Basileu. As penas e sua aplicação no anteprojeto. In: Anais Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro, de autoria do Ministro Nelson Hungria. *Anais [...]*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965.
- GARÓFALO, Raffaele. *La criminología: estudio sobre el delito y la teoría de la represión*. Montevideu/Buenos Aires: BdeF, 2005.
- HUNGRIA, Nelson. Respostas às objeções ao anteprojeto. Primeira, segunda e terceira conferências. In: Anais Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro, de autoria do Ministro Nelson Hungria. *Anais [...]*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965.
- HUNGRIA, Nelson. Novas teorias e diretrizes do direito penal. In: Anais do II Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins. *Anais [...]*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 1968.
- HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal: Volume I, Tomo I, Arts. 1º a 10. 5. ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- LEAL, Aurelino d'Araújo. *Germens do crime*. Bahia: Magalhães, 1896.
- LISZT, Franz Von. *La idea de fin en el derecho penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- LYRA, Roberto. *Direito Penal Normativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977.
- MACHADO, Alcântara. Código Penal do Brasil. In: RIBEIRO, Leonídio (Org.). *Criminologia*. Volume 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p. 1039-1054.
- MORAES, Benjamin. A aplicação da pena indeterminada no novo Código Penal Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 12, n. 46, 1975.
- PRANDO, Camila Cardoso de Mello. *O saber dos juristas e o controle penal: o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SONTAG, Ricardo. “Código Criminológico”? Ciência Jurídica e codificação penal no Brasil 1888-1899. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- ZAFFARONI; Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Volume I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

# CRIMINALIZAÇÃO DO BULLYING E DO CYBERBULLYING: O ESTADO PENAL ATACA NOVAMENTE

**CRIMINALIZATION OF BULLYING AND CYBERBULLYING: THE PENAL STATE STRIKES AGAIN**

**Helena Zani Morgado**

Mestre em Direito Penal pela UERJ.

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Assessora de Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4366981791217949>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2685-5651>

[helena.morgado@defensoria.rj.def.br](mailto:helena.morgado@defensoria.rj.def.br)

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10685205>

**Resumo:** Este trabalho tem por escopo analisar o novel artigo 146-A no Código Penal, introduzido pela Lei 14.811/2024 com vistas a criminalizar o bullying e o cyberbullying. Trata-se de um estudo crítico dos referidos tipos penais que perpassa por sua adequação linguística, dogmática e político-criminal. Almeja-se, neste espaço, evidenciar mais uma manifestação de irracionalidade da criminalização da vida cotidiana.

**Palavras-chave:** Direito Penal; *Bullying*; *Cyberbullying*.

**Abstract:** This essay aims to analyze article 146-A of the Brazilian Penal Code, newly introduced by act number 14,811/2024, which turned bullying and cyberbullying into crimes. It is a critical study on those two felonies, through linguistic, dogmatic, and political perspectives. The goal is to highlight the irrationality of the criminalization of everyday life.

**Keywords:** Criminal Law; *Bullying*; *Cyberbullying*.

## 1. Introdução

Em 12 de janeiro de 2024, foi publicada a Lei 14.811/2024, que declara instituir “medidas de proteção à criança e ao adolescente contra a violência nos estabelecimentos educacionais ou similares”. Dentre as alterações legislativas inauguradas pelo referido ato normativo, destaca-se a inclusão, no Código Penal (CP), dos crimes de intimidação sistemática (*bullying*) e de intimidação sistemática virtual (*cyberbullying*).

O novel art. 146-A do CP tem a seguinte redação:

Intimidar sistematicamente, individualmente ou em grupo, mediante violência física ou psicológica, uma ou mais pessoas, de modo intencional e repetitivo, sem motivação evidente, por meio de atos de intimidação, de humilhação ou de discriminação ou de ações verbais, morais, sexuais, sociais, psicológicas, físicas, materiais ou virtuais: Pena – multa, se a conduta não constituir crime mais grave.

O parágrafo único, a seu turno, assevera que, “se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social, de aplicativos, de jogos *on-line* ou por qualquer outro meio ou

ambiente digital, ou transmitida em tempo real”, a pena é de “reclusão, de 2 (dois) anos a 4 (quatro) anos, e multa, se a conduta não constituir crime mais grave”.

Neste breve espaço, buscar-se-á realizar uma análise crítica dos referidos tipos penais, perquirindo sua adequação dogmática e político-criminal. Nesse sentido, cumpre aferir, de plano, se a criminalização do *bullying* e do *cyberbullying* ultrapassa os filtros de legalidade, constitucionalidade, proporcionalidade e racionalidade inerentes ao Direito Penal. Parte-se da hipótese de que a conhecida aposta do legislador no poder punitivo como panaceia para os problemas sociais já nasce frustrada, consoante se tentará demonstrar nas próximas linhas.

## 2. Pleonasmos jurídico e redacional: as palavras inúteis da lei

É oportuno iniciar a análise ora pretendida a partir dos elementos textuais contidos no tipo penal, introduzido em nosso código sob os ventos do populismo punitivo. O verbo nuclear do delito de *bullying* é “intimidar”; e, dentre as formas de corporificação das condutas descritas no *pragma*, destaca-se a expressão “por meio de atos de intimidação”. Isso mesmo: intimidar mediante atos de intimidação.

E não é só. O tipo também exige que a intimidação seja “sistemática” e “repetitiva”; ora, se é sistemático, é necessariamente repetitivo, e vice-versa. Nesse contexto, trata-se de crime habitual, constatação corroborada pelo pleonasmos contido no tipo penal sobre a necessidade de a conduta ser praticada repetida e sistematicamente. É dizer: a prática de apenas um ato intimidatório, ainda que restrinja momentaneamente a liberdade individual de alguém, não é suficiente para caracterizar o crime do art. 146-A do CP. Tal conclusão, como aprofundaremos no próximo tópico, se evidencia do próprio *nomen iuris* elidido pelo congressista, qual seja, intimidação sistemática.

O legislador também usou elementos textuais redundantes ao dispor que o ato pode ocorrer por meio de ações “físicas” ou “materiais”, expressões visivelmente sinônimas.

De mais a mais, a lei exige que o ato seja praticado “de modo intencional”, previsão desnecessária porque o tipo subjetivo *per se* já exige o dolo, como descrito na regra geral do art. 18 do CP, assim entendido como o conhecimento de que o ato resultará no amedrontamento da vítima e como a vontade de causar temor. Assim, é a consciência da intimidação que mobiliza o sujeito ativo, desejoso de humilhar/discriminar/atemorizar, a praticar o *bullying*, sendo despicienda a locução “de modo intencional”.

Por fim, o *caput* do art. 146-A exemplifica que as condutas

podem ocorrer por meio de “de ações verbais, morais, sexuais, sociais, psicológicas, físicas, materiais ou virtuais”, e aqui reside uma questão que precisa ser debatida: qual a diferença entre o *bullying* virtual, do art. 146-A, *caput*, para o *cyberbullying*, figura qualificada descrita no parágrafo único no mesmo artigo? Leiamos: “se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social, de aplicativos, de jogos *on-line* ou por qualquer outro meio ou ambiente digital, ou transmitida em tempo real”. Ora, *bullying* mediante ações virtuais não é, precisamente, o *cyberbullying*? Parece nítido, aqui, o deslize do legislador.

## 3. Algumas observações dogmáticas

O art. 146-A do CP está situado no Capítulo VI, que trata dos crimes contra a liberdade individual, especificamente na Seção I, que versa sobre os delitos contra a liberdade pessoal.

Recordemos, aqui, algumas características básicas extraídas da leitura do *caput* do referido artigo: a) trata-se de crime doloso, isto é, o sujeito ativo precisa ter consciência de que sua conduta comissiva resultará na intimidação do ofendido, bem como orientar sua vontade à humilhação/discriminação/intimidação da vítima; b) a conduta deve ser praticada de forma reiterada; c) o ato deve ser praticado “sem motivação evidente”; d) a opção legislativa revela uma infração de forma livre, que pode ser praticada por meio de “ações verbais, morais, sexuais, sociais, psicológicas, físicas, materiais ou virtuais”; e) a subsidiariedade do delito está expressamente descrita no preceito secundário; f) o crime é punido isoladamente com pena de multa; g) a ação penal é pública incondicionada.

Diante dos elementos normativos “sistematicamente” e “repetitivo” presentes na descrição típica, é forçoso concluir, como já foi dito, que a intimidação deve se dar de modo reiterado, não bastando a prática de um único ato. Cuida-se de crime habitual, sendo insuficiente a situação única, ainda que veemente. É dizer, apenas a pluralidade de atos pretéritos, ainda que não homogêneos, perfaz o delito descrito no art. 146-A do CP.

Sustentamos, nesse contexto, a necessidade da prática de, ao menos, três atos para se aferir a tendência de sistematicidade inerente ao instituto; do contrário, a conduta será meramente episódica e representará um indiferente penal.

O tipo penal contém a elementar “sem motivação evidente”, o que implica afirmar, a *contrario sensu*, que será atípica a intimidação sistemática baseada em algum “motivo evidente”. Se não houver declaração de inconstitucionalidade da norma por

Assim, é a consciência da intimidação que mobiliza o sujeito ativo, desejoso de humilhar/discriminar/atemorizar, a praticar o *bullying*, sendo despicienda a locução “de modo intencional”.

afrenta ao princípio da legalidade estrita, caberá ao magistrado, no caso concreto, analisar quais motivos evidentes retirariam a tipicidade da conduta.

O *bullying* e o *cyberbullying* são crimes residuais, verdadeiros soldados de reserva — para usar a célebre expressão de Nelson Hungria —, que incidirão apenas na hipótese em que a conduta não se subsumir a delitos mais graves. Como, em regra, a intimidação sistemática vem acompanhada de algum crime contra a honra, tudo indica que, ao menos na figura do *caput*, o crime já nasce em desuso.

Andou mal o legislador no que concerne à natureza da ação penal: melhor seria que o delito fosse dependente de queixa ou, ao menos, que se observasse a regra do crime de perseguição (*stalking*), direcionado ao mesmo bem jurídico, que somente se procede mediante representação. Ao assim proceder, deixar-se-ia a critério da pessoa intimidada, principal interessada na solução da controvérsia, a decisão acerca dos benefícios de eventual provocação da jurisdição, que pode ser mais danosa ao ofendido do que a inércia das agências de controle.

Ao fim e ao cabo, o condicionamento da ação evita a indesejada repercussão social de fatos que envolvem a intimidade do ofendido, do qual não pode ser retirada a escolha de obstar o *strepitus iudicii*. Não custa anotar, de *lege ferenda*, que o prazo decadencial começaria a fluir da data em que o ofendido completasse dezoito anos, caso criança ou adolescente à época dos fatos.

#### **4. Contradição penal I: pode a intimidação entre avatares ser mais gravosa do que aquela praticada entre pessoas de carne e osso? —**

Salta aos olhos a discrepância entre os preceitos secundários do *bullying* (multa) e do *cyberbullying* (reclusão, de 2 anos a 4 anos, e multa). É possível, nessa quadra, sustentar a inconstitucionalidade do dispositivo por violação do princípio da proporcionalidade das penas, cabendo consignar que similar controle já foi realizado pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao art. 273, § 1º-B, V, do CP (Brasil, 2015) e pelo Supremo Tribunal Federal no que tange ao *caput* do mesmo artigo (Brasil, 2021).

A irracionalidade do poder punitivo avulta quando se constata que a intimidação realizada entre dois personagens de jogos *on-line* é sancionada com uma pena de 2 a 4 anos de reclusão e multa, enquanto o *bullying* praticado presencialmente, contra uma pessoa de carne e osso, é apenado exclusivamente com pena de multa. Como justificar ser extremamente mais gravosa a conduta intimidatória em jogo *on-line* do que o ato presencial, com aproximação corporal?

Basta transportamos o raciocínio para os crimes sexuais: faz algum sentido punir mais severamente o estupro praticado por um avatar de videogame do que similar violência sexual perpetrada por uma pessoa de carne e osso contra outra? A resposta, evidentemente, só pode ser negativa.

Idealmente, sem dúvidas, substituir-se-ia a figura qualificada, sobremaneira abrangente, por uma causa de aumento de pena que incidisse quando o delito fosse cometido na “rede mundial de computadores”, como ocorre nos crimes contra a honra, e retirar-se-ia a modalidade “virtual” do *caput*.

#### **5. Contradição penal II: a criminalização protege alguém?**

Curioso observar que a ementa da Lei 14.811/2024 assim dispõe:

Institui medidas de proteção à criança e ao adolescente contra a violência nos estabelecimentos educacionais ou similares, prevê a Política Nacional de Prevenção e Combate ao Abuso e Exploração Sexual da Criança e do Adolescente e altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (CP), e as Leis 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), e 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

É fácil notar, todavia, que, por detrás do véu do bonito discurso afeto à “proteção” de crianças e adolescentes, a criminalização do *bullying* coloca justamente o alvo da repressão punitiva nas costas dos jovens, principais responsáveis pelas condutas intimidatórias que a lei almeja tutelar.

De outro lado, a lei, criada, em tese, para salvaguardar crianças e adolescentes, permite a punição de atos praticados contra adultos, por se tratar de crime comum, que pode ser

praticado por qualquer pessoa contra qualquer pessoa, porquanto não exige especial qualidade do sujeito ativo nem do sujeito passivo.

Uma breve observação, talvez banal, mas que precisa ser realizada em tempos de fluidez hermenêutica: não é possível a prática de *bullying* contra pessoas jurídicas, notadamente por tratar-se de crime “contra a liberdade pessoal”, bem jurídico impossível de ser titularizado por pessoas jurídicas.

Retornando ao campo político-criminal, percebe-se, com a criminalização do *bullying*, uma adesão legitimante à gestão criminal da vida cotidiana, como se o Direito Penal fosse a solução para a conflitividade das relações humanas. Há, decerto, uma pretensão de se filiar a um discurso capaz não apenas de proteger as vítimas e de controlar condutas desviantes (o que já seria impossível), como também de efetivar o projeto emancipatório dos atores excluídos do “contrato social fundador

[...] percebe-se, com a criminalização do *bullying*, uma adesão legitimante à gestão criminal da vida cotidiana, como se o Direito Penal fosse a solução para a conflitividade das relações humanas.

da modernidade” (Andrade, 2012, p. 54), alvos fáceis das intimidações sistemáticas que o art. 146-A do CP almeja tutelar. Está aí mais um reflexo da demanda por ordem do capitalismo contemporâneo, que se corporifica em um violento Estado penal forjado em estratégias autoritárias de controle social.

A criminologia crítica há muito nos ensina que qualquer endurecimento penal que se dirija, simbolicamente, às classes superiores da sociedade atingirá, com maior vigor, as pessoas pretas, faveladas, periféricas e em situação de vulnerabilidade, clientela preferencial da seletividade intrínseca ao Direito Penal. Com efeito, as engrenagens do sistema penal estão sempre preparadas a produzir dor e sofrimento — como a engenhoca punitiva imaginada por Kafka na Colônia Penal. “Punir, excluir, eliminar. Os imperativos categóricos dos sistemas penais contemporâneos”, bem percebeu o saudoso **Thiago Fabres de Carvalho** (2016).

Não há, pois, como negar a função política do Direito Penal — que, em um Estado democrático de direito, precisa funcionar como um filtro da irracionalidade punitiva. Em feliz metáfora, **Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar** (2010, p. 20) afirmam que “o saber (ou ciência) do direito penal deve operar como um dique de contenção das sujas e turbulentas águas do estado de polícia, para impedir a submersão do estado de direito”.

## 6. Conclusão

É nesta quadra que buscamos realizar uma análise crítica do art. 146-A do CP, a começar com a filtragem trazida pelos primados da legalidade, mormente no que concerne à taxatividade, e da proporcionalidade, especialmente em relação aos preceitos secundários, conforme analisado anteriormente.

O novo tipo penal tampouco ultrapassa a barreira do princípio da intervenção mínima, que, na dimensão da subsidiariedade, preconiza que o Direito Penal só deverá intervir quando os outros ramos jurídicos forem incapazes de regular a matéria. Por certo, a Lei 13.185/2015, sancionada em 6/11/2015, instituiu o “Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*)”. Ao determinar que pessoas jurídicas de direito público e privado assegurem “medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate à violência e à intimidação sistemática” e a “implementação e a correta execução dos objetivos e diretrizes do Programa”, a lei se apresenta como importante instrumento de prevenção do *bullying* sem recorrer ao poder punitivo, com vistas a fomentar uma cultura de paz nas escolas, em clubes e em agremiações recreativas.

Deveras, se a matéria já está regulamentada pela lei civil, inexistente justificativa idônea para a intervenção do Direito Penal, que deve ser, sempre, a *ultima ratio*.

### Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

**Declaração de conflito de interesses:** a autora confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo.

**Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade.

**Declaração de originalidade:** a autora garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ela também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

### Como citar (ABNT Brasil):

MORGADO, H. V. Criminalização do *bullying* e do *cyberbullying*: o Estado penal ataca novamente. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 32, n. 376, p. 27-30, 2024.

DOI: 10.5281/zenodo.10685205. Disponível em: [https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim\\_1993/article/view/982](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/982). Acesso em: 1 mar. 2024.

### Referências

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

BRASIL. *Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015*. Vigência Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*). Rio de Janeiro: Presidência da República, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm). Acesso em: 18 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 14.811, de 12 de janeiro de 2024*. Institui medidas de proteção à criança e ao adolescente contra a violência nos estabelecimentos educacionais ou similares, prevê a Política Nacional de Prevenção e Combate ao Abuso e Exploração Sexual da Criança e do Adolescente e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nºs 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), e 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Rio de Janeiro: Presidência da

República, 2024. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2023-2026/2024/lei/l14811.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/l14811.htm). Acesso em: 18 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. AI no HC 239.363/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 26/2/2015, DJe 10/04/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 979.962/RS, Rel. Ministro Luis Roberto Barroso, julgado em 24/03/2021, DJe 08/04/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5006518>. Acesso em: 20 fev. 2024.

CARVALHO, Thiago Fabres de. Pequenas misérias do processo penal. *Jusbrasil*, 2016. Disponível em: <https://amitafamitaf.jusbrasil.com.br/artigos/265846338/pequenas-miserias-do-processo-penal>. Acesso em: 18 fev. 2024.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – II, I*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

Recebido em: 30.01.2024 - Aprovado em: 14.02.2024 - Versão final: 20.02.2024

# DOS VESTÍGIOS PUNITIVOS À GRAFIA DA LIBERDADE: REFLEXÕES SOBRE PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO E SISTEMA PRISIONAL

*FROM PUNITIVE TRACES TO FREEDOM'S WRITING: REFLECTIONS ON EMPIRICAL  
RESEARCH IN LAW AND THE PRISON SYSTEM*

**Mariana Lins de Carli Silva**

Mestra em Criminologia pela Faculdade de Direito da USP.

Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica PUC-SP.

Professora de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade Nove de Julho – Unidade Osasco.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7525402887419594>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6908-2874>

[mariana.linscs@gmail.com](mailto:mariana.linscs@gmail.com)

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10635914>

**Resumo:** O presente artigo propõe reflexões a respeito de pontos centrais da pesquisa empírica em Direito, especialmente sobre o sistema prisional. A partir de experiências de pesquisa da autora e do diálogo com pesquisadores e textos afins, o texto apresenta desafios relacionados às relações entre teoria e empiria, pesquisador e interlocutor, e especificidades do contexto de realização da pesquisa, como as prisões.

**Palavras-chave:** Pesquisa; Direito; Teoria e empiria; Sistema prisional.

**Abstract:** This article proposes reflections on central points of empirical research in Law, especially on the prison system. Based on the author's research experiences and dialogue with researchers and related texts, the paper presents challenges related to the relationship between theory and empirics, researcher and interlocutor, and the specificities of the research context, such as prisons.

**Keywords:** Research; Law; Theory and empirical; Prison system

## 1. Introdução

Pesquisar é, antes de tudo, um movimento ativo e curioso de desvendar a realidade que nos cerca. Ativo porque imprescindível o compromisso e a ação para que todas as etapas da pesquisa se realizem. A curiosidade é também fundamental para compreender algo que ainda se insinua, mas mantém alguma dose de mistério e desafio. Para isso, identificar padrões, acessar conhecimentos já existentes, elaborar sua complexidade por meio de procedimentos explícitos e verificáveis e partilhar o aprendizado são passos necessários. As possíveis explicações precisam ser descritas, demonstradas e testáveis, de modo que permitam questionamentos sobre erros e imprecisões. A elaboração do que foi possível entender a partir do conjunto de experiências realizadas é o ápice, a epifania que tanto fascina. A partilha, por fim, sintetiza a potência transformadora, que ultrapassa a pessoa ou equipe pesquisadora, vinculando o conhecimento produzido à sociedade e a todos que se interessem por ele. Não há pesquisa, e, portanto, conhecimento científico, que se encerre em si mesmo.

E o Direito? Seria papel de operadores do Direito, expressão tão evocada nas graduações do País, aventurar-se cientificamente no mundo dos fatos? Certa vez, um motorista de aplicativo perguntou à autora qual era sua profissão. Disse que era formada em Direito e que realizava pesquisas sobre prisões. A reação dele, embora bastante respeitosa, denunciou a surpresa: "Não imaginava que 'pessoas do Direito' faziam isso". Esse estranhamento não é raro, e perpassa a ideia de que, para se fazer pesquisa empírica, é necessário se deslocar do Direito para outras áreas do conhecimento, como Sociologia, Economia, Antropologia, Ciência Política, Políticas Públicas, entre outras. Permanecer no campo do Direito e desenhar investigações empíricas parece ser visto muitas vezes como uma incapacidade de filiar-se a uma outra área específica das ciências humanas. É verdade que a interdisciplinaridade fiel ao rigor científico é extremamente desafiadora e que o deslocamento mencionado pode ser uma alternativa muito interessante a depender do perfil do pesquisador. Todavia se entende que a articulação dos conhecimentos jurídicos à produção de outras áreas das ciências humanas e sociais pode

ser um caminho bastante profícuo e válido. Especificamente, desvendar o funcionamento do poder punitivo no Brasil perpassa compreender o papel da legalidade na produção da violência institucional. Ler o universo jurídico com as lentes da realidade teorizada também por outras áreas apresenta-se como uma alternativa bastante profícuo.

## **2. Falsas dicotomias: Direito e pesquisa; teoria e empiria**

A atuação jurídica frequentemente parte de uma tese com um objetivo persuasivo para a resolução de uma situação-problema específica no âmbito do Poder Judiciário. De outro lado, a pesquisa acadêmica se inicia com uma pergunta, uma dúvida, com um objetivo de compreensão que pode ou não corresponder às hipóteses iniciais. Mesmo considerando essas importantes diferenciações, notam-se pontos de contato entre os campos: não é próprio do Sistema Penal investigar os fatos para identificar o quadro normativo aplicável? Guardadas as devidas proporções, o Processo Penal não seria uma verdadeira pesquisa guiada por método sobre o ocorrido? Os termos “investigação” e “prova” dão sinais de diálogo entre campos inicialmente vistos como alheios.

Um aspecto central sobre a relação entre Direito e pesquisa parece repousar na falsa dicotomia entre pesquisa teórica e pesquisa empírica. **Lee Epstein e Gary King** (2013, p. 11) apresentam uma definição de pesquisa empírica enquanto atividade investigativa que se baseia na observação ou em experiências, mobilizando evidências que podem ser numéricas (quantitativa) ou não numéricas (qualitativa). Isso significa que a compreensão fundada em observações do mundo, em fatos, ou, como afirmam os autores, em dados demonstráveis, identifica a pesquisa como empírica. **Epstein e King** (2013, p. 12) entendem que mesmo pesquisas com propósitos principais normativos ou teóricos “frequentemente invocam argumentos empíricos para fortalecer seus pontos normativos — como oferecer as implicações empíricas positivas decorrentes da adoção de sua política preferida”.

A teoria, ainda que sustentada em altos níveis de abstração e generalização, de algum modo precisa se sustentar a partir da realidade. Por sua vez, a empiria sem base teórica e metodológica se afasta da cientificidade, alterando a natureza do texto científico para possivelmente um texto não científico, ou mesmo literário. Não importa qual seja o enfoque da pesquisa acadêmica, se indutiva ou dedutiva — é imprescindível que seu desenvolvimento esteja aterrado na realidade a qual se busca compreender. Para isso, **Epstein e King** (2013, p. 23) afirmam a necessidade de seguir regras de inferência, o que em síntese implica “usar os dados que observamos para aprender sobre os dados que queremos levantar”.

Trata-se de um verdadeiro esforço de aproximação máxima de reprodução do real, sinalizada por **Álvaro Pires** (2010), que nos coloca diante da produção de conhecimento científico. Isso não significa que a figura do pesquisador seja irrelevante; muito pelo contrário, a trajetória e os acúmulos teóricos exercem um papel central na escolha do tema, do objetivo, na formulação de perguntas e de hipóteses de trabalho. O compromisso, segundo o autor, consiste na disposição em compreender a realidade analisada por ela mesma, buscando distinguir vieses interpretativos de padrões do fenômeno social em si, alheios aos desejos do pesquisador. Seguir os rastros do real guiando-se pela bússola da teoria que se apresenta como mais convincente ao autor — uma verdadeira grafia dos vestígios.

## **3. Dissonâncias entre pesquisadores e campo de pesquisa**

O percurso de pesquisa, desde a decisão do rumo até as conclusões finais, é marcado pela relação entre pesquisador e campo de pesquisa. O corpo de quem pesquisa, sua trajetória e seus acúmulos teóricos são lidos na interação com pessoas no

contexto da investigação. Durante pesquisa de mestrado da autora, foram realizadas observações participantes em filas de visitação de unidades prisionais em São Paulo (Silva, 2023). Enquanto uma mulher branca, jovem, de classe média, mesmo com uma postura discreta, o estranhamento foi inevitável, passando por manifestações de surpresa e curiosidade pelo fato de uma advogada se apresentar como pesquisadora e demonstrar interesse na realidade de familiares de pessoas presas. Embora quase a totalidade das filas fosse composta por mulheres, e essa fosse uma característica compartilhada, era possível identificar diferenciações: “Uma interlocutora disse que ao me ver chegar no local, pensou: ‘Essa não tem cara de visita. Será que vai se trocar?’ Quando perguntado a ela o que a fez pensar isso, desconversou, sugerindo que não sabia indicar a diferença ou não quis dizer diretamente a mim” (Silva, 2023, p. 49).

Desse acontecimento, é possível extrair duas reflexões. A primeira refere-se à percepção de interlocutores a respeito da figura do pesquisador, que também leem a figura e avaliam suas características a partir de seus conhecimentos e moralidades. Como ensina **Karina Biondi** (2010, p. 6), a pesquisa será afetada por essas considerações que nem sempre serão explicitadas em palavras. A segunda diz respeito à necessidade de o pesquisador lidar com essas leituras, buscando construir relações pautadas na transparência com sua imagem e suas intenções, na sensibilidade em acessar negativas de contato manifestadas de formas diretas, inclusive contestando sua presença, ou mais sutis, como um não retorno a uma mensagem de texto. A combinação desses aprendizados tende a criar uma atmosfera de confiança e credibilidade que permitem a realização do campo de pesquisa com interação humana a partir de uma perspectiva de agência dos envolvidos, pesquisadores e interlocutores, afastando a ideia de polarização que por vezes causa repulsa, especialmente de movimentos sociais, sobre a sensação de exploração por meio do pesquisador, que se apropria de conhecimentos formulados há tempos por grupos que usualmente são tachados de subalternos, vulnerabilizados. Compreende-se que as relações de poder socialmente construídas não devem ser escamoteadas, mas sim consideradas de modo a compor a interação, contribuindo com o fenômeno pesquisado na medida das possibilidades e limites do pesquisador, o que nem sempre ocorrerá sem conflitos.

Durante a pesquisa de mestrado (Silva, 2023), foram realizadas entrevistas semiestruturadas com familiares de pessoas presas com o objetivo de acessar vivências e opiniões de mulheres visitantes de parentes aprisionados sobre suas realidades. Um desafio que se impôs, e que inicialmente não havia sido previsto, referiu-se ao contato com opiniões distintas da pesquisadora. Em alguns temas sensíveis, como a violência contra as mulheres, foi necessário reconhecer o incômodo gerado pela discordância e tentar manter uma postura que impactasse o mínimo possível a interação. **Karina Biondi** (2010, p. 8) ensina que “aprender a lidar com a moralidade dos nativos não é o mesmo que aderir a ela. Mas também não é sobrevoá-la com um dirigível, evitando qualquer tipo de ‘contaminação’”, o que, na ocasião, embora fosse um horizonte perseguido, foi de difícil execução. Mesmo a mobilização de um enfoque a partir de relações de poder e não da matriz moral, com a autora propõe, é bastante desafiador em interações entre pessoas com trajetórias e acúmulos reflexivos muito distintos em um contexto marcado pela brevidade do encontro.

Sobre as tensões entre pesquisador e interlocutor, **Paulo Malvasi, Fernando Salla, Fábio Mallart e Rodrigo Melo** (2018, p. 77) problematizam o marco tradicional acadêmico do pesquisador enquanto portador de ideias e explicações, que anseia por conhecer um fenômeno ainda opaco para si. Propõem um

[...] “fazer-pesquisa” transversal, multifacetado e, ao mesmo tempo, complementar, em que o próprio texto não remete apenas à interioridade subjetiva de um único autor, mas a um conjunto de relações, lutas e forças que o fazem explodir enquanto unidade autocentrada (Malvasi *et al.*, 2018, p. 77).

Essa explosão de unidade autocentrada do pesquisador evidencia o reconhecimento de que a pesquisa perpassa o reconhecimento das vozes com as quais se dialoga para elaborar o conhecimento, seja por meio das fontes teóricas, seja por meio da interação com pessoas e espaços. Trata-se de um aceno a outro deslocamento que parece mais interessante e difícil: deixar a postura colonizadora acadêmica, mas sem renunciar à diferença que é capaz de construir conhecimento científico pautado inclusive em eventuais tensões e conflitos com outros saberes.

Para que uma pesquisa seja reconhecida como feminista, por exemplo, não basta mobilizar referências teóricas feministas, ou mesmo seguir uma suposta fórmula identitária de mulheres que pesquisam mulheres. Como ensinam **Fabiana Severi e Élide Lauris** (2022, p. 60), é necessário articular a epistemologia, o método e a metodologia no processo de investigação com base na premissa de que o gênero é uma categoria relacional e histórica de opressão e exploração das mulheres. Além disso, parece ser essencial puxar os outros fios que constituem esse tecido, o que no caso do Brasil, impõe a articulação das relações sociais de classe, raça e gênero. Vale lembrar uma lição central do feminismo em desvendar a suposta neutralidade científica a partir da consubstancialidade das relações sociais, e sem cair no relativismo que canibaliza a própria ciência.

Se há os desafios da pesquisa empírica em Direito, há também aqueles específicos sobre o tema pesquisado. **Gislene Aparecida dos Santos e Camila Tavares de M. B. Matos** (2022) convocam à reflexão alguns pontos para a realização de pesquisas sobre racismo no Brasil. O primeiro se refere à constatação de um “discurso hegemônico pautado na negação da existência do racismo” (Santos; Matos, 2022, p. 30). Ainda fortemente marcado pelo mito da democracia racial, compreender o modo com o processo de racialização opera em um contexto histórico específico como o brasileiro é decisivo para que as conclusões analíticas sejam as mais fiéis à realidade. Além disso, acessar situações de violência, como o racismo e o machismo, pode trazer à tona experiências traumáticas e emoções dos interlocutores, e até mesmo dos pesquisadores. As autoras afirmam que essa responsabilidade não costuma ser muito discutida no campo do direito (Santos; Matos, 2022, p. 27), sendo raro o enfrentamento de questões repletas de angústia sobre como lidar com a dor do outro, como acolher sem infantilizar, como se portar quando o relato de violência do interlocutor é gatilho para experiências traumáticas do pesquisador, quais cuidados em não abrir feridas que posteriormente não terão condições de serem tratadas, quais os limites da relação pesquisador e interlocutor, especialmente em contextos envolvendo violência.

#### 4. Pesquisar a punição, construir a liberdade

Os estudos acerca do sistema penal e prisional, especialmente no campo do Direito, parecem enfrentar dificuldades concretas que perpassam formações metodológicas precárias nos cursos de graduação até os obstáculos próprios do universo criminal. **Maíra Rocha Machado** (2019) analisou as publicações da Revista Direito e Práxis sobre pesquisas empíricas voltadas para o estudo da questão prisional. Em sua metapesquisa, constatou um grau insuficiente de explicitação das estratégias metodológicas adotadas pelos trabalhos analisados, o que considera “uma condição fundamental à compreensão do sentido e do alcance dos resultados obtidos” (Machado, 2019, p. 2.699). Embora os métodos mais utilizados tenham sido análise

documental e entrevistas, identificou “[...] algo bastante comum no campo jurídico: é como se o trabalho com documentos dispensasse maiores esclarecimentos sobre o que exatamente fizemos com aquele material” (Machado, 2019, p. 2.700).

Além das questões metodológicas frequentemente negligenciadas, há muito o que dizer sobre as dificuldades em acessar o universo prisional com o objetivo de realizar uma pesquisa. Há um longo percurso burocrático a ser vencido, cujo primeiro passo consiste, atualmente, no estado de São Paulo, na aprovação do Comitê de Ética em Pesquisa da Secretaria de Administração Penitenciária (CEP/SAP), instituído pela Resolução 83/2010 da SAP. Em síntese, as etapas consistem em: realizar a submissão do projeto de pesquisa e documentos solicitados por meio da Plataforma Brasil; aprovação pelo CEP/SAP; comunicação ao juiz da Vara de Execuções Criminais responsável pela respectiva Comarca; manifestação do Ministério Público do Estado a respeito da proposta; deliberação do juiz; comunicação e autorização da diretoria da unidade prisional onde se pleiteia realizar as atividades (Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, 2017, p. 30). Embora seja evidente a necessidade de uma avaliação dos cuidados e riscos de uma pesquisa envolvendo seres humanos em situação de extrema vulnerabilidade física e psíquica, como é o caso das pessoas presas, a forma como a Plataforma Brasil se estrutura não parece ser a via mais adequada ao alcance desse objetivo, considerando sua vinculação às ciências médicas. A regulamentação de parâmetros éticos deveria observar a própria natureza da pesquisa, inclusive considerando que os riscos que precisam ser evitados são de outra ordem.

Essa primeira batalha burocrática anuncia outras dificuldades que as dinâmicas do sistema prisional colocam a quem se interessa por desvendá-lo. Mesmo que obtida a autorização oficial para entrada, “a condição de permanência do pesquisador no cárcere é sempre precária e provisória”, afirma **Ana Gabriela Mendes Braga** (2014, p. 53). Para a autora, “O principal desafio dos grupos que entram na prisão passa a ser o de preservar a autonomia do projeto frente ao exercício do poder institucional, que integra e domestica as ações que desafiam as configurações de poder no espaço prisional” (Braga, 2014, p. 60). Como exemplo, o Relatório da pesquisa “Mulhersemprição” do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania relata que, durante a realização de entrevistas com mulheres encarceradas, ainda que a equipe tenha contado com a colaboração decisiva de funcionários das unidades prisionais, a tensão e a desconfiança foram percebidas em alguns servidores. “Essa tensão ficou especialmente evidente no caso em que uma pesquisadora teve sua entrada na unidade condicionada à remoção do seu sutiã” (Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, 2017, p. 31).

Outro ponto central para pesquisas em ambientes prisionais diz respeito ao contato com as pessoas potencialmente interlocutoras da pesquisa. Considera-se imprescindível uma abordagem franca e honesta sobre o que se pretende com a pesquisa, como o convite à participação foi realizado e quais garantias são oferecidas, como:

[...] sigilo absoluto de identificação; possibilidade de desistir da entrevista a qualquer momento; possibilidade de recusar-se a responder qualquer pergunta que em sua avaliação gerasse desconforto; possibilidade de receber respostas a qualquer pergunta ou esclarecimento de qualquer dúvida quanto aos procedimentos, riscos, benefícios e outros assuntos relacionados com a pesquisa (Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, 2017, p. 31).

**Ana Gabriela Mendes Braga e Bruna Angotti** (2017) compartilham reflexões sobre a experiência vivenciada na pesquisa “Dar à luz na sombra” acerca da expectativa que a interação entre mulheres presas e pesquisadoras poderia gerar e quais estratégias adotaram para cuidar dessa relação.

Sabíamos que muito provavelmente jamais veríamos novamente as mulheres que entrevistamos, e que dificilmente poderíamos ajudá-las ali, naquele momento, a não ser com uma breve escuta, com o endereço da Defensoria Pública ou algum conselho jurídico. Inclusive, tivemos de lidar com a difícil pergunta, que muitas vezes surgiu, de qual era a função dessa pesquisa. Mas tínhamos o alívio de uma resposta certa: “esperamos que quando esse relatório terminar, vocês já estejam longe daqui, portanto o que estamos fazendo talvez não as atingirá diretamente. Mas saibam que vocês estão contribuindo para que outras mulheres que vivenciarem a maternidade na prisão sejam beneficiadas pela ajuda que vocês nos deram hoje.” A reação delas era quase sempre unânime: “se puder ajudar alguém já está bom!” (Braga; Angotti, 2017, p. 176).

Além disso, as dinâmicas dos fluxos cotidianos das prisões também podem impactar a realização de pesquisas. A disciplina de horários de alimentação, banho de sol, do racionamento de água, de cultos religiosos, de visitas de familiares, de recebimento de jumbo, os raros cursos e consultas médicas, as ações violentas do Grupo de Intervenção Rápida, a epidemia de alguma doença, o clima de uma possível rebelião, a presença de alguém da sociedade civil, entre outros elementos precisam ser considerados. Entende-se importante frisar que não se trata de um suposto passeio em um local exótico, sendo fundamental compreender essas dinâmicas para não agravar situações já violadoras de direitos fundamentais das pessoas presas. “Adentrar a prisão é estar necessariamente implicado com pessoas e suas urgências. É ser interpelado por questões das quais um descuido ou omissão produz um cúmplice. É penetrar o interior de uma máquina e pouco a pouco, quase sem perceber, fazer parte dela” (Godói *et al.*, 2020, p. 153).

## 5. Considerações finais

Diante de tantos obstáculos, tensões e conflitos que constituem o fazer pesquisa empírica no Direito sobre o universo que circunscribe a prisão, entende-se que o potencial de transformação que essas produções podem produzir é de extrema valia. Se hoje conseguimos compreender a seletividade penal e seus processos de criminalização primária e secundária, devemos aos esforços da pesquisa criminológica necessariamente interdisciplinar. Sem essa premissa, muitos entendem que pessoas jovens, pobres e negras são as que mais cometem crimes, e não as que são mais selecionadas pelas agências institucionais de poder punitivo segundo critérios de classe, raça e gênero. Um exemplo dessa potencialidade diz respeito às mulheres mães presas. Há anos, o tema era raramente abordado, embora a primazia da liberdade sobre a prisão já devesse ser observada. Após muito compromisso da sociedade civil e de pesquisas de grande reconhecimento, como as mencionadas anteriormente, as ações de pressão pública nos três poderes foram fortalecidas e as possibilidades de garantia da liberdade foram expandidas, um processo contínuo e complexo que impactou o debate público e a institucionalidade. É claro que ainda há inúmeros entraves à garantia da liberdade de mulheres mães presas, e que pesquisas de extrema qualidade infelizmente não são suficientes por si só para transformar situações de desigualdades, mas todo esforço e compromisso das pesquisas teve um papel importante nas batalhas institucionais e na desmistificação da realidade de mulheres presas para a sociedade. Assim, verifica-se que a pesquisa empírica sobre sistema prisional manifesta sua vocação de pesquisa-ação.

### Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

**Declaração de conflito de interesses:** os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua

totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; eles também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

### Como citar (ABNT Brasil):

SILVA, M. L. C. Dos vestígios punitivos à grafia da liberdade: reflexões sobre pesquisa empírica em direito e sistema prisional. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 32, n. 376, p. 31-34, 2024. DOI: 10.5281/zenodo.10635914.

Disponível em: [https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim\\_1993/article/view/999](https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/999). Acesso em: 1 mar. 2024.

### Referências

BIONDI, Karina. *A vida em estado de campo*: apontamentos sobre pesquisa de um objeto nebuloso. 2010. Trabalho apresentado na 27ª Reunião Brasileira de Antropologia, realizada entre os dias 1 e 4 de agosto de 2010, Belém, Pará, Brasil.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Criminologia e Prisão: caminhos e desafios da pesquisa empírica no campo prisional. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 46-62, 2014. <https://doi.org/10.19092/reed.v1i1.4>

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. Grupo focal na prisão: algumas reflexões da experiência da pesquisa Dar à Luz na Sombra. In: MACHADO, Maira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o Direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 161-188.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência. São Paulo: FGV, 2013. (Coleção FGV Direito). Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/11444>. Acesso em: 21 jan. 2024.

GODÓI, Rafael. *Fluxos em cadeia*: a prisão na virada dos tempos. São Paulo: Boitempo, 2017.

GODÓI, Rafael; CAMPOS, Marcelo da Silveira; MALLART, Fábio; CAMPELLO, Ricardo. Epistemopolíticas do dispositivo carcerário paulista: refletindo sobre experiências de pesquisa-intervenção junto à Pastoral Carcerária. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 143-158, 2020. <https://doi.org/10.19092/reed.v7i1.332>

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. *Mulheresempresão*: Desafios e potencialidades para reduzir a prisão provisória de mulheres. ITTC: São Paulo, 2017. Disponível em: [http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio\\_final\\_online.pdf](http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf). Acesso em: 23 jan. 2024.

MACHADO, Maira Rocha. A pesquisa empírica e a questão prisional na Direito

e Práxis: apontamentos sobre método, crítica e reconstrução do Direito. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, 2019, p. 2.687-2.710. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/45683>

MALVASI, Paulo; SALLA, Fernando; MALLART, Fábio; MELO, Rodrigo. Saberes da encruzilhada: militância, pesquisa e política no sistema socioeducativo. *Etnográfica*, Lisboa, v. 22, n. 1, p. 75-96, 2018. <https://doi.org/10.4000/etnografica.5157>

PIRES, Álvaro. Sobre algumas questões epistemológicas de uma metodologia geral para as ciências sociais. In: POUPART, Jean *et al.* (Org.). *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 43-94.

SANTOS, Gislene Aparecida dos; MATOS, Camila Tavares de Moura Brasil. Desafios para a realização de pesquisas sobre racismo e discriminação racial: em busca de métodos, técnicas e epistemologias. In: BRAGA, Ana Gabriela Mendes; IGREJA, Rebecca Lemos; CAPPI, Riccardo (Orgs.). *Pesquisar empiricamente o Direito II: percursos metodológicos e horizontes de análise*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2022. p. 16-48.

SEVERI, Fabiana Cristina; LAURIS, Élica. E se os métodos feministas falassem: um estudo epistemológico e metodológico sobre a pesquisa jurídica feminista no Brasil. In: BRAGA, Ana Gabriela Mendes; IGREJA, Rebecca Lemos; CAPPI, Riccardo (Orgs.). *Pesquisar empiricamente o direito II: percursos metodológicos e horizontes de análise*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2022. p. 49-80.

SILVA, Mariana Lins de Carli. *"Puxar cadeia junto"*: significados do protagonismo de mulheres familiares de pessoas presas. São Paulo: IBCCRIM, 2023.

Autora convidada

## DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Renato Stanzola Vieira

1.ª Vice-Presidente: Maria Carolina de Melo Amorim

2.ª Vice-Presidente: Vinicius de Souza Assumpção

1.ª Secretária: Raquel Lima Scalcon

2.ª Secretário: Bruno Shimizu

3.ª Secretária: Carina Quito

1.ª Tesoureira: Camila Torres Cesar

2.ª Tesoureiro: Antonio Pedro Melchior

Diretoras Nacionais das Coord. Regionais e Estaduais:

Juliana Sanches Ramos

Luanna Tomáz de Souza

Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho



## CONSELHO CONSULTIVO

Marina Pinhão Coelho Araújo

André Nicolitt

Ester Judite Rufino

Felipe Cardoso Moreira de Oliveira

Cleunice Aparecida Valentim Bastos Pitombo

Marcos Alexandre Coelho Zilli

## OUVIDORA

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

## BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

**CONSELHO EDITORIAL:** Ana Elisa Liberatore Silva Bechara (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP), Aury Lopes Jr. (Pontifícia Universidade Católica Rio Grande do Sul - PUCRS - Porto Alegre/RS), Juarez Cirino dos Santos (Universidade Federal do Paraná - UFPR - Curitiba/PR), Sérgio Salomão Shecaira (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP), Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires/Argentina), Vera Malaguti Batista (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ - Rio de Janeiro/RJ) e Vera Regina Pereira de Andrade (Universidade Federal do Paraná - UFPR - Curitiba/PR).

**COORDENADOR EDITORIAL:** Willians Meneses (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM - São Paulo/SP).

**EDITOR-CIENTÍFICO CHEFE:** Fernando Gardinali (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP).

**EDITORES(AS)-CIENTÍFICOS(AS) ASSISTENTES:** Andrey Borges (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP); Gessika Christiny Drakoulakis (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP); Maíra Beauchamp Salomi (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP).

**EDITORA EXECUTIVA:** Helen Christo (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM - São Paulo/SP).

**ESTAGIARIA:** Leidiane de Souza Cruz.

**EXPEDIENTE EDITORIAL:** IBCCRIM

**CORPO DE PARECERISTAS DESTES VOLUME:** Ana Maria Murata (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP), Nathalia Rocha Peresi (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP), Pablo Rodrigo Alfien da Silva (Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS - Porto Alegre /RS) e Pedro Guilherme Borato (Universidade de Salamanca/Espanha).

**AUTORES(AS) DESTES VOLUME:** Bruno Gilaberte Freitas (Universidade Estácio de Sá - UNESA - Rio de Janeiro/RJ), Érica Vanessa Santori (Atitus Educação - Passo Fundo/RS), Érika Mendes de Carvalho (Universidade Estadual de Maringá - UEM- Maringá/PR), Felipe Lazzari da Silveira (Pontifícia Universidade Católica Rio Grande do Sul - PUCRS - Porto Alegre/RS), Francesca Columbu (Universidade Presbiteriana Mackenzie - Mackenzie - São Paulo/SP), Gustavo Noronha de Ávila (Universidade Unicesumar - Unicesumar - Maringá/PR), Luiz Antonio Borri (Pontifícia Universidade Católica Rio Grande do Sul - PUCRS - Porto Alegre/RS), Marcelo Mayora (Universidade Federal do Pampa - UNIPAMPA - Bagé/RS), Mariana Garcia (Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC - Florianópolis/RS), Mariana Lins de Carli Silva (Faculdade Nove de Julho - UNINOVE - São Paulo/SP), Maurides de Melo Ribeiro (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP), Pedro Postal (Universidade Católica de Pelotas - UCPEL - Pelotas/RS) e Tatiana Lourenço Emmerich de Souza (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ - Rio de Janeiro/RJ).

**CAPA:** Harumi Visconti e Able Digital | Tel.: (11) 97426-3650 | E-mail: contato@abledigital.com.br

**REVISÃO E PRODUÇÃO GRÁFICA:** Ctrl K Diagramação, Editoração e Edição de Textos | E-mail: digite@ctrlk.com.br

**IMPRESSÃO:** Eskenazi Indústria Gráfica | Tel: (11) 98424-0654

## DIVULGADORES / BASES DE DADOS INDEXADAS:



O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não apresenta necessariamente a opinião deste Instituto.

## ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, nº. 52, 2º andar, CEP 01018-010, São Paulo/SP, Brasil.

Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)

www.ibccrim.org.br

# 30<sup>o</sup>

## Seminário Internacional de Ciências Criminais

Vem aí !

O mais tradicional evento de **Ciências Criminais** da **América Latina** chega à **30ª** edição.

Save the date | **28 a 30**  
agosto de 2024



# O GEA

2024  
vem aí!

Participe dos Grupos de  
Estudos Avançados do IBCCRIM!

O GEA promove encontros online para debater temas e textos sobre a questão criminal no Brasil e no mundo.

Podem participar pessoas já graduadas e estudantes nos anos finais da graduação.

Se você busca um espaço de reflexão e debate sobre Ciências Criminais, participe do GEA!

Inscrições  
abertas a partir  
de março

em [ibccrim.org.br](http://ibccrim.org.br)