

REDPPC

DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL

vol. 10, n. 1, 2022



Expediente

Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – REDPPC
Vol. 10, nº 01, 2022
ISSN 2358-1956

EQUIPE EDITORIAL

Editor-Chefe

Odone Sanguiné, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Editor-Adjunto

Pablo Rodrigo Alflen, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Assistentes editoriais

Karin Milene Bender, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Tiago Kalkmann, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO

Alejandro González Gómez, Universidad de Morélia (UEM), Mexico
André Luís Callegari, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasil
Andrea Castaldo, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Salerno (UNISA), Itália
Angelo Roberto Ilha da Silva, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil
Bartira Macedo de Miranda, Universidade Federal de Goiás (UFG), Brasil
Christiano Falk Fragoso, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Brasil
Daniela Villani Bonaccorsi, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG), Brasil
Danilo Knijnik, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil
Diego Nunes, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Brasil
Diogo Rudge Malan, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Brasil
Emetério Silva de Oliveira Neto, Universidade Regional do Cariri (URCA), Brasil
Emilio Dolcini, Università degli Studi di Milano (UniMi), Itália
Fabio Coppola, Università degli Studi di Salerno (UNISA), Itália
Gerson Faustino Rosa, Faculdade Maringá (FM), Brasil
Guillermo Jorge Yacobucci, Universidad Austral (UAustral), Argentina
Guillermo José Ospina López, Universidad Autónoma del Cauca (Uniautónoma), Colômbia
John Vervaele, Universiteit Utrecht (UU), Holanda
Julia Sáenz, Facultad de Derecho Universidad de Panamá (UP), Panamá
Luciano de Freitas Santoro, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), Brasil
Manuel Cancio Meliá, Universidad Autónoma de Madrid (UAM), Espanha
Marco Aurélio Florêncio Filho, Universidade Presbiteriana Mackenzie (Mackenzie), Brasil
Marcus Alan de Melo Gomes, Universidade Federal do Pará (UFPA), Brasil
Marcus Vinicius Aguiar Macedo, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil
Ramon Ragués I Vallés, Universitat Pompeu Fabra (UPF), Espanha
Raphael Boldt de Carvalho, Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Brasil
Rosmar Rodrigues Alencar, Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Brasil
Sérgio Bruno Araújo Rebouças, Universidade Federal do Ceará (UFC), Brasil
Stephen Legomsky, Washington University in St. Louis (WashULaw) Estados Unidos
Thiago Allisson Cardoso de Jesus, Universidade Ceuma/Universidade Estadual do Maranhão (UEMA), Brasil
Thiago Baldani Gomes De Filippo, Universidade Anhembi Morumbi (UAM), Brasil
Vanessa Chiari Gonçalves, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil

AVALIADORES DESTA EDIÇÃO

Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca Pires • Ana Carolina da Luz Proença • André Adriano do Nascimento da Silva •
Bruna Azevedo de Castro • Bruno Heringer Jr. • Carlos Fernando Poltronieri Prata • Christiane Kalb • Demetrius
Barreto Teixeira • Diego Alan Schöfer Albrecht • Fábio Rocha Caliarí • Felinto Alves Martins Filho • Fernanda Pacheco
Amorim • Giovanna Sampaio • Gustavo de Souza Preussler • José Eduardo Lourenço dos Santos • Lara Ferreira
Lorenzoni • Luiza Borges Terra • Paulo Mario Canabarro Trois Neto • Priscila Vargas Mello • Raíssa Lima e Salvador •
Renata Moraes Leimig • Rodrigo da Silva Brandalise • Rodrigo José dos Santos Amaral • Rodrigo Teles de Oliveira •
Tatiana Lourenço Emmerich de Souza • Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa • Viviane Nery Viegas

Endereço

Avenida João Pessoa, nº 80, Centro Histórico,
Porto Alegre-RS, CEP 90004-000
<https://seer.ufrgs.br/redppc>
redppc@ufrgs.br

Editorial

A presente edição da Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – REDPPC marca uma nova fase em sua produção, que se caracteriza por uma série de fatores que contribui sobremaneira para o aumento da sua qualidade.

Um dos primeiros fatores que cabe destacar consiste na renovação do Conselho Científico Editorial da REDPPC, que passa a contar com renomados e renomadas juristas do país e do estrangeiro, vinculados aos diferentes ramos do saber penal (Direito Penal, Direito Processual Penal, Criminologia e Política Criminal), e os quais contribuem decisivamente para o fortalecimento do caráter democrático da revista, não somente enquanto periódico de acesso livre, aberto e imediato, mas, sobretudo, com o seu viés pautado pelo avanço das ciências penais como um todo, a modo de ciência integrada/conjunta (no sentido hassemeriano).

Outro fator de grande relevância consiste na expressiva ampliação do corpo de avaliadores, cujo trabalho contribui, de forma decisiva, para a maior celeridade na análise dos manuscritos submetidos à Revista e, principalmente, com o aumento da qualidade por meio de seus pareceres de avaliação realizados segundo o sistema *double-blind peer review*.

Ademais, a Revista passou por uma readequação integral de sua Plataforma com a discriminação detalhada do processo de avaliação cega, de suas políticas de acesso e de arquivamento, das diretrizes de submissão e outras, enquanto resultado das recomendações de diversos órgãos internacionais (DOAJ, Redalyc, REDIB, Dialnet, Publons etc) que, por meio de seus pareceres, contribuíram imensamente com o aprimoramento do periódico. A título exemplificativo, um destes aspectos consistiu, também, na vinculação integral da Revista à Plataforma ORCID, de modo que todo autor e toda autora passam a ter que vincular o seu registro, por ocasião da submissão de manuscritos, ao seu currículo na base ORCID.

Trata-se, seguramente, de um processo de aprimoramento que prosseguirá, com muito esforço e engajamento, em prol do aumento da qualidade e da sua consequente manutenção, e que dependerá da prestimosa colaboração de toda nossa Equipe Editorial, do Conselho Científico e do Corpo de Avaliadores, a quem registamos nosso agradecimento.

Orientando-se por tais fatores, a presente edição traz oito importantes e instigantes trabalhos científicos que foram aprovados após minucioso processo de análise e avaliação, que se reflete inclusive em sua forma. Desejamos uma boa leitura e esperamos que aproveitem.

Porto Alegre, junho de 2022.

Pablo Rodrigo Alflen
Editor-Adjunto da REDPPC

Sumário

Artigos

A liberdade e o Direito Penal como <i>ultima ratio</i> no cenário do populismo penal midiático: contraponto com a visão de Hayek.....	7
--	----------

Vladimir da Rocha França
Marcela Cardoso Linhares Oliveira Lima

Alguns problemas do julgamento sobre a loucura.....	21
--	-----------

Joe Tennyson Velo

Crítica à Teoria do domínio do fato	43
--	-----------

Volker Haas

A teoria do domínio do facto e a responsabilidade penal do dirigente empresarial no caso português	67
---	-----------

Marine Carrière de Miranda

Imputação subjetiva da pessoa jurídica: Dolo eventual, culpa consciente e o “juízo probabilístico do risco”	89
--	-----------

Rafael Aguilera Gordillo

Análise estatística do sistema carcerário alagoano entre os anos de 2015 e 2020: Contradições e percepções do falso combate ao Comando Vermelho Rogério Lemgruber e ao Primeiro Comando da Capital	117
---	------------

Bruno Cavalcante Leitão Santos
Francisco de Assis de França Júnior
Adrian Mikaelly Lima Carneiro

Hegemonia cis na proteção à violência contra a mulher: possibilidade de ampliação da tutela penal às vítimas trans	143
---	------------

Bruno Seligman de Menezes
Ana Flávia Hauenstein Silveira

Resenhas

“O juiz que só encarcera, encarcera-se a si mesmo”. Resenha do livro “Sentenciando tráfico: o papel dos juizes no grande encarceramento”, de Marcelo Semer	169
---	------------

Maria Gorete Marques de Jesus

Seção ARTIGOS

A liberdade e o Direito Penal como *ultima ratio* no cenário do populismo penal midiático: contraponto com a visão de Hayek

Freedom and Criminal Law as the ultimate ratio in the scenario of media criminal populism: a counterpoint with Hayek's vision

Vladimir da Rocha França 

Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. Mestre em Direito Público pela UFPE.
Professor Titular de Direito Administrativo pela UFRN. Advogado

Marcela Cardoso Linhares Oliveira Lima 

Mestranda em Direito Constitucional pela UFRN. Graduada em Direito pela UFRN. Pós-Graduada em Direito e Processo Penal pela ABDConst. Colaboradora do Projeto de Pesquisa “Criminalidade Violenta e Diretrizes para uma Política de Segurança Pública no Estado do Rio Grande do Norte” (CNPq/UFRN). Advogada

Resumo: A partir do método de abordagem hermenêutico, empregando análise bibliográfica e documental, o presente artigo se debruça sobre a liberdade enquanto direito dos seres humanos no Estado Democrático de Direito, partindo de um contexto geral para o específico, embasado pela Constituição de 1988 e pelas declarações internacionais, destacando a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, além de aparato doutrinário nacional e internacional. Neste cenário, o pensamento de Hayek permite interessante contraponto, vez que este autor, previamente ao analisar a liberdade, traça importante paralelo entre o alcance e a valorização desta e o conhecimento que se depreende pela vida em sociedade. A partir dessas reflexões, chegar-se-á ao ponto crucial deste trabalho: a relação entre a liberdade e o caráter *ultima ratio* do Direito Penal no populismo penal midiático. Tal fenômeno, ao incitar uma cultura de guerra e um Estado reativo, corrobora para a elevação acrítica do Direito Penal à categoria de “fonte de expectativas” como Hassemer denomina. Conclui-se que o equívoco em que reside este círculo vicioso desvirtua o propósito do Direito Penal, afastando-o da *ultima ratio* e aproximando-o de anseios punitivistas e autoritários, restringindo direitos dos seres humanos assegurados por instrumentos normativos nacionais e internacionais, como a liberdade.

Palavras-chave: liberdade; Hayek; Direito Penal; *ultima ratio*; populismo penal midiático.

Abstract: From the hermeneutic approach method, employing bibliographic and documentary analysis, this article focuses on freedom as a right of human beings in the Democratic State of Law, starting from a general context to the specific one, based on the 1988 Constitution and the declarations international institutions, highlighting the Universal Declaration of Human Rights of 1948, in addition to national and international doctrinal apparatus. In this scenario, Hayek's thinking allows an interesting counterpoint, since this author, previously analyzing freedom, draws an important parallel between the

scope and appreciation of it and the knowledge that emerges from life in society. From these reflections, the crucial point of this work will be reached: the relationship between freedom and the *ultima ratio* character of Criminal Law in the mediatic penal populism. This phenomenon, by inciting a culture of war and a reactive State, corroborates the uncritical elevation of Criminal Law to the category of “source of expectations” as Hassemer calls it. It is concluded that the mistake in which this vicious circle resides distorts the purpose of Criminal Law, moving it away from the *ultima ratio* and bringing it closer to punitive and authoritarian aspirations, restricting human rights guaranteed by national and international normative instruments, such as the freedom.

Keywords: Freedom; Hayek; Criminal Law; *ultima ratio*; media criminal populism.

1. Introdução

Na denominada Era da Informação, em um contexto de transformações cada vez mais céleres diante de um mundo líquido, são as certezas provisórias que predominam, afirmações carentes de respaldo científico veiculadas corriqueira e amplamente pela mídia¹. Inevitavelmente, as concepções do ser e do dever-ser, por vezes, confundem-se no âmbito jurídico. Tal condição, geralmente potencializada pela abrangência e pela força da mídia, afeta substancialmente a questão criminal, por alterar o caráter *ultima ratio* inerente ao direito penal.

Em consequência disso, para os observadores mais atentos, é possível perceber a existência de certo “descolamento” da legislação criminal brasileira do mundo concreto. Essa distância entre o dever-ser da normatividade criminal e o ser das práticas cotidianas não tem mais como ser encoberta ou mesmo disfarçada, sob pena de prejudicar, por meio de perigosos precedentes, a sociedade como um todo e não só aqueles que, em determinado momento, ocupam um assento no denominado “banco dos réus”.

Ocorre que as certezas que outrora guiavam as práticas punitivas, os saberes que as legitimavam, tornaram-se frágeis, sem sustentação e mesmo sem sentido diante do cenário garantista inaugurado em nosso ordenamento jurídico por meio da Constituição de 1988. Na verdade, a Constituição Cidadã, como assim é denominada, é fruto das transformações que estavam acontecendo interna e externamente quando foram deixados para trás regimes ditatoriais e totalitários, supressores dos direitos dos seres humanos, dentre eles, da liberdade.

Nesse contexto, faz-se salutar mencionar, em referência ao plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual estabelece, já no seu preâmbulo, a necessidade de proteção da dignidade humana por meio da proclamação dos direitos ali elencados, estabelecendo, em seu art. 1º, que “todos os seres humanos nascem livres e iguais,

¹ Importante destacar que o termo “mídia”, utilizado ao longo de todo esse artigo, diz respeito a programas televisivos e radiofônicos, bem como a meios virtuais, a exemplo de *blogs*, *sites* e redes sociais (*Instagram*, *WhatsApp*, *Facebook*, *Telegram*, dentre outros), os quais permitem uma rápida divulgação da informação e um amplo alcance da população.

em dignidade e direitos”. Não se podia mais admitir um retorno a situações de terror que foram vivenciadas pelos indivíduos, de forma que a liberdade foi colocada como condição *sine qua non* para a existência dos seres humanos: nascia um ser humano, nascia uma liberdade.

Dessa forma, é preciso debruçar-se sobre a liberdade, a fim de compreender as nuances deste direito tão importante e caro ao ser humano e ao próprio Estado Democrático de Direito. Neste cenário, a visão de Hayek sobre a liberdade trará um contraponto interessante, a fim de melhor compreender o porquê de o ser humano tanto necessitar de liberdade ao tempo em que fornece respostas para a necessidade de proteção dessa mesma liberdade.

Nesta perspectiva, bem compreendida a liberdade, passar-se-á a analisar, bem como a melhor compreender, o freio da *ultima ratio* inerente ao direito penal, não devendo este ser acionado sempre que ocorrer um problema na sociedade, mas somente quando os meios menos gravosos – no sentido de comprometerem o mínimo possível o pleno exercício dos direitos fundamentais dos indivíduos, dentre eles a liberdade – já tiverem sido utilizados e não gerado êxito, numa espécie de *dead line*.

Compreendido o exposto acima, entender-se-á o porquê de fenômenos como o populismo penal midiático, que incitam medidas penais mais gravosas, além de uma cultura de guerra ao invés de uma cultura de paz e de Estado reativo ao invés de um Estado proativo, possuírem influência tão danosa para a sociedade e para as próprias instituições do Estado Democrático de Direito, valendo-se aqui da ideia de ignorância também desenvolvida por Hayek.

Para atingir o objetivo pretendido neste trabalho, será adotado o método de abordagem hermenêutico e o estudo bibliográfico e documental como técnica de pesquisa, buscando traçar um embasamento constitucional e legal, desenvolvendo conclusões que possam ser reflexões úteis ao tratar da liberdade no Estado Democrático de Direito. Partindo de um contexto geral para o particular, será analisada a liberdade tal como prevista na Constituição e nas Declarações Internacionais de 1789 e 1948. Será utilizado o entendimento de doutrinadores nacionais e estrangeiros sobre a liberdade, para que, em um contexto específico, possam ser traçadas reflexões e delineados limites sobre a relação da liberdade com o caráter *ultima ratio* do Direito Penal, ambos mitigados pelo fenômeno do populismo penal midiático.

2 O direito à liberdade no Estado Democrático de Direito

Consagrada nacional e internacionalmente, a liberdade figura como direito dos seres humanos positivado na Constituição de 1988. Utilizando-se da concepção de Bonavides², parte-se do princípio de que a Constituição é o primeiro e o mais importante documento de superioridade jurídica estatal, pois traça a proteção jurídica do indivíduo frente ao Estado junto aos ideários de autonomia, de autodeterminação e de participação. É bem verdade, pois a dinâmica do Direito nasce com a elaboração da Constituição e segue por meio da legislação e

² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 640.

do costume, até a decisão judicial e a execução da sanção, em um processo de individualização crescente³.

De fato, o Brasil percorreu longo e difícil caminho até alcançar, de fato, o Estado Democrático de Direito⁴. A mudança de paradigma que separa uma colônia semiabandonada produtora de numerosas riquezas para a sua metrópole, como era o Brasil para Portugal, até uma nação silenciada pelo autoritarismo da Ditadura Militar entre os anos de 1964-1985 e hoje um Estado Constitucional Democrático de Direito que luta diariamente para assim se manter, - o qual, nas lições de Canotilho⁵, procura estabelecer uma conexão interna entre Democracia e Estado de Direito –teve início na metade dos anos 80.

Tal transformação teve como base normativa a Constituição de 1988 e retomou a democracia como ideologia política nacional. Nesta senda, no paradigma do Estado Democrático-Constitucional, a Constituição é a ordem jurídica global e concreta que define a base teórica do ordenamento jurídico, cuja essência se encontra na declaração dos direitos fundamentais, disposta em princípios⁶. Diante disso, é possível perceber a série de dificuldades que marcaram a trajetória constitucional brasileira rumo ao que hoje se entende como Constituição Cidadã, sendo a constituição “o fundamento último da atividade do Estado”⁷.

Logo, compreende-se o porquê de a Constituição de 1988 ter se preocupado em elencar um rol extenso de direitos e de garantias fundamentais – dentre eles, a liberdade - que objetivam, em geral, proteger os cidadãos de atos arbitrários e ilegítimos do próprio Estado, além de garantir a todos eles a dignidade humana, a qual é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CRFB/88). Nesta senda, o artigo 5º da Constituição, com seus 77 (setenta e sete) incisos, elenca o que se denomina de “Direitos e de deveres individuais e coletivos”, a verdadeira declaração das liberdades públicas.

Correspondem aos clássicos direitos de liberdade, cumprindo, primordialmente, a função de direitos de defesa, ainda que tenham sido acrescidas novas liberdades e garantias. Nesse interim, o direito à liberdade é expressamente mencionado no preâmbulo da Carta Magna e assegurado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, sem distinção de qualquer natureza, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País⁸.

A despeito da menção geral da liberdade, a Constituição também dedica tratamento específico das inúmeras manifestações do aludido direito fundamental, tais como a liberdade

³ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 263-264.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 482.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 92-93.

⁶ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime de provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)**. 3 ed. rev. e ampl. Natal: OWL, 2019. p. 51.

⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora. p. 23.

⁸ FERREIRA, Eduardo Henrique. A eficácia do direito fundamental geral de liberdade durante a crise da Covid-19. **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-27/ferreira-direito-fundamental-geral-liberdade-covid-19>. Acesso em: 27 out. 2021.

de locomoção (art. 5º, XV), a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV), a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI) e a liberdade de expressão (art. 5º, IX), de forma que é possível conceber um direito geral de liberdade.

Em igual sentido, Alexy, em sua teoria dos direitos fundamentais, elucida que não há somente o direito a determinadas liberdades, mas também um direito geral de liberdade, compreendido como a proteção da liberdade geral de ação, situação e posição jurídicas⁹. A Constituição de 1988 apresenta uma significativa inovação na seara dos direitos fundamentais, contemplando, no grau mais alto já visto em nosso ordenamento jurídico, direitos das mais diversas dimensões em perfeita sintonia com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Ressalte-se que a Declaração de 1948 reafirmou os ideais trazidos pela Declaração de 1789, que possam ter sido esquecidos pelo mundo pós-Guerra marcado pelas ideologias totalitárias que desejavam a redução da esfera da liberdade individual ao mínimo¹⁰ ao praticarem atos de privação compulsória da vida, da liberdade, da propriedade, tal como as sanções da pena de morte, pena de prisão e execução civil¹¹. Por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto mais alto no século XX¹², sendo este um documento de convergência de anseios e esperanças após as Grandes Guerras e de síntese, visto que estampou direitos e garantias de forma lapidar.

Importante destacar que a liberdade não deve ser concebida como “a mera ausência de constrangimentos externos impostos pelo Estado à ação dos agentes, mas como a possibilidade real de cada **pessoa concreta tomar decisões sobre a sua própria vida e de segui-las**”¹³. **Nesse sentido, exemplos de eventuais “constrangimentos” estatais – aqui entendidos como limites impostos aos seres humanos, de forma positiva, para o bom e justo cumprimento da lei – são encontrados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Explica-se.**

No artigo 3º da LINDB, está disposto que “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”¹⁴. É um limite sobre a liberdade de agir do indivíduo, de modo que este poderia fazer o que quisesse ou agir da forma como quisesse, sem respeitar o que determina o ordenamento jurídico em que ele está inserido, sob a alegação de mero desconhecimento da lei. Outro caso de “constrangimento” à liberdade encontra-se no artigo 17, em que garante que “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações

⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 341-345.

¹⁰ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru: EDIPRO, 2000. p. 198.

¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 28.

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 588-589.

¹³ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 196-197.

¹⁴ BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (LINDB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 30 mar. 2022.

de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”, restringindo a liberdade de conteúdo desses documentos.

Mais um exemplo retirado da LINDB está na redação do artigo 30, quando se positiva que as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas. Limita-se, então, o agir público com o fim de garantir a segurança jurídica, tão cara em um Estado Democrático de Direito. A partir daí, percebe-se que a conduta jurídica não é qualquer atuação do indivíduo sobre a realidade, posto que sempre estarão presentes fato, valor e norma¹⁵.

Uma conduta que não proibida, então, é chamada de permitida. O que é diferente de uma conduta que não é nem proibida, nem prescrita, a qual é chamada de livre. Alf Ross, de forma técnica e didática, ilustrou tais conceitos da seguinte forma¹⁶:

permissão (C) = não-proibição (C) = não-dever (não C)

liberdade (C) = não-proibição (C) + não-prescrição (C) = não dever (não C) + não-dever (C).

Segundo Ross, então, é impossível enumerar as liberdades de que goza uma pessoa, já que a esfera da liberdade está definida negativamente como tudo aquilo que não é objeto de regramento jurídico¹⁷. Mais sobre o conceito de liberdade e sobre os diversos tipos de liberdade será desenvolvido nas linhas abaixo.

3 A liberdade sob a ótica de Hayek: valoroso contraponto

Inobstante o caráter majoritariamente econômico de sua obra, Hayek não se restringe a ele e também se debruça sobre outras temáticas, inclusive questões relacionadas com o domínio da filosofia política. Tal inquietude do autor surgiu propriamente com o fim da Segunda Guerra Mundial, o que coincide com o incremento do keynesianismo e também com o advento das declarações internacionais pautadas no reconhecimento da liberdade e da dignidade humana. Depois de o Ocidente ter conquistado valores ditos “inquestionáveis” segundo Hayek, volta-se para uma fase de regressão e de abandono do mais elementar valor humano: a liberdade¹⁸.

Em razão disso, a proximidade existente entre liberdade e primado da lei torna-se fulcral no quadro transversal desenvolvido por Hayek em sua obra. Como os liberais clássicos, trata-se de uma liberdade negativa, ou seja, de um entendimento que não admite uma coerção exercida por terceiros.

¹⁵ MEDINA, Javier García. *Teoría integral del derecho en el pensamiento de Miguel Reale*. Valladolid: Ediciones Graphes, 1995. p. 64.

¹⁶ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. p. 195.

¹⁷ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. p. 196.

¹⁸ RAMALHO, Tiago Rego. *O conceito de Liberdade no pensamento de Friedrich Hayek*. Universidade da Beira Interior. Covilhã: Lusofia press, 2016. p. 05.

De forma objetiva, a liberdade constitui o valor máximo e a fonte de todos os outros valores morais, sendo ela a garantia e o elemento harmonizador das sociedades humanas¹⁹.

Mister destacar que, para estruturar o conceito de liberdade e delinear a importância desta, Hayek traça uma importante reflexão em relação ao conhecimento e à ignorância humana, bem como em relação à forma que o homem escolheu para viver em sociedade. Nesse sentido, a reflexão do autor parte do pressuposto de que a máxima socrática, segundo a qual o reconhecimento da ignorância é o começo da sabedoria humana, possui “um significado profundo para a nossa compreensão da sociedade”²⁰. A partir do momento em que o homem toma consciência da inevitável e inelutável ignorância, segundo Hayek, é que a vida em sociedade e em civilização e a consequente ampliação do conhecimento do homem avançam.

Nesta senda, a justificativa da liberdade individual para Hayek fundamenta-se no reconhecimento da ignorância dos homens no que diz respeito à maioria dos fatores dos quais depende a realização dos objetivos humanos e da própria sensação de bem-estar²¹. Afinal, “se existissem homens oniscientes, se pudéssemos conhecer nossos desejos atuais e futuros, não haveria muita razão para defender a liberdade”²², pois a liberdade é essencial para que imprevisível exista e se a liberdade é tão desejada pelos seres humanos é porque aprendeu-se a esperar dela a oportunidade de realizar a maioria dos objetivos.

Do contrário, seguindo esta linha de raciocínio, se cada indivíduo já soubesse de que forma a liberdade seria usada, não haveria a necessidade de justificá-la, de forma que os benefícios da liberdade não poderão ser alcançados se ela não for também concedida nos casos em que a sua utilização parecer indesejável. Nesse sentido, é em razão dos esforços harmônicos de muitas pessoas que se pode utilizar uma quantidade de conhecimento maior do que aquela que um indivíduo isolado pode acumular, o que decorre da vida em sociedade/civilização também defendida por Hayek.

Ademais, é justamente porque liberdade significa renúncia ao controle direto dos esforços individuais que uma sociedade livre pode fazer uso de um incontável volume de conhecimentos. Na concepção de Hayek, liberdade significa, necessariamente, que cada um acabará agindo de uma forma que poderá desagradar aos outros²³, de forma que os benefícios que a liberdade concede são o resultado do uso que outros fazem dela. Tais benefícios não são limitados aos homens livres e tornam-se maiores na medida em que cresce o número daqueles que podem exercer a liberdade.

Em resumo, “o que uma sociedade livre oferece ao indivíduo é muito mais do que ele seria capaz de realizar se somente ele fosse livre”. Por isso é tão importante esse estudo que Hayek desenvolve, no sentido de relacionar a garantia, o apreço e a defesa da liberdade pelos indivíduos com a vida em sociedade. O contrato social que se estabelece com a vida em sociedade não pode servir como forma de minar ou de macular a liberdade do ser humano de

¹⁹ RAMALHO, Tiago Rego. **O conceito de Liberdade no pensamento de Friedrich Hayek**. p. 04.

²⁰ HAYEK, Friedrich A von. **The constitution of liberty**. Chicago: The University of Chicago Press, 1978. p. 39.

²¹ HAYEK, Friedrich A von. **The constitution of liberty**. p. 45.

²² *Idem*, p. 45.

²³ HAYEK, Friedrich A von. **The constitution of liberty**. p. 47.

forma indevida ou excessiva, como pretendem alguns fenômenos a exemplo do populismo penal midiático, mas deve servir para ampliá-la na linha do pensamento de Hayek.

É neste sentido que Hayek aprofunda os estudos ao desenvolver os conceitos de liberdade e de liberdades²⁴. Dentre o rol das liberdades, está a liberdade como ausência de coerção que é um estado no qual o homem não está sujeito a coerção pela vontade arbitrária de outrem. Também conhecida como “liberdade individual” ou “pessoal”, refere-se sempre a relação de um homem para com o seu semelhante. Já a liberdade política, refere-se à participação do homem na escolha do seu governo, no processo legislativo e no controle da administração.

Além destas, a liberdade interior é a possibilidade de o ser humano pautar as suas ações pela consciência e pela razão próprias, e não por impulsos momentâneos, já que foi liberto pelo conhecimento, diferente da liberdade enquanto poder, que é a liberdade como possibilidade física. Tais concepções sobre liberdade são importantes no sentido de, junto ao tópico anterior, fornecer subsídios para o desenvolvimento da problemática e para a conclusão desse artigo, quando serão relacionados o caráter *ultima ratio* do direito penal e a liberdade no cenário do populismo penal midiático.

4 A liberdade e o Direito Penal como *ultima ratio* no cenário do populismo penal midiático

De início, é preciso rememorar que o nascimento do Direito Penal está atrelado à ausência de espaço para a vingança privada em determinado momento da organização da vida em sociedade para reprimir os atos ilícitos, as ações ou as omissões humanas proibidas e socialmente indesejáveis²⁵. Entretanto, o Direito Penal, enquanto direito que é, não busca somente penalizar e reprimir tais comportamentos, mas também garantir os direitos e proteger de quaisquer excessos as pessoas submetidas à persecução penal.

De fato, o Direito Penal nasceu com o propósito de deixar de lado as vinganças privadas, de forma que somente o que fosse mais gravoso e pudesse custar ao cidadão a sua liberdade deveria ser objeto de interesse, limitando também esse poder punitivo ao Estado, retirando-os de particulares. Tal finalidade é conhecida como *ultima ratio*, da forma que somente em último caso deve ser aplicado o Direito Penal, visando garantir a aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da necessidade.

Como visto anteriormente, as noções de liberdades em um Estado Democrático de Direito são múltiplas a depender do doutrinador que se escolhe seguir, mas, em essência, trata-se de um direito fundamental do ser humano – o que, de fato, o é. Apesar de o Direito ser entendido por Kelsen como “a ordenação coercitiva da conduta humana”²⁶, tal coação não pode nem deve ser o bastante a ponto de cercear a qualquer liberdade do indivíduo ou de restringi-la de forma excessiva ou injusta. Prova disso é o artigo 93, IX, da nossa Constituição, o qual

²⁴ HAYEK, Friedrich A von. *The constitution of liberty*. p. 27-38.

²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 28-29.

²⁶ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 46.

garante que toda decisão judicial – inclusive aquelas que, de alguma maneira, venham a restringir as liberdades individuais – devem ser fundamentadas sob pena de nulidade.

Nesse sentido, falar em liberdade – por mais que sejam diversos e amplos os conceitos e as vertentes a ela vinculados – em muito se associa à seara criminal por ser, via de regra, o ramo do Direito onde a liberdade do indivíduo tende a ser ou é mais duramente reprimida. E aqui não se trata somente da liberdade de ir e vir, quando o indivíduo a perde em algumas das formas de pena privativa de liberdade, definitiva ou temporária, trancafiado em uma cela de um estabelecimento prisional. Menciona-se, em verdade, a perda das liberdades, inclusive da liberdade de existir enquanto ser humano, com a estigmatização que o indivíduo sofre a partir do momento em que é investigado como autor ou partícipe de um delito.

Tal estigmatização não é recente, mas, com o advento da Globalização e da chamada Era da Informação, apresentou um enorme crescimento, assumindo proporções inimagináveis. Tal crescimento deve-se muito à alcance que a mídia exerce na sociedade, encabeçando e incitando o movimento que se conhece como populismo penal midiático, o qual não é um fenômeno recente. A palavra “populismo” possui estrita relação com a política, buscando conquistar o apoio da população por meio da adoção de medidas que possuam o condão de aplacar, ainda que momentaneamente, os anseios populares.

No campo penal, principalmente o legislador e a mídia, começam a escutar o povo sobre propostas que buscam uma eventual solução para problemas sociais e complexos, a exemplo da criminalidade, como se simples fossem. Originalmente denominado de punitividade populista²⁷, este movimento verdadeiramente transformou a aplicação das sentenças criminais no Ocidente. Posteriormente, recebendo a denominação de populismo penal, expressão que se difundiu pela literatura anglo-saxã²⁸, configurou-se como medidas de clamor popular em detrimento daquelas que consagram a garantia dos direitos humanos²⁹.

Em razão disso, o populismo penal assume uma postura retrógrada³⁰, conquistando a abrangência que possui hoje diante da força midiática. Ao disseminar notícias com forte apelo emocional, utilizando-se da figura da vítima como o centro da discussão político-criminal, a mídia elenca determinados indivíduos – a depender do caso concreto - como verdadeiros responsáveis pelas mazelas sociais³¹, pessoas estas que Jakobs, dentro do contexto do Direito Penal do Inimigo, denomina de inimigos³² do Estado e da sociedade em geral.

Logo, o populismo penal midiático dá margem a uma criminologia midiática, tal qual

²⁷ BOTTOMS, Anthony. The Philosophy and politics of punishment and sentencing. In: CLARKSON, C.; MORGAN, R. (eds.). **The politics of sentencing reform**. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 39.

²⁸ NEWBURN, Tim. **Criminology**. 2 ed. Londres: Routledge, 2013. p. 14.

²⁹ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **Populismo penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, 1984-1990**. 2012, 178f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. p.46.

³⁰ PRATT, John. **Penal populism**. London: Routledge, 2007. p. 20.

³¹ ABI-ACKEL TORRES, Henrique. **Política criminal contemporânea: o discurso populista na intervenção punitiva**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 138.

³² JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 29.

Zaffaroni³³ a denomina, um fenômeno que separa os indivíduos em “pessoas decentes”³⁴ e “criminosos”³⁵, sendo o último grupo identificado por estereótipos e, conseqüentemente, segregado da sociedade. Por meio desse fenômeno, percebem-se restrições indevidas à liberdade enquanto direito fundamental, a qual para ser garantida a um ser humano ele só precisa ser sujeito de direitos, condição esta assegurada pela Constituição de 1988 para designar aquele que passa a ser visto pelo ordenamento como verdadeiro titular de direitos e obrigações³⁶.

Em seu Contrato Social, Rousseau já defendia que os homens perdiam a sua liberdade quando submetidos a um poder proveniente de convenções³⁷, visto que o contrato é a transferência mútua de direitos pelos homens³⁸, o qual encerra um compromisso recíproco do público com os demais indivíduos³⁹. Ocorre que o contrato, nesse caso, é viver em sociedade, o que inclui estar sujeito às práticas por ela adotadas, sejam estas benéficas ou maléficas.

Nas situações de agravada anormalidade, a liberdade jurídica, quando desacompanhada das condições mínimas para a fruição da liberdade fática, assegurada diretamente pelos direitos fundamentais, converte-se em uma fórmula vazia que não fornece os pressupostos necessários para o livre desenvolvimento da personalidade humana, sua dignidade e a autodeterminação⁴⁰.

Nesse cenário, não se pode mais ser conivente com o clássico maniqueísmo de que, no processo penal, ou se protege o imputado ou se promove uma política repressiva estatal legítima e eficiente⁴¹, na qual aquele acusado no processo, em verdade, torna-se grande vítima das publicações midiáticas. Atualmente, vive-se em tempos particularmente perigosos, de tentativa de recrudescimento do processo penal, no afã de torná-lo mais efetivo, mas torná-lo mais efetivo para quem?

Certamente, não o será para os investigados/acusados e os seus, que já se encontram carregando o peso do julgamento, não só judicial, mas também social em suas costas nem sempre tão largas para suportar tão pesado fardo. Ainda nesse contexto, direitos fundamentais são distanciados do indivíduo, e o freio da *ultima ratio* é também afastado do direito penal. Afinal, o medo das pessoas que Zaffaroni denominou de “decentes” de conviverem com os

³³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. Coleção Saberes Críticos, vol.1. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307.

³⁴ Expressão utilizada na obra de Zaffaroni acima citada.

³⁵ *Idem*.

³⁶ SIQUEIRA, Mariana de. A Constituição e o antropocentrismo jurídico: há direito dos macacos no planeta dos homens?, In: MEDEIROS, Morton Luiz Faria de (coord.). **O direito na arte: diálogos entre o cinema e a constituição**. Organização de Fernanda Holanda Fernandes, Nathália Brito de Macedo, et al. Mossoró: Sarau das Letras, 2014. p. 108.

³⁷ SILVA, Kelly Cardoso da. **Um discurso sobre direito penal de exclusão: direito penal do inimigo - aspectos jus-filosóficos e normativos**. 2011, 141f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2011. p. 86.

³⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 99.

³⁹ ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2010. p. 35.

⁴⁰ FERREIRA, Eduardo Henrique. A eficácia do direito fundamental geral de liberdade durante a crise da Covid-19. CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-27/ferreira-direito-fundamental-geral-liberdade-covid-19>. Acesso em: 27 out. 2021.

⁴¹ 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. p. 232.

sujeitos indesejáveis faz que o direito penal seja acriticamente elevado a “fonte de expectativas” em detrimento do freio da *ultima ratio* que lhe é inerente.

Tal denominação foi desenvolvida por Hassemer para os casos em que o direito penal é apontado como a solução de problemas sociais⁴² em mais uma manobra encabeçada pelo populismo penal midiático. Por tal fenômeno, são afastados direitos fundamentais, como a liberdade, por meio de um alargamento irracional do direito penal que é – ou deveria ser - *ultima ratio*. Constatam-se, amiúde, discursos apaixonados em prol do aumento de penas e da criminalização das condutas, como se tais medidas tivessem o condão imediato de efetivar os direitos fundamentais contidos na Constituição, dentre eles a liberdade.

Do contrário, percebe-se que o populismo penal midiático faz o caminho inverso, pois a função do direito penal não reside na punição de qualquer natureza, haja vista uma extensa variedade de direitos em nosso ordenamento jurídico que devem ser assegurados, devendo o Direito Penal ser aplicado como o ultimo remédio, a *ultima ratio*, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, valor constitucional supremo, o núcleo axiológico da Constituição.

Não pode o Direito Penal servir como única forma de controle social, como pretende o populismo penal midiático, pois tal utilização exacerbada acaba por minar a sua eficiência e diminuir a sua capacidade de inibir o cometimento de crimes. Ademais, pode restringir de forma indevida o exercício e a efetividade dos direitos fundamentais, dentre eles a liberdade, quando o indivíduo pode até nem estar preso em um estabelecimento prisional, mas já se encontra condenado por uma “sentença midiática” transitada em julgado aos olhos da sociedade em que vive.

Desse modo, para que se possa instituir um Estado de paz⁴³, um Estado proativo e não reativo como prevê o populismo penal midiático, a análise dos temas jurídicos públicos ou privados deve ser submetida ao filtro do texto constitucional, sendo a dignidade humana o anteparo para o agir estatal⁴⁴, de forma que uma legislação voltada à mídia parece ser de criação oportuna e adequada para trazer o equilíbrio necessário ao exercício desta atividade tão cara em um Estado Democrático de Direito.

Afinal, uma sociedade sem Constituição não tem liberdade⁴⁵, e esta, enquanto direito do ser humano, mostra-se essencial para a busca da desmitificação do populismo penal midiático que repercute no processo penal brasileiro flexibilizando os limites ao poder de punir estatal⁴⁶ e desvirtuando a própria função do Direito Penal na sociedade e mitigando a eficácia de direitos fundamentais, como a liberdade.

⁴² HASSEMER, Winfried. Por qué y con qué fin se aplican las penas?: sentido y fin de la sanción penal. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Universidad de la Rioja, n.3, p.317-334, 1999. p. 317.

⁴³ KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM Editores, 2010. p. 150.

⁴⁴ FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra. **Direitos fundamentais como limites ao dever-poder de punir do estado**. 2016, 131f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2016. p. 19.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 640.

⁴⁶ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.253.

5 Considerações finais

A liberdade, que há não muito tempo se apresentava como verdadeira utopia, seja por regimes ditatoriais como o que se instalou no Brasil, seja em razão das Guerras mundiais e dos regimes totalitários no cenário internacional, hoje é um direito assegurado aos seres humanos. É um dos pilares do Estado Democrático de Direito, registrado em documentos nacionais, como é o caso da Constituição de 1988, e internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, sendo por eles assegurados.

Há diversas formas de liberdades, sendo a liberdade em si, na visão de Hayek, derivada do conhecimento humano, da saída do ser humano do estado de ignorância sobre muitos aspectos da vida que podem proporcionar bem-estar, o que decorre da vida em sociedade e em sua forma mais avançada, chamada de civilização. Tal contraponto é importante, pois Hayek atenta para a questão da ignorância humana que acarreta o desconhecimento sobre a liberdade, e também para o ponto relativo à vida em sociedade que amplia os conhecimentos do homem, inclusive sobre os direitos que possui.

Entretanto, se o homem por meio da vida em sociedade colhe benefícios, também está fadado a se deparar com fenômenos danosos e nefastos à sociedade, sobretudo por restringir direitos da sociedade. Dentre estes, destaca-se o populismo penal midiático, termo que deriva da política e ganhou força no campo penal na Era da Informação com a profusão e o alcance em massa dos meios midiáticos.

A partir desse fenômeno, a mídia é utilizada para distorcer matérias de natureza criminal, comprometendo não só o caráter *ultima ratio* inerente ao Direito Penal, como também a garantia de direitos fundamentais que, em regra, são constitucionalmente assegurados aos indivíduos pela condição destes de sujeitos de direitos. A sociedade, em sua maioria leiga, costuma absorver as informações divulgadas pela mídia como se verdadeiras fossem até em razão da abrangência que esta possui no mundo globalizado. Parece retornar ao estado de ignorância tão debatido na obra de Hayek.

O populismo penal midiático incita uma cultura de guerra e uma postura reativa do Estado ao tempo em que pugna pelo recrudescimento penal como forma de resolver problemas complexos relacionados à violência e à criminalidade, corroborando para a elevação acrítica do Direito Penal à categoria de “fonte de expectativas”. Desvirtua-se, assim, o propósito do Direito Penal, pois o afasta do freio da *ultima ratio* que lhe é inerente, aproximando-o de anseios punitivistas e autoritários, restringindo direitos dos seres humanos assegurados por instrumentos normativos nacionais e internacionais, como a liberdade.

Instauram-se, assim, conflitos entre os valores jurídicos e midiáticos, de forma que quem mais perde com tudo isso, a curto prazo, é a pessoa vitimada por uma sentença midiática transitada em julgado antes mesmo da instauração de qualquer processo. A longo prazo, porém, a sociedade toda perde vez que pode se achar diante de precedentes formulados pelo arbítrio encabeçado por práticas populistas penais veiculadas pela mídia.

É neste cenário de distorções de valores, de forte maniqueísmo e de manipulação das informações que as garantias que embasam o Estado Democrático de Direito são comprometidas fortemente, e o homem como sujeito de direitos, tal como apregoa a nossa Constituição de 1988 pode ser todo aquele que não ocupe a posição de inimigo – denominação esta em atenção ao Direito Penal do Inimigo.

Assim, a liberdade e o Direito Penal como *ultima ratio* em sua essência são objetos de constante mitigação e de ataques pelos conteúdos populistas penais veiculados pela mídia, tornando-se vulneráveis ao clamor popular decorrente do apelo midiático. Neste sentido, o Direito Penal deve ser (re)pensado como na concepção trazida por Jhering em analogia à Deusa Themis, a qual segura a balança e a espada simultaneamente, sendo necessário um misto do equilíbrio da balança e da força da espada.

Sem excessos ou faltas, mas se deve agir de forma que seja possível assegurar a liberdade e manter o Direito Penal tal como foi concebido, com o fim proposto. A fim de evitar que tal cenário atinja contornos de realidade, são necessárias ações efetivas que responsabilizem a mídia com uma reflexão mais atenta sobre os direitos e garantias fundamentais, bem como sobre o real papel do Direito Penal na sociedade em atenção ao contexto informacional alargado com o mundo globalizado.

A longo prazo, faz-se interessante a criação de uma legislação específica que contemplaria um sistema sancionatório contundente e equilibrado em relação à atividade midiática, de forma mais explícita, sem censura, mas precisando o que infringe ou não a Constituição e o que ameaça ou não os direitos fundamentais. A curto prazo, porém, debates e reflexões como a que este artigo pretende suscitar são importantes e razoáveis para que o populismo penal midiático não venha a “reinar” acriticamente no seio da sociedade que incentiva tais práticas ao tempo em que as consome, para que as pessoas não retornem à ignorância humana quando não viviam em sociedade e não percebiam direitos fundamentais, tal como apregoados por Hayek.

Referências bibliográficas

- ABI-ACKEL TORRES, Henrique. **Política criminal contemporânea: o discurso populista na intervenção punitiva**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 482.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BOTTOMS, Anthony. The Philosophy and politics of punishment and sentencing. In: CLARKSON, C. ; MORGAN, R. (eds.). **The politics of sentencing reform**. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (LINDB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 30 mar. 2022.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

- FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra. **Direitos fundamentais como limites ao dever-poder de punir do estado**. 2016, 131f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2016.
- HASSEMER, Winfried. Por qué y con qué fin se aplican las penas?: sentido y fin de la sanción penal. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Universidad de la Rioja, n.3, p.317-334, 1999.
- HAYEK, Friedrich A von. **The constitution of liberty**. Chicago: The University of Chicago Press, 1978.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM Editores, 2010.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MEDINA, Javier García. **Teoría integral del derecho en el pensamiento de Miguel Reale**. Valladolid: Ediciones Graphes, 1995.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora.
- 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.
- NEWBURN, Tim. **Criminology**. 2 ed. Londres: Routledge, 2013.
- PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **Populismo penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, 1984-1990**. 2012, 178f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo.
- PRATT, John. **Penal populism**. London: Routledge, 2007.
- RAMALHO, Tiago Rego. **O conceito de Liberdade no pensamento de Friedrich Hayek**. Universidade da Beira Interior. Covilhã: Lusofia press, 2016.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru: EDIPRO, 2000.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2010.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SILVA, Kelly Cardoso da. **Um discurso sobre direito penal de exclusão: direito penal do inimigo - aspectos jus-filosóficos e normativos**. 2011, 141f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2011.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime de provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)**. 3 ed. rev. e ampl. Natal: OWL, 2019.
- SIQUEIRA, Mariana de. A Constituição e o antropocentrismo jurídico: há direito dos macacos no planeta dos homens? P. 102-116. In: MEDEIROS, Morton Luiz Faria de (coord.). **O direito na arte: diálogos entre o cinema e a constituição**. Organização de Fernanda Holanda Fernandes, Nathália Brito de Macedo, et al. Mossoró: Sarau das Letras, 2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. Coleção Saberes Críticos, vol.1. São Paulo: Saraiva, 2012.

Recebido em: 11/04/2022
Aprovado em: 12/06/2022

Alguns problemas do julgamento sobre a loucura

Some problems of judgment about madness

Joe Tennyson Velo 

Doutor pela Universidade Federal do Paraná, Brasil. Especialista em Criminologia Crítica, Prevenzione e Sicurezza Sociale pela Università degli Studi di Padova, Itália. Advogado.

Resumo: O texto apresenta análise sobre antigos e novos problemas inerentes ao juízo sobre a imputabilidade criminal. Destaca a crítica e as contradições acerca do conceito de doença mental, da perícia psiquiátrica, da imputabilidade e do significado das recentes pesquisas neurocientíficas que contradizem a ideia de livre-arbítrio. Por fim, defende um viés existencialista como possível argumentação filosófica para o assunto.

Palavras-chave: Doença mental; Imputabilidade; Perícia psiquiátrica; Crítica; Neurociência; Neurocriminologia

Abstract: The text presents an analysis of old and new problems inherent to the judgment on criminal imputability. It emphasizes the criticism and contradictions about the concept of mental illness, the psychiatric expertise, the imputability and the meaning of recent neuroscientific research that contradict the idea of free will. Finally, it defends an existentialist bias as possible philosophical argumentation for the subject.

Keywords: Mental illness; Imputability; Psychiatric expertise; Criticize; Neuroscience; Neurocriminology

1. Introdução

Qualquer exposição que objetive abordar as instabilidades do significado da loucura e de sua avaliação jurídica está destinada a cometer equívocos. O assunto envolve vários saberes, há o risco da superficialidade, além de desagradar algum conhecimento ou ideologia estabelecidos. A loucura, assim como o crime, refere-se a condutas, portanto, o tema convoca julgamentos. De todo modo, é oportuno revisitar alguns problemas que cercam o assunto, para que não se descurem relevantes críticas.

Eis alguns motivos mais específicos: as variáveis da loucura são infinitas, apesar das tentativas de classificação de transtornos mentais que, desde Kraepelin, com o método fenomenológico, a cada ano, assumem novas diretrizes; não há consenso, mesmo entre psiquiatras, acerca de modelos diagnósticos; a interferência, principalmente do discurso psicanalítico, com seu hermetismo e especificidade, assombra o organicismo e a clareza que a Psiquiatria almeja ao tentar mapear relação entre o físico (neurônios) e o psíquico (a

funcionalidade) e, a partir disso, explicar os comportamentos ditos anormais; permanece vivo (e necessário) o esforço da Psiquiatria para inserir-se na Medicina; para alguns, ela sequer haveria de fazê-lo, em defesa de sua eficiência como procedimento terapêutico. Lobosque¹, por exemplo, entende que “a psiquiatria não coincide com a medicina em pontos decisivos, e, ainda que seja uma especialidade médica, ela o será sempre de forma um tanto...excêntrica”. Há o desejo de poder, que anima gerações de psiquiatras, psicopatologistas, psicólogos e demais responsáveis pela segurança pública; há um determinado humor, mais ou menos sensível, para opiniões sobre a natureza da loucura, sobre o que se fazer com o louco, sobre como julgá-lo ou tratá-lo. Por fim, continua atual a ilustração anedótica deste cenário, amiúde, emblemática entre os brasileiros e que dispensa comentários, acerca do drama de Simão Bacamarte, da Casa Verde, nas palavras do criador Machado de Assis (1839-1908)², “uma das laudas mais puras desta sombria história”.

De todo modo, as críticas serão importantes. Por meio delas, situações podem ser revistas e têm a vantagem de fazer o discurso sobre a loucura e de sua repercussão no Direito Penal conquistar cada vez mais consciência política. O problema da loucura cativa opiniões de vertentes bastante politizadas, tais como: a dos ocupados com os direitos dos doentes mentais, sendo exemplo disso o *movimento antimanicomial*; a dos organizados para aplacar comportamentos inoportunos que, por vezes, tais doentes fazem ou demonstram que poderão fazer e, ainda, a dos que assumem compromisso menos confiável, ou seja, daqueles que projetam curas para os doentes. Sim, a cura é algo quase espúrio, quando o pensamento que se quer defender, neste espaço, coincide com o desengano de que o desequilíbrio mental sequer seja, de fato ou de direito, doença, quiçá, merecedor de autêntico tratamento. Este, tomado de perspectiva realista, há de receber devida crítica, talvez nos moldes da promovida pelo *Citizens Commision on Human Rights*³, precursora de veementes desapontamentos dirigidos à indústria dos psicofármacos.

E as implicações desta arriscada afirmação – de que a doença mental não existe - podem ser desastrosas. São implicações que impõem outros questionamentos, entre eles, sobre o que fazer com a diferença que caracteriza a loucura, como julgá-la com a honestidade que seu problema exige, o que significa, primeiramente, questionar a legitimidade de, compulsoriamente, aprisioná-la. O Direito Penal, por seu lado, como instituição que historicamente tem sido aliada da Psiquiatria, não dispensa opiniões técnicas acerca da doença mental e de sua interferência em comportamentos definidos ilícitos. Então, como se já não bastassem os tradicionais diabos que atormentam o cotidiano jurídico-penal no trato da loucura, há os assombros desenhados com o que se convencionou chamar *neurocriminologia*, nova e variada descrição de experimentos conduzidos no campo das neurociências, que tem recebido

¹ **Experiências da loucura**. Rio de Janeiro: Garamond, 2001. p. 93.

² **O alienista e outros contos**. São Paulo: Círculo do Livro, 1994. p. 29.

³ Entidade sem fins lucrativos fundada em 1969 por Tomas Szasz e Erving Goffman, tem sede em Los Angeles, na Califórnia, Estados Unidos da América (www.cchr.org).

alguma atenção da doutrina penal, semelhante, guardadas algumas atualizações, à festejada pelo Positivismo Criminológico, no final do século XIX.

Exatamente aqui, está o ponto central deste arrazoado. Ao centro do debate, estará o juízo de imputabilidade e alguns problemas que o cercam. Justifica-se: se a loucura não é doença mental, se livre-arbítrio, segundo a neurocriminologia, volta a ser mera ficção, se os manicômios não passam de *Casas Verdes* predispostas a simples reclusão de inoportunos ou frustradores típicos de expectativas consolidadas, a partir de entendimentos apenas disfarçados de cientificidade, como legitimar e proceder ao exame de sanidade mental, em campo processual penal? Indo um pouco mais adiante: como julgar algumas atitudes radicais que, na ordem das neurociências, estiveram decididas pelos neurônios e não por um *sujeito*, a exemplo de atos terroristas? Sobretudo, há a significação axiológica que tal juízo de imputabilidade ostenta e que não deve abandonar, mesmo se pretensiosamente científico. São imprescindíveis acertos sobre questões como estas, para que, no futuro, possam ser garantidos direitos de verdade e situados corretamente o significado político da relação crime e loucura.

É importante encaminhar os problemas afetos a uma concepção sobre a loucura para, com honestidade, atingir certa segurança jurídica. As opiniões jurídicas talvez sejam as únicas que não podem permanecer fronteiriças. A objetividade e a certeza no campo jurídico devem prevalecer, mesmo quando necessário superar dúvidas de outras áreas. A complexidade, infelizmente, não assusta o jurista, que prefere crer na unicidade das ideias. Como anunciada tese, cumpre dizer que o melhor será aceitar que no relacionamento entre o crime (objeto político) e a loucura (objeto psicológico) tem-se a presença da alma, realidade demasiadamente humana para ser desconsiderada. Resta refletir sobre como resolver seus problemas, quando há frustrações de expectativas ou vontades, quando varões ilustres da ciência e da política preferem reduzir a causa de tais frustrações a um desarranjo neuroquímico, que pode ser desfeito ou controlado por meio de doses ou combinações farmacológicas. Portanto, é a concepção sobre a liberdade que está em questão.

Eis o caldo de problemas atualmente à disposição dos penalistas, próprio para iniciar uma conversa ao menos curiosa.

2. O problema da loucura

Há caminhos para tentar defender uma concepção sobre a loucura, com completa indiferença moral, sem cinismo, e movido pelo propósito de descrever ponto de vista fundamental e válido para justificar os problemas exemplares acima previstos, notadamente o referente ao juízo de imputabilidade. Este, em síntese, haveria de, preliminarmente, ocupar-se com as seguintes perguntas: a) o que é, efetivamente, a loucura?; b) a loucura (doença mental) pode ser compreendida como realidade fundamental para um juízo de ausência de imputabilidade (capacidade de ser punido)? Nestas questões, circunscreve-se a temática sobre se o juízo de imputabilidade é fundado numa verdade médica ou numa ficção; se o julgamento

de alguém suspeito de haver estado louco quando cometeu um ilícito penal tem como base informação honestamente científica, ou se seus precedentes são morais. Na verdade, a moral não é uma ficção, porém, incorpora este significado quando, no lugar de um juízo moral, era esperada constatação científica. Cumpre antecipar a opinião de que, no caso da psiquiatria, supõe-se, não há apenas ciência.

Há opiniões razoáveis no sentido de que o comportamento considerado louco não é disfunção ou deformação patológica do organismo, nos moldes preconcebidos para doenças consideradas não mentais. Sobretudo, a *loucura* seria unidade psicológica resultado da intersecção de complexos antagonismos existenciais, com a participação de mitos, ambições, desejos e frustrações, a revelação de um estado de alma que traduz um modo de ser. Talvez diferente da maioria, como se queira ver, mas o comportamento louco somente é definido como *doença*, porque causa importunação ou quebra de expectativas e, conseqüentemente, pode induzir sofrimento, seja do doente, seja de outro alguém. Se a pessoa ouve vozes ou vê coisas estranhas, esta especial singularidade somente será importante para certos operadores, caso manifeste-se como comportamento social radicalmente imprevisível, em especial, enquanto perigoso, do contrário, não passará de excentricidade, sem qualquer terror.

Considerações acerca da realidade valorativa da loucura não são recentes e sempre estiveram situadas no discurso da antipsiquiatria. Michel Foucault (França), R. D. Laing (Grã-Bretanha)⁴ foram importantes para o movimento, mas seu mais incisivo porta-voz foi o médico húngaro, radicado nos Estados Unidos, Tomas Szasz (1920-2012). Com pouca brandura e muita ironia, porém, com o cuidado de não agravar uma disposição própria do discurso crítico que, também a partir dos anos 60 do século XX, norteou o aparecimento da criminologia da reação social, as considerações de Szasz⁵ costumavam ir direto ao ponto: a doença mental, como desequilíbrio biológico, é mito, não existe como *doença*, como um achado no corpo. Sua realidade orgânica não apenas é indemonstrável como tem precedentes morais e compromissos políticos de ordem pública. O fio condutor de suas teses é a própria história da intolerância e do medo da diversidade, esta capaz de enfraquecer instituições de poder. Em *The manufacture of madness* (1970), observa Szasz⁶ que, primeiro, foram os judeus, depois, por cerca de 300 anos, as bruxas, por fim, a partir do século XIX, com o progresso das pesquisas médicas, os “doentes mentais” alcançaram o *status* de impertinentes figuras a governanças ávidas pelo controle de uma sociedade que, como lembrou Lobosque, busca a felicidade a qualquer preço⁷. Nesse ambiente, impera a necessidade de definir comportamentos a fim de garantir estabilidades, cada vez mais indispensáveis, diante do aumento da complexidade, como a necessidade de estabilidade política dos próprios definidores. A cultura do controle, em espaço psiquiátrico, deu sustentação à técnica manicomial e, há pouco menos tempo, à indústria dos

⁴ *Historie de la folie à l'âge classique* (1961) e *The divided self: an existential study in sanity and madness* (1960), respectivamente.

⁵ *The myth of mental illness, Foundation of a theory of personal conduct*. New York: Harper & Row Publishers, 1974. p. 262.

⁶ *The manufacture of madness. A comparative study of the inquisition and the mental health movement*. New York: Syracuse University Press, 1997.

⁷ *Experiências da loucura*. p. 81.

psicofármacos, como armas contra *anormalidades*. Instituição e indústria conquistaram o reconhecimento de modernos e indispensáveis instrumentos para a recuperação da saúde mental; contudo, em sua manifestação mais sombria, também contribuíram para o ritual do sacrifício das pessoas que não conseguiram manter-se equilibradas e que, aos poucos, via de regra por recomendação familiar, passaram a ser marcadas como *doentes*. Na reflexão de Amarante⁸, também representante do movimento antimanicomial no Brasil, a psiquiatria moderna tem a pretensão de confirmar o método tecnocientífico clássico, que defende haver autonomia do observador cientista em relação ao objeto de análise, quando, é coerente suspeitar, outra é a realidade; a psiquiatria conjuga saberes e práticas sobre a categoria *doença mental*, produto de uma construção. Não haveria neutralidade entre o sujeito epistêmico e o objeto epistêmico, haja vista o interesse de controle dos diferentes com a prática manicomial baseada no saber psiquiátrico. A respeito desta perspectiva que vê a doença mental como categoria construída, pertinente a análise de Spector e Kitsuse, quando definem “problemas sociais” como atitudes de indivíduos ou grupos de afirmação acerca da gravidade de situações, motivo por que seria válido exigir algum tipo de punição e intervenção do Poder Público⁹. Portanto, os autores focalizam o modo como são apresentadas justificativas sobre a necessidade de intervenção, principalmente institucional, em determinadas situações, então consideradas problemáticas. Em síntese, eles não estão ocupados com as situações em si, mas como as mesmas são consideradas problemas, pois, como esclarecem, certas condições, a princípio de interesse apenas particular, mediante circunstâncias historicamente compreendidas por um grupo legitimado para tanto, são promovidas como de interesse público porque avaliadas ou definidas *problemas sociais*; não haveria, portanto, “condições naturalmente objetivas”. Neste contexto, o comportamento imprevisível, definido perigoso, construído *doença mental*, torna-se objeto de interesse sociológico.

O processo de definição por meio do diagnóstico psiquiátrico, fundamentado em classificações nosográficas constantemente aperfeiçoadas e atualizadas, é resultado do crescimento de pesquisas em saúde mental, de modo que os psicopatologistas costumam angariar prestígio em muitas ocasiões. Mas, como efeito não previsto por parte dos articuladores do saber psiquiátrico, teria havido descuido dessa política que o trato da saúde mental envolve. Ao longo do século XX, notadamente no Brasil, os hospitais psiquiátricos tornaram-se sede de procedimentos estigmatizantes e constrangedores à personalidade. Descritos por Erving Goffman¹⁰ como um tipo de *instituição total*, manicômios passaram a ser locais organizados para cuidar de pessoas definidas incapazes de cuidar de si mesmas e que, em casos graves, representam ameaça “não intencional” à comunidade. A marca negativa de tais instituições foi o procedimento nelas empregado: entendeu-se que o fechamento ou isolamento do exterior seria fundamental e a saída, quando desautorizada, simplesmente proibida. Isso criou uma relação de sensível estranhamento entre a instituição e a natureza dos internados ou almas nele abrigadas.

⁸ **O homem e a serpente, outras histórias para a loucura e a psiquiatria**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996. p. 35.

⁹ Versão livre de: “Activities of individuals or groups making assertions of grievances and claims with respect to some putative conditions” (**Constructing social problems**. New York: Routledge, 2017. pp. 75, 76 e 143).

¹⁰ **Manicômios, prisões e conventos**. Trad. Dante Moreira Leite, São Paulo: Perspectiva, 1996. p. 16 e 17.

Além disso, porque nas instituições manicomiais prevalece o comando da psiquiatria organicista no contexto de um conflito social velado, não há oportunidade para manifestação da alma. Então, o *sujeito*, como internado, faz-se *eu mortificado* (Goffman), atrofia-se, quase desaparece, torna-se incapaz de fazer significativa sua condição, pois a maior parte de seu tempo é dedicada à adaptação à instituição, na medida de seu possível e de sua necessidade. Pode-se dizer que, no hospital psiquiátrico, a convivência não satisfaz as exigências naturais do espírito, pois seu principal objetivo é apaziguar a revolta, interpretada como sintoma. O hospital psiquiátrico não se notabilizou como lugar que privilegia a *fala*, mas o comportamento correto, conquistado ao custo de dosagens bem calculadas.

Essas características são significativas, porque históricas. Elas justificam a crítica à ideia de doença mental e da necessidade de controlá-la, das quais decorrem consequências também no relacionamento entre o direito e a psiquiatria. O hospital psiquiátrico para medidas de segurança é o estágio mais avançado do peculiar isolamento que marcou as instituições totais, ao longo do século XX; no entanto, medidas de segurança continuam sendo executadas como sempre foram.

Portanto, como realidade menos visível da cultura manicomial e da existência de doenças mentais, encontra-se a exclusão social, que funciona como alternativa, pelo fato de algumas pessoas reagirem aos valores impostos pelas instituições, fazendo-se diferentes. As ideias modernas de exclusão pelo saber psiquiátrico, segundo Szasz, têm o mesmo aspecto de todas as épocas em que houve a necessidade de processos de eliminação do mal. As instituições sempre trabalharam com singular ardor, neste sentido. O que é considerado agradável deve ser mantido, no corpo, na personalidade, na comunidade; o que é considerado mau deve ser excluído ou controlado. Tanto a Medicina quanto algumas doutrinas religiosas irradiam estas considerações de modo que as mesmas perfaçam intenções políticas de controle social sempre operante. Os rituais de sacrifício, nas antigas religiões, para Szasz¹¹, de certo modo, foram restaurados com a cerimônia do diagnóstico e do internamento conduzidos pela psiquiatria. Haveria um processo de definição e de exclusão, na modernidade, racionalizado como técnicas terapêuticas à base de remédios. Essa é a realidade infeliz dos manicômios, com raras exceções, onde são executadas medidas de segurança, locais em que a ideia de doença mental contribui fundamentalmente para a manutenção de uma cultura viciada, cômoda que, há aproximados 200 anos, cronifica a exclusão. No século XIX, Cesare Lombroso talvez tenha sido o primeiro a defender a criação dos manicômios penitenciários como solução para problemas sociais, sanitários e de segurança pública, segundo observação de Rita Corsa¹².

O mais grave é que esses acontecimentos ainda existem no Brasil, mesmo depois da Lei n. 10.216 de 2001, com a qual se teve a pretensão de reformar o tratamento psiquiátrico no País.

¹¹ **The manufacture of madness.** p. 265.

¹² MARTUCCI, Pierpaolo; RIPONTI, Danilo, **Nuove pagine di criminologia, con il contributo psichiatrico di Rita Costa.** Vicenza: WoltersKluwer, 2017. p. 97.

Eis o problema¹³. Quando a Lei foi criada, a intenção era aproximar a realidade brasileira da projetada, por exemplo, pela Lei Italiana n. 180 de 1978 (Lei Basaglia), Lei da Reforma Psiquiátrica. Ao longo dos anos 70 do século XX, o psiquiatra Franco Basaglia (1924-1980) conseguiu demonstrar as idiossincrasias do sistema manicomial, principalmente do norte da Itália, depois de muitas experiências, discursos e debates com administradores públicos. Usualmente, os hospitais impunham disciplina e não o que haveria de ser adequado tratamento. Basaglia¹⁴ denunciou a perspectiva institucional, que fazia vergonhosa a seguinte situação: se a família do *doente* tinha dinheiro, poderia evitar o estigma infamante imposto pela experiência institucional, passando pelo labirinto das clínicas; se não tinha, ou se faltava coesão na família quanto ao que fazer com ele, o hospital psiquiátrico tornava-se, mesmo para o com recursos, um gueto. Os doentes eram excluídos da sociedade, considerados perigosos para si mesmos e para os outros, causa de escândalo público. Basaglia revolucionou o método para o relacionamento com os doentes mentais, assumiu engajamento político; com fundamentação fenomenológico-existencial, questionou o conceito de doença mental, contribuiu para encerramento de tradicionais métodos aplicados em hospitais psiquiátricos. Não é errado considerar antipsiquiatras seus principais argumentos.

Continua curioso o fato de o discurso da antipsiquiatria não haver sensibilizado a doutrina penal. O mesmo aconteceu em relação à anticriminologia (de perfil etiológico) ou criminologia crítica. Tais discursos, mais afins de um pensamento dito de *esquerda*, porque contestam a função institucional que o direito punitivo e a psiquiatria têm assumido no mundo capitalista, são inspiradores teóricos, porém, pouco têm sido influentes em políticas públicas. Os métodos de aprisionamento e de tratamento psiquiátricos continuam precários e desgastados, mas vivos como sempre estiveram, porque cumprem a necessidade vital de manutenção da estrutura social excludente, hoje mais estratégica do que antes, diante da ordem neoliberal predominante. Há notórios compromissos até mesmo no sentido de denunciar uma criminalização da doença mental, principalmente em relação à população mais carente, que não tem acesso a cuidados médicos mais capacitados, como argumentaram Slate e Johnson ao dirigirem críticas ao movimento antipsiquiátrico¹⁵.

A crítica aos princípios da psiquiatria organicista ou biológica e, de resto, à sua central categoria, a doença mental, como doença situada no cérebro, pode combinar com o que se convencionou chamar movimento antimanicomial. A antipsiquiatria e o *movimento* coincidem ao menos num ponto: o saber psiquiátrico controlador, porque dependente da estrutura manicomial, porque tem compromissos institucionais clássicos, está preparado para agir, quase

¹³ A necessidade de rever a condição da execução de medidas de segurança a fim de respeitar a Lei brasileira de Reforma Psiquiátrica foi analisada por Sá, Alves e Zimmaro (“Medidas de segurança: necessárias reflexões pós-advendo da lei de reforma psiquiátrica (lei n. 10.216/2001)”, **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, agosto de 2013, p. 12). Ainda neste sentido, a observação de Tânia Marchewka, de que a Lei n. 10.216/2001, especialmente no âmbito criminal, não foi assimilada pelo Poder Judiciário, o que contribui para sobrevida da presunção de perigosidade dos doentes mentais e uma certa resistência de fazer da medida de segurança exceção. (“As contradições das medidas de segurança no contexto do direito penal e da reforma psiquiátrica no Brasil”, **Revista de Ciências Penais**, n. 0, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 184).

¹⁴ **A instituição negada**. Trad. Heloisa Jahn, Rio de Janeiro: Grall, 1991, págs. 15 e 16.

¹⁵ **Criminalization of mental illness, crisis and opportunity of the justice system**. Durham: Carolina Academic Press, 2008, p. 31.

exclusivamente, com psicofármacos e mostra-se incapaz de enfrentar aspectos fundamentais da vida diária.

O rompimento com o paradigma clínico deve afeiçoar-se como atitude política também em relação ao que sucede no âmbito dos hospitais psiquiátricos penitenciários que executam medidas de segurança. Para a reestruturação do relacionamento com o declarado inimputável deve-se começar pela realidade médica desta declaração. Com ela tudo começa. No juízo de inimputabilidade, encena-se, logo no primeiro ato, a medicina como *não verdade*. O tradicional papel do perito, a exemplo das suspeitas lançadas pela antipsiquiatria, há de merecer atenção crítica, porque prenuncia um julgamento essencialmente moral.

Embora tenha vivido diferentes períodos quanto aos seus fundamentos, a medida de segurança conservou a função de conter almas consideradas incapazes e desagradáveis num espaço reservado ao fenômeno da loucura, mas que foi culturalmente desenhado, como ilustra o trabalho de Michel Foucault, sobretudo, em *História da loucura*. O momento da *doença mental*, pode-se dizer assim, assumido, após o fim da Segunda Grande Guerra, segundo versão de Cohen e Marcolino¹⁶, mantém estável a cultura que interpreta o juízo de imputabilidade segundo o viés que caracterizou o período terapêutico ou positivista. Na modernidade, mesmo com os avanços conceituais e científicos da psiquiatria biológica, continua sólido o pensamento de que o psiquiatra detém conhecimento científico para atestar a deficiência mental e a perigosidade de pessoas definidas como perturbadas mentais. Ademais, as medidas de segurança, apesar de assumirem o registro de tratamentos médicos, sempre foram indispensáveis como política de segurança e ordem públicas.

Outro problema: o desenvolvimento da psiquiatria ainda não foi capaz de reconhecer sua inaptidão de acertar um juízo sobre a perigosidade; esta seria marca visível, presente no inimputável. Em seu nome, abusos decorrentes da contenção são tolerados, como a arbitrária duração da medida de segurança¹⁷. Com isto, há notícia de internamentos em hospitais psiquiátricos penitenciários que duram décadas ou mesmo a vida inteira, simplesmente pela falta de alternativa social ao internado¹⁸. Os argumentos que perfazem o arcabouço ideológico do funcionamento dos hospitais, para execução de medidas de segurança, têm sua filosofia na concepção, a princípio infalível, de que o louco inimputável perdeu o livre-arbítrio e é perigoso. Assim, fácil esquecer quem ingressou no hospital pela declaração de inimputabilidade. Mas, como acreditar que a psiquiatria consegue dissertar sobre o livre-arbítrio? Como entender a eficiência terapêutica de medidas de segurança? Como justificar uma prisão para doentes?

¹⁶ COHEN, Cláudio; FERRAZ, Flávio Carvalho; SEGRE, Marco (Org.). **Saúde mental, crime e justiça**. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1996. p; 13.

¹⁷ No Brasil, foi necessário o Supremo Tribunal Federal estabelecer critério para fazer limitado o internamento em medida de segurança, porém, em absurdos 30 anos, segundo interpretação dos artigos 75 e 97 do Código Penal, 183 da Lei de Execução Penal e artigo 5º, inciso XLVII, letra b da Constituição da República. (HC 84219/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, em 16/8/2005, www.stf.jus.br, visitado em 22/1/2018).

¹⁸ Pitoresca a decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal de Casa Branca, Estado de São Paulo, sobre a declaração do fim da execução de uma medida de segurança iniciada há 59 anos(!), mas com a determinação de que, “para o bem do próprio internado”, o mesmo haveria de continuar no Centro de Ressocialização, afinal, foi nesse lugar, em que sob cuidados de pessoas dedicadas, “fez amigos, sorriu, chorou e viveu” (**Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 238, p.1589).

3. O problema do juízo de imputabilidade

A perigosidade é uma situação definida pela Psiquiatria e que sustenta a racionalização do aprisionamento como medida de segurança ou agravamento de penas. É uma estimativa sobre a possibilidade ou probabilidade de alguém realizar ato desviante. É conceito também jurídico, mas que decorre do discurso psiquiátrico, a fim de justificar especial intervenção institucional sobre a vida de alguém inserido no papel de louco ou não. Quando relacionada à presença de doença ou transtorno mental, a perigosidade adquire importância para o direito penal como objeto do juízo de imputabilidade. Importa compreender que o uso do conceito de perigosidade, como referência para o juízo de censura penal, foi legitimado e recebeu o selo da ciência com o positivismo criminológico, mas isso também somente foi possível porque a tradição jurídica da modernidade já havia sido ancorada em alguma filosofia humanista sobre o livre-arbítrio como poderoso fundamento filosófico de sustentação da responsabilidade criminal. Em teoria, a combinação pareceu perfeita: se o sujeito agiu de modo ilícito, mas com sua capacidade de decisão prejudicada por uma definida doença (inimputável), justifica-se a presunção de perigosidade; conseqüentemente, terá de ser tratado e não punido, seu futuro será entregue ao saber psiquiátrico que, embora não em última, mas decisiva análise, dirá quando a perigosidade cessou ou encontra-se em estado de suportabilidade social. Em certo momento, houve um acordo entre o saber jurídico e o saber psiquiátrico para a divisão de tais competências. O jurista sabe julgar o normal, o perito psiquiatra, o *anormal*. Caberá ao psiquiatra dizer quando o sujeito punido ou tratado voltou a ser alguém capaz de satisfazer razoável grau de previsibilidade (satisfação de expectativas). O problema reside na crença oficial de que tal cenário poderia ser descrito pela ciência *psi*.

Sucedendo que, para analistas menos dissimulados, não é possível acreditar que os juízos psiquiátricos sobre o estado de perigosidade sejam isentos de considerações morais; afinal, ainda quando o trabalho concerne à imputabilidade, não é apenas a saúde mental o aspecto a ser trabalhado, mas os problemas ligados à liberdade. Assim reconhece, por exemplo, Bizzarri¹⁹. A liberdade não é categoria médica, mas tema filosófico; no entanto, é exatamente ela que está em debate, por ocasião do juízo de imputabilidade criminal, o que faz dos laudos periciais aventura dedicada a políticas de controle e manifestações de poder, algo ilegítimo do ponto de vista criminológico crítico, tal como Foucault já alertava em suas lições sobre os *anormais*²⁰.

Os problemas do juízo de imputabilidade residem no fato de que a práxis jurídica, por motivos de conveniência e tradição, procura não desmentir a competência assumida pela psiquiatria forense de falar sobre o que levou a pessoa periciada ao ato e sobre o futuro dela. Embora existam dificuldades reconhecidas pelos próprios médicos a respeito de conseguirem

¹⁹ BIZZARRI, Corrado. *Criminali o folli, nel labirinto dellaperiziapsichiatrica*. Milano: Et al Edizioni, 2010. p. 63.

²⁰ Curso no Collège de France entre 1974 e 1975.

atestar a inimputabilidade²¹, a comunidade jurídica, devido a contingências que agora não cabe aprofundar, prefere assemelhar o trabalho do perito, que decorre de aspectos e interesses específicos, ao trabalho do médico. Esta suposição cativa os próprios defensores, que, em situações especiais, têm a declaração de inimputabilidade como a melhor alternativa, a fim de afastar o acusado de uma condenação propriamente dita. A imagem do hospital psiquiátrico penitenciário, como instituição de cuidados especiais e humanitários, permeia pensamentos desavisados em relação à história da instituição. Assim, instaura-se um pacto de credibilidades e tangencia-se a crítica, perpetuando o descuido para com a natureza humana: o abafamento de almas que, em nome da disciplina, continuarão a falar como comportamentos bizarros, em que os próprios desejos são considerados sinais de doença. Eis uma possível explicação do porquê, mesmo no século XXI, ainda há hospitais para aplicação de medidas de segurança, em nome da ordem e da moral públicas. Goffman²² sublinhou o típico olhar moral que toda instituição total conserva. Ampliada, seria algo semelhante a uma versão funcionalista da vida moral.

Paralelo à possibilidade jurídica de destinar alguém a uma medida de segurança, porque julgado inimputável devido ao diagnóstico de doença mental ou ao prognóstico de estado de perigosidade, amalgamados sob o espírito considerado científico do juízo de imputabilidade, há o problema de atitudes ilícitas provindas de personalidades efetivamente perigosas, mas que, decerto, por conta de juízos morais e por meio de um artifício de metafísica política, não devem ser julgadas carentes de responsabilidade. Esta circunstância deixa mais clara a programação essencialmente política (má política) e não médica que orienta os juízos de imputabilidade criminal. Um exemplo: em 23 de maio de 2017, em Manchester, a polícia britânica afirmou que provavelmente Salman Abedi, de 22 anos, em homenagem aos interesses do grupo terrorista Estado Islâmico, explodiu o próprio corpo, ao final de uma apresentação da cantora norte-americana Ariana Grande, na arena local, causando a morte de 22 pessoas e ferindo outras dezenas. A atitude do suicida, provavelmente ao lançar mão de uma ideia delirante, espontânea e calculada, a princípio, poderia ser avaliada como patológica. Imagine-se que o ato não tivesse ido além da tentativa: no campo das suposições e da coerência, Abedi haveria de receber o julgamento de inimputável, porque agiu fortemente influenciado pelo ideal do grupo terrorista que o condicionou ao extremo de querer matar, ainda que fosse matando-se. Um suicídio com esse desempenho, do ponto de vista psiquiátrico, não poderia ser considerado *normal*, como, aliás, de regra, é interpretado todo atentado deliberado contra a própria vida. Contudo, há obstáculos políticos para que assim se pense em relação a um *lobo solitário* simpático ao Estado Islâmico. O mesmo raciocínio seria válido em relação a psicopatas, personalidades de difícil classificação psiquiátrica, uma espécie de *terra de ninguém* (*no-man's land*)²³, em que há desordem mental, mas sem os sinais típicos da psicose. A condicionante endógena nesta hipótese é, de igual modo, segundo a psiquiatria biológica, determinante. O apego extremo à

²¹ A respeito das dificuldades e contradições que orbitam a perícia psiquiátrico-forense, há os ensaios publicados em *Questioni Sulla imputabilità*, organizados por Adolfo Ceretii e Izabella Merzagora (Padova: Cedam, 1994).

²² **Manicômios, prisões e conventos**. pp. 70-80.

²³ YOCHELSON, Samuel; STANTON, E. **Same now, The criminal personality**. New Jersey: Jason Aronson Inc., 1993. vol 1, p. 95.

ideia da necessidade de servir a um desejo convocaria o sujeito a agir, fazendo-o impossibilitado de renunciar.

Posto isso, são razões de política criminal que prevalecem nos juízos sobre a imputabilidade, mas cujo argumento principal, não revelado, tem como motivação o ordenamento moral disfarçado de médico-científico. A razão, que direciona o reconhecimento da presença de patologia mental e de suas consequências, pouco tem a ver com a realidade científica ou médica e muito com a necessidade de controle social e de correspondência à moral pública.

A despeito destes aspectos, a estabilidade da ordem moral e a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal, hoje, têm seus tradicionais fundamentos contestados pelos recentes resultados de pesquisas e interpretações apresentadas pelas neurociências. Quando tratam da liberdade de vontade relacionada à prática de crimes, tais pesquisas são inseridas no campo da chamada *neurocriminologia*. O desafio tem sido como conciliar as informações neurocientíficas com a doutrina penal, inaugurando nova ordem de problemas.

4. Novo problema: a *neurocriminologia*

As incoerências do juízo de imputabilidade, oriundas das idiosincrasias da perícia psiquiátrica, oficialmente negligenciadas, atualmente, recebem novo ingrediente, o que é contraditório, pois fruto justamente do aperfeiçoamento de metodologias científicas. A *neurocriminologia*, sem alguma modéstia, surge como disciplina atenta aos estudos sobre o que se entende ser a realidade sobre o livre-arbítrio. Diria que o cérebro, por algum caminho pouco preciso, já havia programado toda a história, louca ou não, sem temeridade alguma, determinando, por exemplo, que o psicopata ou o terrorista cometa uma maldade, antes mesmo do infeliz autor estar ciente de sua “sensação” de escolha ideológica.

Portanto, há muitas indagações morais e jurídico-penais, porque implicadas com a responsabilidade humana, decorrentes das pesquisas neurocientíficas²⁴. Com o termo neurociência, designa-se o método de estudo da rede de neurônios ou células envolvidas em complexas sínteses químicas acontecidas principalmente no cérebro que, aliada à combinação genética, é causa predominante do comportamento humano. Cabe dizer que as pesquisas neurocientíficas são capazes de atualizar o antigo debate, outrora metafísico, entre as teses do determinismo e do indeterminismo, respectivamente, de negação do livre-arbítrio e de aceitação do mesmo.

²⁴ Em oportuno trabalho, Regina Juncal atenta para os riscos da perspectiva neurocientífica, que, ao protagonizar a investigação etiológica do crime, traduz tecnologia capaz de esclarecer a “inimputabilidade” de qualquer criminoso. A autora critica a abordagem neurocriminológica; ela contribuiria para uma intervenção penal profundamente baseada no modo de ser ou existir, que mais legitimaria as medidas de segurança e sua nefasta ideologia (Medida de segurança: estudo sobre a possibilidade de um modelo único de responsabilidade penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 142, São Paulo: RT, 2018. pp. 56 e 57).

Na ciência penal, a neurociência aos poucos foi conquistando espaço, não como doutrina, mas pelo viés da criminologia (neurocriminologia), e, com frequência, vem sendo invocada para colocar em xeque o fundamento ontológico e clássico da culpabilidade porque, fundamentalmente, sepulta a ideia de liberdade, nos processos de escolha, com base em constatações. Para a doutrina penal clássica, o livre-arbítrio pareceu ser condição necessária da responsabilidade moral. Em sua apresentação mais erudita, tem fundamentação antropológica-existencial²⁵. Impossível negar que, como expressão cultural, ainda predomina o entendimento de que o sujeito, em estado normal de saúde mental, goza de capacidade suficiente para escolher suas atitudes. Esta racionalidade constitui base fundamental da ética para os institutos de direito penal, como o conceito de imputabilidade. Em tese, a presença de uma doença mental, previamente definida, diagnosticada e ativa, seria a única hipótese em que seria autorizado falar de ausência de livre-arbítrio que importasse situação de inimputabilidade. Talvez um dos primeiros a, no século XX, abalar este pilar epistemológico, tenha sido o neurocientista Adrian Raine, da Universidade da Pensilvânia (*The psychopathology of crime*, 1993). Após utilizar métodos de neurociência para investigar origens de comportamentos criminosos e relacioná-los à baixa ativação do córtex pré-frontal, Raine chega a afirmar que Cesare Lombroso (1835-1909) estava no caminho da verdade²⁶.

Dentro desse contexto, a primeira impressão é de que as pesquisas em neurociência, a despeito de nova terminologia e fundamentação empírica, no campo penal, recuperam os padrões das hipóteses orgânicas, primeiramente, divulgados pelo positivismo criminológico, ainda no século XIX, cunhados por Lombroso. Cabe lembrar, Lombroso, admirado pelas impactantes pesquisas de seu tempo, conjugadas no dito *evolucionismo* de Charles Darwin (1809-1882) e na ideia de degeneração moral, desenvolvidas pelo psiquiatra Bénédict-Augustin Morel (1809-1873), além de outros observadores do cérebro, apresentou, no último quarto do século XIX, sua famosa teoria sobre a criminalidade determinada por características presentes no sujeito²⁷. Eram teses que desenharam a tríade loucura-delinquência-determinismo biológico,

²⁵ O fundamento funcionalista, protagonizado por Roxin (**Derecho penal: parte geral**, trad. Diego-Manuel Luzon Peña e outros, Madrid: Civitas, 1997), também tem indiscutível peso doutrinário para a responsabilidade criminal. Roxin busca superar a problemática do livre-arbítrio, atrelado ao clássico conceito de culpabilidade normativa, com a consideração de que o acesso à norma e os fins preventivos da pena justificam a presunção de liberdade, ao menos com relação aos imputáveis, extraindo daqui o termo *responsabilidade* como elemento fundante da intervenção político-criminal. No entanto, quando se trata de discutir os problemas do acerto da imputabilidade, o fundamento clássico ou ontológico, baseado na ideia de livre-arbítrio, ainda é considerado muito operacional e, sem dúvida, sustenta a metodologia dos juízos de imputabilidade. A versão mais atualizada do método ontológico, após do finalismo de Welzel, é a de Jorge de Figueiredo Dias (ontoantropológica). Inspirado na filosofia da existência, Figueiredo Dias (**Liberdade, culpa, direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983) considera a responsabilidade como consequência da personalidade, enquanto síntese de opções fundamentais livremente desenvolvidas que configuram parâmetros ético-existenciais. Para uma crítica ao método ontológico, assim como ao finalista e ao naturalista, há o estudo de Bruno Tadeu Buonicore (Liberdade e reconhecimento: contributo ao estudo da culpabilidade jurídico-penal – reflexões iniciais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 61, n. 127, São Paulo: RT, 2017, pp. 39 e ss.; A concepção ontológica da liberdade individual e seu *deficit de verificabilidade* para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 163, São Paulo: RT, 2020, págs. 61 e segs.).

²⁶ SOLTES, Eugene. **Why they do it, inside the mind of the white-collar criminal**. New York: Public Affairs, 2016. p. 57.

²⁷ Para estudo da evolução das teses orgânicas sobre a criminalidade difundidas nos séculos XIX e XX, há o estudo de Samuel Yochelson e Stanton E. Samenow (1993. p. 57 e ss.).

em que fatores patogênicos, por vezes atávicos, seriam causa de todo tipo de desordem²⁸. Para o positivismo, não haveria livre-arbítrio; seriam fatores endógenos, principalmente concentrados na cabeça, segundo um padrão fisionômico, que causavam as escolhas humanas. Assim, o positivismo inseriu o fundamento antropológico no direito penal e, de resto, deferiu o nascimento da criminologia como a ciência ocupada com a etiologia do comportamento desviante. Parte importante desta doutrina foi desacreditada, todavia, como resultado de sua tentativa de impor o espírito científico sobre o filosófico, suas críticas ao livre-arbítrio jamais foram completamente superadas.

Nos dias de hoje, a hipótese etiológica e biológica do positivismo não é diferente, como argumento; enquanto muitas afirmações de Lombroso, aos olhos de agora, parecem cientificamente precárias, como observa Eugene Soltes, a premissa de que algumas pessoas têm predisposição biológica (mental) ao comportamento desviante continua disponível²⁹. A despeito de algum progresso empírico que se possa entender neste campo, entre a tese fundamental do positivismo criminológico – não há liberdade devido a características inatas do sujeito - e a neurociência, nota-se mudança de substância vista, mas não de mentalidade. Esta aproximação parece oportuna, ao menos para situar, com maior cautela, possíveis significados que o espírito científico ou explicativo tem condições de provocar no discurso jurídico.

O mesmo entusiasmo que animou a Escola Positiva Italiana e, de efeito, a criminologia etiológica, parece sensibilizar os postulados da nominada nova criminologia, neurocientífica. Como definiu o neurocientista britânico Francis Harry Crick (1916-2004)³⁰, prêmio Nobel de Medicina e coautor da descoberta da estrutura da molécula do DNA em 1953, “suas joias, suas dores, suas recordações e suas ambições, seu senso de identidade pessoal e de livre-arbítrio, não são nada mais que o comportamento de uma ampla organização de células nervosas e de moléculas a ela associadas”³¹. Outrossim, ao referir-se sobre o mesmo assunto e pesquisas inauguradas por Raine, o neurobiólogo de Salamanca, José R. Alonso, noticia sobre um estudo de neuroimagem do córtex cerebral anterior, intitulado *neuropredição*, publicado em março de 2013, nos *Proceedings of the National Academy of Sciences*³². O referido lugar do cérebro estaria relacionado com a regulação do comportamento, com o controle da impulsividade, com o processamento dos erros, com a seleção de respostas e com a aprendizagem de coisas e situações que se devem evitar. Segundo Alonso, testes de ressonância magnética feitos em 96 presos homens com idades entre 20 e 52 anos, que foram observados durante 4 anos, após colocados em liberdade, revelou que os que tinham baixa atividade na região cerebral mapeada reincidiram duas vezes mais do que aqueles que apresentaram alta atividade na mesma zona.

²⁸ MARTUCCI, Pierpaolo; RIPONTI, Danilo. *Nuove pagine di criminologia, com il contributo psichiatrico di Rita Costa*. Vicenza: Wolters Kluwer, 2017. p. 16 e ss.

²⁹ **Why they do it, inside the mind of the white-collar criminal**. p. 49.

³⁰ CRICK, Francis Harry. *The astonishing hypothesis: the scientific search for the soul*. New York: Touchstone, 1995. p. 13.

³¹ Tradução livre de: “*The Astonishing hypothesis is that You, your joys and your sorrows, your memories and your ambition, your sense of personal identity and free will, are in fact no more than the behavior of a vast assembly of nerve cells and their associated molecules*”.

³² Disponível em <https://ralonso.es/2013/04/07/neurocriminales>, visitado em 10/01/2018.

Então, concluiu-se que as pessoas com danos ou alterações significativas no córtex anterior manifestam mudanças no comportamento, como perda de inibições, apatia e agressividade e isto permitiria considerá-las personalidades psicopáticas devido a um funcionamento cerebral inato.

Seres humanos, explica a neurociência, podem realizar ações de modo consciente ou de modo automático. O primeiro é lento porque não distante do aprendizado. O Segundo é rápido e não se tem consciência de sua operação. Como informa Del Nero³³, foi possível notar que durante execução de ações conscientes o fluxo sanguíneo concentra-se mais nas áreas frontais do cérebro, tidas como recentes na escala evolutiva, enquanto que durante a execução de tarefas mais automáticas, quando já atingido certo grau de automatismo e destreza, o fluxo dirige-se para regiões posteriores do cérebro, mais antigas na escala evolutiva. Portanto, o funcionamento cerebral pode ter *razões* que a própria razão (consciência) desconhece. Constatações como esta, observa o autor, antecipam o entendimento de haver atitudes que emergem da função cerebral, porque programadas, motivo suficiente para que a culpa de muita gente, que foi incapaz de participar conscientemente da programação, pudesse ser reduzida, até que se consiga fornecer limites a certos automatismos que a vontade consciente não dá conta de bloquear. Conclui: “Mostra-se inequivocamente que, dadas certas condições dos circuitos cerebrais, há um disparo irrefreável do comportamento (....)”³⁴.

Há o entendimento de que experiências deste tipo apenas confirmam hipóteses mais antigas, como as que surgiram por ocasião do conhecido acidente sofrido pelo americano Phineas Gage (1823-1861) em setembro de 1848³⁵. Devido a uma explosão enquanto trabalhava, Gage teve o cérebro atingido por uma barra de ferro, o que causou perda relevante de tecido cerebral do lobo frontal. Sobreviveu, mas, segundo relatos, o comportamento de Gage mudou para pior, passando a ser alguém sem escrúpulos, grosseiro e instável. O caso “Gage” passou a ser referência para a compreensão das bases biológicas que, combinadas aos estímulos sociais, configuram ou ditam o andamento da personalidade. Casos assim desafiam as premissas típicas do juízo de imputabilidade criminal. A relação entre o estado do córtex pré-frontal e comportamentos considerados antissociais parece comprometer a liberdade de escolha que, ainda em sua declinação contemporânea, está associada às noções de responsabilidade, mérito, culpa. Devido a preconceitos de ordem ideológica, não é fácil alterar o cotidiano dos julgamentos criminais, de modo que a opinião médica, por exemplo, sobre a personalidade psicopática continua criticável e, como expressão mais cultural do que científica, indisposta a entendê-la como *doença mental*. Para Kittrie³⁶, “*psychopath is one of the most criticized words in the psychiatric vocabulary. Its etymological definition is a sick mind, although in medical*

³³ DEL NERO, Henrique Schutzer. **O sítio da mente**. São Paulo: CollegiumCognitio, 1997. p. 284.

³⁴ *Ob. cit.*, p. 289. Ainda sobre a relação entre o cérebro e seus automatismos, com especial atenção aos problemas da violência, a obra de Pierre Karli, *As raízes da violência, reflexões de um neurobiologista* (2002).

³⁵ BARKER, Fred G. Phineas among the phrenologists: the American crowbar case and nineteenth-century theories of cerebral localization. *Journal of Neurosurgery*, n. 82, 1995, pp. 672-682.

³⁶ KITTRIE, Nicholas. **The right to be different, deviance and enforced therapy**. Maryland: Pelican Books, 1973. p. 170.

usage it connotes not psychosis, neurosis, or mental defect, but rather a moral or social inadequacy”³⁷.

O aspecto a ser notado agora, já foi acima aventado. Condiz com o fato de que certas predisposições pré-avaliadas do funcionamento do cérebro são possíveis causas de condutas. Neste momento, não se cogita hipóteses de trauma, como aconteceu com Phineas Gage, que serviu apenas para saber que, dependendo da condição do neocórtex pré-frontal, o comportamento, mesmo moral, pode mudar. O problema diz respeito às condições funcionais desta região do cérebro. Este é o detalhe que a neurociência tem descrito cada vez melhor, abrindo espaço para a seguinte indagação, por sua vez de natureza moral: quando característica da funcionalidade do córtex pré-frontal há de ser considerada patológica e exatamente por quê? Quem se comporta como imprudente no trânsito, corrupto, estelionatário, porque despreocupado com o sofrimento que poderá causar a terceiros ou a si próprio, ou mesmo suicida, por conta de uma situação de extrema rebeldia ou frustração, porém, devido ao seu cérebro não possuir muitas condições para outros modos, pode-se dizer, mais civilizados de pensar e de agir, estaria habilitado ao juízo de inimizabilidade, como resposta coerente aos avanços da neurociência? E, se for conveniente julgá-lo responsável, a que modalidade de sanção haveria de submeter-se? Enfim, quando a vontade é doente ou responsável, se ela, sem exceção, é efeito e não causa de escolhas derivadas do funcionamento do cérebro, como já supunha o empirista David Hume (*A treatise of human nature*, 1740), para quem princípios causalistas também confirmariam que a vontade seria a sensação consciente de estar-se dando impulso à uma ação? Respostas ainda não foram pautadas pela neurociência e não há definição jurídica sobre elas. A consideração neopositivista de que a liberdade tem limites, de que o livre arbítrio é estado de consciência a que se costuma chamar vontade e não o decisivo combustível das escolhas humanas, atualmente, tem novo suporte tecnológico (monitoramento da atividade elétrica do cérebro – EEG, ressonância magnética funcional – FMRI, tomografia por emissão de pósitrons – PET, tomografia computadorizada por emissão de fóton único – SPECT)³⁸. Ao também citar o estado da arte tecnológica disponível a novas abordagens positivistas em criminologia, Augusto³⁹ considera que “com essas novas neuroimagens, muito mais do que um simples retrato da morfologia do cérebro, vê-se o órgão em ação, vê-se a sua atividade, suscitando, por isso, todas as crenças e expectativas de descrição de estados emocionais. Consolida-se, simultaneamente, a impressão do localizacionismo de processos cognitivos e de outros processos mentais complexos, estimulando novas explicações médicas sobre o comportamento violento e antissocial”. Esta autora manifesta otimismo quanto a tais técnicas contribuírem para o aperfeiçoamento de valores morais sobre a ideia de livre-arbítrio e para a programação de soluções práticas de compreensão do fenômeno jurídico-penal.

³⁷ “Psicopatologia é uma das mais criticáveis palavras do vocabulário psiquiátrico. Sua definição etimológica é *doença mental*, no entanto, usualmente, não tem a conotação médica de psicose, neurose ou defeito mental. Ao contrário, tem conotação moral ou de inadequação social” (tradução nossa).

³⁸ FERRACIOLI, Jéssica. Notas sobre o neurodireito e a neurocriminologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 132, 2017. p. 17.

³⁹ AUGUSTO, Cristine Brandão, “Neurocriminologia: novas ideias, antigos ideais”. *Revista Jurídica da Presidência*, n. 96, Brasília: Presidência da República, 2010. pp. 65 e ss.

Definitivamente, a versão pós-moderna do positivismo tem trânsito científico mais categórico, mas com autoridade semelhante à do início da modernidade. Impõe a revisão de fundamentos e de práticas, como aconteceu quando os postulados da Escola Positiva foram divulgados, exigindo revisão de postulados jurídicos sobre a liberdade. Ademais, a neurociência revoluciona a própria compreensão de si mesmo, contradiz a ideia de responsabilidade moral e, aos poucos, provoca a doutrina jurídico-penal a uma tomada de posição mais realista.

Cumprir reconhecer que a visão científica de que não haveria muito espaço para a ideia de os seres humanos serem capazes de escolher e de agir livremente, tem a figura de Benjamin Libet (1916-2007) (2004) como um dos precursores e referência paradigmática para as teses neurocientíficas acerca da liberdade. Rapidamente, cita-se sua provocativa experiência. A fim de avaliar a relação havida entre o que seria o tempo subjetivo com o tempo neurótico, Libet conseguiu observar que o momento da lembrança da tomada de uma decisão para a execução de certo movimento (prontidão motora) acontece milionésimos de segundos depois de manifestação da região pré-frontal do cérebro, sugerindo que o processo dirigido à ação parecia iniciar inconscientemente. Noutras palavras, seria possível concluir que as intenções conscientes não seriam a origem do comportamento “voluntário”. Cronologicamente, elas seguem a atividade cerebral de preparação motora, que é inacessível à consciência, por um dado intervalo de tempo, aparecendo à consciência somente quando o processo que causa o movimento já estava neurologicamente prescrito. Segundo os primeiros estudos de Libet, a genuína causa das ações decorre de processos neurais antecedentes à consciência. As verdadeiras intenções seriam epifenômenos do cérebro. Para essa perspectiva, a vontade, como significada hoje, deixaria de ser uma causa ou força psicológica propriamente dita, para ser sensação ou experiência consciente; um processo interpretativo de ser a força derradeira ou querida do comportamento. Assim como o dia precede a noite, mas não é sua causa, a vontade precederia o comportamento, movida por processos neurais como manifestação inconsciente.

Em suma, de acordo com os ensaios de Libet, a vontade seria uma emoção sobre ser a causa e o fundamento da conduta. Ela seria a recordação de que se irá fazer algo, de que a atitude está tendo uma autoria. Este seria o motivo por que se pensa haver um senso de responsabilidade moral pelo que se faz.

Neste contexto, Libet, definitivamente, teria sepultado o significado da vontade livre? Pode-se entender que não. Mesmo experimentos neurocientíficos estão sujeitos a interpretações. Entre elas, há a de Coelho⁴⁰, que prefere entender, ao cabo de suas conclusões, que Libet não teria assumido haver total dependência da vontade de processos neurais, preferindo relativizar a sugestão inicial de seus experimentos. Incontestável ser a verdade sobre as constatações mais importante do que provável ambiguidade, presente no posicionamento científico do cientista. No entanto, como dito, mesmo o experimento em si favorece conclusões diferentes, entre elas a versão de que a experiência de Libet - aliás, a preferida dele próprio -

⁴⁰ COELHO, Jonas Gonçalves, Livre-arbítrio e a relação mente e cérebro em Benjamin Libet. **Principia**, vol. 18, 2014, p. 155, disponível em <http://hdl.nadle.net/11449/135483>.

não desqualifica por definitivo a possibilidade de haver fenômeno mental, não exatamente independente do cérebro, mas capaz de controlá-lo. Com efeito, há o fato de cerca de alguns milionésimos de segundos antes da ação ser efetivada o sujeito adquirir a consciência de que *poderá* realizá-la. Para Libet, isto seria abertura pela qual a pessoa poderia, enfim, *decidir* se executa ou não o movimento. Por conta disso, Libet não preferiu falar de livre-arbítrio (*free will*), mas de livre veto (*free won't*). Advertiu Libet: a vontade consciente ainda teria algum poder causal sobre a atividade cerebral anterior, por meio da qual daria o destino final do processo. A oportunidade de veto possibilitaria ao sujeito deixar de fazer o que o processo neuronal havia programado, como capacidade conquistada durante a evolução do cérebro, representada pelo neocórtex. Num cenário otimista, essa possibilidade *salvava* a ideia de liberdade, algo como um potencial livre-arbítrio, mas que não estaria na capacidade de iniciar um processo voluntário, enquanto desejos ou impulsos, e sim na capacidade de rejeitá-los e, por vezes, num processo de avaliação quanto à oportunidade e conveniência da ação, optar-se por estrada diversa da previamente programada. Quanto a isto, lembra Vaz⁴¹ haver neurocientistas, como Schwartz e Begley, que, ao recuperarem a suposição de William James do século XIX, admitem a maleabilidade das estruturas neurológicas (neuroplasticidade). Trata-se de argumento contra a consideração de que o comportamento humano é definitivamente pré-determinado pelo cérebro. Ademais, apesar das inclinações e tendências ditadas pela combinação ambiente-condição cerebral, enfatiza a autora citada, ao desenvolver sua crítica, ser importante admitir a possibilidade de haver consciência, em tese, capaz de protagonizar o comportamento, pois contribui para inibir o aparecimento de novas políticas neopositivistas de neutralização de *perigosos natos*. Certamente, permaneceria provocativa a observação de que mesmo o veto ou a contraordem descrita por Libet dependeria de alguma programação neural, mas este seria um aspecto que, na compreensão dele, não deveria diminuir a importância da condição de liberdade relativa que anima os seres humanos. Neste sentido, livre-arbítrio seria a capacidade humana de selecionar o momento para transformar em ação o programa neuronal que iniciou inconscientemente e, embora reconhecesse que o exercício efetivo deste poder de veto é de extrema dificuldade, mesmo em pessoas ditas normais, para Libet, há o aspecto fenomenológico de que as pessoas interpretam suas ações como produto livre de escolhas conscientes. Esta seria uma circunstância fundamental, já estabelecida culturalmente, por isso não desprezível, a mais conveniente numa sociedade, melhor opção científica que a determinista, talvez a mais oportuna sensação da humanidade, valorosa demais para ser abandonada⁴².

Não há necessidade de explorar as compreensões de Benjamin Libet sobre a relação mente e cérebro e seu enfrentamento com a ideia de liberdade, delicado assunto de filosofia. Importa refletir sobre como convém considerar o juízo de imputabilidade diante das considerações da neurociência, a fim de garantir fundamentação jurídica razoável.

⁴¹ VAZ, Maria João Carvalho, “Crítica da nova etiqueta neurocriminológica de perigoso nato”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 144, 2018. p. 112.

⁴² LIBET, Benjamin. *Do we have will?*, New York: Oxford University Press. 2009. p. 56.

Tradicionalmente, os juristas continuam aceitando que apenas os estágios patológicos, como definidos pela psicopatologia, autorizam absolvições. Mas já há propostas inovadoras. A *neurocriminologia*, como especialidade no contexto da neurociência, versão atualizada da tecnologia positivista, reúne propostas, no sentido de revolucionar, não apenas o juízo de imputabilidade, mas o de censura penal, os métodos de prevenção da criminalidade e da ressocialização do criminoso. Seus critérios conjugam os saberes sobre a relação entre sistemas neurais (químicos, biológicos, genéticos) e os fatores ambientais que implicariam estados de predisposição-vulnerabilidade a prática de atitudes, principalmente violentas⁴³. Isso exigiria nova tomada de posição, cientificamente realista. A que acolhe os postulados da neurocriminologia defende a possibilidade de juízos de censura penal atenuados, quando possível precisar a influência da relação neuroquímica em ambiente que autorize supor não ter havido livre-arbítrio. Importaria evidente ampliação do fundamento do atual incidente de “insanidade mental”, pois não apenas o indício de doença justificaria a investigação médica acerca da liberdade. Outras hipóteses seriam válidas. Sem dúvida, o reconhecimento da pertinência da neurociência no direito penal permitiria que os psicopatas pudessem receber juízos de imputabilidade ao menos atenuada e isso exigiria preparo político-criminal mais delicado.

Doutra sorte, vertentes mais sensatas trazem outros fundamentos. O funcionalismo opta por considerar ainda indemonstráveis o livre-arbítrio e o determinismo, motivo suficiente para que a interpretação jurídico-penal seja baseada em critérios políticos relacionados às necessidades da punição, portanto, voltados a garantir a funcionalidade justa do sistema jurídico⁴⁴. A possível instrumentalização da condição humana ao propósito de assegurar a funcionalidade do sistema ou programações político-criminais, circunstância mais evidente em relação ao funcionalismo sistêmico de Jakobs e ao racional de Roxin, sem, a rigor, abandono da ideia de haver uma capacidade do indivíduo *ser* agente comunicativo ou destinatário das ordens normativas, como defenderam os referidos autores, seria possível crítica a essa concepção⁴⁵.

⁴³ FERRACIOLI, Jéssica. Notas sobre o neurodireito e a neurocriminologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 132, p. 29.

⁴⁴ Para a perspectiva funcionalista teleológica, proposta por Claus Roxin (*Política criminal e sistema de direito penal*, trad. Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2000. pp. 93 e 94), a interpretação dos institutos penais deve ser determinada pela motivação político-criminal do legislador. Quanto ao fundamento da culpabilidade, não pode ser a liberdade de escolha, que seria algo ilegítimo, porquanto indemonstrável. Os fins da pena (prevenção geral e especial) seriam a razão e o fundamento do juízo de culpabilidade.

⁴⁵ Na avaliação de Buonicore (Liberdade e reconhecimento: contributo ao estudo da fundamentação da culpabilidade jurídico-penal – reflexões iniciais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 127, p. 59), haveria um *déficit de legitimidade* na concepção funcionalista. A proposta do autor em relação ao fundamento ético da culpabilidade tem na filosofia social da Escola de Frankfurt seu referencial teórico, com destaque para o pensamento de Axel Honneth. De acordo com ela, o *reconhecimento* da liberdade é indispensável para uma consideração não metafísica ou arbitrária. Reconhecer, no sentido de compreender a liberdade como expressão de alteridade e compromisso com o seu desenvolvimento. O pacto de reciprocidade (reconhecimento mútuo) tem como objetivo maior o aperfeiçoamento de liberdades, expressão histórica irrecusável, fundamental para uma concepção ética acerca da liberdade. Assim, segundo palavras de Buonicore, não haveria um critério objetivo para medir ou reconhecer a liberdade; ela seria compreendida por meio de referenciais normativos historicamente consagrados, em que a máxima promoção da liberdade individual é o norte ético-social de legitimidade e de limites que impede a objetivação e a instrumentação do sujeito. Esta tem sido a tônica por parte da doutrina menos conservadora, como indicam trabalhos de Vaz

5. Conclusões

O fato de a liberdade de escolha ser realidade suspeita parece ser tendência irreversível e protagoniza novos problemas em torno do juízo de imputabilidade e censura penal porque, simbolicamente, amplia o conceito de *anormalidade mental*. Sartori e Gnoato⁴⁶, também informam que estudos recentes, iniciados por Raine, evidenciam como um polimorfismo do gene COMT contribui para o aumento do risco de comportamentos agressivos, violentos e suicidas. A hipótese é de que específicos genes determinam alterações da estrutura e da funcionalidade cerebral que predispõem o indivíduo ao comportamento desviante. Mesmo assim, um aspecto ainda permanece fundamental e diz respeito à imaginação de que, apesar das influências biológicas, existe espaço para a consciência, como expressão genuína provinda da capacidade humana de *falar sobre* seus limites e contingências. O fato de o ser humano pesquisar, observar e falar sobre si mesmo é o que basta para fazê-lo autor do que sabe ou descobre e condição suficiente para aproximá-lo da responsabilidade. Ademais, a influência da neurociência no Direito Penal se, à primeira vista, mostra-se favorável ao aperfeiçoamento da compreensão humana, não exclui totalmente a possibilidade dela, a exemplo do que se fez com as hipóteses do positivismo criminológico, contribuir para outro discurso estigmatizante e problemático, como alerta Zaffaroni⁴⁷, discurso que renova antigas estruturas de saber, fomentadas por agências de controle, presentes na história do Direito Penal.

Destarte, parece conveniente reconhecer que a consciência possível é condição social que não recomenda o desprestígio da liberdade, no contexto das qualidades humanas, enquanto capacidade de superar obstáculos existenciais. Para o direito punitivo, as teses da neurocriminologia seriam oportunas em situações críticas, para que se possa declarar e medir a culpa; contudo, não são decisivas para todo e qualquer caso. Assim, a pergunta que resume a interferência do discurso da neurocriminologia, na doutrina penal, inaugurando novo problema jurídico, é a seguinte: há algum ganho epistemológico ou metodológico do juízo de imputabilidade predizer que, na maior parte das vezes, prevalece a incapacidade de veto de ações programadas e determinadas neuroquimicamente? Arrisca-se antecipar, como resposta, que colocar sempre em primeiro plano o cérebro é transformar um juízo de valor em técnica pura e, neste caso, o homem, enquanto alma falante, seria mais uma vez completamente eliminado.

Naturalmente, a melhor referência para fundamentação filosófica, continua sendo a existencialista. Segundo essa orientação, com especial atenção a reflexões de Heidegger, a conveniência está em considerar o homem como presença aberta para a liberdade, talvez não

(2018) e de Juncal (2018), que defendem o fim das medidas de segurança e da categoria da imputabilidade como vistos atualmente, a fim de, sob a égide da Lei de Reforma Psiquiátrica (Lei n. 10.216/01), garantir-se aos sofredores mentais a possibilidade de resgate existencial, livrando-os do estigma de inimputáveis.

⁴⁶ DE CARO, Mario; LAVAZZA, Andrea; SARTORI, Giuseppe (org.). **Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio**. Torino: CodiceEdizioni, 2010. p. 175.

⁴⁷ ZAFFARONI, Raúl. **La palabra de los muertos, conferencias de criminología cautelar**. Buenos Aires: Editar, 2011, pp. 45 e ss.

seu administrador absoluto, pois as contingências estão sempre presentes no dia a dia, prescrevendo riscos e renúncias, desenhando os horizontes de cada um. Para o filósofo⁴⁸, a essência da liberdade só é vista propriamente, quando a buscamos como o fundamento da possibilidade do *ser-aí*, como aquilo que ainda reside antes de *ser e tempo*, então, “ela mesma é em sua essência mais originária do que o homem”, isto é, o fundamento essencial do homem é a liberdade. Porém, mesmo como ente situado e decaído, o homem só é autor, porque guarda potencialidade para decidir e projetar-se. Exatamente esse caráter administrativo de si mesmo deve ser considerado por ocasião do juízo de censura penal, mesmo quando é a imputabilidade que está em questão. Como ainda disse Heidegger⁴⁹, “liberdade nada tem a ver com causalidade. Liberdade é ser livre e aberto para uma solicitação que é o motivo para o corresponder do homem. O estar aberto para uma solicitação está fora da dimensão causalista. Por isso, o determinismo não alcança o âmbito da liberdade, nada podendo dizer a respeito. Em relação à liberdade, é indiferente se conhecemos todas ou nenhuma ou algumas das causas de uma coisa”.

Se a liberdade, como potência, numa interpretação de Heidegger⁵⁰, é o fundamento da possibilidade da presença (*ser-aí*) humana, advogam-se as seguintes e decisivas consequências: a) preliminarmente, em conformidade com a política da antipsiquiatria, a doença mental não pode legitimar ou fundamentar o juízo de inimputabilidade, como hoje praticado, em que prevalecem discursos pseudomédicos acerca de incapacidades causadas patologicamente, com notável presunção sobre a perigosidade; b) os aportes da assim chamada *neurocriminologia*, justamente porque recuperam hipóteses determinísticas, quando colocadas filosoficamente (e politicamente) à prova, não são operacionais para o juízo em referência e, de resto, diminuem o significado humano da conduta analisada, portanto, não são fundamentos válidos; c) mais importante do que a pesquisas em neurocriminologia, é reconhecer o sentido imperativo da categoria *doença mental* que dá sustentabilidade a medidas de segurança criticáveis, pois sobrepõem ao potencial de liberdade humana a busca de controle; d) é imperioso superar a lógica psiquiátrica e, de resto, a manicomial, que ainda prevalece nos julgamentos de supostos inimutáveis e na execução de medidas de segurança, ao menos para adequar a prática jurídica sobre a imputabilidade aos princípios da Lei de Reforma Psiquiátrica; e) convém considerar toda pessoa imputável, independentemente das circunstâncias mentais dela, de modo que as medidas de segurança, como aplicadas e executadas hoje, haveriam de desaparecer; f) para os casos em que o potencial de liberdade está muito comprometido, a solução será um atendimento por especialistas das ciências *psi*, segundo as técnicas defendidas pelo Movimento Antimanicomial.

Se houver nova mentalidade sobre o juízo penal, atento à loucura ou outra suposta singularidade, estima-se que muitos vícios serão diminuídos, principalmente os que prejudicam

⁴⁸ HEIDEGGER, Martin. **A essência da liberdade humana, introdução à filosofia**. trad. Marco Antônio Casa Nova, Rio de Janeiro: Viaverita, 2012. pp. 162 e 163.

⁴⁹ **Seminários de Zollikon, prólogos, diálogos e cartas**, trad. Gabriela Arnhold, Petrópolis: Vozes, 2009. pp. 256 e 257.

⁵⁰ Particular leitura da fundamentação ontoantropológica para o direito punitivo, faz D'ÁVILA, Fábio Roberto. O inimigo no direito contemporâneo. Algumas reflexões sobre o contributo crítico de um direito penal de base ontoantropológica, *In: GAUER, Ruth (org.). Sistema Penal e Violência*. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2006.

ver o homem como possibilidade para a liberdade. Com a permissão para outra citação de Heidegger⁵¹, “não podemos ver porque temos olhos, mas, antes, só podemos ter olhos porque, segundo nossa natureza fundamental, somos seres que veem”.

Referências

- AMARANTE, Paulo. **O homem e a serpente, outras histórias para a loucura e a psiquiatria**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996.
- AUGUSTO, Cristine Brandão. Neurocriminologia: novas ideias: antigos ideais. **Revista Jurídica da Presidência**, n. 96, Brasília: Presidência da República, 2010.
- BASAGLIA, Franco. **A instituição negada**. Trad. Heloisa Jahn. Rio de Janeiro: Graal, 1991.
- BIZZARRI, Corrado. **Criminali o folli, nel labirinto della perizia psichiatrica**. Milano: Et al. Edizioni, 2010.
- BUONICORE, Bruno Tadeu. Liberdade e reconhecimento: contributo ao estudo da fundamentação da culpabilidade jurídico-penal – reflexões iniciais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 127. São Paulo: RT, 2017.
- CERETTI, Adolfo; MERZAGORA, Isabella. **Questioni sulla imputabilità**. Padova: CEDAM, 1994.
- COELHO, Jonas Gonçalves. Livre-arbítrio e a relação mente e cérebro em Benjamin Libet, **Principia**, vol. 18, p. 155-174, 2014, disponível em <http://hdl.nadle.net/11449/135483>.
- COHEN, Cláudio; FERRAZ, Flávio Carvalho; SEGRE, Marco (org.). **Saúde mental, crime e justiça**. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1996.
- CRICK, Francis Harry. **The astonishing hypothesis: the scientific search for the soul**. New York: Touchstone, 1995.
- D'ÁVILA, Fábio Roberto. O inimigo no direito contemporâneo. Algumas reflexões sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. GAUER, Ruth (org.). **Sistem Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- DE CARO, Mario; LAVAZZA, Andrea; SARTOTI, Giuseppe (org.). **Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio**. Torino: Codice Edizioni, 2010.
- DEL NERO, Henrique Schutzer. **O sítio da mente**. São Paulo: Collegium Cognitionis, 1997.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.
- FERRACIOLI, Jéssica. Notas sobre o neurodireito e a neurocriminologia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 132. São Paulo: RT, 2017.
- FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica**. Trad. José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1996.
- HEIDEGGER, Martin. **Seminários de Zollikon, prólogos, diálogos, cartas**. Trad. Gabriela Arnhold. Petrópolis: Vozes, 2009.
- HEIDEGGER, Martin. **A essência da liberdade humana: introdução à filosofia**. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Viaverita, 2012.
- JUNCAL, Regina Geni Amorim. Medida de segurança: estudo sobre a possibilidade de um modelo único de responsabilidade penal, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 142, São Paulo: RT, 2018.
- KARLI, Pierre. **As raízes da violência, reflexões de um neurobiologista**. Trad. Teresa Katzenstein. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.
- KITTRIE, Nicholas. **The right to be different, deviance and enforced therapy**. Maryland: Pelican Books, 1973.
- LIBET, Benjamin. **Mind time: the temporal factor in consciousness**. Cambridge: Harvart University Press, 2004.
- LIBET, Benjamin. **Do we have free will?** New York: Oxford University Press, 2009.
- LOBOSQUE, Ana Marta. **Experiências da loucura**. Rio de Janeiro: Garamond, 2001.
- MACHADO DE ASSIS, Joaquim. **O alienista e outros contos**. São Paulo: Círculo do Livro, 1994.
- MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. As contradições das medidas de segurança no contexto do direito penal e da reforma psiquiátrica no Brasil, **Revista Ciências Penais**, vol. 0, São Paulo: RT, 2004.

⁵¹ Seminários de Zollikon. p. 272.

- MARTUCCI, Pierpaolo; RIPONTI, Danilo. **Nouve pagine di criminologia, con il contributo psichiatrico di Rita Costa**. Vicenza: Wolters Kluwer, 2017.
- ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**, Trad. Diego-Manuel Luzon Peña e outros. Madrid: Civitas, 1997.
- SÁ, Alvino Augusto; ALVES, Jamil Chaim; ZIMMARO, Rafael Borone. Medidas de segurança: necessárias reflexões pós-advento da lei de reforma psiquiátrica (lei n. 10.216/2001), **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, agosto de 2013.
- SPECTOR, Malcolm; KITSUSE, John L. **Constructing social problems**, New York: Routledge, 2017.
- SLATE, Risdon N.; JOHSON, W. Wesley. **Criminalization of mental illness, crisis and opportunity or the justice system**. Durham: Carolina Academic Press, 2008.
- SOLTES, Eugene. **Why they do it, inside the mind of the white-collar criminal**. New York: PublicAffairs, 2016.
- SZASZ, Thomas S. **The myth of mental illness, foundations of a theory of personal conduct**. New York: Harper & Row, Publishers, 1974.
- SZASZ, Thomas S. **The manufacture of madness. A comparative study of the inquisition and the mental health movement**. New York: Syracuse University Press, 1997.
- YOCHELSON, Samuel; STANTON, E. Samenow. **The criminal personality**. New Jersey: Jason Aronson Inc., 1993, vol. 1.
- VAZ, Maria João Carvalho. Crítica da nova etiqueta neurocriminológica de perigoso nato, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 144, São Paulo: RT, 2018
- ZAFFARONI, Raul Engenio. **La palabra de los muertos, conferencias de criminologia cautelar**. Buenos Aires: Ediar, 2011.

Recebido em: 03/03/2021

Aprovado em: 12/04/2022

Crítica à Teoria do domínio do fato*

Criticism to the Theory of domination of the act

Volker Haas 

Catedrático de Direito Penal e Direito Processual Penal do Instituto de Direito Penal internacional, europeu e alemão e Direito Processual Penal da Universidade de Heidelberg, Alemanha.

Tradutor:

Pablo Rodrigo Alflen 

Professor Associado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Resumo: Embora ainda seja a teoria predominante no âmbito da autoria e participação no direito penal alemão, observa-se um número cada vez maior de críticas à teoria do domínio do fato. A maioria das críticas, porém, referem-se a pontos isolados de suas facetas. Nesse sentido, o artigo desenvolve uma profunda e intensa crítica aos alicerces teóricos desta teoria. Parte-se da hipótese de que a teoria do domínio do fato fracassou como um todo, e que, portanto, é preciso retornar integralmente ao núcleo da teoria subjetiva (ainda que em uma forma modificada).

Palavras-chave: teoria do domínio do fato; autoria e participação; direito penal alemão

Abstract: Despite still being the predominant theory of authorship and participation in German criminal law, an increasing number of criticisms of the theory of domination of the act can be observed. Most of the criticisms, however, refer to isolated points of its facets. In this sense, the article develops a deep and intense criticism of the theoretical foundations of this theory. It starts from the hypothesis that the theory of domination of the act has failed as a whole, and that, therefore, it is necessary to fully return to the core of the subjective theory (even if in a modified form).

Keywords: domination of the act theory; authorship and participation; German criminal law

1. Introdução

A teoria do domínio do fato, que foi desenvolvida de forma absolutamente competente e moldada de maneira casuística por Roxin¹, atualmente, é a teoria predominante no âmbito do

* O artigo consiste na versão brevemente modificada da palestra de habilitação à Cátedra, que o autor proferiu em 14 de fevereiro de 2006, em Tübingen, publicado originariamente sob o título *Kritik der Tatherrschaftslehre*. Tradução do alemão autorizada pelo autor, realizada pelo Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen (© de Pablo Rodrigo Alflen com relação aos direitos de tradução adquiridos junto à Walter de Gruyter Verlag). Esta versão foi acrescida de resumo, palavras-chave e lista de referências bibliográficas elaborados pelo tradutor, assim como as respectivas notas de tradução.

¹ Fundamental ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 8. Aufl. 2006. p. 51 e ss.

concurso de pessoas no direito penal alemão.² Inclusive, tal teoria foi parcialmente reconhecida pela jurisprudência, conforme se verifica claramente pela adoção da figura jurídica da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder, no caso dos disparos no Muro [de Berlin]³. Porém, seu aparente inexorável êxito, mais recentemente caiu alguns andares. Observa-se um aumento progressivo da crítica que, de modo geral, refere-se muito pouco aos seus alicerces teóricos e mais a pontos isolados de suas facetas.⁴ Existe, por isso, motivo para questionar os pressupostos e as hipóteses sobre as quais assenta a teoria do domínio do fato como um todo. Por consequência, apresentar-se-á, em um primeiro momento, um breve esboço acerca do modo como, por um lado, a teoria do domínio do fato projetou um modelo opositor ao conceito subjetivo de autor, e, por outro lado, ao conceito objetivo de autor. Em um segundo momento, apresentar-se-ão as discrepâncias da teoria do domínio do fato e, por fim, serão esboçadas algumas consequências resultantes das dúvidas suscitadas. Principalmente, tentar-se-á demonstrar que precisamos retornar integralmente ao núcleo da teoria subjetiva (ainda que na forma modificada).

2. O ponto de partida da teoria do domínio do fato

O fundamento da teoria subjetiva, assim como foi apresentado por *von Buri*, era, como se sabe, a teoria da equivalência, segundo a qual toda condição de um resultado típico é causa no sentido jurídico. Este fundamento tinha como consequência que todo aquele que, por si mesmo, incentiva a conduta de outrem ou suscita em outrem a decisão de realizar o fato, desde uma análise suficientemente concreta do curso do acontecimento, causa a lesão ao bem jurídico. E se não se quer adotar um conceito unitário e extensivo de autor é preciso transferir a diferenciação entre a autoria e a participação ao tipo subjetivo: de acordo com isso, autor é aquele que, querendo o fato como próprio, atua com *animus auctoris*; e partícipe é aquele que, querendo o fato como alheio, atua com *animus socii*. O critério decisivo para o *animus socii*, de acordo com a assim chamada teoria do dolo, consiste na subordinação do partícipe à vontade do autor principal, e, de acordo com a teoria do interesse, consiste no interesse próprio ou alheio no fato⁵.

² JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**, 5. Aufl. 1996, § 61. p. 651 e ss.; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 36. Aufl., 2006, § 13 n.m. 518 e ss.; KÜHL, Kristian. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 5. Aufl. 2005, § 20 n.m. 26 e ss.; GROPP, Walter. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 2. Aufl. 2001, § 10 n.m. 34 e ss.; BLOY, René. **Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht**, 1985, p. 313 e ss.; BOTTKÉ, Wilfried. **Täterschaft und Gestaltungsherrschaft**, 1992, p. 35 e ss.; RENZIOWSKI, Joachim. **Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung**, 1997, p. 50 e ss.; CRAMER, Peter; HEINE, Günter, In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. **StGB. Kommentar**. 27. Aufl. 2006, Vorbem. §§ 25 e ss. n.m. 61 e ss.; JOECKS, Wolfgang, In: **Münchener Kommentar**, 2003, § 25 n.m. 27 e ss.; RUDOLPHI, Hans-Joachim. **Festschrift für Bockelmann**, 1979. p. 369 e ss.

³ BGHSt. 40, 218; 44, 204 e ss.; 45, 270, 296 e ss.

⁴ Veja *pars pro toto* HEINRICH, Manfred. **Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft**. 2002. p. 9 e ss., cuja concepção, no entanto, desvia somente de modo insignificante da teoria do domínio do fato; assim, com razão, a avaliação de WESSELS/BEULKE, **Allg. Teil**, § 13 n.m. 514.

⁵ ROXIN (nota 1), p. 51 e ss.; IDEM, In: **LK**, 11. Aufl. 2003, § 25 n.m. 3 e s.; veja também HERGT, Raimund. **Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen**, 1909. p. 17 e ss.

A teoria subjetiva é rechaçada pelos partidários da teoria do domínio do fato, porque ela se apoia exclusivamente na categoria avalorativa da causalidade. Ademais, é criticado o fato de a subordinação da vontade ter que se basear em diferenças objetivas, caso ela não se limite, no sentido de um Direito Penal do ânimo, a uma atitude permanentemente interna. A vontade do autor, assim como a vontade do partícipe, somente pode ser identificada com base no seu conteúdo, e o conteúdo da vontade, por sua vez, somente pode ser definido a partir dos elementos objetivos da conduta à qual ele se dirige. A teoria subjetiva se projeta para fora de si mesma. Logo, ela carregaria em si mesma o germe da sua própria destruição⁶. A teoria objetivo-formal, a qual, por conseguinte, considera autor aquele que realiza a conduta típica *in persona*, no todo ou em parte, é, do mesmo modo, rechaçada. De acordo com isso, coautor deve ser somente aquele que pratica um ato executório típico, ainda que sem importância. Contra a teoria objetivo-formal levanta-se, sobretudo, a objeção de que nos delitos de resultado falta a descrição necessária da conduta para diferenciar autor e partícipe. Ademais, reprova-se a ela o fato de não poder fundamentar a autoria mediata, bem como não oferecer nenhuma explicação para a responsabilidade do coautor pela parte não realizada pelas próprias mãos, de modo que não se pressuponha implicitamente um momento fundado na imputação objetivo-formal⁷.

A teoria do domínio do fato procura evitar os défices diagnosticados nas concepções contrárias. De acordo com a teoria do domínio do fato, autor é o sujeito que – assim, como o próprio nome da teoria já indica – detém o domínio do fato. Adotou-se, quanto a isso, a metáfora do deter-nas-mãos-o-curso-causal doloso⁸. O fundamento do conceito de domínio do fato é a teoria finalista da ação de *Welzel*. “Senhor sobre o fato é quem o realiza com base em sua decisão de vontade final. A configuração do fato por meio da realização da vontade sistematicamente dirigida torna o autor em senhor sobre o fato. Por isso, a realização da vontade final (o dolo do tipo) é o momento geral do domínio do fato”. O domínio final do fato procura explicar a autoria direta e a autoria mediata. O coautor deve exercer o codomínio sobre o fato integral. Porém, diferente é a situação no caso dos partícipes: “o instigador e o cúmplice, na verdade, também têm um certo domínio do ‘fato’, mas apenas aquele relativo à sua participação. O fato mesmo depende somente do domínio final do autor”⁹. *Roxin* aderiu a esta concepção, mas, em conexão com *Gallas*¹⁰, acentuou rigorosamente os pressupostos objetivos do domínio do fato. A teoria do domínio do fato compatibiliza fatores objetivos e subjetivos que constituiriam uma unidade dialética, com o mesmo nível de significado para a determinação da autoria¹¹. Entretanto, os pressupostos objetivos do domínio do fato, desde o ponto de vista de *Roxin*, não estão na causalidade. A particularidade do conceito de autor não pode consistir em um elemento que caracteriza a todos os participantes – autor, instigador e cúmplice – de igual

⁶ Assim a análise de JAKOBS, Günther. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 2. Aufl. 1993. 21/3 e ss.

⁷ JAKOBS, **Allg. Teil**, 21/3 e ss.

⁸ Assim MAURACH, Reinhart. **Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 2. Aufl. 1958; da literatura contemporânea *pars pro toto* KÜHL, **Allg. Teil**, § 20 n.m. 26.

⁹ WELZEL, Hans. **ZStW** 58 (1939), p. 491, 539, 543.

¹⁰ GALLAS, Wilhelm. **Beiträge zur Verbrechenslehre**, 1968, p. 48.

¹¹ ROXIN (nota 1), p. 316, 330.

modo: a causação do resultado típico¹². Consequentemente, na literatura é representada a concepção de que o domínio do fato fundamenta o **injusto da ação** especificamente do **autor**¹³.

O domínio do fato, enquanto conceito supremo – *Roxin* fala, inclusive, do autor como figura central do acontecimento delitivo –, estrutura-se, como se sabe, nas subcategorias do domínio da ação, no caso da autoria direta, conforme o § 25, al. 1, 1, do StGB; do domínio da vontade, no caso da autoria mediata, conforme o § 25, al. 1, 2 do StGB; e do domínio do fato funcional, no caso da coautoria, que está regulada no § 25, al. 2, do StGB^{N.T.1}. No caso do domínio da ação, *Roxin* atribui ao delinquente o domínio sobre o fato pela execução da conduta típica. Diferentemente, o domínio da vontade se caracteriza pelo fato de o autor mediato instrumentalizar o assim chamado executor, enquanto instrumento. *Roxin* distingue, respectivamente, entre o domínio da vontade em virtude de coação, em virtude de erro e em virtude de aparatos organizados de poder. O último subgrupo, discutível também entre os partidários da teoria do domínio do fato, deve ocorrer quando um aparato de poder garante a execução de uma ordem, isto é, quando o executor direto atua sem qualquer déficit de imputação. Porém, vale principalmente que: havendo domínio do fato pelo homem da frente – por sua decisão livre e **plenamente** responsável – exclui-se o domínio do fato do homem de trás¹⁴. Por esta razão, o partícipe que, de acordo com o § 26 do StGB, determina o autor principal a cometer dolosamente o ato ilícito, e o cúmplice que, de acordo com o § 27 do StGB^{N.T.2}, o auxilia a cometer dolosamente um ato ilícito, são partícipes e não autores¹⁵.

Na opinião de *Roxin*, todas as três formas de autoria são **modos de preenchimento do tipo**. A teoria objetivo-formal cometeu o erro de equiparar a realização do tipo com o cometimento do crime pelas próprias mãos. O § 25 do StGB, porém, esclarece expressamente que o tipo penal também pode ser preenchido com auxílio de um instrumento coagido, sem dolo ou em colaboração por meio de divisão de trabalhos. “A teoria do domínio do fato supera esta fixação tendenciosa na realização pelas ‘próprias mãos’, na medida em que ela permite ver o indivíduo como sujeito do tipo de delito e, com isso, como autor que provoca o resultado típico pelo domínio próprio ou pelo condomínio. Até aí a teoria do domínio do fato, realmente, se apresenta [...] como um desenvolvimento ‘moderado’ da teoria objetivo-formal e, com razão, é caracterizada como uma teoria objetivo-material, porque ela toma por base um conceito material de preenchimento do tipo não orientado por critérios formais”¹⁶.

¹² ROXIN (nota 1), p. 28, 30, 327; IDEM, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. II, 1. Aufl. 2003, § 25 n.m. 4 e ss.; do mesmo modo BLOY (nota 2), p. 202.

¹³ JESCHECK/WEIGEND (nota 2), § 61, p. 638; BLOY (nota 2), p. 118, 123, 160, 204, 206, 252; BOTKE (nota 2), p. 19; RENZIOWSKI (nota 2), p. 13, 75 e s., 121.

^{N.T.1} Dispõe a citada norma do StGB: § 25 Autoria. (1) Pune-se como autor, aquele que pratica o fato punível por si mesmo ou por meio de outrem. (2) Se muitos cometem o fato punível conjuntamente, então cada um será punido autor (coautoria).

¹⁴ ROXIN (nota 1), p. 276, 294; RUDOLPHI (nota 2), p. 369, 373 e s., 383.

^{N.T.2} Dispõem os citados dispositivos: § 26 **Instigação**: Do mesmo modo que o autor, pune-se como instigador aquele que dolosamente determina outrem a cometer um ato ilícito doloso. § 27 **Cumplicidade**: (1) Pune-se como cúmplice aquele que dolosamente presta auxílio para o ato ilícito doloso cometido por outrem. (2) A pena do cúmplice orienta-se pela pena cominada para o autor, e será atenuada em conformidade com o § 49, 1.

¹⁵ ROXIN (nota 1), p. 311; IDEM, *In: LK*, 11. Aufl. 2003, § 25 n.m. 154.

¹⁶ ROXIN, *In: LK*, 11. Aufl. 2003, § 25 n.m. 34.

Isto significa que: para *Roxin*, os tipos legais são, ao mesmo tempo, descrições da “forma central do acontecimento delitivo”. Os pressupostos da autoria devem ser um componente implícito da descrição do fato e não algo a ser alcançado apenas posteriormente. De acordo com a concepção fundamental da teoria do domínio do fato, os tipos penais dos delitos de resultado, como, por exemplo, os dos §§ 212, 213 e 303 do StGB^{N.T.3}, podem, por conseguinte, ser lidos como segue: “quem, **como senhor do fato**, contribui dolosamente para a causação do resultado típico, será punido...”. Por meio do conceito restritivo moderado da teoria do domínio do fato o conteúdo do § 25 do StGB é implementado aos delitos da Parte Especial, de modo que as formas de autoria do § 25 do StGB – como referiu precisamente *Hoyer* – são apenas moldes declaratórios daquilo que por meio de interpretação já se poderia deduzir substancialmente das descrições dos delitos da Parte Especial¹⁷. Causas de ampliação da punibilidade são, de acordo com isso, somente aquelas do § 26 do StGB¹⁸.

3. Objeções à teoria do domínio do fato

3.1. A errônea fundamentação normativa da teoria do domínio do fato

A teoria do domínio do fato, aqui sinteticamente exposta em seus pontos essenciais, oferece um modelo em si mesmo coerente de autoria – isto é, totalmente independente da configuração absolutamente concreta das formas individuais de autoria, especialmente, da autoria mediata? Um primeiro ponto crítico: poder-se-ia criticar o fato de *Roxin* ter deixado em aberto o princípio axiológico sobre o qual se apoia a teoria do domínio do fato enquanto critério decisivo de diferenciação entre autoria e participação. *Roxin* dispensa o princípio da responsabilidade, particularmente, sob o preciso argumento de que a responsabilidade própria do autor principal não impede a responsabilidade do partícipe, de modo que este critério, desde o princípio, não tem nenhum efeito limitador da imputação e seu significado para a delimitação ainda necessita, primeiramente, ser esclarecido¹⁹.

Portanto, falta justamente uma integração mais precisa do conceito de domínio do fato à teoria do injusto de *Roxin*. De suas considerações somente se pode concluir que as formas de participação consistem, de modo geral, em elementos do injusto. Mas mesmo a caracterização

^{N.T.3} Dispõem as normas citadas: “§ 212 Homicídio. (1) Quem matar uma pessoa, sem que se caracterize assassinato, será punido por homicídio, com pena privativa de liberdade não inferior a cinco anos. (2) Em casos particularmente graves, a pena será de prisão perpétua”; “§ 213 Homicídio de menor gravidade. Se o homicídio ocorrer, sem culpabilidade própria, mediante provocação da vítima, que desencadeia ira devido ao abuso infligido ao autor ou a um membro de sua família, de modo que o autor é imediatamente levado a cometer o ato, ou se o caso for de menor gravidade, a pena privativa de liberdade será de um ano a dez anos”; “§ 303 Dano ao patrimônio alheio. (1) Quem causar dano ou destruir ilicitamente coisa alheia será punido com pena privativa de liberdade não superior a dois anos ou com pena de multa. (2) Do mesmo modo, quem, sem autorização, alterar a forma de uma coisa alheia de modo não insignificante e não temporário, também será punido. (3) A tentativa é punível”.

¹⁷ HOYER, In: SK, 7. Aufl. 2000, preliminar ao § 25 n.m. 10.

¹⁸ ROXIN, Allg. Teil, Bd. II, § 25 n.m. 5; JOECKS, In: Münchener Kommentar, 2003, § 25 n.m. 9; SCHILD, Wolfgang, In: Nomos Kommentar, 2. Aufl. 2005, § 25 n.m. 12, 63, 90; BLOY (nota 2), p. 252, 263.

¹⁹ ROXIN (nota 1), p. 680; IDEM, Allg. Teil, Bd. II, § 25 n.m. 48, 182, no qual *Roxin*, de forma incoerente, recorre, na hipótese de coação, ao princípio da responsabilidade.

do domínio do fato como elemento constitutivo do injusto da ação deixa em aberto se a diferença para com o injusto da ação do partícipe é fundada **qualitativa** ou **quantitativamente**. Na doutrina, inclusive, a formação do conceito fenomenológico-naturalístico da teoria do domínio do fato, elaborado por *Roxin*, tem sido criticada²⁰. O fundamento disso poderia estar no fato de a teoria finalista da ação – vista desde a possibilidade de sua interpretação segundo princípios éticos – ser compreendida de modo a procurar explicar a possibilidade de uma responsabilidade penal em geral. A orientação do acontecimento fático pela finalidade é o fundamento para que a lesão ao bem jurídico, desde o ponto de vista do autor, não seja um *acaso*. A base normativa desta teoria seria, portanto, o princípio da culpabilidade. Porém, a responsabilidade penal do partícipe, evidentemente, também deve estar em unissonância com o princípio da culpabilidade. Por isso, questiona-se, desde então, como pode a teoria do domínio do fato, extraída originariamente da teoria finalista da ação, contribuir para a estratificação normativa entre autoria e participação.

Esta dificuldade é demonstrada por *Jakobs*, cuja concepção baseia-se no princípio segundo o qual se deve interpretar o domínio não naturalisticamente como um fato, mas sim normativamente como fundamento de uma competência **pormenorizada** em razão da organização. Conforme *Jakobs* não há nenhuma diferença qualitativa entre autoria e participação²¹. Também o partícipe responde por um ato de organização: a conduta principal também é obra sua, ainda que não seja na mesma medida do autor. Em comparação com o autor, a quota de contribuição do partícipe no fato principal, na verdade, é quantitativamente reduzida. Isto tem por consequência que a autoria e a participação resultam apenas em ponderações relativas à determinação da pena, fixadas em diferentes formas de participação²². Se a diferença entre a autoria e a participação e, com isso, a diferença do injusto da ação se baseia, realmente, apenas em gradações quantitativas, discutiremos em seguida.

Deve-se mencionar neste contexto a tentativa de *Renzikowski* de explicar o conceito de domínio do fato através do princípio da autonomia e, por conseguinte, de extrair uma diferença qualitativa entre autoria e participação. Do reconhecimento de esferas jurídicas separadas uma da outra por parte da ordem jurídica deve resultar que cada um somente pode ser responsabilizado pelo seu **próprio** injusto pessoal. A falta de déficits de imputação em relação ao autor direto, na sua opinião, conduz à exclusão da imputação em relação ao partícipe. *Renzikowski* equipara, portanto, o conceito restritivo de autor da teoria do domínio do fato com uma **proibição de regresso excludente da responsabilidade**. A responsabilidade penal do partícipe é, para ele, consequentemente, uma responsabilização sem responsabilidade pela lesão ao bem jurídico por si mesmo. Porém, o problema é como explicar então a punição do partícipe de modo geral. *Renzikowski* compreende as normas de participação como proibição de colocação em perigo. O desvalor da instigação e da cumplicidade está em que o partícipe coloca em perigo o bem jurídico, na medida em que ele cria os pressupostos para o fato principal. O

²⁰ JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/23; FREUND, Georg. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1998, § 10 n.m. 66.

²¹ JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/3.

²² JAKOBS, *Allg. Teil*, 22/4, 6; veja IDEM, *Festschrift für Lampe*, 2003, p. 561, 571.

fato principal pelo menos tentado, qualifica-o, conseqüentemente, como mera condição de sanção²³. Mas esta opinião é convincente? É duvidoso se constitui tarefa da Parte Geral do Direito Penal formular tipos penais de perigo. Seria necessário explicar, por conseguinte: por que o partícipe deve ser responsável pelo perigo provocado por sua conduta, se ele não é responsável pela lesão que resulta dela? A introdução de tipos penais de perigo em face de tipos penais de lesão, por parte do legislador, é sempre uma *antecipação* da punibilidade. *Renzikowski* explica o tipo penal de perigo do partícipe com o compromisso social do indivíduo. No entanto, diferentemente dispõe o § 138 do StGB que: a punição por não denunciar crimes planejados, que, do mesmo modo que o auxílio por omissão previsto no § 323c do StGB^{N.T.4}, se justifica com base em um dever de solidariedade, não se caracteriza como participação.

Ademais, deve ser assinalado com *Kindhäuser* que o princípio da autonomia também deveria, na verdade, se opor à proibição de regresso no âmbito da coautoria. Parece demasiado. Na verdade, o princípio da autonomia – e também a proibição de regresso dele resultante – afirma que não se admite dentro de um círculo de direitos, principalmente, processos e situações que lhe são estranhos, isto é, não é permitido “se ocupar com estes assuntos”. No sentido jurídico: ninguém é guardião do seu próximo. Este princípio resulta do reconhecimento de competências individuais de atuação, ou seja, de círculos de direitos que são atribuídos a seus respectivos detentores para administrá-los independentemente de terceiros, e, com isso, possibilitar a autodeterminação. Se isto está correto, então o princípio da autonomia não oferece nenhuma explicação acerca de que se é possível responsabilizar e de que maneira o detentor do respectivo círculo de direitos, caso ele se vincule deliberadamente a outrem e, por conseguinte, viole uma proibição²⁴.

3.2. A errônea referência objetiva do conceito de domínio do fato à ação

Um segundo ponto crítico: *Freund* ressaltou que, apesar de o conceito de domínio do fato estar totalmente relacionado ao tipo penal, ainda não foi apresentada até o momento uma classificação convincente já no respectivo tipo delitivo, e nem mesmo será possível. O domínio do fato não pode pertencer ao tipo objetivo por causa dos momentos subjetivos que o compõem. Além disso, a questão acerca do domínio somente poderia ser colocada se o objeto a ser dominado, isto é, a ação, fosse definido de forma precisa. Enquanto isso não tiver sido feito o conceito de domínio do fato será como a cartola do mágico, da qual praticamente se pode retirar

²³ RENZIKOWSKI (nota 2), p. 127 e ss.; para uma explicação material da punição da participação sem responsabilidade pela conduta principal, veja ademais SCHUMANN, Heribert. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung*, 1986, p. 74 e ss.

^{N.T.4} “§ 323c Omissão na prestação de assistência; Impedimento de pessoas de prestarem assistência. (1) Quem deixa de prestar assistência em caso de acidente, perigo comum ou necessidade, quando necessário e razoável nas circunstâncias, e principalmente não houver risco considerável para si mesmo e nem a violação de outros deveres importantes, será punido com pena privativa de liberdade não superior a um ano ou com pena de multa. (2) Do mesmo modo, pune-se quem, nas mesmas circunstâncias, impede uma pessoa que esteja prestando ou deseje prestar assistência a terceiro.”

²⁴ Veja, concordando, KINDHÄUSER, Urs. *Festschrift für Hollerbach*, 2001, p. 627, 644 e s.

qualquer coisa que se queira. Se, ao contrário, for esclarecido o conteúdo de ação, prescindir-se-á de uma exigência **complementar** de legitimação para o domínio²⁵.

Analizado de forma mais precisa, há ainda o problema levantado, com absoluta razão, por *Freund*, de que o domínio do fato é concebido como um elemento separado dentro do tipo penal. Dito de outro modo: a teoria do domínio do fato postula uma combinação de um conceito extensivo de ação, assim como ainda predomina para os delitos culposos²⁶, e um conceito restritivo de autor! A identificação de um conceito extensivo de ação também se verifica na tese representada, entre outros, por *Bloy*, de que autor e partícipe violam a mesma proibição e que somente se distinguem quanto ao injusto de sua conduta²⁷. Desta circunstância resulta a ideia de que o ponto de referência do domínio do fato, a ação, se perderia em si mesma. O domínio do fato é o domínio sobre a ação, a qual, conseqüentemente, por razões puramente lógicas, deve ser definida independentemente dos pressupostos do domínio do fato. Como não pode haver domínio do autor sobre o seu próprio dolo, o domínio do fato é visto somente como domínio sobre a ação em sua dimensão objetiva. Porém, nos delitos de resultado, a ação, em sua dimensão objetiva, consiste na mera causação de lesão ao bem jurídico no sentido da teoria da equivalência.

De acordo com os partidários da teoria do domínio do fato, como o lado objetivo da ação se satisfaz com a mera relação causal da teoria da equivalência, as contribuições dos autores e partícipes são avaliadas, no tocante aos seus atributos causais, exatamente com o mesmo valor – isto é, como equivalentes –, de modo que, por exemplo, também a influência sobre a vontade de outrem por meio de um ato de instigação é parte da cadeia causal, e o injusto da ação do autor em particular, inevitavelmente, perde sua referência objetiva à ação. Assim, somente o autor direto, e não o partícipe, deve possuir o domínio do fato sobre a ação. Todavia, também o partícipe atua: ele, por exemplo, desperta no autor direto a decisão de realizar o fato. Mas por que é atribuído o domínio da ação somente ao autor direto, e não ao partícipe? A resposta é simples: o autor direto domina as conseqüências do seu agir, que desembocam na lesão ao bem jurídico, porque estas existem em um acontecimento determinado pelas leis da natureza²⁸. Diversa é a situação no caso do instigador: aqui existem conseqüências sobre uma conduta voluntária de outra pessoa (em qualquer caso, plenamente imputável). Por certo: se a teoria do domínio do fato pressupõe a teoria da equivalência, isto realmente não fará a menor diferença, pois valerá a ideia de que qualquer condição possui o mesmo valor. Aqui está uma das inconsistências da teoria do domínio do fato: o injusto da ação atribuído à autoria remete a pretendida equivalência entre autoria e participação ao **plano objetivo** da ação.

Assim, a teoria do domínio do fato, do mesmo modo que a teoria subjetiva, padece com o deslocamento das diferenças, que deveriam se manifestar na definição objetiva da ação, para o plano subjetivo: a teoria do domínio do fato, de certo modo, torna-se um atributo do *autor*,

²⁵ FREUND, *Strafrecht, Allg. Teil*, § 10 n.m. 46 e s., 66.

²⁶ Veja *pars pro toto* WESSELS/BEULKE, *Allg. Teil*, § 15 n.m. 659.

²⁷ BLOY (nota 2), p. 252, 263; PLATE, *ZStW* 84 (1972), p. 294, 300 e s.

²⁸ Veja, ademais, HOYER, *In: SK*, 7. Aufl. 2000, preliminar ao § 25 n.m. 12.

desprendido da ação. Disso resulta o perigo de perda do ponto de referência objetivo do injusto da ação como fundamento do injusto intencional, o que a teoria do domínio do fato sempre reprovou na teoria subjetiva. Mas por que a teoria do domínio do fato deveria desviar das consequências que ela reprovava na teoria subjetiva, como sendo sempre consequências inevitáveis da teoria da equivalência, quando ela mesma a utilizou como base para a sua formação? Caso se pressuponha que o partícipe tenha o mesmo poder de evitar a lesão ao bem jurídico que o autor, o injusto específico da conduta do autor somente poderia consistir em que esta sua conduta, baseada nos elementos objetivos da forma de participação, atribui a garantia **positiva** de poder realizar a ocorrência do resultado típico. O autor, comparado com o partícipe, seria, consequentemente, o delinquente perigoso²⁹. Mas é duvidoso se este conceito é suficiente. Poderíamos considerar que a pura garantia **fática** positiva de ocorrência de lesão ao bem jurídico na maioria dos casos de participação é maior do que na autoria mediata. Além disso, a explicação material baseada no tópos da periculosidade não oferece nenhuma resposta à questão acerca do porquê somente nos casos de participação admite-se que o homem da frente pratique uma conduta ilícita, e não no caso de autoria mediata. Neste lugar é que deve se centrar uma teoria da participação.

Uma solução para este problema suscitado, porém, é oferecida pela teoria da imputação objetiva. Gallas, por sua vez, caracterizou a teoria do domínio do fato como produto do princípio da adequação³⁰. O senhor do fato, portanto, cria um determinado risco não permitido para o bem jurídico afetado, que se distingue daquele do partícipe. Porém, já em outro lugar foi dito expressamente que a teoria da imputação objetiva não constitui uma teoria em si mesma coerente: ou ela não alcança seu objetivo de delimitar a responsabilidade ou, então, o conceito de risco não-permitido é definido de forma autorreferencial. Para evitar estas consequências é preciso distinguir entre as diferentes condições em si mesmas. Mas então, considera-se, em oposição às premissas da teoria da imputação objetiva, que todas as condições ou são **ontologicamente** indistinguíveis em seus atributos causais ou pelo menos **normativamente equivalentes**³¹. Ademais, no âmbito da teoria da equivalência os riscos somente podem ser individualizados por meio do grau de probabilidade de ocorrência do resultado. O fato de este aspecto ser de pouca relevância para a delimitação entre autoria e participação já foi dito anteriormente. As aporias da teoria da imputação objetiva são consequência da sua tentativa de delimitar o objeto da imputação pelo parâmetro do princípio da imputação. A teoria do domínio do fato, que, com o conceito de domínio, desenvolve-se em uma categoria pessoal de imputação, no final, baseia-se nos mesmos erros. Um conceito restritivo de *autor* não é a resposta adequada para um conceito extensivo de ação, o qual sobrevive do reconhecimento, ainda que implícito, da teoria da equivalência.

²⁹ Compare a respeito SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Der Täter hinter dem Täter*. 1965. p. 202 e ss.

³⁰ GALLAS (nota 10), p. 90. Quanto ao princípio da imputação objetiva remeta-se, entre outros, a JAKOBS, GA 1997, 553, 558 e ss., DERKSEN, GA 1993, 163, 176 e LESCH, Heiko. ZStW 105 (1993), p. 271, 280 e ss.

³¹ Veja, expressamente, a respeito disso HAAS, Volker. *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002. p. 284 e ss.; IDEM, In: KAUFMANN, Matthias; RENZIOWSKI, Joachim (Hrsg.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, 2004, p. 193 e ss.

3.3. Sobre a coerência do conceito de preenchimento material do tipo

A necessidade de esclarecimento subsiste, ademais, em relação àquilo que *Roxin* compreende sob o conceito de preenchimento **material** do tipo, e que deve ser introduzido ao lado da realização pelas próprias mãos³². Um tipo penal é realizado ou não é realizado. A conduta do delinquente se subsume aos elementos do tipo ou não se subsume. É conceitualmente difícil entender como a realização pelas próprias mãos pode caracterizar **uma espécie e um modo** de preenchimento do tipo. *Roxin* possivelmente quer dizer com isso que também a conduta daquele que não executa a ação pelas próprias mãos preenche o tipo, desde que existam os pressupostos do domínio do fato. A afirmação de que os tipos penais da Parte Especial apresentam descrições da figura central do acontecimento delitivo deveria ser compreendida de maneira que justamente o agir com domínio do fato seria critério da conduta típica. *Schilling* extraiu a seguinte conclusão: “com a sua contribuição baseada no próprio domínio do fato, o autor direto individual, o autor mediato e os coautores executam a mesma conduta típica”³³. As condutas dos demais participantes se manifestariam apenas como meros fatores causais.

Elas seriam um pedaço do curso causal, o qual vincula a própria conduta com o resultado avençado por todos os participantes. Mas, com isso, a autoria mediata e a coautoria se dissolveriam em formas de autoria individual³⁴. Pressupõe-se, neste caso, que a contribuição do coautor individual para o fato não precise ser causal para o preenchimento de elementos individuais do tipo, a conduta típica estaria baseada no acordo de condutas como tal, mais precisamente: na declaração de uma contribuição própria para o fato. Esta hipótese, no entanto, é logicamente e sistematicamente insustentável desde o ponto de vista legal. Ela é logicamente insustentável porque o objeto do acordo de condutas é justamente a execução do fato. E, portanto, o acordo de condutas já não pode ser parte da execução do fato. A hipótese é, ademais, sistematicamente insustentável, porque a lei distingue estritamente, e de forma correta, entre coautoria tentada, conforme o § 30, al. 2 do StGB, e tentativa em coautoria, conforme os §§ 22 e 25, al. 2 do StGB. A consequência seria, portanto, um conceito extensivo de ação que abarcaria também meros atos preparatórios³⁵, e, com isso, em relação aos delitos de mera conduta, por razão puramente linguística, já estaria condenada ao fracasso³⁶.

Porém, *Roxin* possivelmente quer dizer que somente no modo de realização pelas próprias mãos – e isto no caso de autoria direta – o delinquente produz **materialmente** os elementos do tipo, e que nas demais formas de autoria ele é tratado, com base em uma *imputação* extraordinária **da conduta**, na verdade, como se ele tivesse realizado o tipo por meio de sua conduta. No caso da coautoria, porém, *Roxin* rechaça absolutamente – ao contrário de outros

³² ROXIN, In: LK, 11. Aufl. 2003, preliminar ao § 25 n.m. 12.

³³ SCHILLING, Georg. *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975. p. 111.

³⁴ Assim, expressamente, SCHILLING (nota 33), p. 109 e ss.; com razão, rechaçando isso, DERKSEN, GA 1993, 163, 166; VALDÁGUA, ZStW 98 (1986), p. 839, 853.

³⁵ KÜPER, Wilfried. *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, p. 61, com vistas à antecipação da punibilidade da tentativa, conforme esta concepção; DERKSEN, GA 1993, 163, 166.

³⁶ KÜPER (nota 35), p. 58 e s.

partidários da teoria do domínio do fato – uma imputação mútua das contribuições para o fato³⁷. Esta posição é absolutamente coerente com as premissas da teoria do domínio do fato: isso porque *Roxin* rechaça a construção da imputação, entre outros, sob o argumento de que punir o coautor não pelo seu próprio agir, mas como **autor** pelo que outrem realizou, espontaneamente, por sua própria (e total) responsabilidade, não estaria em unissonância com o princípio do domínio do fato³⁸. A solução baseada na imputação é rechaçada pelas razões por meio das quais a caracterização da instigação deve resultar em mera forma de participação.

3.4. As aporias da responsabilidade por coautoria sem imputação de conduta

Dessa situação resulta ainda a questão se, de modo geral, é possível cogitar construir a responsabilidade de um coautor sem a atribuição das contribuições dos demais. *Roxin* explica a coautoria por meio do domínio do fato funcional positivo e, sobretudo, negativo³⁹.

O domínio do fato funcional positivo, ao qual se dedicou, principalmente, *Rudolphi*, caracteriza a capacidade de o coautor, pela medida da sua contribuição para o fato, tomar a importante decisão sobre o “se” da realização do tipo. É preciso esclarecer, porém, como isto pode ser possível, se qualquer dos coautores domina apenas sua própria contribuição para o fato, de modo que também o domínio funcional positivo está limitado à própria contribuição para o fato. A tese oposta surgiu em face do problema acerca da razão pela qual também o instigador não possui o domínio positivo do fato sobre a conduta do autor principal.

Rudolphi procura solucionar este problema na medida em que exige que somente possa ser coautor aquele que preencha uma parte do tipo penal na própria pessoa. Esta exigência lhe permite embasar o domínio funcional positivo no fato de o participante, que realizou por si mesmo um elemento do tipo – que tem por base a unidade do injusto normativizada pelo legislador entre os seus diferentes momentos e a decisão sobre a própria conduta –, ao mesmo tempo, co-decidir se o fato será realizado em sua totalidade ou não. Para elucidar, segue um exemplo absolutamente simples: com base em um planejamento conjunto, A, conforme combinado, alveja com um tiro mortal o caixa de um banco, enquanto B, logo a seguir, esvazia o caixa. Conforme *Rudolphi*, A e B cometeram um roubo em coautoria. Mas quanto a morte causada por A, ao contrário, *Rudolphi* rechaça uma coautoria. O acontecimento que preencheu o tipo penal do § 211 do StGB^{N.T.5} era dominado exclusivamente pelo participante A; agora, o trecho do tipo penal do roubo, que sintetizava uma unidade entre o exercício de violência – enquanto parte do acontecimento – e a subtração, e que, com isso, permitiu manifestar o

³⁷ ROXIN, *Allg. Teil*, Bd. II, § 25 n.m. 257; VALDÁGUA, *ZStW* 98 (1986), p. 839, 854; com uma concepção diversa KÜPER, Wilfried. *JZ* 1979, 775, 779; BLOY (nota 2), p. 266; KÜHL, *Allg. Teil*, § 35 n.m. 98 e ss.

³⁸ ROXIN (nota 1), p. 276 e ss., 287, 290; igualmente RUDOLPHI (nota 2), p. 369, 373; VALDÁGUA, *ZStW* 98 (1986), p. 839, 860; DERKSEN, *GA* 1993, 163, 165, 167.

³⁹ ROXIN (nota 1), p. 276 e ss., 287, 294, 311; IDEM., *In: LK*, 11. Aufl., 2003, § 25 n.m. 154; GROPP, *Allg. Teil*, § 10 n.m. 81; KÜHL, *Allg. Teil*, § 20 n.m. 99; RUDOLPHI (nota 2), p. 369, 373 e s., 383; ZIESCHANG, *ZStW* 107 (1995), p. 361, 373.

^{N.T.5} § 211 *Assassinato*. (1) O assassinato é punido com pena de prisão perpétua. (2) Assassino é aquele que mata um ser humano, pelo desejo de matar, para satisfação do desejo sexual, por ganância ou por outros motivos sórdidos, de modo insidioso ou cruel ou com meios que causam perigo comum ou para possibilitar ou ocultar outro fato delituoso.

domínio sobre uma parte do acontecimento como codomínio sobre o acontecimento típico integral, não possui qualquer relevância para o tipo penal do § 211 do StGB⁴⁰.

A solução apresentada por *Rudolphi* para o caso se opõe, antes de tudo, à práxis judicial. A razão pela qual B, com relação ao disparo de A, deve responder pelo tipo penal de roubo e não pelo tipo penal de homicídio é algo incompreensível. O argumento parte de uma *petitio principii*: na verdade, as contribuições dos participantes A e B preenchem conjuntamente todos os elementos do tipo, embora seja necessário esclarecer o porquê de o tipo penal não ter sido realizado. A realização do tipo significa, antes de tudo, o preenchimento de todos os elementos do tipo por meio de uma **única** pessoa. Por conseguinte, no caso apresentado, pela posse do dinheiro, B somente teria praticado a decisão determinante acerca do “se” do preenchimento do tipo se ele também pudesse ser responsabilizado pela morte causada por A. Só assim existiria, realmente, um tipo penal plenamente realizado e o indivíduo teria, através do domínio da sua própria conduta, ao mesmo tempo, o codomínio sobre a realização do tipo penal como um todo. A explicação de *Rudolphi* pressupõe, portanto, algo a esclarecer – o preenchimento do tipo penal com base na responsabilidade de um dos participantes pela colaboração do outro participante⁴¹.

Por isso, como o domínio funcional positivo, em uma análise mais apropriada, está sempre limitado pela própria contribuição para o fato, ele é, com razão, rechaçado por uma parte dos seguidores da teoria do domínio do fato, e a coautoria é baseada exclusivamente no domínio funcional negativo⁴². Este consiste em que, por meio da recusa em realizar a sua parte, o coautor pode levar o plano delitivo ao fracasso⁴³. Mas esta é uma explicação plausível? Observemos mais uma vez o caso narrado. Certamente, por meio da não realização do disparo mortal no caixa, A pode impedir B de pegar o dinheiro. Porém, por meio da recusa em pegar o dinheiro, B, diferentemente, não pode mais impedir que A efetue o disparo mortal no caixa. Agora, se fosse eliminada totalmente a necessidade de contribuição ao fato para o preenchimento do tipo, o critério ficaria ao encargo daquela *petitio principii* que, até o momento, foi reservada ao domínio funcional positivo⁴⁴. Poder-se-ia escapar ao teorema desta aporia, entretanto, se não eliminássemos *ex-post* a necessidade de contribuição ao fato para a consumação do tipo penal integral, mas sim determinássemos a relevância causal *ex-ante* desde a perspectiva do planejamento do fato pelos participantes⁴⁵. Um domínio funcional negativo atribui-se ao coparticipante individual pelo fato de os demais coparticipantes tornarem a realização de suas contribuições para o resultado dependentes da disposição daquele em executar sua contribuição, que, desde o seu ponto de vista, é irrenunciável para o fato. Na opinião de *Roxin*, com base em uma observação psicológico-retrospectiva não é possível verificar se isso está correto. Necessitaria muito mais da percepção do sentido objetivo desta

⁴⁰ RUDOLPHI (nota 2), p. 369, 383.

⁴¹ Compare HOYER, In: **SK**, 7. Aufl. 2000, § 25 n.m. 116.

⁴² KÜPER, Wilfried. **JZ** 1979, 775, 786; VALDÁGUA, **ZStW** 98 (1986), p. 839, 862; INGELFINGER, **JZ** 1995, 704, 709 e s.

⁴³ ROXIN, **Allg. Teil**, Bd. II, § 25 n.m. 188.

⁴⁴ Compare HOYER, in: **SK**, 7. Aufl. 2000, § 25 n.m. 115.

⁴⁵ Assim, por exemplo, KÜPER, Wilfried. **JZ** 1979, 775, 786.

função por meio de um ato de compreensão significativo. De acordo com isso, coautor seria aquele cuja contribuição tenha um significado **essencial** para o fato⁴⁶. Quando a contribuição para o fato deve ser reconhecida como essencial, no sentido referido, é algo que continua entregue à valoração decisionista relacionada com o caso concreto.

No entanto, é questionável se o critério assim definido para a fundamentação da responsabilidade do coautor é suficiente. Parece contraditório que *Roxin* limite o domínio funcional negativo às contribuições para o fato realizadas na etapa de execução, ainda que estas não precisem preencher necessariamente um elemento do tipo⁴⁷. A confirmação de que um participante realizará, na etapa preparatória do fato, um apoio imprescindível – como, por exemplo, a obtenção de instrumentos antes do início da tentativa – pode, porém, com relação à disposição de outrem em realizar o fato, provocar o mesmo efeito que a confirmação de uma colaboração na etapa de execução⁴⁸. A réplica de *Roxin* no sentido de o efeito da contribuição para o fato, ao qual se dirigiam seus críticos, ser característica de qualquer espécie de participação⁴⁹, na verdade, é bastante convincente, porém, de modo geral, demonstra o principal mérito do domínio funcional negativo: ele não procura distinguir **qualitativamente** a cumplicidade da coautoria. Isso porque as contribuições que não preenchem propriamente um elemento do tipo limitam-se, principalmente, à mera função de instigação ou cumplicidade⁵⁰. Resta, portanto, apenas uma saída, aceitar uma diferença **quantitativa** entre a coautoria e a participação. Assim, *Küper* sustentou a tese de que a coautoria se tratava de uma forma especial de participação acessória no fato “alheio”. Somente o peso de uma contribuição para o fato dentro do todo, legítima o legislador a levar em conta o coparticipante não apenas como um partícipe⁵¹. Mas esta saída também parece estar fechada: pois, observe-se que, se a responsabilidade a título de autor é exclusivamente para aquela contribuição que o participante envolvido justamente *não* prestou, não se pode conceber como seria possível que tão **somente** o grau das demais participações transformassem uma responsabilidade de partícipe em uma responsabilidade de autor. Deve-se observar, portanto, que a plena responsabilidade do homem da frente não pode constituir o principal motivo para necessariamente excluir a autoria do homem de trás, uma vez que, como pressupõe a lei, no § 25, al. 2 do StGB, a coautoria fundamenta a responsabilidade a título de autor e não a responsabilidade do mero partícipe.

⁴⁶ ROXIN (nota 1), p. 284.

⁴⁷ ROXIN, in: **LK**, 11. Aufl. 2003, § 25 n.m. 179 e ss.

⁴⁸ Assim também SEELMANN, Kurt. **JuS** 1980, 571, 573.

⁴⁹ ROXIN, in: **LK**, 11. Aufl. 2003, § 25 n.m. 181, 184.

⁵⁰ KINDHÄUSER (nota 24), p. 627, 632; igualmente VALDÁGUA, **ZStW** 98 (1986), p. 839, 862 e ss., 871 e s., o qual, por isso, se orienta pelo domínio do fato negativo em relação à consumação do fato como tal e, com isso, se torna responsável pelo círculo demonstrado no texto.

⁵¹ KÜPER (nota 35), p. 60 e s.; veja também VOGEL, Joachim. **ZStW** 14 (2002), p. 403, 414.

4. Consequências das objeções levantadas

4.1. A coautoria como autoria mediata mútua

Quais consequências podem ser extraídas da análise acima apresentada? Deve-se reconhecer, antes de tudo, que a coautoria somente pode ser explicada como uma representação mútua⁵². A representação explica-se pelo fato de que qualquer um dos coautores se ocupa com a própria tarefa e com a tarefa alheia. Qualquer um dos coautores atua não por si mesmo, mas, ao mesmo tempo, pelo seu próprio coparticipante, na medida em que, como um representante, ele se subordina à sua vontade e lhe é útil⁵³. Pela subordinação à vontade do coparticipante, os demais participantes devem poder ser responsabilizados em razão de sua própria conduta. A imputação da realização da tarefa representada é garantida pela decisão conjunta de realizar o fato, através da qual os coautores emitem reciprocamente o **mandato** para executar a contribuição para o fato também em nome alheio. O fato de o coautor individual agir por si mesmo e por seus comparsas, não representa nenhum problema, porque realmente é impossível se utilizar, ao mesmo tempo, de dois indivíduos que tenham domínio sendo independentes um do outro. O acordo expresso ou tácito, porém, estabelece um vínculo suficiente.

Esta explicação absolutamente simples da coautoria, como se sabe, é tudo menos nova⁵⁴. O fato de ela atualmente não ser aceita, porém, assenta em duas objeções. A primeira objeção: com esta explicação da coautoria, a própria participação no fato perde sua função constitutiva. A segunda objeção: no caso de um mandato unilateral, o mandante – evidentemente de acordo com o direito vigente – é qualificado como instigador e não como um autor mediato. Mas no caso de uma divisão mútua do mandato como poderia a participação se tornar autoria?

No que diz respeito à primeira objeção, as ideias seguramente têm causas históricas. A teoria da coautoria se desenvolveu a partir da teoria da conspiração. Seu fundamento constitui o § 148, 1 do Ordenamento Penal Judicial^{N.T.6}: “em suma, se algumas pessoas com vontade e intenção prévia e comum ajudam e prestam assistência uma à outra para matar criminosamente alguém, então, todos os autores realizam o fenômeno”. *Carpzov* entendia que, por meio da sua presença, os que se fizeram presentes estabeleceram uma causa para a morte da vítima, porque todos prestaram assistência e auxílio e deste modo encorajaram o assassino e fragilizaram a vítima⁵⁵. A explicação da conspiração, por *Stübel*, remonta, possivelmente, ao início do século XIX. O pressuposto de uma conspiração “é que sem o interesse e a colaboração conjunta do

⁵² Veja KINDHÄUSER (nota 24), p. 627, 645 e ss.

⁵³ De modo semelhante, em princípio, PUPPE, Ingeborg. *Festschrift für Spinellis*, Bd. 1 2001, p. 915 e ss., que interpreta a coautoria como instigação mútua, mas não menciona o fundamento pelo qual explica a transformação da participação mútua em autoria.

⁵⁴ RGSt. 58, 279; 66, 236, 240; Horst SCHRÖDER, JR 1958, 427 e s.; BAUMANN, Jürgen. *JuS* 1963, 85, 87; BUSER, Torsten. *Zurechnungsfragen beim mittäterschaftlichen Versuch*, 1998, p. 30 e ss.; KINDHÄUSER (nota 24), p. 627, 645 e ss.; V. HAAS (nota 31), p. 134.

^{N.T.6} Refere-se aqui, o autor, ao Ordenamento Penal Judicial de Carlos V, também chamado de a *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC), ou tão só a “Carolina”, de 1532.

⁵⁵ CARPZOV, Benedikt. *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium in partes* III, 1635, Questio XXV, 12.

outro para a realização de um crime, um não teria tido coragem suficiente, e sem esta colaboração este simplesmente não teria se aventurado a produzi-lo realmente”. A determinação do conspirador ocorre principalmente por meio da expectativa de uma possível assistência de alguém⁵⁶. A autoria, isto é, os autores participantes se apoiam, antes de tudo, no elemento encorajamento mútuo. Esta era a opinião predominante no início do século XIX⁵⁷.

A colaboração exigida dos conspiradores, pelo menos na forma de presença no lugar do fato, ao mesmo tempo era fundamento para que a *societas delinquendi* fosse qualificada como uma modalidade de crime particularmente perigosa e merecedora de pena. Assim, de acordo com *Schirach*, a especial periculosidade e a punibilidade da conspiração se baseia no fato de que a cooperação prometida provoca uma especial ousadia e que o crime adquire um grau particular de brutalidade, violência e muitas vezes também crueldade, na medida em que fomenta ainda mais os comparsas, do que qualquer indivíduo que tivesse agido por contra própria. Em *Anton Bauer* leva-se em conta claramente a vinculação deste **objeto especial de imputação** – a saber, o modo especialmente perigoso de cometimento – com o **fundamento da imputação** conforme a teoria predominante. Ele baseava a especial periculosidade da conspiração na circunstância de que “não é tão fácil de se proteger contra a força conjunta de muitos, mas em relação aos partícipes considera que, devido à confiança dos demais em sua colaboração, cuja decisão determina o fato, todos devem ser vistos, portanto, como autores intelectuais”⁵⁸.

Mais tarde, porém, reconheceu-se que a promessa de um apoio mútuo no momento de realização do fato nem sempre era o fundamento para uma decisão conjunta. Assim, *Stübel*, entre outros, argumentava que poderia acontecer que mais comparsas “concorressem para o crime do que realmente fosse necessário”. Então, não se poderia dizer que todos os coparticipantes contariam com o apoio dos demais. Além disso, a influência no encorajamento seria apenas um ato de assistência. *Abegg* considerava que o fato de contar com o apoio mútuo realmente **poderia** acentuar a disposição do participante. Também *Anton Bauer* abandonou sua posição originária: “a confiança na colaboração dos demais participantes, de fato, acentua a decisão, mas não a provoca”⁵⁹. Prevalencia, portanto, cada vez mais, a opinião de que a coautoria

⁵⁶ STÜBEL, Christoph Carl. *Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewissheit des erstern, besonders in Rücksicht der Tödtung, und nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten*, 1805, § 61, p. 74 e s.; § 62, p. 75 e s.; § 64, p. 78.

⁵⁷ Veja STÜBEL, Christoph Carl. *Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, 1828, §§ 3 e ss., p. 3 e ss.; § 25, p. 35; veja por exemplo FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 4. Aufl. 1808, § 46a, p. 47; § 46b, p. 48 e s.: “Como aqui a decisão de cada indivíduo é determinada pela expectativa de auxílio e de colaboração de todos os demais conforme o acordado, então cada um dos aliados, que carrega consigo a expectativa dos demais quanto a consumação do fato, deve ser visto como autor intelectual do crime consumado [...]. Cada membro da sociedade é, portanto, por estas razões, ao mesmo tempo quem determina e é determinado.”

⁵⁸ SCHIRACH, *Neues Archiv des Criminalrechts*, 1817, 516, 521 e ss.; BAUER, Anton. *Anmerkungen zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Hannover*, 1. Teil, 1828, p. 481.

⁵⁹ STÜBEL (nota 56), § 24, p. 33 e ss.; § 25, p. 35 e ss.; ABEGG, *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, 1836, § 72, p. 115; BAUER, Anton. *Lehrbuch des Strafrechts*, 1833, § 77, p. 119, nota de rodapé c.

se baseava em um mandato mútuo⁶⁰. Por conseguinte, principalmente *Berner*, e mais tarde também *Binding*, reconheceram que a colaboração pelas próprias mãos não tem relevância para a imputação das condutas aos coparticipantes⁶¹. Nesse sentido, no Código Prussiano, de 1851, a conspiração foi deslocada à Parte Especial – por exemplo, para os tipos penais de associação (§§ 91, 214, 284) e motim de presos (§ 96). O cometimento na forma de bando foi considerado, nos crimes de furto (§ 218, 8) e de roubo (§ 232, 2), como causa de aumento de pena. O Código Penal do Império não modificou em nada a nova ordem, apesar do disposto no § 47 do RStGB.^{N.T.7}

4.2. O mandato como autoria mediata

Chegamos agora à segunda objeção: como é possível que o mandato mútuo na coautoria fundamente a autoria, e o mandato unilateral, porém, fundamente apenas a instigação e, com isso, a mera participação? A resposta segue no sentido de que o *mandatum* deve ser reconhecido, novamente, como forma de autoria mediata. *Carpzov*, no entanto, adotando a doutrina dos práticos italianos da Alta Idade Média, sustentou quanto ao *mandatum* que: “é indiferente se alguém matou outrem com as próprias mãos ou se o fez através do auxílio e da ação de outra pessoa. Em ambas as hipóteses o autor matou e se tornou assassino”⁶². Além disso, observou que: “aquele que, por exemplo, faz por meio de outrem é tratado como se ele mesmo tivesse feito”⁶³. Por isso, de acordo com a opinião de *Carpzov*, o mandante deve responder pelo próprio delito (*ex ipso delicto*) em razão da ordem emitida, mas não pela emissão da ordem⁶⁴. Logo, *Carpzov* distingue precisamente o *mandatum* do *consilium*, o mero conselho de cometimento do delito, “porque neste último, tudo ocorre em proveito do aconselhado e não do aconselhador, ao passo que um mandato visa ao proveito do mandante [...]. Portanto, ordens são mais do que conselhos”⁶⁵. Uma formulação semelhante encontra-se mais tarde em *Pufendorf*: “se alguém faz por meio de outrem, deve-se considerá-lo como se ele mesmo fosse seu autor”. Nesta oração *Pufendorf* oferece também o fundamento da responsabilidade e inclui

⁶⁰ Assim, por exemplo, *BERNER, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa*, 1847, p. 440 e ss.; com alterações *HÄLSCHNER, Hugo. Das preußische Strafrecht*, Teil 2, 1858, Neudruck 1875, § 94, p. 384 e ss.; *LANGENBECK, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen*, § 90, p. 250; veja, já no século XVIII, *MEISTER, Christian Friedrich. Rechtliche Erkenntnisse und Gutachten in peinlichen Fällen*, 1771, 3. Teil, Decisio 71, Nr. 33 e s.

⁶¹ *BERNER* (nota 60), S. 467; *BINDING*, GS 71 (1908), p. 1, 3; *IDEM*, In: *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, 1. Bd. 1915, p. 297 e ss.

^{N.T.7} A redação do § 47 do RStGB a que o autor faz referência aqui vigorou de 1º de janeiro de 1872 até 1º de janeiro de 1975, e, à época, dispunha: “§ 47. Se várias pessoas cometerem um delito conjuntamente, cada uma delas será punida como autora.”

⁶² *CARPZOV* (nota 55), *Questio* 4, 1: “Parum refert, an quis propriis manibus aliquem occidat, an vero per intermediam personam eiusque auxilio § ope hoc efficiat, quum unterque occidat, Reusque fiat homicidii.”

⁶³ *CARPZOV* (nota 55), *Questio* IX, 4. “Nam quis per alium facit, per se ipsum facere censetur.”

⁶⁴ *CARPZOV* (nota 55), *Questio* IX, 13.

⁶⁵ *CARPZOV* (nota 55), *Questio* IV, 3: “In quo differet a consilio, quod totum tendit in utilitatem consultantis, non consulentis, cum contra mandatum tendat totum in utilitatem mandantis [...] plus est mandare quam consulere.”

expressamente a ordem: a autorização a outrem para agir em nome próprio fundamenta a imputação extraordinária da conduta⁶⁶.

Uma outra imagem é oferecida, no entanto, – e daremos agora um grande salto – a partir do início do século XIX: de um modo geral, distinguiu-se, em conformidade com a terminologia de *Feuerbach*, o autor físico, isto é, o autor direto, do autor intelectual ou mediato. Como autor mediato ou intelectual considerou-se aquele que determina outrem ao cometimento de um delito por meio de instrução, ordem, ameaça, indução em erro, bem como por conselho. O autor intelectual, ou mediato, foi também chamado de instigador. O autor direto deve estabelecer uma causa física, ao passo que o autor mediato estabelece uma causa moral⁶⁷. A questão é: de que modo, a partir daí, o *mandatum* e o *consilium* foram equiparados? Na literatura da época encontra-se o fundamento de que o conselho dá causa à decisão de realizar o fato⁶⁸. Conceituava-se, portanto, o autor intelectual como o causador propriamente dito da lesão ao bem jurídico⁶⁹ e, com isso, traçava-se o caminho para o conceito extensivo. A instigação, evidentemente, por uma parte da doutrina não foi concebida como uma figura jurídica. Portanto, não causa espanto que, em parte, foi proposta uma tentativa de crime na forma de autoria intelectual para o instigador⁷⁰. No entanto, era discutível onde se situavam os limites entre o autor físico e o autor intelectual. A teoria predominante levava em conta a imputação do fato ao homem da frente⁷¹, enquanto, por exemplo, *Oersted* propôs apenas que no caso de coação mecânica a autoria intelectual fosse direcionada para a autoria física⁷².

Köstlin, e com ele os demais hegelianos, rechaçava a ideia de que o autor intelectual desse causa à decisão de realizar o fato no instigado. Não se podia falar aí de uma relação causal na esfera de liberdade. *Köstlin*, portanto, concebia a instigação novamente como figura jurídica: o instigador devia ser tratado como se as condutas do autor físico tivessem partido dele mesmo. Sua concepção, de que o agente **representa** o instigador, surgiu, porém, em oposição à que reconhecia também o conselho como meio de instigação, uma vez que este, com o *animus* de causar, não manifestava o menor apoio ao crime⁷³. Mais coerente a esse respeito foi *Berner*, que não considerava possível uma autoria intelectual por meio de conselho⁷⁴. A formulação de *Kleinschrod*, que não pertencia aos hegelianos, de que não se deveria levar em conta uma

⁶⁶ PUFENDORF, Samuel. *De iure naturae et gentium*, 2. Edition, 1684, Liber I, Cap V, § 14: “*Quod quis per alium, facit, ejus autor ipse censetur*”.

⁶⁷ KLEINSCHROD, *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung*, Erster Theil, 1805, § 177, p. 324; igualmente BÖHMER, *Meditationes in constitutionem criminalem Carolinam*, 1774, Art. 148, § 1; Art. 177, § 2.

⁶⁸ Compare ainda TITTMANN, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde*, Bd. 1, § 108, p. 217: “o aconselhador como autor, na medida em que o conselho é causa de decisão”.

⁶⁹ Veja ROßHIRT, *Lehrbuch des Criminalrechts nach den Quellen des gemeinen deutschen Rechts und mit besonderer Darstellung des römischen Criminalrechts*, 1821, § 30, p. 62, o qual chama o autor intelectual também de causador.

⁷⁰ HEFFER, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts mit Rücksicht auf ältere und neuere Landesrechte*, 5. Aufl. 1854, p. 72 e ss.; SCHRÖTER, *Handbuch des peinlichen Rechts*, 1. Bd. 1818, § 128, p. 165 e ss.

⁷¹ GEIB, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2. Bd. 1862, § 106, p. 342 e ss.

⁷² OERSTED, *Abhandlungen aus dem Gebiete der Moral und Gesetzgebungs-Philosophie* 1. Bd. 1818, p. 182 e ss.

⁷³ KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845, Neudruck 1970, p. 513 e ss.; IDEM, *System des deutschen Strafrechts*. Erste Abteilung. Allgemeiner Teil, 1855, p. 311 e s.

⁷⁴ BERNER (nota 60), p. 285 e s., 320.

mínima imputação ao conselheiro, porque com o conselho o outro atua em nome próprio⁷⁵, constituiu, definitivamente, o ponto de vista mais claro. No caso de incapacidade de imputação do homem da frente, na opinião de *Köstlin*, deveria existir apenas uma instigação aparente, portanto, uma autoria física⁷⁶. *Berner*, diferentemente, admitia a autoria intelectual no caso de ameaça ou *vis compulsiva*, já no caso de coação ou *vis absoluta* admitia autoria direta. No caso de indução em erro excludente da imputação deveria se dar uma autoria direta, a qual, porém, *Berner* não queria caracterizar como autoria física⁷⁷. Embora os hegelianos, como *Köstlin* e *Berner*, caracterizassem a instigação como participação, classificavam apenas a cumplicidade como forma de participação acessória⁷⁸.

O Código Prussiano, de 1851, que se baseou no *Code Pénal* francês, de 1810, o qual no Art. 50 e seguintes restringiu o conceito de “auteurs” ao sentido objetivo-formal, quanto aos participantes que praticavam atos executórios típicos mudou de direção ao interpretar a instigação como forma de participação acessória⁷⁹, embora na literatura e nos comentários o instigador continuasse a ser caracterizado como autor intelectual⁸⁰. No Código Penal do Império, de 1871, de acordo com o § 48, punia-se como instigador aquele que dolosamente determinasse outrem a praticar por si mesmo uma conduta punível por meio de um presente ou promessa, ameaça, violência ou abuso da reputação, por meio de provocação intencional ou indução em erro, ou por qualquer outro meio. A pena era a mesma que a do autor principal. Em face da exigência de um fato principal punível a jurisprudência do Tribunal do Império desenvolveu a partir daí a figura da autoria **mediata** e a aplicou a casos – como o de uso de um instrumento incapaz de imputação – que, conforme um setor da doutrina antes da entrada em vigência do Código Penal do Império, eram classificados como de autoria **física imediata**⁸¹. A instigação, ao contrário, algum tempo depois da entrada em vigência do Código Penal do Império, foi entendida pela opinião predominante como acessória⁸², isso apesar de na Exposição de Motivos do Código Penal da Federação do Norte da Alemanha ter-se afirmado, ainda, que a conduta do instigado era a mesma do instigador⁸³. De acordo com um setor da doutrina da época, apesar de o legislador ter rejeitado, no § 48 do RStGB, a teoria da equivalência⁸⁴, esta disposição legal subsumia a provocação da decisão de realizar o fato por meio de conselho (*consilium*) ou de determinação (*mandatum*), ainda que esta equiparação fosse devida justamente ao amplo conceito de causalidade. Porém, jamais foi formulado um novo

⁷⁵ KLEINSCHROD (nota 67), § 192, p. 349.

⁷⁶ KÖSTLIN (nota 73), p. 510.

⁷⁷ BERNER (nota 60), p. 283 e ss.

⁷⁸ KÖSTLIN (nota 73), p. 282; BERNER (nota 60), p. 219.

⁷⁹ Veja, mais recentemente, MAIWALD, *Festschrift für Schroeder*, 2006, p. 283, 294.

⁸⁰ BESELER, *Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten und das Einführungsgesetz vom 14. April 1851*, 1851, p. 154 e ss.

⁸¹ Indicações em OLSHAUSEN, *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 10. Aufl. 1916, §§ 47 e ss. n.m. 5.

⁸² *Pars prot toto* LISZT, Franz von. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 17. Aufl. 1908, § 49, p. 213 e ss.

⁸³ *Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes*, Bd. 12, I. Legislaturperiode – Sektion 1870, 3. Bd.; *Anlagen zu den Verhandlungen des Reichstages*, Nr. 1–72; *Motive zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund*, 1870, p. 26, 54.

⁸⁴ VON BURI, *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, 1873, p. 66 e ss., 130 e ss.; WACHENFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1914, p. 87.

fundamento jurídico que pudesse embasar **geneticamente** a acessoriedade jurídico-positiva da instigação no sentido do mandato.

Como já referido acima, adota-se aqui a concepção de que a determinação (*mandatum*), assim como a ordem (*iussum*) – isto é, no caso em que o “instigado” representa o “instigador” –, novamente deve ser categorizada como autoria mediata. O teor do § 25, al. 1, 2ª frase, do StGB deixou espaço para esta adaptação. Na fundamentação do Projeto de 1962, a qual a Comissão Especial de Reforma Penal levou a cabo sem comentar, consta a respeito disso que o julgamento do executor plenamente responsável ainda necessitava de explicação pela ciência e que não se deveria antecipar o desenvolvimento jurídico⁸⁵. Isso não significava de maneira alguma um retorno à teoria subjetiva na forma como sustentada por *von Buri*. Nós precisaríamos novamente distinguir entre causa e condição, semelhantemente ao que uma parte da doutrina fez no século XIX⁸⁶. Nos delitos de resultado apenas o autor direto, por meio de um acontecimento determinado naturalisticamente, produz algum efeito na esfera do direito envolvido e, de acordo com isso, causa o resultado típico – mas não o autor mediato ou o partícipe. Do mesmo modo, somente o autor direto produz a ofensa, no § 185 do StGB, ou subtrai a coisa, no § 242 do StGB. De acordo com a concepção aqui referida, a diferença entre causa e condição encontra seu fundamento no fato de que o poder em relação à situação penalmente protegida e violada não é suficiente para impedir ao delinquente o estabelecimento de qualquer condição, mas apenas o estabelecimento de causas no sentido justamente definido. Somente um participante, cuja conduta manifesta esta característica, é um **causador**, na medida em que viola o que está juridicamente tipificado como direito (compare o § 903 BGB)⁸⁷. Mesmo o homem de trás, que dá causa à conduta do homem da frente, o qual atua com um déficit de imputação, não usurpa faticamente a esfera do direito alheio afetado. É preciso distinguir estritamente entre os pressupostos de usurpação do direito e os pressupostos da liberdade suficiente de decisão para proceder à imputação pessoal no marco da responsabilidade penal.

Justamente porque a autoria mediata não causa propriamente o resultado, assim como não preenche o tipo por meio de sua conduta, é necessária a imputação da **conduta** do homem da frente: o homem de trás, devido a uma ficção jurídica, é tratado assim como se tivesse realizado o tipo por si mesmo. Disso resulta a sua autoria. Sendo assim, o conceito de domínio da ação, enquanto elemento apócrifo do tipo, torna-se supérfluo, porque não é mais necessário distinguir no plano da imputação, implicitamente, entre causa e condição. Além disso, tornam-se supérfluas as controvertidas figuras jurídicas da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder, do instrumento sem intenção e do instrumento doloso sem qualificação. Ademais, a autoria mediata existirá sempre que o homem de trás coagir o homem da frente (*coactus*). Não é preciso atingir o limite do § 35 do StGB⁸⁸. Para a representação não faz

⁸⁵ BT-Drucks. V/4095 p. 12; IV/650.

⁸⁶ Veja HRUSCHKA, Joachim. **ZStW** 110 (1998), p. 581, 588 e ss., o qual distingue justamente entre um conceito de causa forte e fraca, sem apoiar esta diferenciação, no entanto, no modelo normativo aqui adotado.

⁸⁷ Sobre o conceito de lesão ao direito e a necessidade resultante disso, de distinguir entre causa e condição, veja, expressamente, V. HAAS (nota 31), p. 98 e ss., 185 e ss.

⁸⁸ Diferentemente ROXIN (nota 1), p. 143 e ss.; IDEM, in: **LK**, 11. Aufl. 2003, § 25 n.m. 61; IDEM, **Allg. Teil**, Bd. 2, § 25 n.m. 48.

nenhuma diferença se ela se baseia em uma instrução, ordem ou mera coação. Resumidamente: o núcleo exclusivamente legítimo da teoria subjetiva consiste, portanto, na construção da imputação extraordinária da conduta. Isto baseia-se, entre outras coisas, na subordinação do executor à vontade do autor mediato objetivado sob a forma de uma ordem, comando ou coação, que assim autoriza a imputação da conduta do homem da frente. Por estes fatores o comportamento *de facto* do homem da frente torna-se *de iure* em uma conduta própria do homem de trás. Somente por meio da imputação extraordinária da conduta que o autor mediato se torna o violador da situação jurídica protegida pelo tipo.

4.3. A delimitação entre autoria mediata e participação

Para fechar os argumentos, deve-se responder, ainda, uma questão importante e decisiva. Se, no caso, a determinação, a ordem ou a coação do autor mediato consiste no comportamento exterior que legitima a imputação extraordinária da conduta do homem da frente, então, como se podem distinguir efetivamente a autoria mediata e a coautoria da participação? De acordo com a concepção aqui adotada, o ponto decisivo consiste em que somente na autoria mediata e na coautoria ocorre uma imputação extraordinária da conduta, cuja fundamentação – e este é um ponto de vista até o momento não analisado e ainda não reconhecido quanto ao seu significado – é independente de que se o homem da frente agiu ilicitamente, bem como se realizou ou não o injusto típico. A ilicitude da conduta do homem de trás resulta somente da aplicação originária de critérios de conformação jurídica da conduta a ele imputada. A imputação da conduta não é a imputação do injusto, de modo que a responsabilidade pelo injusto alheio não ameaça violar o princípio da culpabilidade⁸⁹. Tendo em vista estes fatores, confirma-se a classificação do mandato, da ordem ou da coação como formas de autoria mediata, pois o fundamento para a sua imputação independe da possível ilicitude da conduta do homem da frente com relação a ele mesmo.

Estas conclusões possuem particular relevância para os delitos especiais de violação de dever, quando o *intraneus* ordena ao *extraneus* que execute para ele uma das condutas típicas. Neste caso, exclui-se a autoria direta simplesmente porque a ordem dada pelo *intraneus* não produz um elemento do tipo⁹⁰. Mas a autoria mediata também não pode se apoiar diretamente no dever especial⁹¹, porque ele não estabelece a responsabilidade direta do *extraneus* por sua decisão, senão apenas a responsabilidade direta pela situação juridicamente protegida, independentemente da origem do dano esperado⁹².

Diferentemente é a situação na participação: não são preenchidos os pressupostos para a imputação da conduta que permitiriam tratar o participante como um verdadeiro autor. Isso porque a conduta **alheia** do autor principal, que não precisa necessariamente ter conhecimento

⁸⁹ Uma violação ao princípio da culpabilidade é mencionada, porém, por PUPPE, *Festschrift für Dahs*, 2005, p. 173, 187.

⁹⁰ Observado por SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, p. 163.

⁹¹ Assim ROXIN, *Allg. Teil*, Bd. II, § 25 n.m. 167 e ss.

⁹² Compare a conclusão de SÁNCHEZ-VERA (nota 90), p. 162, que relaciona o dever do *intraneus* exclusivamente à proteção do bem jurídico confiado sem consideração a de que modo ameaçam estes perigos.

da existência do partícipe, não pode se tornar – como já mencionado –, por meio da mera vontade, em conduta **própria** do partícipe. Para isso é necessária a respectiva disposição de vontade do homem da frente, enquanto, por assim dizer, detentor do alheio (isto é, da vontade de agir pelo outro), face à autorização do homem de trás, a qual, porém, não é exigível para responsabilizar o partícipe⁹³. Somente desse modo – pela vontade de ambos os participantes – o **alheio** torna-se **próprio**.

Consequentemente, a responsabilidade do partícipe pelo acontecimento típico lesivo ao bem jurídico pressupõe que o autor principal realize o injusto por si mesmo. Assim, o partícipe, justamente por se solidarizar e se vincular ao injusto do autor principal, ultrapassa os limites imanentes a sua liberdade de ação⁹⁴. Uma conduta que apresenta uma conotação delitiva suficiente – porque, de acordo com o contexto externo, a conduta do partícipe somente poderia ser assim compreendida na medida em que ele queria suscitar, possibilitar ou fomentar a conduta ilícita e lesiva ao bem jurídico pelo autor principal – não precisa ser suportada pelo legitimado ao bem jurídico protegido pelo tipo. O cúmplice, de certo modo, viola uma situação jurídica da vítima anteposta e em paralelo com o § 226 do BGB, que explica sua responsabilização pelo resultado lesivo. Da ilicitude da conduta **alheia** do homem da frente deriva, portanto, o injusto **próprio** do partícipe. Existe, portanto, uma **acessoriedade normativa** do partícipe em relação ao fato principal, enquanto na autoria mediata se dá, na verdade, uma **acessoriedade fática** no sentido de que o preenchimento do tipo é condicionado pela conduta do homem da frente. A delimitação das diferentes formas de participação, portanto, não resulta de pontos de vista quantitativos. Ao contrário, trata-se de **diferentes meios qualitativos de fundamentação do injusto**, para os quais a teoria do domínio do fato, por se situar dogmaticamente no plano pessoal de imputação, não contribui em nada!

Como formas de participação, em continuação à tradição jurídica, se deveria distinguir novamente o *consilium* do *auxilium*. Enquanto o *auxilium*, indiscutivelmente, tem seu assento no § 27 do StGB, a situação no caso do *consilium*, o conselho para o delito, é menos inequívoca. O § 26 do StGB ainda está rudimentarmente vinculado ao tradicional conceito jurídico da autoria intelectual, devido ao fato de que a punição é a mesma que a do autor, de modo que uma parte da doutrina – e a esse respeito de forma totalmente compreensível – restringe a norma que prevê a instigação aos casos em que o instigado realiza o fato como um serviço a ser prestado ao instigador⁹⁵. Face à inconsistência da lei, sugerem-se três abordagens: em primeiro lugar, poder-se-ia considerar aceitável *de lege lata* a interpretação amplamente predominante na jurisprudência⁹⁶, porque ela corresponde à vontade do legislador, e somente *de lege ferenda* exige uma adaptação dos marcos penais à disposição relativa à participação. Em segundo lugar, poder-se-ia *de lege lata* propor uma adaptação dos marcos penais sob o argumento de que a

⁹³ Esta diferenciação entre autoria mediata e coautoria, por um lado, e a respectiva participação, por outro, é ignorada por JAKOBS, GA 1996, 253, 257 e ss.; IDEM, *Festschrift für Lampe*, 2003, p. 561, 569 e s.

⁹⁴ Compare FRISCH, Wolfgang. *Festschrift für Lüderssen*, 2002, p. 544 e ss., o qual inclui a participação, mas também a violação de deveres especiais e de deveres solidários. Por fim, é, no entanto, duvidoso, pois também de acordo com o § 138 StGB não é responsabilidade pelo fato principal.

⁹⁵ Veja PUPPE, GA 1984, 100 e ss.; JAKOBS, *Allg. Teil*, 22/22; HOYER, In: *SK*, 7. Aufl., 2000, § 26 n.m. 13.

⁹⁶ *Pars pro toto* BGHSt. 2, 279; 45, 373 e s.

versão da lei apresenta contradições valorativas. E, em terceiro lugar, poder-se-ia pensar em não aplicar faticamente o § 26 do StGB e em punir os casos de conselho como participação psíquica de acordo com o § 27 do StGB. Em face da ampla versão do conceito de autoria intelectual até então predominante, segue-se aqui a primeira proposta.

5. Considerações finais

Finalizando, pode-se extrair a seguinte conclusão: a teoria do domínio do fato fracassou em tomar o lugar seja da teoria objetivo-formal, seja da teoria subjetiva: a teoria objetivo-formal sobrevive na autoria direta, e a teoria subjetiva na figura jurídica do mandato, da ordem e também da coação⁹⁷. A ideia originária e fundamental da teoria do domínio do fato, de que a conduta plenamente responsável do homem da frente impede a autoria do homem de trás, também está condenada ao fracasso. Como na tradição jurídica comum deve-se distinguir entre o *mandatum* (autoria), o *consilium* e o *auxilium* (participação). Uma diferenciação material desta espécie é sempre necessária quando a ordem jurídica divide o mundo em esferas jurídicas individuais, como é o caso de todas as ordens jurídicas liberais dos Estados de Direito. Somente por meio do estabelecimento (possivelmente limitado) de responsabilidades especiais (por exemplo: a responsabilidade do superior) pode ser driblado o modelo diferenciador de participação e estabelecido um sistema unitário material de autor⁹⁸. A delimitação das diferentes formas de participação se aproximaria, então, quando muito, do significado formal resultante do Art. 103, al. 2 do GG.

Referências bibliográficas^{N.T.8}

- ABEGG, Julius Friedrich Heinrich. **Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft**. Neustadt an der Orla: Wagner, 1836.
- BAUER, Anton. **Anmerkungen zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Hannover**. 1. Teil, Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1828.
- BAUMANN, Jürgen. Täterschaft und Teilnahme, **Juristische Schulung (JS)** 1963. S. 85-98.
- BERNER, Albert Friedrich. **Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa**, Berlin: Heymann, 1847.
- BESELER, Georg. **Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten und das Einführungsgesetz vom 14. April 1851**. Leipzig: Weidmann, 1851.
- BINDING, Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit: der Täter, der Verursacher („Urheber“) und der Gehilfe, **Der Gerichtssaal (GS)** 71, 1908. p. 1-21.
- BINDING, Karl. Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts: der Täter, der Verursacher (Urheber), der Gehilfe, *In*: BINDING, Karl. **Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen**. 1. Bd., München: Duncker & Humblot, 1915.
- BLOY, René. **Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht**. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

⁹⁷ Os pressupostos da autoria mediata, que se apoiam em um defeito de imputação do homem da frente, foram intencionalmente deixados de fora neste artigo; com detalhes JAKOBS, **GA** 1997, 553 e ss.

⁹⁸ Veja os comentários referentes ao Direito Penal Internacional de VOGEL, Joachim. **ZStW** 114 (2002), p. 403, 423 e ss., o qual fala a respeito de um modelo de supervisão.

^{N.T.8} A lista de referências bibliográficas a seguir não integra o texto original, tendo sido elaborada pelo tradutor com base nas obras utilizadas pelo autor.

- BÖHMER, Johann Samuel Friedrich von. **Meditationes in constitutionem criminalem Carolinam**. Halae Magdeburgicae: Gebauer, 1774.
- BOTTKE, Wilfried. **Täterschaft und Gestaltungsherrschaft**. Heidelberg: Müller Verlag, 1992.
- BUSER, Torsten. **Zurechnungsfragen beim mittäterschaftlichen Versuch**. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.
- CARPZOV, Benedikt. **Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium in partes III**. Wittebergae: Schurerus, 1635.
- DERKSEN, Roland. Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft - Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Mittäterschaft, **Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)** 1993, S. 163 ff..
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts**. 4. Aufl. Giessen: Heyer, 1808.
- FREUND, Georg. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. Berlin: Springer, 1998.
- FRISCH, Wolfgang. Beihilfe durch neutrale Handlungen. Bemerkungen zum Strafgrund (der Unrechtskonstitution) der Beihilfe, *In*: PRITWITZ, Cornelius et. al (Hrsg.). **Festschrift für Klaus Lüderssen**. Baden-Baden: Nomos, 2002. S. 539-558.
- GALLAS, Wilhelm. **Beiträge zur Verbrechenslehre**. Berlin: de Gruyter, 1968.
- GEIB, Gustav. **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**. 2. Bd. Leipzig: Hirzel, 1862.
- GROPP, Walter. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. 2. Aufl., Berlin: Springer, 2001.
- HAAS, Volker. Die strafrechtliche Lehre von der objektiven Zurechnung - eine Grundsatzkritik, *In*: KAUFMANN, Matthias; RENZIOWSKI, Joachim (Hrsgs.), **Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung**. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004.
- HAAS, Volker. **Kausalität und Rechtsverletzung**. Berlin: Duncker und Humblot, 2002.
- HÄLSCHNER, Hugo. **Das preußische Strafrecht**. Teil 2, Neudruck 1875, Aalen: Scientia-Verlag, 1858.
- HEFFTER, August Wilhelm. **Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts mit Rücksicht auf ältere und neuere Landesrechte**. 5. Aufl., Braunschweig: Schwetschke & Sohn, 1854.
- HEINRICH, Manfred. **Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft**. München: Beck, 2002.
- HERGT, Raimund. **Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen**. Heidelberg: Carl Winter, 1909.
- HOYER, Andreas, *In*: Rudolphi, Hans-Joachim et al. (Hrsgs.). **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK)**. 7. Aufl. Köln: Heymann, 2000.
- HRUSCHKA, Joachim. Regreßverbot, Anstiftung und die Konsequenzen. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 110, 1998, S. 581-610.
- INGELFINGER, Ralph. „Schein“-Mittäter und Versuchsbeginn, **JuristenZeitung (JZ)** 1995, S. 704-714.
- JAKOBS, Günther. Beteiligung, *In*: Dieter Dölling (Hrsg.). **Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag**. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.
- JAKOBS, Günther. Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug, **Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)** 1997, 553-
- JAKOBS, Günther. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. 2. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 1993.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**. 5. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- JOECKS, Wolfgang. **Münchener Kommentar zum StGB**. München: C.H.Beck, 2003.
- KINDHÄUSER, Urs. Handlungs- und nonntheoretische Grundfragen der Mittäterschaft, *In*: Bohnert, Joachim et al. (Hrsg.). **Verfassung - Philosophie - Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag**. Berlin: Duncker und Humblot, 2001.
- KLEINSCHROD, Gallus Aloys. **Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung**. Erster Theil, Frankfurt am Main: Keip, 1805.
- KÖSTLIN, Reinhold. **Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts**. Neudruck 1970, Goldbach: Keip, 1845.
- KÜHL, Kristian. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. 5. Aufl. München: Vahlen, 2005.
- KÜPER, Wilfried. Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten: Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Mittäterschaft, **JuristenZeitung (JZ)** 1979, 775- 787.
- KÜPER, Wilfried. **Versuchsbeginn und Mittäterschaft**. Heidelberg, Hamburg: v. Decker, 1978.
- LANGENBECK, Wilhelm. **Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen**. Jena: Mauke, 1868.
- LESCH, Heiko. Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 105 (1993), p. 271 -294.
- LISZT, Franz von. **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**. 17. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 1908.
- MAURACH, Reinhart. **Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil**. 2. Aufl. Heidelberg : C.F. Müller, 1958.

- MEISTER, Christian Friedrich Georg. **Rechtliche Erkenntnisse und Gutachten in peinlichen Fällen**. Göttingen: Victorinus Bossiegel, 1771.
- OERSTED, Anders Sandoe. **Abhandlungen aus dem Gebiete der Moral und Gesetzgebungs-Philosophie**. 1. Bd. Kopenhagen: Gyldendal, 1818.
- OLSHAUSEN, Justus von. **Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich**. 10. Aufl., Berlin: Vahlen, 1916.
- PLATE, Hartwig. Zur Strafbarkeit des agent provocateur, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 84 (1972), p. 294-322.
- PUFENDORF, Samuel. **De iure naturae et gentium**, 2. Edition, Frankfurt am Main: Knoch, 1684.
- PUPPE, Ingeborg. Der gemeinsame Tatplan der Mittäter, In: COURAKIS, Nestor (Hrsg.): **Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert : Festschrift für Professor Dr. Dionysios Spinellis**. Athen: Sakkoulas, 2001.
- PUPPE, Ingeborg. Der objektive Tatbestand der Anstiftung, **Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)** 1984, 100-123.
- PUPPE, Ingeborg. Der Versuch des mittelbaren Täters. In: WIDMAIER, Gunter. **Festschrift für Hans Dachs**. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005.
- RENIKOWSKI, Joachim. **Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.
- ROBHIRT, Konrad Franz. **Lehrbuch des Criminalrechts nach den Quellen des gemeinen deutschen Rechts und mit besonderer Darstellung des römischen Criminalrechts**. Heidelberg: Mohr und Winter, 1821.
- ROXIN, Claus. § 25-31, In: JESCHECK, Hans-Heinrich, RÜB, Wolfgang; WILLMS, Günther. **Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar**. Bd. 1, 11. Aufl., Berlin: de Gruyter, 2003.
- ROXIN, CLAUD. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Bd. II, 1. Aufl., München: C.H.Beck, 2003.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim. Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft, In: KAUFMANN, Arthur (Hrsg.). **Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag**. München: Beck, 1979. S. 369-388.
- SÁNCHEZ-VERA, Javier. **Pflichtdelikt und Beteiligung**. Berlin : Duncker und Humblot, 1999.
- SCHILD, Wolfgang. **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch**. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2005
- SCHILLING, Georg. **Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters**. Köln: Heymann, 1975.
- SCHIRACH, Wilhelm. Entwicklung der Lehre vom Komplott, **Neues Archiv des Criminalrechts**. 1817, S. 516-533.
- SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. **StGB. Kommentar**. 27. Aufl., München: C.H.Beck, 2006.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian. **Der Täter hinter dem Täter**. Berlin: Duncker & Humblot, 1965.
- SCHRÖTER, **Handbuch des peinlichen Rechts**. 1. Bd., Leipzig: Weygandschen Buchhandlung, 1818.
- SEELMANN, Kurt. Mittäterschaft im Strafrecht, **Juristische Schulung (JuS)** 1980, S. 571-574.
- STÜBEL, Christoph Carl. **Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewissheit des erstern, besonders in Rücksicht der Tödtung, und nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten**. Wittenberg: Zimmermann, 1805.
- STÜBEL, Christoph Carl. **Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen**. Dresden: Hilscher'sche, 1828.
- TITTMANN, Karl August. **Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde**. Bd. 1, Halle: Hemmerde und Schwetsche, 1822.
- VALDÁGUA, Maria da Conceição. Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 98 (1986), S. 839-873.
- VOGEL, Joachim. Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 114 (2002), S. 403-436
- VON BURI, Maximilian. **Ueber Causalität und deren Verantwortung**, Leipzig: J. M. Gebhardt, 1873.
- WACHENFELD, Friedrich. **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**, München: C.H. Beck'sche, 1914.
- WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 58 (1939), S. 491-566.
- WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. 36. Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 2006.
- ZIESCHANG, Frank. Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium?, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 107 (1995), S. 361-381.

Recebido em: 05/03/2022

Aprovado em: 09/06/2022

A teoria do domínio do facto e a responsabilidade penal do dirigente empresarial no caso português

The dominion over the act theory and superior's corporate criminal liability in Portuguese's case

Marine Carrière de Miranda 

Doutoranda e Mestre em ciências jurídico-criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Investigadora da Fundação para a Ciência e a Tecnologia de Portugal e pelo Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suarez na Universidade Lusófona.

Resumo: O presente artigo pretende, de forma breve, elucidar as questões específicas da teoria do autor em Portugal, bem como sua aplicação para a criminalidade corporativa. O código penal português é pautado primordialmente num domínio do facto, derivado da doutrina alemã, onde a figura do instigador sai do contexto original de partícipe e configura-se mais próxima da categoria criminal de autor. Isto levanta questões de imputação que terão resultados diferenciados na solução empresarial, visto que a maioria dos crimes ocorridos ali são de omissão, os quais a teoria do domínio do facto tem dificuldade em resolver. Contudo, ainda que controversa, a lógica empregada no ordenamento português permite que haja certa aplicabilidade da teoria no contexto corporativo. Analisando questões normativas de direito, o trabalho busca utilizar teorias de argumentação jurídica e interpretação judicial, debatendo sobre o posicionamento de diferentes autores e seus confrontos relevantes para a temática. Como resultado entende-se que a teoria do domínio do facto pode ser utilizada para a criminalidade empresarial, desde que sejam feitas algumas ressalvas, em especial para os crimes omissivos.

Palavras-chave: teoria do domínio do facto; autoria; responsabilidade penal; crimes empresariais

Abstract: This present article intends, in a brief way, to elucidate specific issues of the author's theory in Portugal, as well as its application to corporate crimes. Portuguese's penal code is primarily based on dominion over the act theory, derived from the German doctrine, where instigation leaves the original context in the participant's theory and comes closer to an author's criminal category. This raises questions of imputation that will have different results in a corporate solution, since most crimes that occur there are mainly omissive ones, which the dominion over the act theory has a solving difficulty. However, although controversial, the logic used in Portuguese's legal system allows certain applicability of this theory in a corporate context. Analyzing normative issues, this paper seeks to use legal argumentation's theories and judicial interpretations, debating different authors' positions and their relevant confrontations to the theme. As result, it's understandable that the dominion over the act theory can be used to solve corporate crime issues, but some adjustments must be made, especially in omissive crimes.

Keywords: dominion over the act theory; authorship; criminal liability; corporate crimes

1. Introdução

Um dos assuntos mais emblemáticos dentro da dogmática jurídico penal é a autoria. O debate teve início no começo do século XX com as inúmeras teorias sobre autoria e participação dentro do ilícito típico, o qual pode ser cometido até por uma pluralidade de agentes, os quais preenchem figuras categóricas de forma subjetiva e objetiva, conforme sua atuação do facto criminoso.

Com a evolução da criminalidade ao longo do tempo, as teorias tradicionais tiveram de ser adaptadas para evitar que as soluções ficassem defasadas e permitissem o surgimento de lacunas na imputação. Não só, mas também para que fossem encontradas soluções mais adequadas nas “novas” formas de criminalidade, inexistentes em outros tempos.

O presente trabalho reflete, ainda que sucintamente, sobre a adequação da teoria do domínio do facto na criminalidade empresarial, com atenção especial ao caso português. A teorias de imputação de responsabilidade criminal são diversas, bem como a complexidade dos casos existentes dentro do direito penal societário. Comparando e analisando soluções de ordenamentos jurídicos diferentes, o trabalho busca encontrar uma solução coerente em Portugal que permita imputar a responsabilidade penal do dirigente mais adequadamente, de forma a evitar lacunas de punibilidade nos dias de hoje.

2. Autoria pelo domínio do facto

Existem várias teorias e classificações que buscam atribuir a responsabilidade penal na medida adequada para cada tipo de contribuição no facto. Isto quer dizer que o direito deve se prender ao facto típico concreto de forma que cada caso seja analisado pela sua individualidade¹. A realidade sempre supera a ficção.

¹ A autoria em direito penal começou a ser discutida autonomamente no início do século XX. O primeiro critério a ser explicitado pelo ordenamento é a adoção de uma teoria unitária de autor ou diferenciadora. Caso adote a teoria diferenciadora e a existência de participação para além da autoria, deve-se decidir se aplicar-se-á um conceito extensivo ou restritivo de autoria, ou seja, se a conduta de todos está no próprio tipo incriminador ou se é necessária uma norma de carácter geral para estender a punição. Por fim, deve-se estabelecer qual o critério capaz de separar autores de partícipes, como a teoria objetivo-formal, objetivo material, teoria subjetiva ou o próprio domínio do facto. Fundamentalmente para todos esses cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal, Parte Geral, Tomo I.** 3ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2019. p. 342 e s.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; e ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal - Parte general.** Buenos Aires: Ediar, 2005. p. 777 e s.; PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal – Parte General.** 10ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016. p. 371 e s.; entre outros.

A imputação de responsabilidade adotada² pela maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos ocidentais é a teoria que concebe a figura central do acontecimento como a detentora do domínio do facto criminoso., Logo, considera um (ou mais) agente o verdadeiro autor daquele, podendo existir eventual participação de menor importância no facto alheio por parte dos partícipes³.

Seu principal defensor é ROXIN, o qual publicou seus estudos especialmente na obra *Täterschaft und Tatherrschaft* em 1963⁴. Entretanto vale ressaltar que por mais tentador que seja aplicá-la para todas as categorias criminais, isso não é possível visto que a mesma responde apenas à questão quando se trata de delitos de domínio, mas não delitos de dever⁵.

Nos crimes de domínio (*Herrschaftsdelikte*) é possível distinguir a autoria da participação verificando-se quem é a figura central do facto, ou seja, quem tem o domínio daquele⁶. Portanto, para que seja possível aplicar esta teoria, é preciso que os crimes em questão sejam comissivos dolosos. Assim, quando se tratar de um crime de omissão, de dever, de mão própria ou negligente⁷, a princípio não é possível utilizar-se do domínio do facto como solução para a determinação da autoria⁸. Entretanto mesmo com essas ressalvas vale ressaltar que a larga maioria dos crimes no CP são delitos de domínio, o que torna a teoria aceitável do ponto de vista lógico e dogmático.

Esse domínio pode ser manifestado de três formas. Pelo domínio da ação, onde o agente executa o facto com as próprias mãos, sendo ele o autor imediato. Ou pelo domínio da vontade do executor, na forma da autoria mediata, onde o autor é o homem-de-trás o qual instrumentaliza o homem-da-frente. Nessa hipótese ele domina a sua vontade por meio da coação, engano (o erro) ou no âmbito de um aparelho organizado de poder. Ou ainda pelo domínio funcional do facto, onde a divisão de trabalhos da coautoria permite que cada tarefa tenha sua contribuição no crime, advindo de uma decisão conjunta.

Mesmo sendo majoritária a sua aceitação e aplicação, a teoria não é isenta de críticas. Assim como as outras teorias de autoria (subjettivas, objetivas, materiais e formais⁹), o domínio do facto foi formulado para responder questões de autoria e participação singulares, de pessoas físicas e individuais. Hoje em dia, quando são projetadas para os “novos” sujeitos penais, como

² Adotada é apenas uma referência para uma das teorias mais aceitas e, conseqüentemente, mais adaptável e coerente com os CPs em vigor. Afirmar que uma teoria é categoricamente utilizada numa legislação, exige que a própria o reconheça; senão valem diversas interpretações livres sobre ela.

³ A teoria do domínio do facto é fundamentada com base num conceito diferenciador e restritivo de autor.

⁴ Já em sua nona edição, atualizada, sobretudo na parte final sobre alterações recentes. Para isso cf. ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 9 ed. Berlin: De Gruyter Recht, 2015.

⁵ Distingue-se assim os delitos de domínio (*Herrschaftsdelikte*) que dependem do domínio do facto, dos delitos de dever (*Pflichtdelikte*), os quais independem do domínio do facto visto que para ser caracterizado basta que haja violação do dever extrapenal subjacente à tipicidade material. Para BACIGALUPO que nessas ofensas de infração de dever, quem domina a ação não é o autor nem o coautor, uma vez que a autoria é definida pela infração do dever e não pelo domínio do facto. Cf. mais em BACIGALUPO, Enrico. **Derecho Penal – parte general**. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi. 1999, p. 496-498.

⁶ A figura central é quem comanda a execução do facto típico, o quando, como e onde. Em suma, todo o *modus operandi*.

⁷ Culposos em Portugal.

⁸ Porque ele não existe nesses casos. Entretanto até a terceira edição da obra de ROXIN sobre autoria e domínio do facto, o autor tentou defender que havia certa forma de domínio na negligência.

⁹ Ref. para nota 1.

as pessoas coletivas, todas elas apresentam dificuldades ao tentar encontrar o verdadeiro autor e quem tenha efetivamente o domínio do facto¹⁰.

2.1 Questões de autoria e participação em Portugal

Feitas as considerações iniciais, pode-se afirmar que é autor quem detém o domínio do facto de forma imediata, mediata ou funcional (em coautoria). Qualquer outra forma de contribuição que não preencha esse domínio é considerada mera participação (seja por instigação ou por cumplicidade), sendo uma colaboração de menor significância no crime.

Ao importar a teoria do autor alemão para o direito penal português¹¹, algumas modificações foram feitas. O atual CP, em seu art. 26º, entende que a instigação deve ser punida como uma forma autoria e não participação, como é o caso da cumplicidade. A doutrina nacional diverge sobre o entendimento do legislador, oscilando entre considerar a instigação como autêntica forma de autoria ou de mera participação.

Vale ressaltar que o instigador do §26 do código penal alemão (StGB) também pode receber a mesma pena que o autor, mas é considerado um instigador propriamente, e não se encontra no mesmo artigo da autoria. Essa distinção dogmática e positiva é relevante pois considera que, mesmo havendo a possibilidade de as penas serem eventualmente idênticas, as duas figuras não o são¹².

A escolha legislativa alemã apresentava uma lacuna punitiva para certos agentes criminosos os quais não se enquadravam corretamente nas hipóteses existentes. Como solução ROXIN desenvolveu, dentro do ordenamento jurídico penal alemão, o domínio da autoria mediata pela disposição de um aparelho organizado de poder. Dessa forma poderia abranger a punibilidade de agentes comumente considerados meros instigadores quando na verdade se tratava de verdadeiros autores.

Na teoria, considera-se também um autor mediato aquele que, munido de um aparato organizado de poder, proferiu uma ordem ilegal, a qual foi cumprida por um executor fungível. Para isso devem ser observadas algumas condições as quais indicam o imediatismo e uma garantia irrefutável do cumprimento da ordem¹³. Sendo assim, na prática são poucos os casos os quais podem ser enquadrados nesta natureza criminosa, onde o homem-de-trás instrumentaliza

¹⁰ Ressalta-se ainda que existem dezenas de teorias do domínio do facto, não só a de Roxin. São muito semelhantes. Em razão da predominância e dos estudos mais aprofundados deste autor, a referência para o trabalho será a desenvolvida por ele.

¹¹ A teoria não foi criada por ROXIN, nem está plenamente pacificada na própria doutrina alemã. Entretanto, atualmente é inegável o reconhecimento da mesma nos moldes propostos pelo professor, o qual é desenvolvido neste trabalho. Para mais cf. ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. p. 60 e s.

¹² A instigação é uma categoria criminal própria, considerada uma forma de participação, mas destacada da mera cumplicidade.

¹³ Para muitos autores, a autoria mediata só é possível se houver fungibilidade do executor. É nela que reside o fundamento da certeza do cumprimento da ordem, resultando numa cadeia de eventos imediatos e certos, garantidos pelo mecanismo do aparelho organizado de poder. Discorda deste entendimento VALDÁGUA, por assumir que há uma subordinação voluntária por parte do agente mediato à decisão do agente imediato. Cf. em VALDÁGUA, Maria da Conceição. A responsabilidade do agente mediato no âmbito da criminalidade organizada. *Direito e Cidadania*, ano 6, n. 20/21, 2004. p. 75 e s.

o executor imputável fungível, sendo ele também é criminalmente responsável pelo facto na forma de agente imediato¹⁴.

Tais afirmações levantaram questionamentos, em especial relativos ao princípio fundamental do direito penal da autorresponsabilidade. Um terceiro nunca pode ser imputado criminalmente no facto de outrem, o qual agiu de forma plenamente responsável¹⁵. Ou seja, a responsabilidade criminal de um agente imputável não pode passar da sua própria pessoa.

Diante desta questão, alguns doutrinadores entenderam que não poderia se tratar de uma autoria mediata por domínio de organização, de forma a haver dois agentes responsáveis pelo mesmo facto criminoso. Talvez seria mais adequado imputar ao homem-de-trás outro título, como o de coautor ou mero instigador¹⁶.

Para Figueiredo DIAS o ordenamento jurídico português encontrou uma solução que responde essas situações quando, em seu art. 26º do CP, criou a figura do “instigador-autor”. Passível da mesma pena do autor, caso houver um executor imputável, o homem-de-trás será considerado instigador, ultrapassando o dilema criado pelo princípio da responsabilidade. Porém o artigo não é muito claro, e acaba por levantar muitas dúvidas e hipóteses de interpretação diversas, as quais diferem deste conceito, chegando inclusive alguns pensadores a considerá-lo um erro do legislador originário¹⁷.

Como dito anteriormente, pela teoria do domínio do facto, instigador não é autor¹⁸. Ele não possui o domínio do facto. Pode até receber uma pena quantitativamente igual a de um autor, mas não deverá nunca ser qualitativamente a mesma. Entretanto, mesmo não estando

¹⁴ Um facto típico, cometido por um agente imputável imediato e outro agente imputável mediato. Vale relembrar que a teoria da década de 60 buscou solucionar lacunas punitivas quando houver situações muito específicas de organizações criminosas, à margem da lei, como foi o Terceiro Reich, onde um comandante ordenava um ato ilícito ao soldado, por exemplo.

¹⁵ Veja DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal, Parte Geral**. p. 908.

¹⁶ Sendo uma questão de menor relevância, sobretudo no contexto português, para mais cf. em especial JAKOBS, Günther. **Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch**, 2ª Auf. Berlin: Walter de Gruyter, 1991. p. 649 e s.; e JESCHECK, Hans-Heinrich; e WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil**. Berlin: Duncker und Humblot, 1996. p. 678 e s.

¹⁷ Brevemente, é notável que a figura é híbrida e deriva dos estudos de Eduardo CORREIA, onde, fundamentado na causalidade adequada e no conceito extensivo de autor, o doutrinador desenvolve a “autoria moral” para agentes que são o cérebro do facto criminoso, mas não participam da execução do mesmo. Quando o legislador decide assumidamente “adotar” a teoria do domínio do facto no código penal atual (ligada obrigatoriamente a um conceito restritivo de autor), já não é mais coerente afirmar que o instigador venha ocupar essa lacuna no rol de autoria, visto que ele não exerce nenhuma forma de domínio do facto. DIAS buscou justificar a escolha na legislação acrescentando que há um “domínio da decisão” por parte do instigador-autor, que permite uma punição mais severa do que a mera cumplicidade. Entretanto, no caso concreto, é impossível verificar o domínio da decisão como forma certa da comissão do facto ilícito, o que frustra a justificação de considerar a figura do instigador equivalente à do autor. É verdade que DIAS trabalha com um conceito restritivo de autor muito pouco restritivo quando comparado com a teoria tradicional do domínio do facto, mas ainda assim deve-se perguntar se o instigador pratica o verbo do núcleo típico. Ou seja, o instigador mata? Por mais que o instigador possa ter o domínio na decisão do agente imediato, ele não tem o domínio efetivo do facto. Os tipos penais descrevem factos e não decisões, portanto é natural que o instigador não “mate” e apenas instigue outro a matar. Por isso deve ser classificado como uma figura entre a autoria e a cumplicidade. Sobre os entendimentos divergentes na doutrina cf. SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial. In: **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Ivridica** 98, v. II. Coimbra, 2009. p. 1013; e VALDÁGUA, Maria da Conceição. Figura Central, aliciamento e autoria mediata. In: **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues**, v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 932 e s.

¹⁸ Por exemplo, a exigência em lei da antecipação da tentativa para punição, é uma forma declarada de submeter a categoria criminal à assessoria limitada, típica da participação.

pacífica a posição dogmática da instigação no direito penal português, a figura existe e é punida como autor, conforme a legislação vigente.

Independentemente de a problemática da imputação ser a título de autoria ou instigação¹⁹, efetivamente a primeira decisão a condenar um agente pelo domínio da organização foi a do supremo tribunal alemão *Bundesgerichtshof* (BGH) em 26 de julho de 1994²⁰, a qual decidiu sobre o caso dos atiradores do muro de Berlim na antiga República Democrática Alemã. Entretanto a decisão também considerou ser possível condenar, nos mesmos moldes, os dirigentes empresariais. E é aqui que o estudo se une ao ramo do direito penal económico.

3. Responsabilidades no Direito Penal Económico

Com a globalização e a expansão das economias encontramos cada vez mais empresas, pessoas coletivas multinacionais. Estão espalhadas por vários países e sob diferentes legislações, da mesma forma que empregam muitas pessoas, estão integradas no mercado mobiliário financeiro e influenciando os setores sociais e económicos em grande escala. Sendo assim, verifica-se que o seu potencial danoso é muito amplo, pois já não se trata mais de pequenas empresas ou empresas familiares de atuação local, onde era possível aplicar-se uma teoria tradicional da infração sem grandes dificuldades. Atualmente, como os riscos são ampliados, é preciso haver uma resposta do direito e do direito penal²¹.

No cenário comercial das grandes empresas, é demasiado complicado conseguir imputar um facto individualmente a uma pessoa responsável, porque a própria estrutura complexa, hierarquizada e sedimentada em diversos setores dificulta a identificação da origem da decisão criminosa. Muitas vezes ela vem de um conselho diretor ou de uma reunião, em que as decisões são descentralizadas e serão executadas de forma dissociada²². Portanto é preciso que a teoria da infração penal se adapte para evitar lacunas punitivas na criminalidade económica²³.

De acordo com a legislação jurídico-penal portuguesa as pessoas coletivas podem ser consideradas autoras de um crime. Mesmo com a existência de obstáculos como a falta de capacidade de ação e culpa na imputação subjetiva e objetiva dos entes coletivos como agentes

¹⁹ Isto levanta outras problemáticas como o início da tentativa, criminalidade negligente, entre outros que não afetam o pensamento do artigo de forma essencial

²⁰ Acórdão de recurso do BGHSt de 26 de julho de 1994, *Tötung an DDR-Grenze in mittelbarer Täterschaft*, publicado na NJW de 1994, Heft 41, p. 2703 e s. Caso estudado detalhadamente em SERRA, Teresa. A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 5, 1995. p. 303-328.

²¹ Dentre muitos, cf. COSTA, José de Faria. O Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 9, n. 34, 2001. p. 9-25.

²² A “irresponsabilidade organizada” de SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, v. 2, 1988. p. 533.

²³ Entenda aqui pela criminalidade de empresa (*Unternehmenskriminalität*) ou desde a empresa como explica MOURA, Bruno. Autoria e participação nos crimes desde a empresa: bases para um modelo de imputação individual. *Revista CEPPG*, n. 25, v. 2, 2011, p. 61, nota 19. Também em SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de ...*, p. 529 e s. Ou seja, os delitos que atingem bens jurídicos de terceiros, para além dos bens jurídicos da própria empresa (conhecida por criminalidade dentro da empresa).

criminais, existem modelos diferenciados da imputação singular que permitem chegar à máxima *societas delinquere potest*²⁴.

Porém deve-se separar a responsabilidade penal da pessoa coletiva da responsabilidade individual de seus dirigentes. E tendo em vista o que se é constantemente julgado pelos tribunais ao redor do mundo, parece haver certa confusão na separação das figuras quando se aplica a lei.

3.1 Responsabilidade penal dos dirigentes

Uma das problemáticas na criminalidade desde a empresa é relativa à responsabilidade penal dos dirigentes²⁵. Por óbvio pode-se imputar qualquer uma das figuras de autoria ao administrador, seja imediata, mediata ou coautoria, bem como participação por instigação ou cumplicidade. Tudo dependerá do caso concreto.

Quando um crime envolve uma pessoa coletiva, de natureza pública ou privada, a tendência de imputação da responsabilidade pelo facto típico é verticalizada para cima, ou seja, para os órgãos de direção. Isso acontece não só legalmente nos Tribunais, mas também surge como um efeito na sociedade, a qual cada vez mais exige um dever de cuidado sobre a atividade empresarial²⁶.

Ao incumbir a responsabilidade para cima, supõe-se que os administradores têm o domínio do facto de toda organização do negócio, como as questões fiscais, trabalhistas, ambientais, de consumo, de mercado de ações, entre outras. Em se tratando de uma pessoa coletiva que foge dos moldes familiares, isto é, de natureza organizacional hiper complexa, setorizada, com diferentes departamentos categorizados, onde são contratados técnicos que tem conhecimentos específicos²⁷, é utopista supor que o dirigente tenha controlo de todos os riscos. Assim, por mais que haja uma hierarquia estruturada, o domínio do facto é incerto e diluído entre os funcionários.

Mesmo quando é possível se estabelecer um vínculo de responsabilidade penal face ao dirigente, há falta de precisão típica para emoldurar esses crimes, o que resulta na imputação de crimes comuns como a burla, o abuso de confiança, a insolvência criminal etc. Somente com

²⁴ Além do próprio art. 11º, n. 2 do CP, cf. também DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reformado direito penal económico e social português. **Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência**, n.º 3714 a 3720, 1984, p. 35 e s.; e TORRÃO, Fernando. **Societas Delinquere Potest? – Da responsabilidade individual e colectiva nos “crimes de empresa”**. Coimbra: Almedina, 2010. E ainda BRANDÃO, Nuno. O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do código penal. In: **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**, v. III. Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 462. Na Alemanha o debate a respeito da possível responsabilidade penal das pessoas coletivas ainda existe, sobretudo no nível dogmático em relação à possível existência de culpa do ente fictício. Para uma abordagem atual sobre o tema cf. GRECO, Luis. **As razões do direito penal – quatro estudos**. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 53-82.

²⁵ Entendam por dirigentes pessoas que ocupam cargos de poder, chefia, administradores, CEOs, que constituem a formação e o quadro diretor da pessoa coletiva. Não só os donos, mas os representante e pessoas que ocupam cargos também.

²⁶ Atualmente a mídia encarregada pela divulgação das informações do mundo corporativo. A comunidade se reitera das apreciações publicadas e exige uma responsabilização dos dirigentes, não aceitando apenas a mera atribuição dos encargos aos subordinados. Cf. também SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal em el marco de la empresa – dificultades relativas a la individualización de la imputación. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 55, 2002, p. 10 e s.

²⁷ Os quais o dirigente não possui ou tem, mas de forma mais limitada, por isso contratou aqueles subordinados.

a entrada em vigor do Decreto-Lei n. 184/87, de 21 de abril, o direito penal das sociedades ganhou sua devida moldura, sobretudo diante da necessidade de tutela as sociedades comerciais. Contudo, ainda assim, existe efetivamente falta de aprofundamento doutrinário e atualizações legislativas que permitam uma maior compreensão da complexa imputação de responsabilidade, conforme ensinam os casos já julgados pelos Tribunais nacionais²⁸.

Conforme o art. 12º do CP, os dirigentes são punidos se agirem em nome da pessoa coletiva em atuações voluntárias por parte do agente (ação ou omissão), evitando assim uma mera responsabilidade objetiva da simples representação desta²⁹. Porém, conforme as situações elencadas anteriormente, devido à complexidade estrutural das pessoas coletivas, o texto da lei não é suficiente e ainda existe imensa dificuldade em se punir a pessoa física³⁰.

3.2 Problemas com o domínio do facto

Para além da dificuldade prática em se verificar a responsabilidade coletiva ou individual, a questão dogmática relativa à aplicação da teoria escolhida pelo CP português não resolve todos os problemas de uma autoria na empresa de forma instantânea, pois a complexidade da própria estrutura empresarial dificulta a imputação adequada de uma teoria tradicional. Verifica-se isso especialmente nos casos de cumprimento de ordem por parte de um subordinado e nos crimes omissivos.

Primeiramente vale ressaltar que o administrador pode responder a qualquer título de autoria ou participação, conforme o caso concreto demandar³¹. A dogmática exige que uma série de perguntas sejam respondidas antes de se imputar a responsabilidade. Inicialmente deve-se pensar se há efetivamente um dever de garante por parte do dirigente³², e caso houver, se ele será suficiente para configurar um domínio do facto. Havendo este domínio, qual categoria criminal será a mais adequada para o administrador. Mesmo num crime comissivo, aplicando-se a teoria do domínio do facto dentro do contexto empresarial, a lei não deixa claro qual será a categoria criminal a ser preenchida pelo superior que deu a ordem nem pelo funcionário subordinado o qual cumpriu a determinação. Retomar-se-á.

No contexto alemão, a questão da subordinação foi levantada pelo BGH no julgamento dos atiradores do muro de Berlim. No final do texto decisório, a corte afirmou ser possível aplicar a teoria da autoria mediata em aparelhos organizados de poder do domínio do facto

²⁸ A falta de criação de tipos específicos para essa criminalidade, e consequentemente punições proporcionais, implicam em grandes lacunas legislativas até hoje. A expansão para um direito penal econômico foi malfeita, assim como sua aplicação vem sendo tratada. Da mesma forma, forçar que o direito penal tradicional responda as questões levantadas neste ramo é irrealista.

²⁹ Para mais cf. MATTA, Paulo Saragoça da. **O artigo 12.º do Código Penal e a responsabilidade dos “quadros” das instituições**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Destaque para a entrada em vigor da lei n. 59/2007, de 4 de setembro, onde a atuação da pessoa individual deve ocorrer em nome e no interesse coletivo da própria empresa.

³⁰ Um dos grandes problemas reside na prova de responsabilidade subjetiva, sobretudo porque a maioria dos crimes cometidos desde a empresa são de natureza omissiva. Talvez fosse necessário a criação elencada das responsabilidades geradas pelo dever de garante exigido de um dirigente em cada função exercida, ainda que existam muitos problemas em se desenvolver um rol taxativo neste sentido.

³¹ Autor imediato, mediato, coautor, instigador e cúmplice.

³² Baseados em lei e em critérios subjetivos, não meramente objetivos.

também no contexto da criminalidade empresarial. Desta forma, aqueles que emitirem ordens ilegais para seus subordinados dentro de qualquer estrutura hierarquizada não seriam mais considerados meros instigadores, mas sim autores mediatos (autor atrás de autor)³³.

A decisão é relevante para a dogmática penal, pois afirma que empresas são aparelhos organizados de poder passíveis de aplicação de uma autoria mediata pelo domínio da vontade, o que não parece ser plenamente aceitável. Nos requisitos desenvolvidos por ROXIN para o uso desta teoria³⁴, deve-se cumprir algumas exigências fundamentais, como ser uma estrutura fortemente hierarquizada com poder de mando; ter a fungibilidade e disposição elevada de executores para que seja configurado o imediatismo da responsabilidade de autoria mediata dentro de uma organização criminosa³⁵; e ainda que a organização funcione à margem da lei. Uma empresa, geralmente, atua dentro da legalidade e nem sempre possui uma infinidade de colaboradores, formatados a cumprir ordens impreterivelmente, não preenchendo estes requisitos portanto³⁶.

É bem verdade, como dito anteriormente, que existem diversas adaptações da teoria do domínio do facto. Algumas têm mais facilidade em conceber a ideia de uma empresa configurar os elementos necessários de um aparelho organizado de poder, e, conseqüentemente, de uma imputação da autoria mediata por parte de seus dirigentes. ROXIN e AMBOS (assim tantos outros) citam inúmeras variações dentro dos conceitos básicos da teoria, sendo a de ROXIN a posição dominante³⁷. Mas como destaca AMBOS, em geral a doutrina tende a rechaçar a ampliação do domínio organizacional para a criminalidade não estatal³⁸.

³³ A maioria da doutrina alemã concorda com o proposto por ROXIN onde haveria autoria mediata quando o homem-de-trás estiver munido de um aparelho organizado de poder. Mas a discussão não é pacífica para a solução destes casos, entendendo se tratar também de coautoria ou mera instigação. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. **Responsabilidad penal en el marco de la empresa...**, p. 19-20. E veja-se também a crítica brilhante num sentido doutrinal inovador onto-antropológico MOURA, Bruno de Oliveira. **A conduta prévia e a culpa na comparticipação**. Lisboa: Âncora, 2022, afirmando que os casos julgados como autoria mediata no muro de Berlim ou mesmo o julgamento de Eichmann em 1961 estão equivocados; deveriam ser mantidos como instigadores. De forma muito resumida, a ideia central caminha no sentido de se abraçar a máxima onde caso o homem-da-frente agir com culpa, será imputado ao homem-de-trás a instigação, e caso não tiver culpa, será autoria mediata. Assim, o *concurso delinquentium* condiz com o *concurso delictorum*. Já não é mais o princípio da responsabilidade que difere a instigação da autoria mediata, mas sim o princípio da autonomia ou autodeterminação.

³⁴ Ainda que afirme se tratar de um conceito aberto e em constante evolução. ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 122; e IDEM. §25. *In Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar*, p. 24-25.

³⁵ É possível verificar-se esses e outros requisitos em instituições como um exército numa ditadura, uma polícia política como a Gestapo, nas máfias Sicilianas ou Yakusa, bem como em algumas organizações terroristas. São entidades que funcionam à margem da lei, que se enquadram na teoria do domínio do facto por existir a fungibilidade no executor da conduta criminosa. Dessa forma, o homem-da-frente poderá sempre ser substituído, garantindo que a ordem dada pelo homem-de-trás seja sempre cumprida. Esse automatismo implica na terceira forma de autoria mediata onde o criminoso de secretária domina a vontade do executor, que age de forma plenamente culpável, porque também agiu com dolo.

³⁶ No mesmo sentido AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder. Uma valoração crítica e ulteriores contribuições**. Revista Brasileira de Ciência Criminal, n. 37, 2002. p. 65.

³⁷ Afirmado por tantos, inclusive AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade...** p. 47. Vale ressaltar ainda que o domínio do facto e o domínio da organização são coisas distintas. A falta de liberdade do executor não implica num domínio da organização. Além de ser necessário se provar crime em concreto que o superior detinha o domínio do facto, de acordo com a teoria do autor alemão, o domínio da organização implica num modo de funcionamento específico, em que a máquina institucional está ao dispor de seu superior para cumprir automaticamente qualquer ordem emitida, legal ou ilegal. Ela é verticalmente estruturada, dissociada do direito e têm fungibilidade na execução, onde o homem-da-frente tem sua vontade dominada pelo homem-de-trás, o que justifica uma autoria mediata e não uma mera instigação ou uma coautoria. Na análise posterior de AMBOS, a autoria mediata termina no ponto em que faltar o pressuposto de um domínio por organização. IBIDEM, p. 56.

³⁸ AMBOS, Kai. **Domínio do fato pelo domínio da vontade...** p. 66.

Neste sentido, se considerar as condições para aplicação de um domínio organizacional para a criminalidade empresarial, não se consegue afirmar que sejam instituições à margem da lei ou ainda que possuam fungibilidade na execução. Portanto, não ficam caracterizadas as conjunturas para uma autoria mediata (domínio da vontade) por parte dos dirigentes. Esta interpretação jurisprudencial alemã considerou as empresas do mesmo modo que as organizações criminosas para suprimirem a lacuna penal legislativa referente a imputação dos dirigentes³⁹. Inclusive, como afirma ROXIN, é preciso de uma nova teoria para esta criminalidade⁴⁰.

Não se tratando das mesmas instituições, e não sendo possível aplicar a autoria mediata, a hipótese da instigação parece ser a solução mais lógica, sem grandes preocupações⁴¹. Todavia, o problema no caso português é a frequente falta de punibilidade na tentativa de instigação, a qual só será punida caso seja previsto pelo tipo crime específico que antecipou a execução⁴². Esta lacuna influencia as decisões dos Tribunais que, em casos claros de instigação, tendem a classificá-los como autoria mediata para haver punição na forma tentada do crime⁴³.

Diante disso, retomando o que foi dito anteriormente sobre um crime comissivo, considerando um dever de garante, se o dirigente ordenar que um subalterno cumpra uma ordem ilegal, aparentemente estará abrangido pela figura de instigador (art. 26º do CP português), o qual determinou dolosamente outrem à prática de um crime⁴⁴. É evidente que tudo dependerá da culpa do trabalhador o qual executou a ordem⁴⁵.

³⁹ Até hoje na Alemanha os entes coletivos não têm culpabilidade, por tanto não reconhecem a responsabilidade da pessoa coletiva, apenas de seus dirigentes. Cf. GRECO, Luis. **As razões do direito penal**. p. 53 e s. Recentemente o interesse para mudar essa possibilidade vem aumentando, sobretudo após escândalos envolvendo empresas multinacionais, evitando que haja um sentimento de impunidade pela jurisdição alemã.

⁴⁰ O qual também nega a aplicação da teoria na criminalidade empresarial. Cf. em ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. **Revista Panóptica**, Law E-Journal. 2009. p. 89 e s. e 94.

⁴¹ Pelo próprio conceito de instigação: determinar outra à prática de um crime.

⁴² A instigação não é punida na sua forma tentada. Portanto para ser passível de punição nesses casos, é preciso que o CP antecipe a execução no próprio tipo-crime, como é o caso do “suborno”. O legislador deve fazer esta opção quando entender que se deve punir a tentativa de instigação. Como afirma Sousa, é uma escolha do legislador não punir a mera instigação nesses casos como regra geral, cf. SOUSA, Susana Aires de. “Contratado” para matar: o início da tentativa em situações de aliciamento (comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 2016)». **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, v. 27, n. 1, 2017, p. 203.

⁴³ Conforme o art. 26º do CP, o início da tentativa na instigação se dá com o início da execução. Já o início da tentativa na autoria mediata é com o perigo eminente do bem jurídico. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal, Parte Geral**. p. 827. Veja-se em especial a errônea fundamentação do Acórdão do STJ processo 07P3867, de 16/10/2008; cf. também BRANDÃO, Nuno. Pacto para matar: autoria e início da execução. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, v. 18, n. 4, 2008, p. 531-605; assim como a análise SOUSA, Susana Aires de. “Contratado” para matar..., p. 219-220. Interessante ressaltar também que no caso do antigo aliciamento (situações de ajuste para matar) o CP de 1886 considerava o contratante como autor moral do crime. Já no CP atual o legislador optou por retirar tanto a o autor moral quanto a tipificação do aliciamento. Portanto abriu a hipótese de interpretação seguida por este artigo, o qual opta por entender que nos casos de pacto para matar o mandante é instigador. E como elencado anteriormente, a instigação é uma figura compreendida entre a autoria e a participação. Sobre essa ideia cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal, Parte Geral**. p. 903; e para a análise histórica do autor moral cf. SOUSA, Susana Aires de. “Contratado” para matar..., p. 207 e s.

⁴⁴ Pode-se considerar também como um instigador-autor. DIAS é o principal defensor da instigação como autoria. Mas não é certo para este trabalho que haja a necessidade de considerar o dirigente como autor nessas hipóteses com culpabilidade do executor. Veja-se mais em DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal, Parte Geral**. p. 930 e s.

⁴⁵ Isto é, se o trabalhador agiu em erro, o mandante será autor mediato e o autor imediato não passa de um mero instrumento sem culpabilidade. Já se houver dolo da parte do executor ele responderá como autor imediato e o mandante por instigação.

Além da discordância doutrinária de cada ordenamento quanto a classificação punitiva do dirigente, a verdade é que ela acaba por não ser tão relevante pois a solução prática será equivalente⁴⁶, há outro problema na aplicação da teoria do domínio do facto neste tipo de criminalidade. Existe outro problema mais grave na aplicação da teoria do domínio do facto neste tipo de criminalidade. Isso porque a maioria dos crimes cometidos pelos administradores e pelas pessoas coletivas são de natureza omissiva imprópria, ou seja, não há ação de um autor como nos crimes comissivos. Portanto, como o próprio ROXIN sinaliza, não é possível se aplicar esta teoria para crimes onde não existe um domínio do facto típico em sua estrutura⁴⁷.

Em grande parte das situações não houve ordem do administrador ou uma resolução que pudesse vincular o agente diretamente ao facto. Uma simples ingerência acabou por resultar num produto com defeito, por exemplo, com foi o caso das pílulas anticoncepcionais sem princípio ativo⁴⁸; ou então uma falha de comunicação sobre uma medida de descarte gerou um crime ambiental, entre outros crimes possíveis.

Assim é necessária a discussão não só do tipo de responsabilidade penal por estes casos, como deve-se também analisar se o dirigente pode ser atingido, diante de um dever de vigilância do qual lhe incumbe (ou não). De qualquer forma, no ordenamento jurídico português ainda não há um crime específico para estes casos de responsabilidade omissiva, como constata SOUSA⁴⁹.

3.2.1 Soluções alternativas de imputação

Perante as falhas das teorias tradicionais de autoria do início do século XX, assim como da própria teoria do domínio do facto, algumas proposições surgiram dentro do direito penal, como forma de se evitar uma imputação genérica dentro da empresa, pela mera responsabilização objetiva daquele que ocupar um cargo gerencial.

A evolução das relações sociais hiper complexas de uma desgastada sociedade de risco em expansão obriga o direito penal a trabalhar com este tal risco⁵⁰. Diante desta insegurança e imprevisibilidade, a crise no controlo é reconhecida como uma fragilidade da teoria do domínio do facto por ROXIN (a qual só poderia ser aplicada para crimes de domínio), o qual desenvolve

Em outras palavras, se num crime comissivo um funcionário age com dolo, cumprindo ordens de seu superior hierárquico, este será considerado instigador em Portugal. Mas se for uma empresa de pequeno porte, o único sócio poderá, por exemplo, ser o verdadeiro dono do domínio do facto, e, portanto, coautor (em caso de decisão conjunta horizontal) ou até autor mediato (caso o subalterno esteja coagido, em erro ou engano). Já no caso alemão, as hipóteses são semelhantes (exceto pela instigação onde não se presume domínio pelo instigador) e ainda poderá ser autor mediato se for configurado um domínio por organização.

⁴⁶ Resumindo, considerar autoria mediata ou instigação para solucionar o problema do início da tentativa; e se considerar instigação-autoria ou instigação-participação, ambas significam “determinar outra pessoa à prática do facto”. Análise em SOUSA, Susana Aires de. “Contratado” para matar..., p. 213 e 216.

⁴⁷ ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. p. 458 e s.

⁴⁸ O caso ocorreu em 1998 com o laboratório farmacêutico Schering no Brasil e foi noticiado em diversos jornais.

⁴⁹ Cf. mais em SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica* 98, v. II. Coimbra, 2009. p. 1005-1037.

⁵⁰ Cf. a ideia desenvolvida por TORRÃO, Fernando. *Societas Delinquere Potest?...* p. 125 e s.

a categoria de delitos de infração de dever⁵¹. Nestes casos, a autoria deve ser definida por outro critério: a violação de um dever extrapenal do tipo crime. Já a participação reside naquele que intervém no facto, mas não é o titular do dever.

A partir desta concepção alguns doutrinadores entenderam que quando se tratar da criminalidade desde a empresa, as múltiplas conexões internas não permitem imputar um facto de forma jurídico-penal ao sujeito verdadeiramente competente. Isto é, dentro de uma companhia multinacional, setORIZADA e com inúmeros responsáveis por cada setor, é difícil conseguir estabelecer um nexo causal direto como ocorre num crime comum. Não havendo um domínio claro e evidente do facto, a responsabilidade recai sobre o dever de garante dos administradores, seja geral, seja do departamento responsável⁵².

Neste sentido é a proposta por JAKOBS relativa à infração de dever. De forma simplista, ao analisar a teoria do domínio do facto, o doutrinador entendeu que existem duas categorias de delitos: os de responsabilidade pela própria organização (competência organizacional) e os de responsabilidade pelo descumprimento de deveres especiais (competência institucional)⁵³.

Nos crimes de domínio (competência organizacional) a autoria é definida pelo *quantum* da intervenção, ou seja, quanto maior a contribuição no facto típico concreto, mais facilmente será considerado autor do mesmo. Por exemplo, quando X fornece uma arma para Y matar Z, X será cúmplice material e Y será autor. Ou no caso empresarial, quando A disser para B que ele pode despejar o lixo tóxico fora do local indicado, A será cúmplice e B será o autor.

Já nos delitos de dever (competência institucional) a distinção das figuras não é quantitativa, isto é, não depende do *quantum* da intervenção. Portanto será autor aquele sobre o qual recair um dever especial, determinado pelo tipo garantidor. Utilizando os mesmos exemplos anteriores, se X for pai de Z, ao fornecer a arma para Y ele também será considerado autor da morte de seu filho. Isso porque nesses casos a autoria independe da quantidade de intervenção, basta a mera violação do dever especial⁵⁴. Já no segundo caso, se A for o superior de B, ao dar a autorização do despejo, assume para si uma responsabilidade maior, visto seu dever especial de garantidor dentro da companhia, assumindo igualmente uma coautoria com B.

Para JAKOBS todos os delitos são de dever, mesmo os de domínio. Há uma normatização desse domínio, onde reside a diferença fundamental das duas categorias (organização e institucional). O dever organizacional é de carácter geral e comum; já o dever institucional é específico, criado por instituições como o Estado, a família ou mesmo uma empresa⁵⁵. Por isso este modelo também parece fornecer respostas mais adequadas aos crimes omissivos

⁵¹ Como já explicado na nota 5.

⁵² Tudo dependerá da própria composição da pessoa coletiva.

⁵³ Esta distinção fundamenta todo o seu capítulo sobre a autoria em direito penal. Cf. JAKOBS, Günther. **Strafrecht Allgemeiner Teil...** p. 593 e s.

⁵⁴ Sobre a autoria nos crimes específicos de deveres especiais cf. IBIDEM, p. 598 e s. e 655-656.

⁵⁵ Os discorrer sobre os deveres especiais nos crimes de omissão, o autor refere-se ao Estado a família como responsabilidade institucional. IBIDEM, p. 820 e s.

impróprios que o domínio do facto, já que a imputação de responsabilidade está vinculada ao dever de garante do administrador.

Entretanto, as teorias de JAKOBS e ROXIN não são tão diferentes assim, recaindo no uso de terminologias distintas para dizer a mesma coisa⁵⁶. Ao afirmar que tudo é dominável pelo homem, JAKOBS exige que todos os envolvidos no mesmo crime são capazes de dominá-lo, o que nem sempre é verdade, sobretudo numa empresa de grande porte setorializada. Os diferentes graus de contribuição resultam em diferentes formas de domínios no delito, caracterizadas por competências de autor ou de partícipe. Não se pode assumir que haja um domínio global da situação para todos os intervenientes.

Ou teoria relevante é a da totalidade (*Ganzheitstheorie*) de SCHMIDHÄUSER, a qual utiliza como método para determinar a autoria a própria expansão da imputação objetiva. Desta forma, com base num conceito empírico, o caso prático deve ser visto como um todo, onde quem preencher os requisitos de autor será considerado o próprio, e aqueles agentes que preencherem os requisitos de participantes serão instigadores ou cúmplices⁵⁷. Portanto quando as figuras não forem óbvias, devido aos acontecimentos virtuosos de um facto típico em concreto, deve-se levar em conta especificamente aquele facto como um todo e determinar, a partir daí, quais ações ou omissões são características de autoria e quais são de participação⁵⁸. O problema e crítica desta concepção está na limitação e na subjetividade associada ao critério separador, o qual insere a punibilidade penal num âmbito de incertezas, o que é inaceitável nas ciências criminais⁵⁹.

Por sua vez, SANCHEZ defende a teoria da competência. Deve haver um domínio normativo entendido como um domínio do facto por competência e não por mera determinação objetiva-causal do facto. Isso quer dizer que é irrelevante o domínio psicofísico dos processos causais criminais. O que é relevante é a incumbência do facto de acordo com imputação.

Noutras palavras, a ideia de domínio ou controlo não interessa, pois dentro de uma empresa complexa, o facto típico geralmente se concretiza longe do emanador da ordem. Isto impede a aferição de qualquer domínio por parte do homem-de-trás. Portanto devem-se analisar as competências para poder se atribuir as responsabilidades⁶⁰.

Já na teoria da pertinência do facto, de PUIG, o doutrinador critica a dependência da teoria do domínio do facto a qual necessita que haja uma imputação objetiva e subjetiva no resultado, criando um vínculo de causalidade. Porém para PUIG não é clara a distinção de autoria e

⁵⁶ Ambos utilizam uma figura central do delito para distinguir a autoria da participação nos crimes de domínio (ou dever organizacional).

⁵⁷ Como explica ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 678 e s.

⁵⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal*. Bogotá: Temis, 1996. p. 184. No caso da omissão, o *intraenus* será punido por sua inação, ou seja, por nada ter feito para impedir a ação do *extraneus* nos crimes de responsabilidade onde houver seu dever de garante associado.

⁵⁹ É quase possível associar as mesmas críticas desenvolvidas para uma teoria subjetiva de autoria, ainda amplamente aplicada pelos tribunais alemães em dualidade com o domínio do facto.

⁶⁰ Veja-se mais em SANCHEZ, Bernardo Feijoo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. *Revista Liberdades*, 2012. p. 49-51.

participação dentro desta lógica causal, portanto entende que só serão autores aqueles que deram causa ao facto típico com pertinência, seja de forma individual ou compartilhada. Assim o crime pertencerá a quem reunir as condições pessoais do tipo, sendo estes os protagonistas do mesmo⁶¹.

A maioria das interpretações resultante das variantes da teoria do domínio do facto, não conseguem ser tão distantes da sustentada por ROXIN. Continuam a defender uma figura central do acontecimento, mas no caso da de PUIG com uma vertente mais normativa.

Existem outras teorias com menor adesão doutrinária⁶². Contudo parte da doutrina não desistiu da teoria do domínio do facto de ROXIN e entendeu que é possível adaptá-la para o contexto empresarial, sendo feitas algumas alterações, na proposta do conceito aberto desenvolvido pelo próprio autor.

3.2.2 Soluções a partir da teoria do domínio do facto

De acordo com as respostas dadas anteriormente pela teoria do domínio do facto, nos crimes de ação dentro da organização empresarial, quando um subordinado executa dolosamente um crime a mando de seu superior, ou seja, quando ele cumpre uma ordem, o dirigente ou homem-de-trás pode ser considerado: autor mediato, coautor ou instigador. Cada ordenamento jurídico utiliza a teoria da forma mais adequada aos seus tipos penais.

Após a decisão do BGH na Alemanha, apresentada anteriormente, onde as empresas foram consideradas aparelhos organizados de poder, é comum que os dirigentes sejam punidos a título de autores mediatos ou coautores⁶³. Já em Portugal, os Tribunais e doutrinas dividem-se principalmente em instigador-autor e autoria mediata. Evidentemente que essa decisão dependerá da culpa do executor.

Para aqueles que seguem o entendimento roxiniano, o qual acrescentou uma terceira forma de autoria mediata onde o instrumento atua dolosamente, a empresa pode ser um aparelho organizado de poder. Ou seja, consideram que existe uma estrutura rigidamente hierarquizada, com uma linha de comando clara, que atua fora da ordem jurídica e que há fungibilidade e disponibilidade do executor para a prática criminosa⁶⁴. Assim o tal funcionário da base da pirâmide que atua com dolo será um mero instrumento do homem-de-trás, o verdadeiro autor⁶⁵.

⁶¹ Tomar o facto como seu é criar uma relação de pertinência. Cf. PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal**. p. 385-386.

⁶² Como mostra a evolução em ROXIN, Claus. **Täterschaft und Tatherrschaft**. p. 674 e s. Assim é o caso da teoria sobre os tipos de imputação de BLOY, com a impunidade dos intervenientes; ou a teoria de STERN sobre a autoria como emanção da norma penal. Cf. MOURA, Bruno. **Autoria e participação nos crimes desde a empresa...**, p. 64-65.

⁶³ Existe outra decisão semelhante do BGH em 06 de junho de 1997, contra uma empresa que despejou seu lixo de forma inapropriada, a qual condenou os diretores pelo domínio daquele facto. Cf. Essa e outras críticas de casos em ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil Band II**. München: Verlag C. H. Beck, 2003. p. 55-58.

⁶⁴ Fortemente contra cf. SOUSA, Susana Aires de. **A Responsabilidade Criminal pelo Produto e o Topos Causal em Direito Penal - Contributo para uma protecção de interesses do consumidor**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 1018.

⁶⁵ Como sustenta SANTOS, na relação vertical de comando dentro de uma pessoa coletiva, a dependência económica-profissional resulta numa estrutura que é capaz de transformar o executor em um mero instrumento face ao homem-de-trás. Não se trata de uma transposição da hipótese de domínio da vontade dos aparelhos organizados de poder, mas sim de uma

Portanto há autoria mediata com domínio da vontade pelo mandante e autoria imediata por parte do executor, o qual também atuou de forma plenamente responsável.

Este pensamento segue a formulação anglo-saxônica relativa ao domínio da vontade nos aparelhos organizados de poder, onde o dirigente estaria munido de uma estrutura que preenche cumulativamente os requisitos elencados, de forma a imputar a ação do homem-da-frente também ao homem-de-trás. Mas como já justificado anteriormente, as empresas não preenchem os requisitos da teoria de ROXIN⁶⁶ e a figura da autoria mediata em aparelhos organizados de poder é dispensável para o ordenamento jurídico português.

Recapitulando brevemente, o §25 do StGB é relativo à autoria e aponta distintamente as três formas de autoria: imediata, mediata e coautoria. Com a interpretação de ROXIN a figura central do acontecimento tem a capacidade de dominar o mesmo de três formas: pela ação (*Handlungsherrschaft*), pela vontade (*Willensherrschaft*) ou pelo domínio funcional (*funktionale Tatherrschaft*), respectivamente. O doutrinador inseriu uma terceira forma de domínio da vontade (para além da coação e do erro⁶⁷) que é a pelo domínio de um aparelho organizado de poder⁶⁸.

Visto que o direito penal português atual foi construído baseado na teoria do domínio de facto, esta última forma de domínio da vontade foi aderida por parte da doutrina nacional⁶⁹. Outra parte hesita, pois é necessário ter em consideração o princípio basilar da autorresponsabilidade⁷⁰, o qual rejeitaria dois atuantes imputáveis pelo mesmo facto. Isto quer dizer, quando o executor agir de forma plenamente responsável, não é possível atribuir-se também uma responsabilidade penal ao homem-de-trás. Isso só será possível se o executor não

adaptação de sentido próximo a esta última figura. O autor entende que a empresa não preenche os requisitos explicitados por ROXIN, sobretudo pelo caráter lícito de atuação da pessoa coletiva, mas o domínio do facto pelo homem-de-trás se justificaria por um critério de natureza económica-profissional destas próprias estruturas verticais. Cf. mais em SANTOS, Humberto de Sousa. Autoria mediata por meio de dependência estrutural económico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 117, 2015. p. 122 e s. Ora, não parece ser necessário a criação de uma “nova” categoria de autoria mediata para a criminalidade empresarial. As soluções existentes são capazes de resolver os casos práticos na mesma medida que a proposta de SANTOS. Nomeadamente a instigação responde satisfatoriamente a estrutura vertical encontrada dentro da organização empresarial.

⁶⁶ Interessante ressaltar que no julgamento brasileiro da Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal, o caso conhecido por “mensalão”, foi invocada a teoria do domínio do facto com base na presunção de um domínio da vontade por parte dos superiores hierárquicos face aos seus subordinados. Um dos ministros da Suprema Corte brasileira considerou que diante de uma prova material impossível, seria plausível condenar o acusado por sua mera ocupação de uma posição hierárquica superior. Na altura ROXIN foi questionado sobre esta decisão sem provas e refutou a aplicação da teoria, sendo insuficiente a suposição de que o superior deveria ter conhecimento para preencher o dolo. Veja-se mais na entrevista à Tribuna do Advogado da Ordem dos Advogados do Rio de Janeiro, em 16 de novembro de 2012.

⁶⁷ Interessante destacar a ressalva do autor relativa às categorias de erros que não excluem ou diminuem a culpabilidade, como é o caso do *error in persona*. Cf. ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. p. 212 e s.

⁶⁸ Desenvolvida para casos muito específicos, sobretudo numa altura em que buscavam a responsabilização de agentes superiores hierárquicos durante o Terceiro Reich, na forma de autoria e não de mera instigação.

⁶⁹ Portanto a que apoia a interpretação roxiniana da teoria. Cf. também SERRA, Teresa. *A autoria mediata através do...* p. 316-317.

⁷⁰ Sobre esse cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, Parte Geral*. p. 907-908. Para ROXIN, o princípio (*Verantwortungsprinzip*) só é válido nos casos de coação. Cf. ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. p. 172. Ainda, destaque para a parte final, onde o autor frisa o atual entendimento de RENZIOWSKI sobre a livre decisão tomada pelo executor, a qual exclui a responsabilidade do homem-de-trás. *IBIDEM*, p. 707.

tiver culpa, portanto não dominar o facto pois ele não lhe pertence⁷¹.

Esta parte da doutrina segue o pensamento de DIAS e da instigação como forma de autoria, ou seja, para ele é instigador-autor quem determinar dolosamente outrem a prática de um crime⁷². Como elencado anteriormente a ideia é fundada na teoria do domínio do facto, onde o instigador-autor teria o domínio da decisão do agente imediato. Essa forma de domínio justificaria a classificação desta determinação como autoria e não mera participação.

Nesse caso o funcionário da empresa que agir com culpa dolosa, será considerado autor imediato e o homem-de-trás que deu a ordem será instigador-autor. Caso o funcionário executor agir em erro ou coagido, ele será instrumentalizado como autor imediato e o homem-de-trás autor mediato, dentro das duas hipóteses clássicas de autoria mediata e domínio da vontade conhecidas antes da acrescida interpretação de ROXIN⁷³.

Entretanto, no entendimento deste artigo não é possível fundamentar um domínio do facto pelo domínio da determinação do instigado, pois o instigador não domina a execução do facto, de forma que a realização do tipo não depende da sua vontade⁷⁴. Parece ser um alargamento desnecessário da punibilidade, pois no caso prático não é possível se verificar que há efetivamente algum domínio sobre a decisão do executor.

O problema reside na palavra “determinar”, porque o simples facto de provocar ou convencer alguém a cometer um crime não significa dominar o próprio facto típico⁷⁵. Ainda que A pague B para matar C, nada indica que B vá efetivamente matar C, ou então que A domine o facto de B. A conexão psicológica que existe entre instigador e instigado existe, mas não é tão profunda quanto a de uma autoria mediata em um aparelho organizado de poder, por exemplo⁷⁶. Por isso, por não preencher nenhuma forma de domínio, não se pode falar que a instigação seja uma categoria de autoria.

Mesmo que a ela não esteja diretamente na cumplicidade moral ou material do art. 27º do CP, o argumento funciona nas duas direções quando o próprio art. 26º do CP não diz que “é autor”, mas apenas “punido como autor”. Retoma-se aqui o pensamento elaborado anteriormente, onde a instigação é uma figura entre a autoria e a participação, reconhecida

⁷¹ Assim o facto nunca saiu da esfera de domínio do homem-de-trás.

⁷² Cf. a discussão da nota 13. E também SOUSA, Susana Aires. **A responsabilidade criminal...** p. 1020.

⁷³ IBIDEM, p. 1020-1021.

⁷⁴ Adotando a concepção desenvolvida por ROXIN no domínio do facto. O instigado tem liberdade de escolha para não praticar o delito de forma a não ser um mero instrumento.

⁷⁵ Cf. RAPOSO, João António. A punibilidade nas situações de instigação em cadeia. **O Direito**, v. 133, n. 4, 2001. p. 921. Em sentido contrário, DIAS explica que essa determinação é suficiente para preencher todos os elementos constitutivos do ilícito. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal, Parte Geral**. p. 933-934.

⁷⁶ Ainda que exista uma promessa de pagamento ou o pagamento já efetivado, nunca A dominará o facto de B. Diferentemente são os casos de autoria mediata onde há um domínio da vontade, o qual garante a execução do facto ordenado pelo mandante. O elo entre instigado e instigador não é forte o suficiente para indicar que há propriamente um domínio do facto. Ainda quando houver um aparelho organizado de poder a própria estrutura e hierarquia garantem esse domínio. Cf. a fundamentação também sobre essa influência em ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil Band II**, p. 54-55. Frisa-se a remarca do doutrinador a respeito da não-obrigação de cumprir ordens ilícitas, justificando uma mera instigação para os casos de criminalidade de empresa. No fundo, pode-se criticar a própria noção de domínio do facto, porque na realidade ele não existe. Porém essas indagações não cabem neste artigo.

inclusive por DIAS. Portanto pode não ser tradicional⁷⁷ nem fruto simbólico da herança de uma autoria moral, mas deve-se considerar instigação como mera instigação. Contudo a lei permite que existam formas distintas de interpretação, visto que instigação também não é determinada como autoria⁷⁸. Assim, quem determinar dolosamente outrem à prática de um crime, é instigador. Seja autor, seja partícipe.

Ainda deve-se ressaltar que a solução da punição na criminalidade de empresa ser associada a mera instigação (para os casos de crimes comissivos por parte do executor a mando de um superior hierárquico) responde satisfatoriamente à questão quanto a responsabilidade imputada pelo facto concreto⁷⁹.

Independentemente de o resultado da interpretação da instigação ser autoria ou participação, ainda reside uma questão: a não punição da tentativa. Isto porque a tentativa na instigação só é punida quando houver início dos atos executórios, conforme disposto no final do art. 26º do CP. Por isso a tendência doutrinal e dos Tribunais é de classificar situações claras de instigação como autoria mediata; dessa forma conseguem suprir a “lacuna” legislativa⁸⁰. Porém não é preciso imputar erroneamente as categorias criminais, pois, conforme indica SOUSA, quando o legislador entender que é preciso antecipar o início da tentativa na instigação, ele irá promovê-lo no próprio tipo crime⁸¹.

O segundo principal problema da teoria do domínio do facto na criminalidade empresarial é que ela não pode ser aplicada para crimes omissivos. A autoria nestes casos está na própria violação do dever de evitar o resultado, e não pelo possível domínio do facto típico. Este tipo de crime é comum e praticamente inerente a própria atividade empresarial. Porém os Tribunais alemães frequentemente julgam casos de omissão com base na teoria roxiniana, pois consideram que o omitente, ao escolher deliberadamente não agir e prevenir um resultado evitável, toma em suas mãos o curso daquele facto típico⁸².

Este argumento é fundado num domínio negativo do facto. Como a teoria é composta por uma unidade objetiva-subjetiva, isso significa que a vontade do autor se une com o seu

⁷⁷ Como ressalta COSTA, a instigação é inspirada no ordenamento jurídico penal alemão. Cf. COSTA, José de Faria. *Formas do crime. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e legislação complementar*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983. p. 172.

⁷⁸ É um meio termo que responde ao princípio da acessoriedade, portanto assemelha-se qualitativamente mais à participação. Mas sua punição pode ser quantitativamente igual à da autoria. Cf. TORRÃO, Fernando. *Societas delinquere...*, p. 223. E VALDÁGUA, Maria da Conceição. *Figura Central, aliciamento...*, p. 918 e s. Bem como RAPOSO, João António. *A punibilidade nas situações...*, p. 921 e s. e 927 e s.

⁷⁹ Além de encontrar pleno apoio na solução de ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. p. 747-750.

⁸⁰ Ver nota 28. Repare-se que a lei também não menciona especificamente o início da tentativa na autoria mediata. Conforme a interpretação da doutrina majoritária do n. 2 do art. 22º do CP, há início da tentativa quando o autor mediato atuar e colocar em risco o bem jurídico protegido pela norma penal, independentemente do autor imediato. Para mais cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, Parte Geral*. p. 827.

⁸¹ Cf. SOUSA, Susana Aires de. *“Contratado” para matar...*, p. 219-220, citando o exemplo do crime de suborno do art. 363º do CP, onde o legislador antecipou no tipo-crime o início da tentativa ao descrever “quem convencer ou tentar convencer outra pessoa”. Dessa forma não é preciso que o instigado efetivamente faça nada, bastando o início do ato do próprio instigador para ser punível o suborno.

⁸² Por exemplo, é o caso da pessoa que tem a oportunidade de lançar uma boia salva-vidas a alguém que está a se afogar, mas escolhe não o fazer.

contributo material para o crime. Ou seja, o autor é a figura central do acontecimento, que controla o facto típico por um domínio positivo ou negativo daquele⁸³.

Nem toda pessoa que se omite pode ser considerada autora de um crime. É preciso que haja um dever de garante que resguarde a posição em que ela se encontra. Esse dever jurídico recai sobre o titular responsável pela proteção de um bem jurídico, mesmo que a ameaça seja feita por outrem. O mero perigo exige que o garantidor, em condições de atuar, impeça o resultado típico⁸⁴.

Isto também não significa que o dirigente seja penalmente responsável por tudo o que se passa na empresa. É impossível presumir que exista domínio geral, dada a própria estrutura fragmentada e setorializada de uma grande pessoa coletiva e sua atividade. Para fundamentar e delimitar esse dever de garante, o administrador só poderá ser penalmente responsável caso preencher essa unidade objetiva-subjetiva, mesmo na ausência de dolo⁸⁵.

Em outras palavras, para que a responsabilização não seja meramente objetiva, simplesmente porque a pessoa exerce um cargo ou uma função de direção, é necessário que a ação ou omissão do facto típico seja somada com a responsabilidade subjetiva de imputação, por dolo ou negligência, de uma violação de dever ou uma de obrigação da função. Ou seja, ele deve ser naturalmente responsável pelo setor ao qual se dedica. Este é um critério geral de concretização da responsabilidade do dirigente.

SCHÜNEMANN frisa que para equiparar a omissão à ação no domínio do facto, é preciso que haja um domínio do dirigente sobre a causa do resultado, sobretudo pelo cargo exercido por ele. Deve ter individualmente o dever de intervir e prevenir a conduta criminosa. Dessa forma há um domínio sobre os elementos perigosos da empresa, que naturalmente uma sociedade de risco exige proteção.

Percebendo que a responsabilidade no contexto das grandes empresas pode se estender em demasiado, SCHÜNEMANN defende que nesses casos a posição de garante tem de estar limitada à função que compete ao sujeito dentro da estrutura empresarial⁸⁶. É dessa vinculação que decorrem os deveres de garantia do membro da administração. Igualmente esses deveres se limitam ao departamento que é dirigido por esse administrador⁸⁷.

Por isso SOUSA destaca que é essencial na estrutura funcional da própria empresa que os princípios de hierarquia e a divisão de trabalho sejam definidos para a posição de garantia. Só estes permitem concretizar a esfera de competência e delimitam o espaço de responsabilidade

⁸³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal, Parte Geral**. p. 892.

⁸⁴ BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos crimes comissivos por omissão: um problema de delimitação da conduta típica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 24.

⁸⁵ Este é o fundamento de toda proposição de SCHÜNEMANN visto que a divisão de trabalho quebra a cadeia da responsabilidade entre o emissor da ordem e o executor, bem como não implica que aquele possua sua competência exclusiva de decisão. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuestiones básicas de...**, p. 531. Também em IDEM. **Responsabilidad penal en el marco de la empresa...**, p. 30 e s.

⁸⁶ Ela é atribuível em função da esfera de competências que o administrador possui, e não pela mera ocupação do cargo de gestão. Assim cada setor tem seu responsável, nem que seja por delegação de funções.

⁸⁷ Por exemplo, um acidente na parte de logística e transportes nada tem a ver o dirigente do setor de finanças.

do diretor⁸⁸. Ainda, como todo o dever de garante exige, é preciso que o administrador tenha a possibilidade de cumprir esse dever. Caso esteja, por exemplo, fisicamente impedido, deve haver uma delegação de poderes para que outro o faça.

Por tanto, no caso concreto o juiz deve verificar estes dois requisitos: a limitação explicitada pelo quadro de funções e competências, bem como deve existir a possibilidade de o administrador cumprir o dever de garante a ele associado.

E somente dessa forma, buscando definir um fundamento jurídico do dever de garante do administrador empresarial, que é possível encontrar um equilíbrio entre a teoria do domínio do facto e a responsabilidade penal do dirigente⁸⁹.

4. Conclusão

As teorias tradicionais de autoria não respondem satisfatoriamente os problemas encontrados pela criminalidade do século XXI. É preciso adaptar e evoluir a dogmática para que não se criem lacunas de punibilidade, as quais já permeiam pelo ordenamento jurídico penal. Também é possível, através de exceções e adaptações por vezes grotescas, permitir que a teoria do domínio do facto seja utilizada no contexto empresarial.

Verifica-se que hoje em dia há uma pressão social de punição para cima, dos órgãos diretivos, a qual deve evitar a responsabilização meramente objetiva do dirigente⁹⁰. Portanto é preciso que a doutrina, os Tribunais e a lei prevejam formas de exigir um dever de garante específico para o dirigente empresarial.

Ao catalogar estas condições, a teoria do domínio do facto terá mais facilidade em ser aplicada para os crimes omissivos impróprios de natureza corporativa.

Neste sentido, para que um sócio, administrador, gerente, dirigente em geral possa ser punido por um crime desde a empresa é preciso que seja configurado um dever de garante o qual foi violado, trazendo-lhe responsabilidade subjetiva pelo facto (e não puramente objetiva por ocupar aquele cargo); bem como que ele tenha o domínio sobre o acontecimento criminoso, seja pela ação, pela vontade, ou pelo domínio funcional do facto. Em Portugal, caso o subalterno agir com culpa dolosa⁹¹, aquele superior emissor da ordem poderá ser responsabilizado como instigador, independentemente de o entendimento da categoria criminal ser de autoria ou participação. Ainda que a responsabilização individual não seja a garantia de uma impunidade na criminalidade de empresa, é essencial que os limites sejam traçados para haver certa

⁸⁸ SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais de Direito Penal da Empresa**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 72-75.

⁸⁹ Cf. também SILVA, Germano Marques da. **Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes**. Lisboa: Verbo, 2009. p. 382 e s.

⁹⁰ O “efeito Eichmann”, como bem menciona TORRÃO, Fernando. **Societas delinquere...**, p. 125 e s.

⁹¹ Expressão portuguesa para “dolo” já que a culpabilidade aqui se traduz em culpa *lato sensu*.

contenção de riscos neste setor⁹². Sem o desenvolvimento de uma cultura empresarial voltada para a comunidade a qual ela integra, não existem formas de superar o grande desafio instaurado com a sociedade de risco.

Bibliografia

- AMBOS, Kai. Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder. Uma valoração crítica e ulteriores contribuições. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 37, 2002. p. 43-72.
- BGH. Tötung an DDR-Grenze in mittelbarer Täterschaft. **NJW**, Heft 41, 1994. p. 2703-2708.
- BACIGALUPO, Enrico. **Derecho Penal – parte general**. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal**. Bogotá: Temis, 1996.
- BRANDÃO, Nuno. O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do código penal. In: **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**, v. III. Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- BRANDÃO, Nuno. Pacto para matar: autoria e início da execução». **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, v. 18, n. 4, 2008. p. 531-605.
- BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos crimes comissivos por omissão: um problema de delimitação da conduta típica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- COSTA, José de Faria. Formas do crime. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, **Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e legislação complementar**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 157-183.
- COSTA, José de Faria. O Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 9, n. 34, 2001. p. 9-25.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reformado direito penal económico e social português. **Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência**, n.º 3714 a 3720, 1984. p. 35 e s.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal, Parte Geral, Tomo I**. 3ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2019.
- GRECO, Luis. **As razões do direito penal – quatro estudos**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- JAKOBS, Günther. **Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch**, 2ª Auf. Berlin: Walter de Gruyter, 1991.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; e WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil**. Berlin: Duncker und Humblot, 1996.
- LAUFER, William S. **Corporate bodies and guilty minds – the failure of corporate criminal liability**. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.
- MATTA, Paulo Saragoça da. **O artigo 12.º do Código Penal e a responsabilidade dos “quadros” das “instituições**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- MOURA, Bruno de Oliveira. **A conduta prévia e a culpa na comparticipação**. Lisboa: Âncora, 2022.
- MOURA, Bruno. Autoria e participação nos crimes desde a empresa: bases para um modelo de imputação individual. **Revista CEPPG**, n. 25, v. 2, 2011. p. 54-70.
- PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal – Parte General**. 10ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016.
- RAPOSO, João António. A punibilidade nas situações de instigação em cadeia. **O Direito**, v. 133, n. 4, 2001. p. 907-958.
- ROXIN, Claus. § 25, In: **Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar: Grosskommentar**. Hrsg. Burkhard Jaehnke, Heinrich Wilhelm Laufhütte, Walter Odersky. Berlin: Walter de Gruyter, 1993. p. 1-102.
- ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. **Revista Panóptica**, Law E-Journal. Ano 3, vol. 17, 2009. p. 69-94, disponível em https://www.academia.edu/36772380/O_dom%C3%ADnio_por_organiza%C3%A7%C3%A3o_como_forma_independente_de_autoria_mediata.

⁹² Os Estados Unidos são referência quando se trata de criminalidade empresarial. A evolução dos estudos mostra que sem punir a própria pessoa coletiva, a criminalidade empresarial continuará a seguir seu fluxo. A efetividade das sanções sobre os indivíduos é praticamente inexistente, devendo pautar as discussões principalmente sobre o próprio ente coletivo. Cf. LAUFER, William S. **Corporate bodies and guilty minds – the failure of corporate criminal liability**. Chicago: The University of Chicago Press, 2006, em especial p. 70-72.

- ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil Band II**. München: Verlag C. H. Beck, 2003.
- ROXIN, Claus. **Täterschaft und Tatherrschaft**. 9ª Auf.. Berlin: De Gruyter Recht, 2015.
- SANCHEZ, Bernardo Feijoo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. **Revista Liberdades**, 2012. p. 26-57.
- SANTOS, Humberto de Sousa. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 117, 2015. p. 91-140.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. **Anuario de Derecho Penal y ciencias penales**, v. 2, 1988. p. 529-558.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco de la empresa – dificultades relativas a la individualización de la imputación. **Anuario de Derecho Penal y ciencias penales**, v. 55, 2002. p. 9-38.
- SERRA, Teresa. A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, v. 5, 1995. p. 303-328.
- SILVA, Germano Marques da. **Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes**. Lisboa: Verbo, 2009.
- SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial. **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica** 98, v. II. Coimbra, 2009, p. 1005-1037.
- SOUSA, Susana Aires de. “Contratado” para matar: o início da tentativa em situações de aliciamento (comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 2016). **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, v. 27, n. 1, 2017. p. 181-220.
- SOUSA, Susana Aires de. **A Responsabilidade Criminal pelo Produto e o Topos Causal em Direito Penal - Contributo para uma protecção de interesses do consumidor**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais de Direito Penal da Empresa**. Coimbra: Almedina, 2019.
- TORRÃO, Fernando. **Societas Delinquere Potest? – Da responsabilidade individual e colectiva nos “crimes de empresa”**. Coimbra: Almedina, 2010.
- VALDÁGUA, Maria da Conceição. A responsabilidade do agente mediato no âmbito da criminalidade organizada. **Direito e Cidadania**, ano 6, n. 20/21, 2004. p. 63-82.
- VALDÁGUA, Maria da Conceição. Figura Central, aliciamento e autoria mediata. **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues**, v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 917-938.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; e ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal - Parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2005.

Recebido em: 02/05/2022

Aprovado em: 16/06/2022

Imputação subjetiva da pessoa jurídica: Dolo eventual, culpa consciente e o “juízo probabilístico do risco”

Subjective allocation of the legal person: Eventual intent, conscious neglect and the “probabilistic judgement of risk”

Rafael Aguilera Gordillo 

Diretor do Programa de Especialização em Compliance e Professor de Criminal Compliance na Universidade Loyola, Espanha. Codiretor do curso de pós-graduação em Responsabilidade Criminal de Pessoas Jurídicas, Sistemas Forenses e de Compliance em Marcos Internacionais e Nacionais da Universidade de Valladolid, Espanha. Codiretor do Compliance Advisory LAB da Grant Thornton Espanha. Doutor em Direito Penal pela Universidade de Córdoba, Espanha.

Tradutor:

Lucas Fernandes da Costa 

Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, Brasil

Resumo: Neste artigo é realizado um exame da imputação subjetiva dentro do regime de responsabilidade penal da pessoa jurídica e sua relação com outros elementos, como a “análise de risco” de sistemas de *compliance* ou vieses (“bases”) heurísticos. Embora seja oferecida uma visão do estado da arte na Espanha, é uma questão que transcende fronteiras, razão pela qual é relevante no contexto internacional. A imputação subjetiva constitui elemento crucial para o destino penal (condenação ou absolvição) da pessoa jurídica, pois se o órgão julgador inferir que houve dolo, a condenação prosseguirá; porém, se deduzir que houve culpa, não pode ser condenada (salvo se para aquele crime estiver contemplada a responsabilidade penal da pessoa jurídica na modalidade culposa). O texto analisa como a Suprema Corte espanhola diferencia os dois conceitos que marcam a fronteira difusa entre dolo e culpa: dolo eventual e culpa consciente. Da mesma forma, são abordados outros efeitos jurídico-criminais que a apuração do dolo pode gerar para a própria pessoa jurídica (como a possibilidade de ser punido por tentativa) ou para pessoas jurídicas terceiras (punibilidade por participação).

Palavras-chave: Gestão de Riscos; Juízo Probabilístico do Risco; vieses heurísticos; Imputação Subjetiva das Organizações; Participação Penal de outras Pessoas Jurídicas

Abstract: In this article, an examination of the subjective imputation is carried out within the criminal liability regime of the legal person and its relationship with other elements, such as the “risk analysis” of the compliance systems or the biases or heuristics. Although a vision of the state of the issue in Spain is offered, it is an issue that transcends borders, which is why it is relevant in the international context. The subjective imputation constitutes a crucial element for the criminal fate (conviction or acquittal) of the legal entity since, if the judging body infers that there was fraud, the conviction will proceed; however, if it deduces that there was recklessness, it cannot be convicted (unless for that crime the criminal liability of the legal person in reckless mode is contemplated). The text

analyzes how the Spanish Supreme Court differentiates between the two concepts that mark the diffuse border between intent and recklessness: eventual intent and conscious recklessness. Likewise, other legal-criminal effects are addressed that the assessment of intent can generate for the legal entity itself (such as the possibility of being punished for attempt) or for third-party legal entities (punishability for participation).

Keywords: Risk Management; Probabilistic Risk Judgment; Bias; Heuristics; Subjective Imputation of Organizations; Criminal Participation of other Legal Entities

1. Introdução

Todas as condutas criminosas que compõem o catálogo de crimes para os quais está prevista a responsabilidade penal da pessoa jurídica na Espanha¹ estão contempladas na modalidade dolosa, apenas cinco incriminam conduta culposa². Em outras palavras, a imputação subjetiva constitui um aspecto crucial para o “destino penal” da pessoa jurídica quando um gestor, intermediário ou funcionário subordinado pratica um ato criminoso.

Isto implica que, na grande maioria dos casos em que concorrem os elementos, dentre outros requisitos, para a atribuição de responsabilidades, o fato de uma empresa, associação, fundação ou outra entidade com personalidade jurídica poder ser condenada criminalmente dependerá do que o tribunal infere sobre o aspecto subjetivo. Ou seja, se o órgão julgador extrair ou deduzir que houve dolo no comportamento, a condenação prosseguirá; por outro lado, se deduzir que houve culpa, não poderá sancionar criminalmente a pessoa jurídica³, devendo absolvê-la. Pois bem, neste contexto, é pertinente colocar as seguintes questões: Qual é o estado da arte da imputação subjetiva no quadro da responsabilidade penal da pessoa jurídica? Quais são as características definidoras dos dois conceitos que marcam a tênue fronteira entre dolo e

¹ O artigo foi traduzido do espanhol para o português pelo Prof. Dr. Lucas Fernandes da Costa, Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, Brasil. A lista ou catálogo de crimes para os quais se contempla a responsabilidade penal das pessoas jurídicas na Espanha consta no Anexo.

² A Circular 1/2016 da *Fiscalía General del Estado español*, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma efectuada por ley orgánica 1/2015 (que é um documento dirigido a todos os fiscais, em que se contemplam os critérios a seguir em matéria de responsabilidade penal corporativa e sistemas de *compliance*) destaca em seu apartado 7: *Conclusiones* o seguinte: «Un recorrido por los delitos para los que está prevista la responsabilidad de la persona jurídica muestra que la inmensa mayoría describe comportamientos exclusivamente dolosos. Los delitos contra la salud pública prevén la modalidad imprudente (art. 367), pero la responsabilidad de la persona jurídica no se extiende a ella (art. 366). Exclusión, por otra parte, desafortunada, pues imposibilita la exigencia de responsabilidad a las empresas que hayan incumplido gravemente los deberes mínimos de diligencia en la fabricación o comercialización de productos letales o gravemente dañinos para la salud de los consumidores, actuaciones no precisamente desconocidas en la jurisprudencia española. Finalmente, solo cuatro grupos de conductas imprudentes son susceptibles de generar un reproche penal a la persona jurídica, a saber: las insolvencias punibles, los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, el delito de blanqueo de capitales y los delitos de financiación del terrorismo.». In: *Boletín Oficial del Estado*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2016-00001>. Acesso em: 06 jun. 2022.

No entanto, é notório que esta Circular 1/2016 omite — ou esquece — o crime de contrabando, que não está previsto no Código Penal espanhol, mas está previsto em Lei Penal Especial. Especificamente no artigo 2.5 em relação ao art. 2.6 da *ley orgánica* 12/1995, de 12 de diciembre de represión del contrabando, In: *Boletín Oficial del Estado*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-26836>. Acesso em: 06 jun. 2022.

³ Com exceção dos cinco crimes indicados na nota anterior, que contemplam a modalidade temerária.

culpa e qual doutrina jurisprudencial aplica o Supremo Tribunal espanhol? Quais os efeitos jurídico-criminais que a conduta criminosa dolosa pode gerar para a empresa, para o próprio contexto societário e para outras pessoas jurídicas?

Neste artigo vamos abordar as questões levantadas, analisando, a partir das diferentes abordagens existentes em relação à tipicidade subjetiva no campo único da responsabilidade penal da pessoa jurídica, os critérios que servem para inferir a existência de dolo ou culpa; como o Supremo Tribunal espanhol distingue dolo eventual de culpa consciente, bem como as implicações que a avaliação do dolo tem — ou pode ter — para a própria pessoa jurídica (punibilidade em caso de tentativa) e para outras entidades (punição de terceiros).

Como o leitor poderá extrair, trata-se de questões jurídico-criminais decisivas, tanto para as pessoas jurídicas quanto para as pessoas naturais envolvidas, onde o juízo probabilístico do risco tem papel essencial, bem como os vieses heurísticos que afetam os processos de tomada de decisão e gestão de riscos. Por isso, este texto é de particular interesse para *compliance officers*, profissionais com responsabilidades em assuntos de *compliance*, advogados, assessores jurídicos, instrutores especializados em treinamento de *compliance* e analistas de risco criminal corporativo.

2. A questão da imputação subjetiva dentro do marco da responsabilidade penal da pessoa jurídica

Como se sabe, a criminalidade não se configura apenas por elementos objetivos de natureza descritiva ou normativa, mas, superado o filtro da imputação objetiva, é necessário que haja dolo ou culpa na conduta⁴. Da mesma forma, quando o Código Penal espanhol especifica condutas, tais comportamentos criminosos são, regra geral, intencionais. A conduta negligente ou imprudente só poderá ser punida quando expressamente prevista no próprio Código Penal espanhol (CP, doravante). Por sua vez, ao constatarmos que uma conduta é sancionada tanto na modalidade maliciosa quanto na temerária, observaremos como a maliciosa tem pena muito mais grave, pois a reprovação pelo desrespeito é consideravelmente maior quando a decisão de atentar ao bem jurídico coincide.

Em geral, o esclarecimento judicial sobre se a conduta criminosa foi dolosa ou temerária constitui um ponto extremamente complexo, uma vez que uma disposição subjetiva carece de elementos diretos que a exibam. Para inferir se esse comportamento foi realizado com dolo ou culpa⁵ se recorre a indícios, às normas sociais de atribuição de conhecimento ou, ainda, a

⁴ No regime jurídico-penal espanhol, tal está previsto no Código Penal nos seus artigos 5.º e 10.º:

Artigo 5 do CP: “No hay pena sin dolo o imprudencia”. Artigo 10 do CP: “Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”. O Código Penal espanhol foi aprovado pela Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal. No entanto, passou por inúmeras reformas, In: **Boletín Oficial del Estado**. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 06 jun. 2022.

⁵ Vale ressaltar que, além da questão da avaliação do dolo ou da culpa — que incide no cerne da imputação subjetiva —, em alguns tipos dolosos são exigidos outros elementos subjetivos particulares do injusto (como um espírito específico ou intencionalidade), os elementos especiais do tipo do injusto.

indicadores. Alguns desses indicadores são: o grau de conhecimento ou treinamento associado às características pessoais do sujeito, as medidas de controle de risco que foram adotadas e aplicadas, os comportamentos desenvolvidos imediatamente antes e após o crime, o grau de perigo gerado etc. Na terceira seção do artigo, estuda-se a fronteira decisiva e imprecisa entre dolo e culpa, mas antes de entrar nesse extremo, é necessário abordar um aspecto anterior: qual assunto examinamos ao avaliar a imputação subjetiva sob o sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica e se existem ou não divergências quanto à análise efetuada às pessoas naturais.

Apesar de a instituição da responsabilidade penal da pessoa jurídica existir há anos em vários Estados do mundo e de, no âmbito espanhol, estar assumida há mais de uma década⁶, pode-se afirmar que, pelo menos na Espanha, não existe um modelo de responsabilidade unanimemente aceito. Como se sabe, existem dois principais modelos opostos (autorresponsabilidade de base sistêmica vs. heterorresponsabilidade)⁷ e, entre ambos, uma ampla gama de posições e teses ecléticas, muitas das quais estão mais bem preparadas para enfrentar os desafios impostos pela casuística, oferecem maior solidez dogmática, sua validade é sustentada por evidências científicas obtidas no âmbito de contextos corporativos, ajustam-se mais rigorosamente à realidade ou à dimensão ontológica das próprias organizações, etc.

Em relação ao modelo de autorresponsabilidade ou responsabilidade pelas próprias ações, podemos apontar brevemente que ele encontra seu fundamento nas velhas hipóteses da "teoria dos sistemas". Essa teoria concebe a organização ou, conforme o caso, a pessoa jurídica, como uma entidade com suposta capacidade de auto-organização e autodireção. Por isso, diante da avaliação de um defeito organizacional estrutural que propiciou um ato criminoso — que se concretizou —, a pessoa jurídica pode ser responsabilizada criminalmente pelo próprio fato que "realizou": o defeito organizacional. O referido defeito conforma a própria injustiça praticada pela entidade. A teoria dos sistemas gozou de certa notoriedade no século passado, mas foi superada por outras teorias sociológicas mais avançadas e complexas que, além disso, têm maior respaldo empírico.⁸

O precursor mais famoso das ideias sistêmicas foi Luhmann, que extraiu noções sistêmicas do campo da biologia e as simplificou⁹ com a alegação de que poderiam ser

⁶ Na Espanha foi introduzido por meio de uma reforma operada por meio da *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

⁷ Vid. AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Manual de Compliance Penal en España*. 2ª ed., Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2022. Em particular, as seguintes seções: 1.2. *Autoorganización y responsabilidad penal por hecho propio: consideraciones críticas y necesidad de actualizar la base socio-legal de la responsabilidad penal de la persona jurídica*; 3.I. *Persona física y acción social sobre el cumplimiento: desde la elección racional (fundamentos criminológicos y socio-legales) hasta el «behavioral compliance»* e 5.VII. *Otros aspectos clave: la cuestión de la «eficacia», estrategias de optimización del cumplimiento en entornos corporativos y la «pericial de compliance»*.

⁸ AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Manual de Compliance Penal en España*. p. 77-98.

⁹ Este processo de "simplificação" foi reconhecido pelo próprio Luhmann, vid. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo** [Tit. orig.: *Organisation und Entscheidung. Autopoiesis, handlung und kommunikative verständigung*, 1982], Anthropos Editorial, Barcelona, 2005.

aplicáveis a todas as organizações. Entre as deficiências das hipóteses sistêmicas¹⁰ pode-se destacar a mutação e a incompatibilidade da noção de autopoiese articulada por Luhmann com o conceito original¹¹ ou que não serve para explicar como surgem os elementos fundamentais e os mecanismos causais dos sistemas¹². Da mesma forma, outro aspecto especialmente destacado por Habermas (particularmente crítico da teoria dos sistemas) é o modo como a teoria dos sistemas ignora os membros que compõem a organização como sujeitos tomadores de decisão¹³; são marionetes de um sistema que determina o destino da organização. Essa abordagem sistêmica transgride claramente a concepção do ser humano como sujeito livre, com capacidade de escolher agir ou não com ética e culpa. E é que, para as ideias sistêmicas, embora haja substituição de pessoas naturais, permanece a hipotética preeminência autoorganizacional da organização (os indivíduos são peças intercambiáveis que carecem de importância na análise da organização)¹⁴. Consequentemente, a importância do fator humano é totalmente ignorada no exame da origem da atribuição da responsabilidade penal à pessoa jurídica e é evidente que são os particulares que criam a entidade, elaboram e aprovam os procedimentos, geram as influências, executam ações e gerenciam riscos. Em suma, tudo o que compõe a base ontológica do que acontece na organização ou o que compõe o que poderia ser descrito como verdadeira cultura organizacional (seja *compliance* ou, ao contrário, não conformidade): o substrato humano e o contexto de influências e interações¹⁵; apesar de serem transcendentais para os processos de tomada de decisão e o desenvolvimento de comportamentos.

Atribuir faculdades pseudoantropomórficas a uma organização, como faz a teoria dos sistemas, é algo simples e fácil de assimilar, mas carece de base ontológica e não responde à

¹⁰ Para aprofundar, vide KNUDSEN, Morten. Displacing the Paradox of Decision Making: The Management of Contingency in the Modernization of a Danish County, In: SEIDL, D./BECKER H. (Eds.) **Niklas Luhmann and Organization Studies**, Copenhagen: Liber & Copenhagen Business School Press, 2005. p. 107-126.

¹¹ FUCHS, Christian; HOFKIRCHNER, Wolfgang. Autopoiesis and Critical Social Systems Theory. Magalhães, & Sanchez (Eds.) **Autopoiesis in Organization Theory and Practice**, 2009. p. 111-129; MINGERS, John. Observing Organizations: An Evaluation of Luhmann's Organization Theory. Hernes/Bakken (Eds.), **Autopoietic Organization Theory: Drawing on Niklas Luhmann's Social Systems Perspective**, Copenhagen: Copenhagen Business School Press, 2003. p. 103-122.

¹² MINGERS, John. Can Social Systems Be Autopoietic? Assessing Luhmann's Social Theory. **Sociological Review**, 50, 2002, p. 290.

¹³ HABERMAS, Jürgen. Excursus on Luhmann's Appropriation of the Philosophy of the Subject through Systems Theory, In: HABERMAS, **The Philosophical Discourse of Modernity: Twelve Lectures**, Ed. Cambridge Polity Press, 1987, p. 368-386.

¹⁴ Como paradigma da relevância da componente humana no contexto organizacional, pode apontar-se a enorme importância que os gestores e administradores têm para cumprir os regulamentos aprovados e implementados na empresa, a influência que este exerce no resto do empregados é capital; em relação a este fim, vide BLOUNT, Justin ; MARKEL, Spencer. The End of the Internal Compliance World as we know it, or an Enhancement of the Effectiveness of Securities Law Enforcement? Bounty Hunting Under the Dodd-Frank Act's Whistleblower Provision. **Fordham Journal of Corporate & Financial Law**, Vol. 17, nº 4, 2012, p. 1023-1062. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1317&context=jcfl>. Acesso em: 06 jun. 2022.

¹⁵ As restrições, relacionamentos estratégicos, influências e práticas aceitas, etc. sim, eles são considerados no eclético "*modelo antrópico de responsabilidad penal de la persona jurídica*". Trata-se de uma proposta um pouco mais próxima dos postulados da hetero responsabilidade (pois se baseia no fato de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica decorre de uma conduta ilícita da pessoa física), mas que leva em consideração os fatores da contexto organizacional e as influências que são geradas, pois são determinantes para analisar se, do ponto de vista sociojurídico, a declaração de responsabilidade criminal da pessoa jurídica é pertinente e adequada. Para aprofundar, vide AGUILERA GORDILLO, Rafael. **Manual de Compliance Penal en España**.p. 253-325.

realidade extremamente complexa que as organizações apresentam. Especialmente representativas são as afirmações de dois grandes especialistas em análise organizacional, Seidl e Mormann, quando, analisando mais de vinte e cinco teorias que tratam do estudo das organizações, apontam que os trabalhos baseados em teses sistêmicas têm se destacado por terem pouco impacto nos estudos atuais sobre as organizações, por ignorar as deficiências que apresentam e pela escassa pesquisa empírica¹⁶.

No entanto, esta abordagem sistêmica é a que — inicialmente — foi aceita pelo Supremo Tribunal espanhol. Uma das principais razões para esta posição pode ser que ela tenta evitar o complexo problema que surge com o princípio da culpa e personalidade das penas no âmbito da responsabilidade penal empresarial. Assumindo-se a validade da teoria dos sistemas, podemos considerar a pessoa jurídica como um sistema autônomo capaz de realizar seu próprio ato (o defeito organizacional) e, portanto, responsabilizá-lo por ele. No entanto, é muito possível que a utilização de simples hipóteses sistêmicas para ultrapassar este obstáculo gere outros problemas ligados à ausência de metodologias cientificamente validadas que permitam responder aos desafios que se colocam (como ocorre nos casos de transferência de responsabilidade penal entre empresas)¹⁷.

Por outro lado, no que diz respeito ao modelo de heterorresponsabilidade, pode-se destacar que a *Fiscalía General* do Estado espanhol é um acérrimo defensor do mesmo. De fato, afirma com a força — e rigor — que o Código Penal espanhol assumiu um modelo de transferência de responsabilidade baseado no ato de uma pessoa física¹⁸ (ao contrário do que foi sustentado pelo Supremo Tribunal). O critério da *Fiscalía General* do Estado espanhol segue a lógica literal do Código Penal que, em seu artigo 31 bis 1, diz que as pessoas jurídicas são responsáveis "por" crimes cometidos por certas pessoas físicas¹⁹. Nada é dito sobre a atribuição de responsabilidade por atos próprios ou com base em defeito organizacional; o que se especifica é o efeito de isenção dos sistemas de *compliance* ou programas de prevenção, mas

¹⁶ SEIDL, David; MORMANN, Hannah. Niklas Luhmann as Organization Theorist. **The Oxford Handbook of Sociology, Social Theory, and Organization Studies**, vers. digital, Oxford: Ed. Oxford University Press, 2014.

¹⁷ AGUILERA GORDILLO, Rafael. Responsabilidad penal de la persona jurídica 'trasladada' por transformación, fusión o escisión: la situación del *Santader* como evidencia de la deficitaria fundamentación analítica de la responsabilidad criminal corporativa. **Actualidad Penal 2021**, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 15-44.

¹⁸ A Circular 1/2016 da Fiscalía General del Estado, assevera (p. 3): "... el modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica no ha cambiado sustancialmente y que, como se decía en la Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, "En los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial" mediante un sistema de *numerus clausus* que supedita la imposición de la pena a una expresa previsión de comisión del delito en el Libro II del Código Penal."

¹⁹ Assim, no nº 1 do artigo 31 bis do Código Penal espanhol, consta o seguinte:

"1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso."

não que a ausência de implementação do sistema de *compliance* constitui um elemento do tipo. Da mesma forma, o modelo de heterorresponsabilidade parece respeitar a maioria dos postulados que sustentam a teoria geral do crime, como o fato de que são os indivíduos que compõem a organização que têm capacidade de agir criminalmente, uma vez que possuem consciência e controle da vontade e são os únicos que podem desenvolver, realmente e para fins criminosos, uma conduta ilícita, alterando o ambiente.

A construção da responsabilidade penal da pessoa jurídica com base na conduta da pessoa natural no âmbito societário parece estar mais rigorosamente ajustada à realidade sociológica do que o modelo sistêmico de autorresponsabilidade, e tem um caráter jurídico-penal mais convincente como apoio dogmático. Não é à toa que aqueles países que possuem uma maior tradição em matéria de responsabilidade penal da pessoa jurídica começaram a articulá-la com teorias baseadas nos postulados da heterorresponsabilidade. Como paradigmas disso, podemos citar o caso britânico (“doutrina de identificação”, que se espalhou por toda a área anglo-saxônica) ou o caso francês (responsabilidade da empresa “por espelho”)²⁰.

Essa concepção de responsabilidade da pessoa jurídica pelo ato alheio — ou posições ecléticas muito próximas — é defendida por um setor doutrinário muito amplo. Gómez Martín, ao analisar o sistema de determinação das penas, afirmou que se pressupõe a existência de um modelo de responsabilidade vicária²¹. Fernández Teruelo destaca ainda que o sistema jurídico-penal espanhol adota um modelo vicarial²². Nesta linha, também se destacou Mir Puig, que salientou que a intervenção do particular está sempre por trás da responsabilidade penal da pessoa jurídica²³. Por sua vez, Bacigalupo Sagesse destaca a importância do comportamento individual para o funcionamento da responsabilidade penal empresarial²⁴.

Da mesma forma, Del Rosal Blasco afirma que a responsabilidade penal das empresas sempre se baseia na conduta praticada por pessoas físicas²⁵, portanto, sua visão dessa

²⁰ Sobre isso, PRADEL afirma: “*En sentido estricto, la persona jurídica tiene ciertamente un nombre y un domicilio, es titular de un patrimonio, pero no “quiere” la infracción ni comete imprudencias. Ya es difícil admitir que cometa el elemento material de la infracción, pero resulta imposible reconocer que pueda realizar el elemento psicológico. [...] Este elemento sólo se concibe en una persona física. Si la persona jurídica no es más que una creación o una prolongación de las personas físicas, su responsabilidad no puede ser distinta de la de las personas físicas que la componen. La persona jurídica se encarna así en personas físicas, en sus órganos o representantes. [...] Ésta es, por otra parte, la solución que parece imponer el artículo 121-2 CP y que admite el Derecho anglosajón...*”. PRADEL, Jean. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho francés: “algunas cuestiones”. **Revista de Derecho penal y Criminología**, n. 4, 1999, p. 662-ss.

²¹ GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR. Penas para las personas jurídicas: ¿Ovejas con piel de lobo?». LANDA GOROSTIZA (Dir.) **Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015**. Madrid: Ed. Dykinson, 2017, p.276.

²² FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC**, núm. 21-03, 2019, p. 3.

²³ MIR PUIG, Santiago.; Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC**, núm. 06-01, 2004, p. 01:2- 01:17.

²⁴ BACIGALUPO SAGESSE, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Buenos Aires, 2001.

²⁵ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención, In: AAVV/MORILLAS CUEVA (DIR.). **Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)**. Madrid: Ed. Dykinson, 2015. p. 87-88.

instituição está fortemente ancorada nas premissas clássicas da heterorresponsabilidade²⁶. Poder-se-ia afirmar, portanto, que o modelo de heterorresponsabilidade está coberto pela solidez empírica que implica que uma parte central da análise sobre a origem da pena à pessoa jurídica trate da conduta ilícita do indivíduo que agiu sob o guarda-chuva da organização.

No entanto, a adoção acrítica de um modelo estrito de heterorresponsabilidade também levanta questões; especialmente quanto à possível violação do princípio da culpa e da pessoalidade das penas. É que, apesar de utilizarmos o filtro dos fatos de ligação ou título de imputação (que impedem uma atribuição de responsabilidade objetiva proibida), punimos a pessoa jurídica pela conduta criminosa praticada pela pessoa natural. González Cussac avisa sobre isso²⁷: «*el modelo clásico (heterorresponsabilidad) practica una espuria importación del contenido teórico del Derecho civil, con serias dudas de violación del principio de culpabilidad*»²⁸.

Como se sabe, trata-se de uma discussão que ultrapassa as fronteiras nacionais, uma vez que esse debate ocorre em quase todos os Estados que assumiram essa instituição. Ora, logicamente, essa divergência afeta ou pode afetar a análise realizada sobre a imputação subjetiva dentro do sistema de responsabilidade penal empresarial.

Em relação ao exposto e como síntese das múltiplas abordagens que emergem sobre a questão específica que consiste em quais critérios devem ser utilizados para extrair e inferir dolo e culpa no âmbito da responsabilidade penal da pessoa jurídica (tipicidade subjetiva) é pertinente trazer à tona as declarações de Gómez Tomillo²⁹:

“...caben, al menos, cuatro opciones. En primer lugar, estimar que, en el caso de delitos, o infracciones administrativas, cometidos por personas jurídicas no es posible diferenciar entre infracciones dolosas o culposas, considerando que se trata de categorías elaboradas fundamentalmente pensando en las personas físicas que no admiten ser extrapoladas a los entes colectivos. En segundo lugar, cabe realizar una construcción particular del dolo o de la culpa de las personas jurídicas. Una tercera opción es tomar como punto de partida el carácter doloso o imprudente de la persona o personas físicas que han actuado para la sociedad, empresa o asociación infractora de que se trate. Por fin, cabe estimar que la responsabilidad penal de la persona jurídica es puramente objetiva...”

[...]

En cuanto a las construcciones efectuadas ad hoc para las personas jurídicas, carecen de sentido en la medida en que tratan de efectuar una distinción sobre la base de conceptos que han sido elaborados pensando en personas naturales.”

²⁶ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. **Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas**, Madrid: Wolters Kluwer, 2018.

²⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, JOSE LUIS. La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos». **Estudios Penales y Criminológicos**, vol. XXXIX, 2019, p. 604.

²⁸ É neste ponto que as teses mistas ou os modelos ecléticos assumem especial importância.

²⁹ GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, VALLADOLID: LEX NOVA, 2010, p. 155-156. Além disso, é relevante que o autor não coloque o dolo e culpa da pessoa jurídica no tipo de injusto, mas sim no julgamento da culpa. Trata-se de uma abordagem bastante difundida na doutrina onde, a partir de uma posição sólida, estima-se que a noção de defeito organizativo reside na culpa - e que será mais condenável quando a conduta criminosa da pessoa natural envolvida no crime se desenvolve com dolo.

Relativamente a estas opções, convém assinalar o seguinte: a primeira e a quarta parecem ter sido, por enquanto, relegadas de alguma forma para o primeiro plano do debate. A segunda modalidade, aquela que defende que dolo ou culpa podem ser extraídos analisando exclusivamente a própria pessoa jurídica (considerada como entidade autônoma, com qualidades pseudo-humanas e capacidade de agir sob tais elementos) é mantida por aqueles que defendem um modelo sistêmico de autorresponsabilidade. Sob esta tese, assume-se que a pessoa jurídica pode agir com dolo ou culpa por entender que a entidade é um sistema com capacidade hipotética de se auto-organizar independentemente do substrato humano que compõe a organização e daqueles que ocupam cargos relevantes (órgão de administração, diretores, responsáveis pela conformidade etc.). Dada a óbvia impossibilidade de se recorrer aos critérios e indicadores utilizados para examinar as pessoas naturais, constroem-se noções fictícias para tentar extrair se existe dolo ou culpa na pessoa jurídica. Assim, o aparente “conhecimento” da pessoa jurídica sobre os níveis de risco em confluência com a ausência da sua vontade de controlar os riscos é abordado, por exemplo, com a observância de normas ou sistemas de *compliance* e controle de riscos. Essa posição enfrenta críticas de parte notável da doutrina, que afirma que o tipo subjetivo, por sua própria natureza, é incompatível com a pessoa jurídica³⁰ e que a efetiva implementação de normas ou sistemas de conformidade sejam considerados em outra etapa da análise que não a subjetiva. Alguns desses autores são Bacigalupo Zapater, Del Rosal Blasco, Zugaldía Espinar etc.; o magistrado do Supremo Tribunal espanhol Antonio Del Moral expõe (a título privado e fora da abordagem mantida pelo Supremo Tribunal):

“El ‘culpable’ de esa acción delictiva será el empleado. También podrá decirse que el administrador encargado de vigilar a ese empleado incurrió en una conducta imprudente al no establecer las debidas medidas de control: ¿es eso culpa de la persona jurídica? Si se quiere, llámesele así: pero es culpa del administrador (o administradores). Es verdad que también podríamos seguir la cadena y encontraríamos a otras personas (accionistas mayoritarios, v. gr.) a las que podría dirigirse cierto reproche por haber elegido como administrador a alguien que no era merecedor de esa confianza, porque carecía de las cualidades debidas para «controlar» adecuadamente a los empleados de la empresa. ¿Llamaremos a eso culpabilidad de la sociedad? Se podrá decir que sí, pero también será una ficción: la culpa solo será atribuible en su caso a las personas físicas accionistas que eligieron a esa persona, pero no a los que votaron en contra. Y, desde luego, en el menor -que es al final el que padecerá la pena en mayor medida, si no única- por más que nos empeñemos no seremos capaces de hallar ni una gota de culpabilidad.

***En último término toparemos siempre con una o varias personas físicas que han realizado acciones más o menos reprobables, bien intencionadamente, bien negligentemente.** Será solo la conducta de una persona, o la confluencia de las conductas de varios o muchos vinculados a la empresa. Si queremos denominar a esa confluencia de conductas individuales culpables o a la de uno especialmente relevante «culpabilidad de la sociedad», de acuerdo; pero no nos engañemos diciéndonos que con eso queda a salvo el principio de culpabilidad tal y como se ha entendido siempre. Estaremos predicando de la persona jurídica, lo que ha sido la culpabilidad de una o varias personas físicas”.*

³⁰ DEL MORAL GARCÍA, Antonio. “A vueltas con los programas de cumplimiento y su trascendencia penal”. *Revista de jurisprudencia*, octubre, 2017. Disponível em: <https://elderecho.com/vueltas-los-programas-cumplimiento-trascendencia-penal>. Acesso em: 6 jun. 2022.

Por outro lado, encontramos a terceira opção (predominante, pelo menos por enquanto). A partir dessa posição, afirma-se que, para elucidar se há dolo ou culpa, deve-se recorrer ao indivíduo ou indivíduos que — realmente — praticaram a conduta criminosa (dado que um dos pressupostos para a responsabilidade penal da pessoa jurídica é a existência de um crime cometido por uma pessoa natural). Neste quadro, a pessoa jurídica constitui uma ficção sem capacidade real de desejar ou querer algo, são os sujeitos que a constituem e que dela fazem parte que — realmente — podem deter tais características e que utilizam a pessoa jurídica como instrumento jurídico ou canal cooperativo para atingir determinados fins. Essa opção parece ser mais sólida, tanto do ponto de vista jurídico-penal quanto do ponto de vista ético (uma pessoa como sujeito capaz de deliberar, refletir livremente sobre seus próprios atos e incorporar elementos de tendência que decorrem de seu próprio psiquismo). Portanto, somente as pessoas físicas são capazes de praticar um comportamento de forma intencional ou negligente. No entanto, entre a segunda e a terceira opção existem vários posicionamentos e subteses, mas deve-se notar que a maioria dessas abordagens se baseia no pressuposto de que, necessariamente, deve haver crime de pessoa física envolvida no âmbito e benefício da pessoa jurídica (de acordo com as disposições da seção 1 do art. 31 bis do CP).

Embora não seja apropriado parar para analisar cada uma das posições intermediárias³¹, convém indicar que buscam respeitar a visão convencional do princípio da culpa e, por sua vez, reforçam a existência de uma característica injusta da entidade — separada daquela exercida pela pessoa natural —; trata-se de reforçar a noção de defeito estrutural da organização como fundamento central da própria culpabilidade baseada em violação grave da pessoa jurídica (como canal para responsabilizá-la subjetivamente). Deste ponto de vista, a existência de um contexto societário que possibilitou a materialização de um risco não permitido (por exemplo: por não aplicação dos requisitos de um³² ou outro *standard* ou normas voltadas para o controle de risco) e o nexo de causalidade com o crime anterior de pessoa física pode fundamentar essa imputação subjetiva. Esse tipo de abordagem recebe algumas críticas como: que se defende uma construção onde, a rigor, a pessoa jurídica é sancionada por infringir um dever de cuidado, o que implica que — realmente — a conduta da pessoa jurídica seria — sempre — imprudente ou que, se a pessoa jurídica for punida por não ter agido adequadamente para controlar os riscos, está sendo aplicada uma espécie de punição por participação por omissão em crime alheio³³ etc.

Em todo o caso (independentemente das diferentes perspectivas), não há dúvida de que no quadro espanhol, a análise prévia ou inicial deve incidir sobre a pessoa natural que realizou o ato de ligação ou título de imputação contemplado, no caso, em letras a ou b do inciso 1 do

³¹ Entre outros, o "modelo antrópico de responsabilidade penal da pessoa jurídica" atualizado que, tem sólido respaldo sociojurídico, pois se baseia em teorias de comprovada validade científica e é acompanhado de rigorosas metodologias de análise (como a teoria dos jogos ou modelagem), para aprofundar vide AGUILERA GORDILLO, Rafael. **Manual de Compliance Penal en España**, 2022.

³² GALÁN MUÑOZ, Alfonso. **Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 242-243.

³³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. "¿Penamos a la persona jurídica por conductas de participación?". **Almacén del Derecho**, 2019. Disponível em: <https://almacenderecho.org/penamos-a-la-persona-juridica-por-conductas-de-participacion>. Acesso em: 6 jun. 2022.

art. 31 bis do Código Penal espanhol, uma vez que não podemos ignorar que a prática de um crime por um gestor, supervisor, intermediário ou trabalhador subordinado (realizado em seu âmbito funcional dentro do perímetro da pessoa jurídica e gerando benefício para a entidade) constitui um pressuposto necessário para a ativação da responsabilidade penal da pessoa jurídica. E que as condutas ilícitas dos que atuam no âmbito da organização devem enquadrar-se num dos tipos penais incluídos no sistema de *numerus clausus* dos crimes para os quais se contempla a responsabilidade penal empresarial e ser objetiva e subjetivamente imputáveis, pelo que, uma vez superado o filtro da imputação objetiva, deve-se avaliar o dolo ou, se previsto um tipo negligente, a culpa.

3. Dolo eventual e culpa consciente: os dois conceitos limítrofes de consequências relevantes para a pessoa jurídica

Como apontado no início, as consequências derivadas do ato são significativamente diferentes conforme o órgão julgador inferir que houve dolo ou temeridade. Por exemplo, para apreciar a culpa (exceto nos cinco crimes para os quais a lei penal espanhola contempla a responsabilidade penal de pessoas jurídicas na modalidade culposa), a corporação seria absolvida, nada mais e nada menos. Por isso, é particularmente importante extrair os traços distintivos de ambos os títulos de imputação subjetiva, mas sobretudo das subcategorias limítrofes: culpa com maior grau de consciência e dolo com menor grau de intencionalidade. É que culpa consciente e dolo eventual são dois conceitos totalmente ligados ao "tratamento do risco" e ao seu "juízo probabilístico", tão próximos ou contíguos que a tarefa de distinção é verdadeiramente complexa. Além disso, poderíamos chegar ao ponto de dizer que, em mais de um caso, é difícil ter certeza de onde estamos. Esta é uma questão que, como veremos, afeta não só a pessoa jurídica, mas também os dirigentes ou membros de órgãos com poder decisório associados ao tratamento do risco em contextos societários e mesmo outras pessoas jurídicas.

O ponto de partida desse exame poderia ser que, na conduta imprudente, o sujeito pratica a conduta criminosa com ausência de vontade e conhecimento sobre a ilegalidade do ato, mas viola um padrão de cuidado ou diligência que deveria ter sido critério norteador do seu desempenho; Da mesma forma, o resultado criminal deve ser previsível porque, se não o fosse, seria impossível exigir a devida diligência na ação — sem saber o que poderia acontecer³⁴ —. O autor gerou um risco não aprovado e para avaliá-lo na esfera subjetiva, deve-se sempre realizar um "juízo *ex ante*" do desenvolvimento do comportamento específico, uma análise na perspectiva de um sujeito que teria o conhecimento do autor e quem seria colocado nessa mesma situação.

³⁴ Luzón Peña, incide: «Ahora bien, aparte de la vulneración del deber de cuidado, la cual es imprescindible que exista para que se trate de un delito imprudente, también es necesario que el resultado producido fuese previsible, puesto que de no serlo no se puede exigir dicho deber o actuar diligente, ya que no habría manera de conocer que se iba a producir dicho resultado típico». LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Lecciones de Derecho Penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

Por outro lado, na conduta dolosa o autor sabe — tem consciência de — que está agindo com o concurso dos elementos do tipo penal, trata-se de um atentado consciente ou voluntário contra um bem jurídico tutelado. *A priori*, pode-se entender que, no dolo, há um componente intelectual (sabe-se que estão presentes os elementos do tipo e do perigo gerado pela conduta) e volitivo (quer-se que o resultado criminoso ocorra)³⁵. Agora, discute-se se, para inferir o dolo, é necessária a concorrência desses dois elementos (intelectual e volitivo) no sujeito ou se, em vez disso, basta apreciar um deles. Nesse campo, há um debate importante sobre se deve ser considerada a conduta dolosa, além de o sujeito conhecer os elementos do tipo e risco que ela gera, deve-se exigir um componente volitivo integral na sua materialização (incluindo o resultado, nos crimes de resultado) ou, por outro lado, podemos limitar-nos a considerar a mera assunção de um elevado risco de ocorrência de tais elementos. Questões como as apontadas nos levam às diferentes teorias que são utilizadas para distinguir o dolo — eventual — da culpa — consciente —. Vejamos quais são os critérios que contemplam e abordaremos qual é a tese que o Supremo Tribunal espanhol aceita e aplica para diferenciá-los.

De um lado está a tese da aprovação ou consentimento sobre o dolo. Uma teoria que incide sobre a vontade do sujeito, de modo que o principal fator de diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente é justamente que o autor aceita ou aprova o resultado provável. Sob essa teoria, considera-se um fator muito fraco que o autor simplesmente considere que com seu comportamento o resultado seja provável de ocorrer. Por esse motivo, para apreciar o dolo, é necessário que o sujeito o aprove. E para que haja dolo eventual tal aprovação ou anuência necessária pode ser apreciada naqueles casos em que o autor, prevendo a realização do tipo como possível, agiria da mesma forma como se o tivesse previsto como seguro³⁶. Conforme indicado acima, para distinguir dolo de culpa, devemos realizar um juízo *ex ante* em que, sem conhecer a certeza do resultado que foi finalmente produzido, se analisa se o autor quis ou não gerar aquele resultado. Se neste hipotético juízo *ex ante* se puder concluir que o agente, se conhecesse o resultado posterior que gerou, teria praticado a sua conduta, há dolo eventual, pelo contrário, se se concluir que o agente não teria, deve-se apreciar uma culpa. Assim, por exemplo, não haveria dolo na conduta de um diretor ou administrador que, se soubesse que um crime se materializaria ao tomar determinada decisão, não a teria adotado. Em suma, o elemento volitivo ou vontade inferida tem peso decisivo para discriminar o aspecto subjetivo.³⁷

³⁵ Nesta área, podemos encontrar as duas submodalidades de dolo direto: primeiro grau e segundo grau. Resumidamente, no dolo direto de primeiro grau, o sujeito conhece e deseja realizar o comportamento típico, enquanto no dolo direto de segundo grau ou consequências necessárias, o sujeito conhece os elementos com menor grau de certeza e, embora não queira como objetivo prioritário o tipo penal, assume-o como necessário e está incluído no seu âmbito volitivo (age com vontade de causá-lo).

³⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa, **tesis doctoral**, UPF p. 68. Como afirmado, trata-se da tradução da conhecida *primera fórmula de Frank*: “*el bandido habría disparado igualmente aunque hubiera sabido que se produciría la muerte. El fumador habría apagado el cigarrillo si hubiera sabido que iba a caer una chispa en la cama y que la casa iba a arder. La previsión del resultado como posible sólo sirve para el concepto de dolo cuando la previsión del mismo como seguro no habría detenido al autor, no habría tenido el significado de un contramotivo decisivo (...) Esto es lo que por aquí y por allá se denomina ‘consentimiento’*”. Em FRANK, ZStW, 10, 1890, p. 210-211.

³⁷ Há outras teses que vêm modular uma visão estrita da teoria do consentimento. Por exemplo, a tese do sentimento, que leva em consideração o tratamento dado pelo autor ao bem jurídico que tutela o tipo penal. Se apreciada uma total indiferença ou desrespeito a esse direito legal, caberia a imputação sob dolo — eventual —.

Em contraposição a essa teoria, há outra baseada em uma concepção cognitiva do dolo, tese em que, acima da vontade do sujeito, se encontra seu conhecimento sobre a probabilidade ou previsão do risco de materialização do crime que gera seu comportamento. Para a teoria da probabilidade ou representação, se o sujeito representa o resultado como altamente provável (apesar de não querer sua ocorrência), há dolo eventual. Pelo contrário, se não for altamente previsível, haverá culpa consciente. O desejo ou elemento volitivo do sujeito que desenvolve a conduta criminosa é indiferente à importância do conhecimento que possui sobre o grau de probabilidade. De tal forma que, se inferir que o sujeito sabia que havia 95% de probabilidade de que o resultado ocorresse, haveria comportamento doloso. Nesta tese, a probabilidade de materialização do resultado tratado pelo sujeito é de importância crítica. E isso, independentemente das fontes que permitem incorporar essa informação à sua psique ou da forma como a probabilidade é representada (seja por porcentagem, índice ou outras fórmulas). O que é decisivo na avaliação do dolo eventual é que nesse julgamento probabilístico que se realiza *ex ante*, se extrai que ele sabia da existência de um alto percentual de materialização.

Nesse sentido, outro aspecto discutível é onde se abandona o "território" da culpa consciente e se localiza a fronteira probabilística que marca o início do dolo eventual. Ela se localiza quando há mais de 75% de probabilidade de ocorrência do risco, mais que 79%, 85%, 90%? Não esqueçamos que, no campo empresarial, as consequências criminais para o sujeito ou sujeitos envolvidos e para a própria pessoa jurídica podem ser diversas e especialmente incisivas conforme seja dolo eventual ou culpa consciente. Como vimos, se o juiz inferir que a conduta foi intencional, o sujeito que é o protagonista da conduta poderá ser condenado (a menos que haja causa que exclua culpa ou punição), assim como a própria pessoa jurídica³⁸. Da mesma forma, poderiam ser aplicadas as demais fórmulas de extensão da tipicidade ou canais de extensão punitiva que operam quando o sujeito que pratica o crime age dolosamente: a condenação por tentativa e a condenação dos participantes. Ou seja, se for detectado o dolo, o sujeito e a empresa poderão ser condenados por tentativa de crime, e outros sujeitos e outras pessoas jurídicas por sua participação no crime; vamos aprofundar isso um pouco mais tarde.

Ora, dada a existência destas duas teses, o Supremo Tribunal espanhol passa a aplicar uma "teoria eclética" ou mista em que, a partir da análise do processo decisório do sujeito, se combinam alguns componentes de ambas as teses. No entanto, é possível adiantar que essa teoria está muito mais próxima dos postulados — objetivistas — da teoria da representação do que dos critérios da teoria do consentimento. A tese eclética que segue a doutrina jurisprudencial aprofunda suas raízes em uma teoria da decisão baseada nos postulados da escolha racional (que afirma que os processos de "tomada de decisão" estão sujeitos ao filtro de critérios lógicos e aplicados reflexivamente pelo ser humano, levando em conta custos/benefícios, aspirações etc.³⁹). Esta tese entende que o sujeito sabe da existência de uma alta probabilidade de materialização do risco gerado pelo seu comportamento e que se conforma

³⁸ Para qualquer um dos crimes do catálogo de crimes do sistema de responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

³⁹ Amplamente em AGUILERA GORDILLO, Rafael. **Manual de Compliance Penal en España**. 2022. Em concreto, epígrafe 3.I. *Persona física y acción social sobre el cumplimiento: desde la elección racional (fundamentos criminológicos y socio-legales) hasta el «behavioral compliance*, p. 253-313.

ou consente com esse fator. O elemento cognitivo é evidente no conhecimento da probabilidade e o elemento volitivo na aceitação do risco gerado por seu comportamento (ignorando se há aceitação concreta do resultado). Há dolo eventual, portanto, se o sujeito desenvolve um comportamento que, do ponto de vista racional, gera alto risco de ferir o bem jurídico e, apesar disso, o aceita. Ao contrário, não há dolo eventual e sim culpa consciente se não houver alto risco de lesão (o fator probabilístico é essencial).

Neste ponto, é pertinente trazer à tona a STS nº 333/2020 de 19 de junho⁴⁰. É uma sentença que, ao tratar de um homicídio, recolhe os pontos-chave da tese eclética aceita e os critérios para discernir entre dolo eventual e culpa consciente. Sem dúvida, a referida resolução constitui uma das sentenças mais ilustrativas e recentes do Supremo Tribunal espanhol nesta matéria. Especialmente significativo é o que está contido no *Fundamento de Derecho Cuarto*:

“En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es mas que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo, en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado, o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si, además, resulta acreditado la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado. Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, vida (véanse SS.T.S. de 8 de marzo de 2.004, 10 de diciembre de 2.004 y 14 de febrero de 2.005, entre otras muchas)...”

Portanto, há dolo se um sujeito age acima dos níveis de risco permitidos, tem conhecimento da existência de níveis de risco elevados em relação à probabilidade de a lesão se concretizar e, apesar disso, age com indiferença em relação a ela. A este respeito, outro dos fragmentos especialmente significativos do referido *Fundamento de Derecho Cuarto* observa:

“3.- El conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento. La indiferencia respecto a unos resultados graves. [...] Así obrará con dolo el que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto y desaprobado jurídicamente, pues habría tenido conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que caracterizan precisamente al dolo. La aceptación del resultado existe cuando el agente ha preferido la ejecución de la acción peligrosa a la evitación de sus posibles consecuencias. Así, volviendo a la ya citada sentencia 348/1993, de 20 de febrero, la jurisprudencia de esta Sala, ha llegado a una situación eclética, conjugando las tesis de la

⁴⁰ Magistrado prolator da decisão: Exmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

probabilidad con la del consentimiento, estimando que el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción pretendida asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca, pero en todo caso, es exigible la consciencia por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene."

Da mesma forma, esta decisão do Supremo Tribunal espanhol destaca o critério substantivo que permite distinguir dolo eventual de culpa ou culpa consciente dentro da tese eclética que aceita: a probabilidade de materialização do risco ou lesão ao bem jurídico. É o que afirma o ponto 4 do *Fundamento de Derecho Cuarto*, quando diz:

"...A diferencia del dolo directo, donde el agente quiere el resultado, y el directo de segundo grado, donde dicho resultado se representa como una consecuencia inevitable de la acción, que admite el autor, en el llamado dolo eventual el agente se representa el resultado como posible.

Por otra parte, en la culpa consciente no se quiere causar la lesión del bien jurídico, aunque también se advierte su posibilidad, y, sin embargo, se actúa. Se advierte el peligro pero se confía que no se va a producir el resultado.

Por ello, existe en ambos elementos subjetivos del tipo una base de coincidencia: advertir la posibilidad del resultado, pero no querer el mismo.

Para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resultado advertido como posible.

La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor.

Sin embargo, la culpa consciente se caracteriza por que, aun admitiendo dicha posibilidad, se continúa la acción en la medida en que el agente se representa la producción del resultado como una posibilidad muy remota."

Portanto, a culpa poderia ser apreciada apesar de o sujeito estar realizando uma ação com certo grau de conhecimento de sua periculosidade (culpa consciente)⁴¹. No entanto, nesta modalidade, o sujeito deve acreditar ou confiar que tal conduta não levará a resultados prejudiciais. Para apoiar essa crença, deve haver razões ou informações para substantiar isso (por exemplo, níveis de probabilidade baixos ou muito baixos). A esse respeito, Polaino Navarrete afirma⁴²:

"habrá dolo eventual si el autor, consciente del peligro de sus actuaciones, acepta que se produzca el resultado típico. En cambio, habrá imprudencia consciente cuando el autor es conocedor de la peligrosidad de sus acciones, tal como hemos manifestado con anterioridad, y no acepta el resultado, sino que confía en que no se producirá el mismo, ya sea por sus aptitudes o porque subestima el peligro causado"

Aqui emerge outro ponto que afeta diretamente o campo do *compliance* corporativo, especialmente nos administradores, diretores e órgãos de controle com formação em *compliance* e que: a) tenham acesso a informações sobre índices ou percentuais sobre os níveis de risco decorrentes das tarefas associadas "gestão de risco" (por exemplo, mapas de risco), ou

⁴¹ Entre muitos outros, os seguintes acórdãos tratam desta questão: STS número 54/2015, datado 11 de fevereiro de 2015 e a SAP Las Palmas número 10/2019 datado de 14 de fevereiro.

⁴² POLAINO NAVARRETE, M.; *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Ed. Tecnos, 2019. p. 126.

b) recorrem a ferramentas de análise de risco de *compliance* digital ou software de “análise de risco” como suporte nas suas decisões.

Nesse quadro, pode-se colocar a seguinte questão, vinculada ao próprio desenho e execução do sistema de *compliance* da pessoa jurídica em cuja esfera um ou mais de seus membros cometem o crime em benefício daquela entidade: que impressão o conhecimento prévio pode ter na imputação subjetiva de que, no “mapa do risco penal empresarial”, havia uma alta probabilidade de materialização do risco específico?

Dado que o grau de conhecimento ou nível de representação da ocorrência do referido risco constitui fator relevante para avaliar o aspecto subjetivo, há quem considere que o fato de o autor ter acessado essa informação probabilística sobre o risco ou mesmo ter participado na elaboração do mapa de riscos criminais corporativos, deve ser levado em consideração. Nessa perspectiva, se um sujeito da corporação toma uma decisão especialmente comprometida ou ligada a algum risco de relevância criminal e o risco se materializa, mas o mapa de risco de que ele tinha conhecimento mostrava que a probabilidade de o risco se concretizar tinha níveis baixos, encontraríamos um fator que poderia ser utilizado para refutar a inferência de um possível dolo eventual (o autor tinha informações prévias que ilustravam uma baixa probabilidade e isso merece ser levado em consideração, apreciando a culpa consciente). E, inversamente, o fato de um sócio da empresa tomar uma decisão que afete um risco criminal sobre o qual tenha informações que o alertem para a alta probabilidade de ocorrência aumentaria muito as chances de o juiz inferir dolo. No entanto, essa abordagem pode ser refutada argumentando que uma questão é a informação geral em abstrato e um tempo relativamente considerável antes da ocorrência do risco, e outra muito diferente é o conhecimento particular dos níveis ou probabilidade do risco em circunstâncias específicas que antecedem a materialização decorrente da decisão singular do sujeito desenvolvida no âmbito de suas funções.

Por outro lado, no que respeita aos processos de tomada de decisão levados a cabo por órgãos com capacidade executiva em contextos corporativos auxiliados por software de *compliance* ou ferramentas de “análise de risco”, pode-se afirmar o seguinte: é palpável que, no seio das empresas, estão a recorrer cada vez mais e mais ao uso de software que fornece dados probabilísticos ou estimativas de risco. Esse tipo de informação sobre probabilidades fornecida por software de *compliance* ou análise de risco (que utiliza *big data* e *machine learning*) pode ter um papel determinante no processo de inferência (dolo x culpa). É claro que, conforme observado acima, sua virtualidade pode ser discutida e variar dependendo do imediatismo e semelhança com o risco específico. No entanto, podem ser mais transcendentais para extrair ou inferir o aspecto subjetivo do que pode parecer à primeira vista; portanto, antes de selecionar a ajuda de uma ou outra ferramenta, se deve refletir sobre fatores como: quais algoritmos a suportam, como elas realmente funcionam, se permitem extrair evidências claras das informações que ela fornece etc. Da mesma forma, como é lógico, uma vez que o nível de conhecimento do assunto é levado em consideração, o grau de especialização e a formação que recebem, também são fatores determinantes no julgamento de inferência sobre o aspecto

subjetivo e devem ser levados em consideração no que tange à responsabilização da pessoa jurídica.

O que foi dito sobre a dificuldade quanto à distinção entre eventual dolo e culpa consciente e suas consequências nos permite deduzir o papel crucial que, em um possível cenário judicial, podem desempenhar os documentos físicos, digitais ou periciais que ilustram ao órgão julgador o risco de crime avaliado pelo sujeito e o risco real no momento em que este praticou a conduta.

Além disso, esses tipos de elementos não são apenas convenientes para fazer um julgamento hipotético *ex ante* adequado sobre a probabilidade de materialização do direito legal, mas também constituem suportes adequados para analisar possíveis vieses cognitivos⁴³ e heurísticos que, independentemente de informações ou dados objetivos, podem afetar qualquer pessoa que tome decisões em uma empresa (e especialmente naquelas decisões vinculadas a riscos).

Portanto, maior atenção deve ser dada a esses tipos de fatores no plano judicial. De fato, até mesmo o próprio órgão julgador é passível de ser influenciado pelo que se conhece como “viés de resultado” quando se trata de inferir se a conduta do sujeito, que resultou na lesão de um bem jurídico, conformou-se aos parâmetros do dolo eventual ou da culpa consciente. Consequentemente, seria oportuna a contribuição de um documento ou, até mesmo, de um perito que incluísse esse tipo de questão em sua análise — para tentar distorcer esse viés — mostrando o verdadeiro estágio em que o sujeito se encontrava.

4. Os efeitos extensivos gerados pela apreciação de dolo: tentativa e punição pela participação de terceiros pessoas jurídicas

Conforme apontado na seção anterior, quando se constata que uma conduta criminosa foi praticada intencionalmente, duas fórmulas são acionadas para apreciar a criminalidade (tentativa e participação) que não podem operar com culpa. Essas fórmulas de ampliação podem ter repercussões muito sérias tanto dentro como fora da esfera da própria pessoa jurídica. Assim, a inferência de que um membro da pessoa jurídica praticou intencionalmente uma conduta ilícita, que cumpra os pressupostos contidos na letra “a” ou “b” do n.º 1 do artigo 31º bis do CP, gera:

A) Que a pessoa jurídica pode ser declarada criminalmente responsável pela tentativa de crime se o sujeito não puder cometer o crime.

⁴³AGUILERA GORDILLO, Rafael. **Manual de Compliance Penal en España**. 2022; em particular, a seção 5.VII. *Otros aspectos clave: la cuestión de la «eficacia», estrategias de optimización del cumplimiento en entornos corporativos y la «pericial de compliance»*, p. 633-652. A impressão de vieses na tomada de decisão é evidente e foi cientificamente comprovada. Para acessar uma representação simples dos vieses cognitivos mais relevantes: 1) Dezoito vieses cognitivos, 2) Cinquenta vieses cognitivos.

B) Que outros membros da pessoa jurídica ou fora dela, incluindo outras pessoas jurídicas, possam ser declarados criminalmente responsáveis pela sua participação no crime.

Quando o sujeito (ou coautores) que atuou na esfera da pessoa jurídica não pôde realizar todos os elementos do tipo objetivo, procede-se à condenação pelo cometimento do crime em grau de tentativa⁴⁴. A prática judiciária observada até aqui permite extrair vários pressupostos onde se declara a responsabilidade penal da pessoa jurídica pelos crimes praticados por alguns dos seus membros em grau de tentativa. Sobre a possibilidade de punir a pessoa jurídica, o Supremo Tribunal espanhol, no seu acórdão número 165/2020 de 19 de maio⁴⁵, assevera em seu *Fundamento de Derecho Séptimo*:

“En efecto, las personas jurídicas pueden cometer un hecho delictivo tanto en grado de consumación como en imperfecto grado de ejecución, como es la tentativa. No existe óbice alguno de naturaleza dogmática, para no hacer esta distinción en la ejecución criminal. Si la pena de multa se impusiere en grado de tentativa, ha de rebajarse conforme resulta del art. 62 del Código Penal.”

A presente decisão trata de caso em que a sociedade limitada é declarada criminalmente responsável por tentativa de crime de fraude processual e o administrador de fato da empresa — sob autoria mediata — por crime de falsidade em documento particular⁴⁶, previsto no artigo 395 do CP, relativamente ao artigo 390, 1º, 2º e 3º, do CP, e de tentativa de crime de fraude processual, do artigo 250, 1, 7º, do CP, em concorrência com a norma do artigo 8, 4 do CP. Esta sentença examina um caso em que o administrador de fato da pessoa jurídica, após dispensar um empregado, falsifica por meio de terceiro (outro empregado da pessoa jurídica) o documento de desligamento do empregado e o entrega à defesa da empresa para sua contribuição à ação judicial para reclamar o valor solicitado pelo trabalhador demitido. Portanto, quando um órgão de gestão de fato da pessoa jurídica cometer um crime e atender aos requisitos contidos na letra “a” do 31 bis 1 do CP, a própria pessoa jurídica é condenada (por não ter um sistema de *compliance* efetivamente implementado e aplicado). A sentença explica em seu *Fundamento de Derecho Segundo*:

“...conforme al art. 28 del Código Penal, ha de considerarse autor tanto al que realiza el hecho por sí solo o conjuntamente, o por medio de otro del que se sirve como instrumento, y que el delito de falsedad documental no es un delito de propia mano, sino que admite la posibilidad de autoría mediata, reprocha su participación

⁴⁴ Artigo 16 C.P.: «1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. 2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito. 3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.»

⁴⁵ Magistrado que prolatou a decisão: Exmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

⁴⁶ Como se depreende, o crime de falsidade em documento particular não é imputado à pessoa jurídica e apenas é imputada a fraude processual, pois a primeira não está contemplada no *numerus clausus* dos crimes para os quais está prevista a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

delictiva a título de autor... »

«De manera que, como bien dice, tanto es autor quien falsifica materialmente como quien se aprovecha de la acción con tal que ostente o tenga el condominio del hecho, recordando que a estos efectos resulta indiferente que el artífice material sea el propio acusado o una persona a la que se encarga esta misión.

Esto es precisamente lo que ocurre en estos autos.»

Outro caso a referir é o da condenação ao pagamento de multa de oitenta mil euros, em virtude da declaração de responsabilidade criminal, a uma sociedade anônima por tentativa de fraude processual praticada pelo administrador da sociedade no âmbito de processo civil de pedido de quantia. Este é o caso examinado pela sentença do Tribunal Provincial de Saragoça n.º 575/2016 de 1 de dezembro onde, na sua Base VIII:

“Por lo que respecta a la acusada FRUTAS ANDALUZ S.A. es, al igual que Javier , es responsable en concepto de autora de un delito de estafa procesal en grado de tentativa tipificado en el artículo 248 en relación con el 249 , 250.1 , 5 º y 7 º , 251, 16 y 62 todos ellos del Código Penal en virtud de lo establecido en el artículo 31.1 bis del Código Penal vigente en el momento de acaecimiento de los eventos que han dado lugar a la presente causa y anterior a la reforma introducida por la L.O. 1/2015 de 30 de marzo.

El mencionado artículo 31. bis del Código Penal establece que ...'En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre y por cuenta de las mismas y en su provecho por los representantes ...'

En el caso que nos ocupa vemos que la demanda civil que dio lugar a la presente causa se interpuso por FRUTAS ANDALUZ S.A. contra CONSESA aunque haya sido su único administrador y propietario, Javier el que presentó en el procedimiento civil los documentos inveraces con las miras de obtener una resolución favorable a sus intereses en perjuicio de tercero.»

Por fim, outra das implicações de se cometer um crime sob a modalidade dolosa é a possibilidade de punir a participação intencional de outros sujeitos (opção que não se aplica quando o principal ator do crime desenvolve a conduta de forma culposa⁴⁷):

- pessoas naturais, dirigentes ou empregados, da mesma pessoa jurídica em cuja esfera o autor ou o agente principal seja o protagonista do crime.

- pessoas naturais, diretores ou funcionários de outras sociedades e terceiros alheios ou fora do contexto societário.

- outras pessoas jurídicas, consoante a entidade da contribuição (a favor do autor ou ator principal) efetuada pela pessoa natural que atue no âmbito e em benefício da “outra” pessoa jurídica.

Há pouco espaço para dúvidas quanto à possibilidade de punir outras pessoas físicas por sua participação intencional (independentemente de pertencerem à mesma pessoa jurídica que

⁴⁷ Há uma doutrina reconhecida que sustenta que a participação intencional em crimes imprudentes teria lugar em nosso sistema jurídico-penal. Por exemplo, Robles Planas ou Silva Sánchez.

o sujeito ou ator principal que seja o autor do crime). Há participação ativa e omissiva⁴⁸. Da mesma forma, dependendo do momento, da importância e intensidade da contribuição, pode-se dizer que nos encontramos com um colaborador necessário, um cúmplice⁴⁹, indutor etc. No que se refere à imputação subjetiva do participante, o que chama a atenção é a exigência do que se conhece como dolo duplo, que pode ser sintetizado na ideia de que o participante deve saber que o sujeito ou ator principal está cometendo um crime e, por sua vez, que com sua contribuição ele está ajudando, apoiando ou contribuindo efetivamente para aquele crime praticado pelo ator principal. Outro ponto relevante, especialmente ligado ao exposto na seção anterior e que merece ser destacado, é que é possível a avaliação de dolo eventual do participante. Em seguida, são apresentadas diferentes decisões judiciais do Supremo Tribunal espanhol que são especialmente significativas nesta área.

STS número 503/2008, datada de 17 de julho:

“la doctrina y la jurisprudencia han exigido en el cooperador un doble dolo. Debe abarcar, de un lado, el hecho que realiza o que va a realizar el autor, cuyo propósito debe conocer en sus aspectos esenciales, y de otro, que su aportación supone una colaboración, lo que implica que el cooperador ha de conocer la finalidad con la que aquella va a ser utilizada por el autor, siendo consciente de que con ella se facilita de alguna forma relevante la ejecución de aquel hecho, al menos mínimamente

⁴⁸ Quanto à participação omissiva, é paradigmática a STS nº 749/2010 de 16 de setembro (magistrado relator da resolução: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez) onde, em seu *Fundamento de Derecho Decimoséptimo* observa: «La jurisprudencia de esta Sala, si bien ha reconocido expresamente que la admisibilidad de una participación omisiva es de difícil declaración, ha aceptado ésta, asociando su concurrencia a la de los elementos propios del art. 11 del CP, entre ellos, que el omitente ocupe una posición de garante (STS 1273/2004, 2 de noviembre).

De ahí que sea posible incluso en los delitos de acción, cuando la omisión del deber de actuar del garante haya contribuido, en una causalidad hipotética, a facilitar o favorecer la causación de un resultado propio de un delito de acción o comisión y que podría haberse evitado o dificultado si hubiera actuado como le exigía su posición de garante. [...] «La jurisprudencia de esta Sala, en relación con la complicidad omisiva impone la concurrencia de los siguientes requisitos: a) un presupuesto objetivo, esto es, el favorecimiento de la ejecución; b) un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de facilitar la ejecución; y c) un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante (STS 1480/1999, 13 de octubre)»

⁴⁹ Assim, por exemplo, segundo a jurisprudência, para distinguir entre cumplicidade e cooperação necessária, deve-se analisar a importância da contribuição. Nesse sentido, a STS nº 311/2015, de 16 de abril, «Para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última, que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que “el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce “de modo que” el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho” y así “será un partícipe necesario, pero no coautor”, concluyendo que “lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación...”».

Sobre isso, a STS nº 384/2019, de 23 de julho, diz o seguinte: «Tal y como decíamos en nuestra sentencia 377/2011, de 12 de mayo: “La distinción entre complicidad y cooperación necesaria no siempre es sencilla. La jurisprudencia ha señalado en alguna ocasión (STS594/2000, entre otras) que debe apreciarse la cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la “conditio sine quanon”), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), y la complicidad se apreciará cuando no concurriendo las circunstancias antes expuestas caracterizadoras de la cooperación necesaria exista una participación accidental, no condicionante y de carácter secundario...”».

determinado. Se ha admitido que, en este sentido, es bastante el dolo eventual, de forma que no es preciso que el cooperador oriente su conducta de modo directo a la facilitación del hecho del autor principal cuyo propósito de ejecución conoce...”.

STS número 258/2007, datada de 19 de julho:

“En la doctrina reciente es discutido si el dolo del partícipe, especialmente del cooperador, debe ser referido sólo a la prestación de ayuda o si además se debe extender a las circunstancias del hecho principal... [...] el partícipe debe haber tenido una representación mental del contenido esencial de la dirección del ataque que emprenderá el autor. No se requiere, por el contrario, conocimiento de las particularidades del hecho principal, tales como dónde, cuándo, contra quién, etc. será ejecutado el hecho, aunque éstas pueden ser relevantes, en algún caso, para determinar la posible existencia de un exceso por el que el partícipe no está obligado a responder...”.

STS número 311/2014, datada de 16 de abril:

“El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél, (SSTS. 5.2.98, 24.4.2000)”.

Consequentemente, na esfera subjetiva, para punir outras pessoas físicas como participantes de um crime alheio, não é necessário que elas conheçam detalhadamente o plano criminoso do autor (ou autores), mas sim que conheçam e consintam que com eles estão contribuindo⁵⁰. Em outras palavras, para a condenação por participação, é necessário que o participante conheça a intenção criminosa do autor principal, o provável dano ao bem jurídico que o crime possa causar e que o mesmo participante, com a sua conduta, ajude ou realize uma contribuição que aumente o risco desse crime⁵¹. Mais uma vez nos deparamos com o fator de risco probabilístico, o que confirma sua importância.

Por fim, há a polêmica questão da responsabilidade penal de outras pessoas jurídicas por sua participação em crime alheio. Como o leitor saberá, não há jurisprudência que ajude a delinear quando poderia operar a responsabilidade penal por participação em pessoas jurídicas e o Código Penal não exclui nem contempla claramente essa possibilidade. Assumindo essa opção, pode-se argumentar que, assim como para declarar a responsabilidade penal da pessoa jurídica “autora”, é exigida a prática prévia do crime por administrador ou empregado sob qualquer das formas de autoria. No caso da participação de pessoa jurídica “participante” deve-

⁵⁰ Ficam excluídos os chamados atos neutros ou comportamentos cotidianos associados ao desconhecimento do crime.

⁵¹ Também pode ser citada a STS nº 442/2014, de 2 de junho, que expõe: «cuando se trata de un cooperador, el dolo eventual deberá manifestarse en el conocimiento, de un lado, de la probable intención del autor principal, y además, de otro lado, en el de las probables consecuencias de su aportación respecto a la ejecución por el autor principal de un hecho mínimamente determinado. Por lo tanto, el cooperador debe conocer que existe el peligro concreto de realización del tipo por parte del autor principal, y que su aportación significa un incremento de tal riesgo...».

se supor que um dos membros dessa “segunda” pessoa jurídica contribua ou efetue fraudulentamente uma contribuição que favoreça o crime alheio⁵². Esta participação deve ser realizada no âmbito das suas funções (dentro daquela “segunda” entidade jurídica) e em seu benefício.

Na ausência de jurisprudência que revele claramente algum critério ou diretriz, note-se que, no campo da doutrina mais reconhecida, encontramos aqueles que não aceitam a possibilidade de punir a pessoa jurídica por participação, aqueles que aceitam essa opção e os que aceitam com nuances. De forma esquemática, como exemplo de um autor que se opõe a essa possibilidade, pode-se destacar Lascuraín Sánchez, que argumenta que, tanto no início da letra “a” como na letra “b” do inciso 1 do artigo 31 bis do CP espanhol, é dito literalmente que as pessoas jurídicas serão criminalmente responsáveis “pelos crimes cometidos” (e, em seguida, indica as condições e características das pessoas físicas que — realmente — realizam o ato criminoso). Para este autor, o fato de ter sido utilizado o verbo «cometer» implica que a pessoa natural que atua na esfera jurídica deve ser a autora do crime, uma vez que “o participante não comete crime, mas sim ajuda o autor a cometê-lo”⁵³. Além disso, sublinha que, do ponto de vista sistemático, punir a pessoa jurídica pela participação seria algo semelhante a punir a participação na participação (na medida em que o próprio instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma espécie de participação omissiva em crime da pessoa natural que efetivamente comete o crime).

Contra essa posição estão outros autores especializados na matéria que sustentam que, em nosso sistema jurídico-penal, há espaço para a punição da pessoa jurídica como participante. Dentro deste grande grupo, o debate gira em torno de quais são as categorias que incluímos — ou incluiríamos — na participação punível da pessoa jurídica. É que, embora não haja dúvidas no momento de punir a pessoa jurídica por crimes sob as diferentes modalidades de autoria (“autoria direta”, “coautoria” e “autoria mediata”), n° 1 do artigo 28 do CP, há incerteza se a pessoa jurídica só pode ser punida pela participação nas categorias de “indução” ou “cooperação necessária” (alíneas “a” e “b” do n° 2 do artigo 28° do CP) ou se, adicionalmente, a pessoa jurídica poderia ser punida por “cumplicidade” (contemplada no artigo 29 do CP)⁵⁴. A

⁵² Obviamente, deve ser um crime incluído no catálogo de crimes do sistema de responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

⁵³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “¿Penamos a la persona jurídica por conductas de participación?”, 2019.

⁵⁴ Artigo 28 do CP: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.”

Artigo 29 do CP: «Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos».

Como se sabe, os autores em sentido estrito são aqueles incluídos na primeira seção do art. 28. O instigador e o colaborador necessário só são equiparados ao agente para efeitos de determinação da pena. Apenas os autores têm pleno domínio do fato, enquanto os participantes fazem contribuições e dependem da decisão do autor. Por isso, a participação se destaca pelo seu caráter incidental, pois depende de uma conduta típica e ilícita do autor..

propósito desta questão, Fernández Teruelo destaca o seguinte⁵⁵:

“el legislador parece haber tenido en cuenta únicamente la intervención de los diferentes sujetos que cometen el hecho delictivo, a título de autor (‘haber cometido’), no activándose la responsabilidad de la propia entidad cuando su comportamiento haya consistido en intervenir en hechos (distintos de los enumerados por el precepto) de otros a título de inductor o cooperador”.

Por sua vez, Del Rosal Blasco⁵⁶ aponta a origem da punição à pessoa jurídica sob a “cooperação necessária” ou “indução”, excluindo a figura da “cumplicidade”, enquanto Gómez Tomillo⁵⁷, em uma interessante análise das consequências jurídico-criminais decorrentes das interações entre pessoas jurídicas e naturais, sustenta que as mesmas categorias de participação previstas para pessoas naturais podem ser aplicadas a pessoas jurídicas:

“Desde nuestra perspectiva, y en un plano teórico, admitida la responsabilidad penal de las personas jurídicas, coherentemente, debería aceptarse su extensión al ámbito de las figuras de participación en el delito. Si la Ley permite imputar a una persona jurídica una conducta susceptible de ser calificada como delictiva a título de autor; debería también poder imputarse a la misma persona una inducción punible, de naturaleza jurídica accesoria...

[...]

... que no entendemos que la regulación positiva que desprenden los artículos 28.B) y 29 del Código Penal se desprenda obstáculo alguno a la consideración efectuada. Especialmente si, como venimos haciendo, se estima que el reconocimiento de responsabilidad penal de las personas jurídicas no supone que estas lleven a cabo una conducta descrita en un tipo (en este caso en contacto con las normas de participación), sino que supone un juicio valorativo de atribución de tal responsabilidad”

5. Conclusão

O que evidencia a disparidade de critérios e opiniões expostas é que, apesar de a responsabilidade penal da pessoa jurídica ser um instituto assumido há anos por um número muito relevante de países, há uma ampla gama de aspectos que não estão totalmente definidos ou, pelo menos, sobre os quais não há amplo consenso.

No caso espanhol, há muitos pontos relevantes a serem delineados nesta área de responsabilidade penal da pessoa jurídica e do *compliance*. Não se pode ignorar que, em termos relativos, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas constitui um campo novo. De certa

⁵⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER. “Criterios de transferencia o conexión en el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas: La doble vía de imputación (art. 31 bis 1. apartados a y b CP)”, In: AAVV/SUAREZ LÓPEZ; BARQUÍN SANZ; BENÍTEZ ORTUZAR; JIMÉNEZ DÍAZ; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (Dirs.). **Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva**, Madrid: Dykinson, 2018, p. 226.

⁵⁶ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo.; **Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas**. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, p.132.

⁵⁷ GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas**, 2ª Edición, Ed. Aranzadi, 2015, p. 222-226.

forma, essa circunstância compromete ou afeta a necessária segurança jurídica que deve ser apreciada (especialmente quando o legislador não costuma ser ágil e não realiza reformas profundas e abrangentes que permitam esclarecer as questões levantadas).

Da mesma forma, os pontos abordados nas primeiras seções deste artigo nos mostram que, além das questões jurídico-criminais que já vinham se tornando especialmente complexas, existem as particularidades e desafios da responsabilidade penal no contexto empresarial. Nesse quadro, a jurisprudência avança com calma e, progressivamente, é obrigada a tentar esclarecer dúvidas. Resta-nos esperar e, entretanto, continuar a analisar este tipo de desafio e sondar fórmulas que nos permitam dar uma resposta mais eficaz aos desafios que se colocam.

Anexo: catálogo de crimes para os quais a responsabilidade penal da pessoa jurídica é prevista na Espanha⁵⁸

Tráfico ilegal de órgãos (Art. 156 bis em relação ao Art. 156 bis 7 do Código Penal Espanhol)

Tráfico de seres humanos (Art. 177 bis em relação ao Art. 177 bis 7 do Código Penal Espanhol, doravante CP)

Prostituição, exploração sexual e corrupção de menores e incapazes, pornografia infantil (arts. 187, 188 e 189 bis em relação ao art. 189 ter do CP)

Descoberta e divulgação de segredos e invasões informáticas (arts. 197, 197 bis e 197 ter em relação ao art. 197 quinquies do CP)

Golpes (Arts. 248, 249, 250 e 251 em relação ao Art. 251 bis do CP)

Ocultação de bens e frustração na execução (arts. 257, 258 e 258 bis em relação ao art. 258 ter do CP)

Insolvências puníveis (arts. 259, 259 bis, 260 e 261 em relação ao art. 261 bis do CP)

Danos no computador (Arts. 264, 264 bis e 264 ter em relação ao Art. 264 quater do CP)

Propriedade intelectual (arts. 270, 271, 272 em relação ao art. 288 do CP)

Propriedade industrial (arts. 273, 274, 275, 277 em relação ao art. 288 do CP)

Mercado e Consumidores (Arts. 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 283, 284, 285, 285 bis, 285 ter, 285 quater e 286 em relação ao Art. 288 do CP)

⁵⁸ Para aprofundar os requisitos, casuística e jurisprudência sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica e o programa de compliance criminal na Espanha, bem como um modelo antrópico atualizado e universalmente válido de responsabilidade penal empresarial, vide AGUILERA GORDILLO, Rafael. **Manual de Compliance Penal en España**. 2022.

Corrupção nos negócios e corrupção nas transações internacionais (arts. 286 bis, 286 ter e 286 quater em relação ao art. 288 do CP)

Lavagem de dinheiro (Art. 301 em relação ao Art. 302.2 do CP)

Financiamento ilegal de partidos políticos (Art. 304 bis em relação ao Art. 304 bis 5 do CP)

Crimes contra a Fazenda Pública, Previdência Social e Fraude de Subsídios (arts. 305, 306, 307, 307 ter, 308 e 310 em relação ao art. 310 bis do CP)

Crimes contra os direitos dos cidadãos estrangeiros (Art. 318 bis em relação ao Art. 318 bis 5 do CP)

Crimes contra o ordenamento do território e urbanismo (Art. 319 em relação ao Art. 319.4 do CP)

Crimes ambientais (arts. 325, 326, 326 bis, 330 em relação ao art. 328 do CP)

Crimes relacionados com energia nuclear e radiações ionizantes (Art. 343 em relação ao Art. 343.3 do CP)

Crimes de risco causados por explosivos e outros agentes (Art. 348 em relação ao Art. 348.3 do CP)

Crimes contra a saúde pública na forma de adulteração de medicamentos, alimentos, alimentos e água (Arts. 359, 360, 361, 361 bis, 362, 362 bis, 362 ter, 362 quinquies, 363, 364 e 365 em relação ao art. 366 do computador)

Crimes contra a saúde pública na forma de tráfico de drogas (arts. 368 e 369 em relação ao art. 369 bis do CP)

Moeda falsa e efeitos carimbados (Art. 386 em relação ao Art. 386.5 do CP)

Falsificação de cartões de crédito e débito e cheques de viagem (art. 399 bis em relação ao art. 399 bis 1 do CP)

Suborno e suborno de funcionário estrangeiro (Arts. 424 e 427 em relação ao Art. 427 bis do CP)

Tráfico de influência (arts. 429 e 430 em relação ao art. 430 do CP)

Peculato (Arts. 432, 433, 433 bis, 434, 435 em relação ao Art. 435.5 do CP)

Provocação à discriminação, ódio ou violência contra grupos (Art. 510 em relação ao Art. 510 bis do CP)

Terrorismo e financiamento do terrorismo (Arts 571, 572, 573, 573 bis, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 579 bis, 580 em relação ao Art. 580 bis do CP)

Contrabando (classificado em direito penal especial: art. 2.6 da Lei Orgânica 12/1995, de 12 de dezembro, sobre a repressão ao contrabando de contrabando)

Crimes para os quais, além da modalidade intencional, a responsabilidade penal da pessoa jurídica está contemplada na modalidade imprudente na Espanha:

Insolvências puníveis (Art. 259.3 em relação ao Art. 261 bis do CP)

Lavagem de dinheiro (Art. 301.3 em relação ao Art. 302.2 do CP)

Crimes ambientais (Art. 331 em relação ao Art. 328 do CP)

Financiamento do terrorismo (Art. 576.4 em relação ao Art. 580 bis CP)

Contrabando (Art. 2.5 em relação ao Art. 2.6 da Lei Orgânica 12/1995, de 12 de dezembro, sobre a repressão ao contrabando)

Lista de referências

- AGUILERA GORDILLO, Rafael. **Manual de Compliance Penal en España** (2ª Edición), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022.
- BACIGALUPO SAGESSE, Silvina.; **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**, Buenos Aires, 2001.
- BLOUNT, Justin ; MARKEL, Spencer. The End of the Internal Compliance World as we know it, or an Enhancement of the Effectiveness of Securities Law Enforcement? Bounty Hunting Under the Dodd-Frank Act's Whistleblower Provision. **Fordham Journal of Corporate & Financial Law**, Vol, 17, nº 4, 2012, pp. 1023-1062. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1317&context=jcfl>. Acesso em: 06 jun. 2022.
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio. "A vueltas con los programas de cumplimiento y su trascendencia penal". **Revista de jurisprudencia**, octubre, 2017. Disponível em: <https://elderecho.com/vueltas-los-programas-cumplimiento-trascendencia-penal>. Acesso em: 6 jun. 2022.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo.; **Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas**, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención. AAVV/MORILLAS CUEVA (DIR.); **Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)**. Ed. Dykinson, Madrid, 2015.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC**, núm. 21-03, 2019.
- FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER. "Criterios de transferencia o conexión en el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas: La doble vía de imputación (art. 31 bis 1. apartados a y b CP)", en AAVV/SUAREZ LÓPEZ; BARQUÍN SANZ; BENÍTEZ ORTUZAR; JIMÉNEZ DÍAZ; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (Dirs.). **Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva**, Ed. Dykinson, Madrid, 2018.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso; **Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015**, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- FUCHS, Christian.; HOFKIRCHNER, Wolfgang. Autopoiesis and Critical Social Systems Theory. Magalhães, & Sanchez (Eds.) **Autopoiesis in Organization Theory and Practice**, 2009.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Penas para las personas jurídicas: ¿Ovejas con piel de lobo?». LANDA GOROSTIZA (Dir.) **Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015**, Ed. Dykinson, Madrid, 2017.
- GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. **Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas**, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas**, 2ª Edición, Ed. Aranzadi, 2015.
- HABERMAS, Jürgen. Excursus on Luhmann's Appropriation of the Philosophy of the Subject through Systems Theory, In HABERMAS, **The Philosophical Discourse of Modernity: Twelve Lectures**, Ed. Cambridge Polity Press, 1987.

- KNUDSEN, Morten. Displacing the Paradox of Decision Making: The Management of Contingency in the Modernization of a Danish County. EN SEIDL, D./BECKER H. (Eds.) **Niklas Luhmann and Organization Studies**, Ed. Liber & Copenhagen Business School Press, Copenhagen, 2005.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “¿Penamos a la persona jurídica por conductas de participación?”. **Almacén del Derecho**, 2019. Disponível em: <https://almacenederecho.org/penamos-a-la-persona-juridica-por-conductas-de-participacion>. Acesso em: 6 jun. 2022.
- LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo** [Tit. orig.: *Organisation und Entscheidung. Autopoiesis, handlung un kommunikative verständigung*, 1982], Anthropol Editorial, Barcelona, 2005.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Lecciones de Derecho Penal**, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- MINGERS, John. Observing Organizations: An Evaluation of Luhmann’s Organization Theory. Hernes/Bakken (Eds.), **Autopoietic Organization Theory: Drawing on Niklas Luhmann’s Social Systems Perspective**, Ed. Copenhagen Business School Press, Copenhagen, 2003.
- MINGERS, John. Can Social Systems Be Autopoietic? Assessing Luhmann’s Social Theory, en **Sociological Review**, 50, 2002.
- MIR PUIG, Santiago.; Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC**, núm. 06-01, 2004, p. 01:2- 01:17.
- PRADEL, Jean. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho francés: “algunas cuestiones”. **Revista de Derecho penal y Criminología**, núm. 4, 1999.
- RAGUÉS i VALLÈS, Ramón. La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa, **tesis doctoral**, UPF, 1998. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10803/7299> . Acesso em: 6 jun. 2022
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Lecciones de Derecho Penal Parte General**, Ed. Tecnos, 2019.
- SEIDL, David; MORMANN, Hannah. Niklas Luhmann as Organization Theorist. **The Oxford Handbook of Sociology, Social Theory, and Organization Studies**, vers. digital, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2014.

Recebido em: 12/05/2022

Aprovado em: 23/06/2022

Análise estatística do sistema carcerário alagoano entre os anos de 2015 e 2020: Contradições e percepções do falso combate ao Comando Vermelho Rogério Lemgruber e ao Primeiro Comando da Capital

Statistical analysis of the alagoano prison system between the years 2015 and 2020: contradictions and perceptions of the false combating the Comando Vermelho Rogério Lemgruber and the Primeiro Comando da Capital

Bruno Cavalcante Leitão Santos 

Doutor em Direito pela PUCRS, Mestre em Direito Público pela UFAL, Professor no Centro Universitário Cesmac (Maceió/AL), Advogado

Francisco de Assis de França Júnior 

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra (PT), Professor no Centro Universitário CESMAC (Maceió/AL), Advogado

Adrian Mikaelly Lima Carneiro 

Pós-Graduada em Direito e Processo Penal pelo Centro Universitário CESMAC (Maceió/AL), Advogada

Resumo: A pesquisa em questão vislumbra, assim como o tema proposto nos remete, a traçar uma análise do perfil carcerário alagoano, não deixando de enfatizar que tais números não devem ser olhados de modo supremo e absoluto quanto a sua confiabilidade, haja vista as percepções e contradições que nos são fornecidas, se compararmos a teoria e a prática. Desta feita, nos utilizaremos da combinação de referenciais teóricos para fundamentar o significado dos dados colhidos e expostos por meio dos relatórios do SISDEPEN, entre o lapso temporal compreendido entre o segundo semestre de 2015 e o primeiro semestre de 2020.

Palavras-chaves: Estatísticas; Sistema Carcerário; Alagoas; PCC e CVRL

Abstract: The research in question envisions, as well as the proposed theme leads us, to trace an analysis of the Alagoas prison profile, while emphasizing that such numbers should not be looked at in a supreme and absolute way as to their reliability, given the perceptions and contradictions that are provided to us, if we compare theory and practice. Thus, we will use the combination of theoretical frameworks to substantiate the meaning of the data collected and exposed through the SISDEPEN reports, between the second half of 2015 until the first half of 2020.

Keywords: Statistics; Prison system; Alagoas; PCC and CVRL

1. Introdução

A presente pesquisa se direciona, assim como nos remete o seu título, a traçar uma espécie de perfil do sistema carcerário alagoano, bem como, posteriormente compará-lo aos discursos publicizados pelo Estado, seja no tocante a famosa ressocialização, ou ao suposto combate de facções como o Comando Vermelho Rogério Lemgruber e o Primeiro Comando da Capital, e é justamente daí que surge a importância de expor não só as contradições encontradas, como as percepções que nos são fornecidas pelos atos promovidos pelo maquinário estatal em relação aos sujeitos aqui estudados.

O objetivo desta pesquisa é fazer com que se compreenda, sem maiores dificuldades, as reais intenções dos discursos propalados publicamente pelo Estado, sejam estes de que a criminalidade está cada vez mais ousada, e que, por isso, se faz necessária a criação de dispositivos penais cada vez mais repressivos, ou de que o sistema carcerário concede as maiores mordomias aos seus integrantes e que a chamada ressocialização seria o carro chefe desta situação perpetuada e que vem gozando de plena efetividade há décadas e que serão desconstruídas pela teoria e pela prática, ao longo da presente pesquisa.

Esta pesquisa se utiliza de metodologia quali-quantitativa, envolvendo a análise de dez relatórios fornecidos pelo SISDEPEN, entre o segundo semestre de 2015 e o primeiro semestre de 2020, em que cuidaremos de expor os números e suas variantes, no que concerne aos dez indicadores estudados, sendo dois destes, analisados na parte final do primeiro capítulo, e os demais, no segundo capítulo. Ainda sobre a exposição de dados, ressaltamos a importância de não encarmos os mesmos como verdade absoluta, uma vez que, vários aspectos nos remetem a desconfiança de que alguns números não retratam a realidade do sistema carcerário alagoano.

Acerca do aspecto qualitativo, ressaltamos que nos utilizaremos deste para fundamentar e demonstrar o que tais números, obtidos pelo método suscitado anteriormente significam frente à posição que voluntária e publicamente é assumida pelo Estado.

No primeiro capítulo, e informando que este se divide em duas partes, frisamos que a primeira destas nos faz tomar cuidados ao suscitarmos alguns aspectos específicos que acabam preconizando o entendimento de que a chamada prevenção especial da pena usa toda a sua força e efetividade somente em sua nuance negativa, e que convenientemente encontra respaldo no encarceramento (em massa), haja vista que, a sua nuance positiva, ou simplesmente, a ressocialização, passa a existir com toda a pompa e efetividade, única e exclusivamente, no plano do discurso, uma vez que os números fornecidos pelos relatórios analisados do SISDEPEN, evidenciam efeitos opostos, onde, de um lado temos uma população carcerária cada vez mais inchada, e do outro, um número ínfimo, para não dizer ridículo, de sujeitos de direitos privados de liberdade, que desenvolvem atividades laborais e/ou educacionais dentro do cárcere.

Deste modo, passaremos a compreender a ressocialização como uma espécie de “*mea culpa*” assumida pelo maquinário estatal, com o único intuito de fornecer o entendimento de que este se preocupa com os sujeitos que constituem o sistema carcerário alagoano, em que, ainda que

maquiado, os números fazem o papel de demaquiante e retiram a linda maquiagem do ente que aparentemente se importa com tais sujeitos, uma vez que, se o referido sistema realmente se importasse com a garantia de algum direito destas pessoas, pensaria duas vezes em abarrotar cada vez mais as penitenciárias brasileiras.

Na segunda parte, ainda do primeiro capítulo, cuidaremos de expor os números de dois indicadores, com suas respectivas variantes, quais sejam, o número de indivíduos que desenvolvem atividades laborais e/ou educacionais dentro do cárcere, bem como, o número de estabelecimentos penitenciários que fornecem esses tipos de atividades para tais sujeitos, o que, obviamente, vai fortalecer a tese aqui suscitada de que a ressocialização chega a beirar a figura da ficção de tão ausente que se faz, se comparada a população carcerária alagoana em sua totalidade.

Já no capítulo dois, vamos tratar de expor que o discurso falacioso vendido pelo Estado possui dois lados, ambos dotados de dubiedade, sendo estes tanto o combate às facções aqui estudadas, quanto a afirmação de que, em decorrência das mutações sociais, a chamada “bandidagem” se reinventa, e com isso, o Estado é ironicamente coagido a reprimir cada vez mais, o que, crítica e claramente não se sustenta, uma vez que o capítulo, através da exposição de oito indicadores, também colhidos dos relatórios do SISDEPEN, vai nos mostrar o quão seletivo e etiquetador é o sistema de justiça criminal brasileiro, e que sorrateiramente se utiliza das ocupações de facções em favelas para legitimar atuações repressivas, que humanitariamente são caracterizadas como desastrosas, e que, do ponto de vista punitivista gozam de seu pleno sucesso, tais como as do Jacarezinho, para promover a limpeza social de seres indesejáveis socialmente.

Dentre as pretensões desta pesquisa, podemos facilmente citar inquietações, sobretudo, em relação aos cada vez mais recorrentes discursos populistas, que proposital e inconscientemente, acabam ganhando força, principalmente dos indivíduos que ocupam posições mais sensíveis e possíveis de serem encarceradas, e refletindo assim, nos números e na conjuntura diabólica que será exposta.

2. A prevenção especial da pena e seu viés punitivista como neutralizador da (in) existente ressocialização

Inicialmente falando da prevenção especial da pena, que constitui parte do título deste capítulo, devemos enfatizar que a mesma se divide em duas nuances, quais sejam a positiva e a negativa, e ainda quanto às respectivas diferenciações, podemos dizer que a sua modalidade negativa consiste na concretização do segundo “E” do Sistema dos 3 “Es”, sendo este o encarceramento, a pena privativa de liberdade, ao passo em que a prevenção especial positiva encontra respaldo, ainda que somente de modo formal e simbólico na figura da ressocialização.¹

¹ SANTOS, Lycurgo de Castro. A pena é prevenção ou repressão?. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 13, p. 02, fev. 1994. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=13479 . Acesso em: 3 mai. 2020; GORSKI, Laís, CORDEIRO, Jair Silveira. Encarceramento e extermínio de parte da juventude brasileira como política

Desse modo, frisamos que a prevenção especial da pena como um todo pode ser vista como a cortina de fumaça que é lançada, em sede de execução penal, nos direitos humanos do indivíduo que se encontra encarcerado, haja vista que seu único intuito é maquiar a crueldade como produto do Sistema dos 3 “Es”, que por sua vez, é direcionado aos corpos indesejáveis, bem como, e apresentar, ainda que formalmente de um modo um tanto quanto lindo e inquestionável, mas que na verdade não serve para nada além de RH das facções como PCC e CVRL.²

Com isso, de maneira sucinta, um comparativo entre o que se preconizava no século XX e o que se encontra posta atualmente no tocante às finalidades da pena, apontaremos três elementos que representam os alvos/objetivos da aplicação de uma pena, bem como, sobre seus impactos na sociedade.³

Sobre a tríade que compõe a estrutura na qual se encontravam moldados o meio social e a aplicabilidade da pena no século XX, ressaltamos que esta era composta pela Inclusão, e leia-se, de todos, sem distinção, disciplina, como enfoque do sistema carcerário, e uma clientela penal reduzida, visto que somente era voltada aos que de fato transgrediam a lei. Já no que diz respeito à tríade adotada no atual século, ela se expressa pela *exclusão*, que além de constituir o Sistema dos 3 “Es”, possui como alvo a maior parte da população brasileira, *controle*, quanto à finalidade do sistema carcerário, e *expansão* da clientela penal, o que consequentemente vem a abranger todos os que não fazem parte da classe dominante/elitista.⁴

de controle da criminalidade e do medo. **Revista de Movimentos Sociais e Conflitos**, vol. 4, n. 1, 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistamovimentosociais/article/view/4363>. Acesso em: 27 jun. 2020.

² AMARAL, Augusto Jobim do. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **O Neorretribucionismo em matéria punitiva**. Novos Estudos Jurídicos. vol. 24, n. 1. p. 155-178; ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. Tradução: Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2017; BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002; CHRISTINO, Marcio Sérgio; TOGNOLLI, Cláudio. **Laços de Sangue: a história secreta do PCC**. São Paulo: Matrix Editora, 2017; GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Tradução de Márcia Bandeira de Mello. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008; MBEMBE, Achille. **Necropolítica: Biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte**. n.1, edições, 2018; NASCIMENTO, Emerson Oliveira do. A acumulação social da violência e sujeição criminal em Alagoas. **Revista Sociedade e Estado**. Vol. 32, n. 2, mai.-ago. 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/703/70350679003.pdf>. Acesso em: 21. dez. 2019.

³ BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Reintegração Social e as funções da pena na contemporaneidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 107, p. 339-356, mar.-abr. 2014; URZUA, Enrique Cury. **La prevención especial como límite de la pena. Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, vol. 41, n. 3, p. 685-702, set./dez. 1988. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=28098. Acesso em: 3 mai. 2020.

⁴ ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. Tradução: Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2017; BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002; BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Reintegração Social e as funções da pena na contemporaneidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 107, p. 339-356, mar.-abr. 2014; MBEMBE, Achille. **Necropolítica: Biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte**. n.1, edições, 2018; NASCIMENTO, Emerson Oliveira do. A acumulação social da violência e sujeição criminal em Alagoas. **Revista Sociedade e Estado**. Vol. 32, n. 2, mai.-ago. 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/703/70350679003.pdf>.

A partir da separação e exposição dos modelos distintos acima apresentados, enfatizamos que, em uma análise sucinta a respeito dos mesmos, podemos frisar que, a principal mudança entre as duas épocas aqui colocadas se refere somente ao lapso temporal, visto que, no século XX o Sistema dos 3 “Es” só teria aplicabilidade após o indivíduo transgredir quanto às normas postas no ordenamento jurídico, enquanto que, na atualidade, diversos fatores, tais como a coculpabilidade e a mídia, elevam os 3 “Es”, ao passo em que estes ganham efetividade mesmo quanto àqueles que nunca violaram o ordenamento jurídico, o que só confirma que o direito penal, o código penal em si, não criminaliza condutas e sim indivíduos.⁵

Ainda a respeito da prevenção especial positiva, que preconiza a ressocialização, ao analisarmos não só a conjuntura alagoana, bem como, os rumos que o ordenamento jurídico pátrio vem tomando, sendo este sempre embasado em decisões sem cunho acadêmico algum e com ênfase no imediatismo e anseio por um ideal de justiça ilusório, chegamos à conclusão de que o caráter ressocializador da pena, enquanto mecanismo de humanização dos seres encarcerados, em algum momento, se é que um dia realmente existiu de modo efetivo, fora completamente aniquilada pelo contornos da noção de Estado Centauro, seja dentro ou fora do cárcere, de modo que, o Estado só vem a se mostrar presente de modo negativo e para reprimir, ao mesmo passo em que se mostra ausente quanto aos aspectos prestacionais e como garantidor de direitos.⁶

E para concretizarmos ainda mais a linha de raciocínio que aqui está sendo desenvolvida, vamos neste momento, passar a dar ênfase a tal fundamentação por meio da exposição de dados,

Acesso em: 21. dez. 2019; TOBY, Jackson. A punição é necessária?. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, 13/14, p. 41-51, jan./jun. 1974. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=20455. Acesso em: 3 mai. 2020.

⁵ ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. Tradução: Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2017; BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002; BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Reintegração Social e as funções da pena na contemporaneidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 107, p. 339-356, mar.-abr. 2014; MBEMBE, Achille. **Necropolítica: Biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte**. n.1, edições, 2018; NASCIMENTO, Emerson Oliveira do. A acumulação social da violência e sujeição criminal em Alagoas. **Revista Sociedade e Estado**. Vol. 32, n. 2, mai.-ago. 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/703/70350679003.pdf>. Acesso em: 21. dez. 2019; SÁNCHEZ, Bernardo José Feijó. **Las teorías clásicas de la pena**. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, 7/8, n. 11, p. 331-455., 2002. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=41930 . Acesso em: 3 mai. 2020; RIEGER, Renata Jardim da Cunha; PINHEIRO, Rafael Camparra. O paradoxo do discurso ressocializador. **Revista Bonijuris**, Curitiba, vol. 22, n. 563, p. 21-22, out. 2010. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=80533 . Acesso em: 3 mai. 2020.

⁶ FERREIRA, Fábio Felix. (Re)estruturando a assistência prisional devida pelo Estado ou de enquanto a Universidade vai ao cárcere. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, vol. 1, n. 22, p. 229-258, 2009/2010. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=86621. Acesso em: 3 mai. 2020; MAJELLA, Geraldo de. **Maceió em Guerra: exclusão social, segregação e crise de segurança pública**. Recife: Ed. do Autor, 2019; SÁ, Alvinio Augusto de. A reintegração social dos encarcerados: construção de um diálogo em meio às contradições. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, vol. 19, n. 223, p. 7-8., jun. 2011. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=87369 . Acesso em: 3 mai. 2020; SHIMIZU, Bruno. **Solidariedade e Gregarismo nas facções criminosas: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas**. São Paulo: IBCCRIM, 2011; WACQUANT, Loic. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estado Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

sendo estes colhidos no site do Ministério da Justiça, e através dos relatórios semestrais fornecidos pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN.⁷

2.1. Os números não mentem: o retrato dos índices de estudo e trabalho dentro do cárcere alagoano

Sobre esta parte da pesquisa, frisamos que cuidaremos de estudar a exposição de dois indicadores e suas respectivas variações, onde, sendo estes compostos pela população carcerária que estuda e/ou trabalha, bem como, a quantidade de estabelecimentos penitenciários que desenvolvem atividades laborais ou educacionais, no sistema carcerário alagoano.⁸

Deste modo, e no que diz respeito ao primeiro indicador, que se refere a quantidade de pessoas que trabalham e/ou estudam dentro do sistema carcerário alagoano, enfatizamos que, as três variantes que constituem tal indicador correspondem aos sujeitos de direitos que somente trabalham, aos sujeitos de direito que somente estudam e aos sujeitos de direitos que trabalham e estudam.⁹

Quanto a primeira variante, que trata sobre a população carcerária que trabalha, suscitamos que, a mesma sofreu uma variação geral de 3,22%, e que as maiores altas foram

⁷ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2020a. Disponível em <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

registradas no segundo semestre de 2015, com 12,68%, no primeiro semestre de 2019, com 12,36%, no primeiro semestre de 2018, com 12,08%, e no segundo semestre de 2018, com 12,07%.¹⁰

Sobre a variante, que indica a quantidade de pessoas que compõem o sistema carcerário e que somente estudam, apontamos que a mesma sofreu uma variação geral correspondente à 5,6%, onde, as maiores altas foram registradas no primeiro semestre de 2018, com 7,09%, no primeiro semestre de 2019, com 5,89%, no primeiro semestre de 2016, com 5,61%, e no segundo semestre de 2018, com 5,53%.¹¹

Acerca da terceira e última variante deste indicador, primeiramente, ressaltamos que, a mesma fora calculada com base na população carcerária total de cada relatório semestral, em relação a quantidade de indivíduos que trabalhavam e estudavam à época da estruturação dos mesmos para a exposição nesta pesquisa. Com isso, a referida variante sofreu uma variação geral de 4,37%, sendo as maiores altas registradas no primeiro semestre de 2016, com 5,55%, no segundo semestre de 2015, com 4,20%, no segundo semestre de 2019, com 3,78%, e no segundo semestre de 2017, com 2,23%.¹²

¹⁰ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020.

¹¹ Ibidem.

¹² BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020.

No tocante ao segundo indicador, sendo este a quantidade de estabelecimentos penitenciários que prezam pela ressocialização dentro do sistema carcerário, frisamos que, o mesmo é composto pelas variantes dos estabelecimentos penitenciários que mantinham indivíduos privados de liberdade trabalhando e dos estabelecimentos penitenciários que mantinham indivíduos estudando.¹³

Sobre a primeira variante, frisamos que, a mesma sofreu uma variação geral de 20%, onde, dentre todos os 10 (dez) relatórios semestrais analisados, somente em quatro constatamos a existência de estabelecimento penitenciários que não proporcionavam aos sujeitos privados de liberdade o desenvolvimento de atividades laborais, sendo estes referentes ao segundo semestre de 2016, com 80%, no primeiro semestre de 2020, com 82%, e os dois semestres de 2019, ambos com 90%.¹⁴

Destarte, e no que diz respeito a segunda variante do segundo indicador, que corresponde aos estabelecimentos penitenciários que mantiveram a sua população carcerária estudando, enfatizando que esta sofreu uma variação geral de 30%, onde, as suas maiores altas foram percebidas nos dois semestres de 2019, ambos com 60%, no segundo semestre de 2015 e no primeiro semestre de 2016, ambos com 56%. Outro dado que merece destaque, se refere ao fato

¹³ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 20 out. 2020.

¹⁴ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 20 out. 2020.

de que durante os 5 (cinco) anos objeto de estudo, os estabelecimentos penitenciários alagoanos não atingiram uma sincronia unânime quanto a esta variante, uma vez que durante a análise, em momento algum, se pôde verificar todos os estabelecimentos proporcionando a sua população carcerária atividades voltadas para o estudo.¹⁵

Desta feita, e a partir de tudo o que fora até aqui exposto, resta claramente evidenciado que o instituto da ressocialização tão preconizado pelo Estado, não “anda tão bem das pernas” tal como se fala popularmente, e os números dos relatórios analisados nos remete facilmente a esta conclusão, uma vez que, se mostra quase como vergonhoso, que uma população carcerária caracterizada como cada vez mais inchada, mantenham números ínfimos quando falamos de população carcerária que trabalha e/ou estuda.¹⁶

¹⁵ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020.

¹⁶ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 20 out. 2020; RIEGER, Renata Jardim da Cunha; PINHEIRO, Rafael Camparra. O paradoxo do discurso ressocializador. **Revista Bonijuris**, Curitiba, vol. 22, n. 563, p. 21-22, out. 2010. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=80533. Acesso em: 3 mai. 2020.

Por fim, e não deixando de citar ainda, que a combinação dos números oriundos de dois indicadores aqui expostos, somados aos reais preceitos do maquinário estatal com a população tida como indesejada, e por tal motivo, altamente propensa a ocupar uma vaga, ainda que inexistente, no sistema carcerário alagoano, nos leva a preconizar o entendimento de que estes números, ainda que em desconfiança quanto à sua veracidade, fazem parte de algo muito maior, e que tentaremos expor e destrinchar os mesmos no próximo capítulo.¹⁷

3. A lucratividade de um discurso falacioso de combate ao PCC, ao CVRL, e de um sistema de repressão que (nunca) deu certo

Primeiramente cuidando de explicar o título que nomeia o capítulo em questão, de modo que não venha a oferecer margem para dúvidas, haja vista que, trataremos de esmiuçá-lo para que confusões mentais ou interpretativas não sejam criadas. Com isso, o real intuito do tema é enfatizar que, a propagação de um discurso falacioso, de um possível sistema de justiça criminal frouxo e que não pune devidamente, se mostra como uma das principais armas para que este

¹⁷ ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. Tradução: Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2017; DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?**. Tradução de Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 20 out. 2020; GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Tradução de Márcia Bandeira de Mello. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008; FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. Tradução de Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.

mesmo Estado promova a aceitação, sobretudo popular, de um falso combate as facções aqui estudadas, e em seguida do legislativo, de punições cada vez mais severas que possuem endereço cada vez mais definido, e por isso, se mostra como altamente lucrativo, sendo este lucro pautado não no ideal financeiro, e sim de manutenção de poder e limpeza social de seres tido como indesejáveis.¹⁸

Deste modo, e após a exposição da real ideia preconizada no tema deste capítulo, ressaltamos ainda, que os números a seguir expostos só comprovarão, ainda que com ressalvas, e haja vista as dúvidas desta pesquisadora com a veracidade dos mesmos, que o sistema de justiça criminal, que o sistema carcerário brasileiro deu tão certo, obviamente, dentro da repressão que se propõe a destilar aos quatro cantos do país, que pode ser caracterizado com um verdadeiro “*case*” de sucesso.¹⁹

Antes da efetiva exposição dos dados colhidos pelos relatórios fornecidos pelo SISDEPEN, frisamos que estes se limitarão à exposição de amostras no corpo da pesquisa, haja vista que, em virtude de sua extensão, inclusive no que se refere as operações realizadas para tratamento e fechamento de números conclusivos, resta impossibilitada a exposição de dados integrais no corpo da pesquisa.²⁰

¹⁸ ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. A gestão do corpo negro no Brasil: Da Democracia Racial ao Genocídio. **Revista de Criminologia e Políticas Criminais**. vol. 3, n. 1, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/2136>. Acesso em: 25 jun. 2020; FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: O sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5117/1/2006_AnaLuizaPinheiroFlauzina.pdf. Acesso em: 25 mar. 2020; GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Tradução de Márcia Bandeira de Mello. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008; JOZINO, Josmar. **Cobras e Lagartos: a verdadeira história do PCC**. 2. ed. São Paulo: Via Leitura, 2017; MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. **A Guerra. A ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil**. São Paulo: Todavia, 2018.

¹⁹ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; WACQUANT, Loic. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estado Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

²⁰ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério

Acerca do período compreendido na análise, estes se encontram delimitados entre o segundo semestre de 2015 ao primeiro semestre de 2020, e contam com 10 (dez) indicadores analisados, sendo estes a população carcerária, faixa etária, cor/raça, grau de instrução, quantidade de indivíduos de acordo com tempo de pena, quantidade de crimes com maior incidência no código penal e na legislação específica, categorias de crimes com maiores incidências e com previsão no código penal, categorias de crimes com maiores incidências e com previsão na legislação específica, quantidade de sujeitos de direitos privados de liberdade que trabalham e/ou estudam, e por fim, quantidade de estabelecimentos prisionais que mantêm a sua população carcerária trabalhando e estudando.²¹

Inicialmente cuidando de estabelecer que o método utilizado para o cálculo deste primeiro indicador difere quanto ao método usado para o trato com os outros 9 (nove) indicadores. E quanto ao primeiro, frisamos que o fator Variação Geral fora calculado com base nos números apresentados por todos os 10 (relatórios), sendo tal variação produto da subtração do menor número que quantificava a população carcerária, e que se configura na população carcerária avaliada no relatório do segundo semestre de 2015, do maior número, sendo este evidenciado no relatório do primeiro semestre de 2020.²²

Acerca do modo utilizado para calcular as quatro maiores altas expostas no corpo da pesquisa, suscitamos que as estas foram registradas em relação aos números fornecidos pelo relatório correspondente ao semestre anterior.²³

No que se refere ao indicador que quantifica a população carcerária, salientamos que a análise dos 10 (dez) relatórios, referentes aos 5 (cinco) anos estudados e aqui em comento, que a população carcerária da capital alagoana sofreu um aumento com variação geral correspondente à 99,31%, e sendo as maiores altas registradas no primeiro semestre de 2020, com aumento de 18,89%, no primeiro semestre de 2019, com aumento de 16,53%, no segundo semestre de 2016, com aumento de 15,9%, e no primeiro semestre de 2018, com aumento de 15,57%.²⁴

da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 20 out. 2020.

²¹ Ibidem.

²² Ibidem.

²³ Ibidem.

²⁴ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 20 out. 2020.

Antes de iniciarmos a exposição dos demais indicadores, e dando destaque a outro apontamento que merece ser feito, frisamos que, diferente do método utilizado para os cálculos no primeiro indicador, as altas são registradas nos sete indicadores restantes, assim como fora feito nos dois indicadores expostos no capítulo anterior, de modo que a base não mais figura em relação ao mês anterior, e sim por meio dos números obtidos a cada relatório semestral, demonstrando assim, uma relação de independência, uma vez que todos os indicadores passam a ser calculados a partir dos números absolutos de cada semestre.²⁵

A respeito do indicador referente à faixa etária da população carcerária em Alagoas, frisamos que, para a presente pesquisa, optamos por unificar duas faixas etárias, quais sejam estas compreendidas entre 18 à 24 e 25 à 29 anos de idade de todos os sujeitos de direitos que constituíram e/ou constituem o sistema carcerário alagoano. Com isso, a unificação destas faixas etárias culminara na variação geral correspondente à 24,27%, registrando as maiores altas no primeiro semestre de 2017, com 61,44%, no segundo semestre de 2015, com 59,54%, no segundo semestre de 2016, com 59,21%, e por fim, no segundo semestre de 2018, com 58,97%. No tocante à variante não informada, ressaltamos, que sofreu uma variação geral de 47,05%, sendo as maiores altas registradas no segundo semestre de 2019, com 48,56%, no primeiro semestre de 2020, com 12,90%, no segundo semestre de 2017, com 7,96%, e no segundo semestre de 2018, com 5,48%.²⁶

²⁵ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 20 out. 2020.

²⁶ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e

Passando a tratar do indicador preconizado na figura da cor/raça da população carcerária alagoana, cuidamos de estabelecer inicialmente, que somente vamos expor as amostras de quatro variantes deste indicador, sendo estas, brancos, pretos, pardos e não informados.²⁷

Com relação a população carcerária composta por pessoas brancas, suscitamos que tal circunstância sofreu uma variação geral de 9,5%, com as maiores altas registradas no segundo semestre de 2016, com 19,05%, no segundo semestre de 2015, com 18,79%, no primeiro semestre de 2016, com 18,65%, e no primeiro semestre de 2020, com 16,28%.²⁸

Sobre a população carcerária composta por pessoas pretas, a variação geral da referida variante ficou em 12,56%, com as maiores altas sendo registradas no primeiro semestre de 2017, com 20,88%, no segundo semestre de 2017, com 19,87%, no primeiro semestre de 2018, com 18,73%, e no segundo semestre de 2018, com 18,45%.²⁹

Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020;

²⁷ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 20 out. 2020.

²⁸ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 20 out. 2020.

²⁹ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança

No tocante a variante da população carcerária composta por pessoas pardas, os números nos levam ao entendimento de que sofreu uma variação geral de 31,01%, com as maiores altas registradas no segundo semestre de 2018, com 64,52%, no primeiro semestre de 2019, com 63,71%, no primeiro semestre de 2018, com 63,58%, e no primeiro semestre de 2017, com 62,95%.³⁰

Nos referindo a última variante deste indicador, sendo o não informado, a variação geral foi de 47,5%, com as maiores altas registradas no segundo semestre de 2019, com 48,57%, no segundo semestre de 2015, com 12,35%, no primeiro semestre de 2020, com 11,98%, e no primeiro semestre de 2016, com 5,24%.³¹

Tratando do indicador que nos remete ao grau de instrução da população carcerária alagoana, e cuidando de enfatizar que nos fornece três variantes que terão suas amostras expostas no corpo desta pesquisa. Deste modo, as três variantes do indicador aqui em comento, são os analfabetos, os que possuem ensino fundamental incompleto e aqueles que por qualquer motivo não informaram o seu grau de instrução, ou simplesmente não foram consultados sobre, e por isso, acabaram por entrar na contabilidade da terceira variante.³²

Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020;

³⁰ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020.

³¹ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 20 out. 2020.

³² BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a.

A respeito da primeira variante deste indicador, qual seja aquela que corresponde a população carcerária analfabeta, suscitamos que a variação geral fora de 11,04%, ao passo em que as maiores altas foram registradas no primeiro semestre de 2016, com 20,06%, no primeiro semestre de 2015, com 19,41%, no segundo semestre de 2016, com 17,63%, e no primeiro semestre de 2018, com 15,94%.³³

Sobre a variante que expressa a composição do sistema carcerário alagoano pelos indivíduos que possuem o ensino fundamental incompleto como grau de instrução, frisamos que a variação geral sofrida foi de 20,22%, e que as maiores altas foram registradas no primeiro semestre de 2017, com 46,09%, no segundo semestre de 2016, com 44,05%, no primeiro semestre de 2018, com 43,77%, e no primeiro semestre de 2016, com 42,10%.³⁴

Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 20 out. 2020.

³³ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020.

³⁴ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020;

Quanto a variante que caracteriza a quantidade de pessoas que compõem o sistema carcerário alagoano, que não informaram sobre o seu grau de instrução, se faz importante destacar que a variação geral chega aos exatos 44,53%, onde, as suas maiores altas foram registradas no segundo semestre de 2019, com 49,68%, no primeiro semestre de 2019, com 47,70%, no primeiro semestre de 2020, com 13,90%, e no segundo semestre de 2016, com 13,52%.³⁵

Dando ênfase ao indicador que se expressa na quantidade de indivíduos que compõem o sistema carcerário de acordo com tempo de pena, e citando que o mesmo é constituído por 4 (quatro) variantes, sendo estas as penas compreendidas entre 4 e até 8 anos, entre mais de 8 e até 15 anos, entre mais de 15 e até 20 anos, e aqueles que não foram informados.³⁶

Acerca da primeira variante, que computa o tempo de pena correspondente àquela que vai de 4 (quatro) à 8 (oito) anos, onde, sofrendo uma variação geral de 16,58%, tal variante registrou as maiores altas no primeiro semestre de 2017, com 19,43%, no primeiro semestre de 2019,

³⁵ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 20 out. 2020.

³⁶ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 20 out. 2020.

com 17,57%, no primeiro semestre de 2018, com 17,44%, e no segundo semestre de 2018, com 17,01%.³⁷

Sobre a segunda variante, que compreende as penas superiores à 8 (oito) anos e até 15 anos, ressaltamos que esta sofreu uma variação geral de 15,75%, registrando as maiores altas no primeiro semestre de 2020, com 20,31%, no segundo semestre de 2016, com 17,47%, no primeiro semestre de 2017, com 15,72%, e no primeiro semestre de 2016, com 15,15%.³⁸

A respeito da terceira variante, que corresponde ao tempo de pena superior à 15 (quinze) anos e até 20 (vinte) anos, que registrou uma variação geral de 11,57%, com as maiores altas configuradas no segundo semestre de 2015, com 14,20%, no primeiro semestre de 2016, com 13,99%, no segundo semestre de 2016, com 11,51%, e no primeiro semestre de 2017, com 11,09%.³⁹

No tocante a quarta e última variante do indicador neste momento exposto, cuidamos de frisar que este registrou uma variação geral de 49,25%, e que suas maiores altas foram constatadas no segundo semestre de 2019, com 49,36%, no segundo semestre de 2015, com 37,60%, no primeiro semestre de 2016, com 33,69%, e no segundo semestre de 2016, com 12,07%.⁴⁰

³⁷ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020.

³⁸ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 20 out. 2020.

³⁹ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020.

⁴⁰ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança

Passando a tratar do indicador que aponta a quantidade de crimes com maior incidência no código penal e na legislação específica, e que possui duas variantes, tal como a nomenclatura do indicador nos proporciona, sendo estes divididos como aqueles que encontram previsão no Código Penal, e aqueles com previsão na legislação específica.⁴¹

No que atine a primeira variante do indicador aqui em comento, frisamos que, a mesma sofreu uma variação geral de 14,95%, vindo a registrar as maiores altas no segundo semestre de 2015, com 77,83%, no primeiro semestre de 2016, com 76,12%, no segundo semestre de 2016, com 73,09%, e no segundo semestre de 2017, com 68,64%.⁴²

Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020.

⁴¹ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁴² BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020.

Acerca da segunda variante indicador aqui em comento, que se refere à quantidade sujeitos de direitos que estão em situação de privação de liberdade em virtude do cometimento de crimes com previsão na legislação específica, enfatizamos que a mesma sofreu, assim como a primeira variante, uma variação geral de 14,95%, com as maiores altas registradas no primeiro semestre de 2020, com 37,11%, no primeiro semestre de 2019, com 36,39%, no segundo semestre de 2019, com 35,66%, e no primeiro semestre de 2018, com 34,89% %.⁴³

Cuidando de dar ênfase ao indicador que se refere às categorias de crimes cometidos pelos indivíduos que constituem a população carcerária alagoano que apresentam as maiores incidências no âmbito do código penal. Com isso, e sendo este composto por duas variantes, quais sejam os crimes contra a pessoa e os crimes contra o patrimônio, vamos a exposição de ambas.⁴⁴

Com relação à primeira variante deste indicador, suscitamos que a variante correspondente aos crimes contra a vida veio a sofrer uma variação geral de 11,6%, com as maiores altas registradas no segundo semestre de 2015, com 33,21%, no segundo semestre de

⁴³ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁴⁴ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 20 out. 2020.

2016, com 31,03%, no primeiro semestre de 2016, com 29,67%, e no segundo semestre de 2019, com 28,11%.⁴⁵

Nos referindo à segunda variante, que corresponde a quantidade de crimes contra o patrimônio cometidos pelos indivíduos que compõem o sistema carcerário alagoano, registrou uma variação geral de 7,82%, com altas no segundo semestre de 2015, com 34,22%, no segundo semestre de 2018, com 34,10%. No primeiro semestre de 2017, com 33,38%, e no primeiro semestre de 2016, com 32,32%.⁴⁶

Já nos dirigindo ao tratamento do indicador que é constituído pelas categorias de crimes cometidos pela população carcerária de Alagoas, e que apresentam as maiores incidências na legislação específica, ressaltamos que, o mesmo é composto pelas variantes das drogas, com previsão nas leis 6.368/76 e 11.343/06, e do estatuto do desarmamento.⁴⁷

⁴⁵ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020.

⁴⁶ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020.

⁴⁷ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>.

Deste modo, a primeira variante, das drogas, apresenta uma variação geral de 13,83%, com as maiores altas registradas no primeiro semestre de 2020, com 31,28%, no primeiro semestre de 2019, com 30,61%, no primeiro semestre de 2018, com 29,01%, e no segundo semestre de 2019, com 28,97%.⁴⁸

Sobre a segunda variante, que se refere ao estatuto do desarmamento, enfatizamos que a mesma sofreu uma variação geral de 2,94%, registrando as maiores altas no segundo semestre de 2019, com 6,27%, no primeiro semestre de 2019, com 5,70%, no primeiro semestre de 2020, com 5,55%, e no primeiro semestre de 2018, com 5,50%.⁴⁹

Por fim, e tratando de finalizar este segundo capítulo, que se debruçou sobre a análise de dados que nos mostram movimentações duvidosas do Estado, em relação ao discurso que vende, e o modo como realmente se posiciona, e que pode ser facilmente comprovada em virtude do brusco aumento da população carcerária alagoana em 5 (cinco) anos, ao mesmo passo em que podemos perceber a parcela ínfima de pessoas que possuem acesso ao desenvolvimento de atividades laborais e educacionais. Frisamos ainda, que a dúvida deve ser plantada no que atine aos objetivos forjados e expostos para a maioria da população e que, irônica e coincidentemente, são os mesmos sujeitos marginalizados e eleitos como alvos de um sistema de justiça criminal imbuídos de preceitos de limpeza social e manutenção de status quo, e não quanto ao fim que é demasiadamente publicizado, e que pode ser caracterizado como um encarceramento em massa insaciável.⁵⁰

Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁴⁸ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias:**

4. Considerações finais

Esperamos que a pesquisa possa provocar o questionamento das ações estatais acerca das questões atinentes ao sistema de justiça criminal, sistema carcerário e um direito pena cada vez mais em evidência e a pleno vapor, haja vista que, contrariando o ideal de “*ultima ratio*”, o que temos visto nas últimas décadas é um completo descompasso, paradoxalmente organizado e efetivo, entre o que se fala e o que vemos na prática. Deste modo, e frisando que o discurso promovido e amplamente publicizado pelo Estado, de que se faz cada vez mais necessário abarrotar presídios para tentar findar a criminalidade é tão mentiroso quanto a figura da ressocialização prevista no código penal, e os números, ainda que duvidosos, nos mostram essas peças de um quebra-cabeças que em momento algum se encaixa.

Pretendemos, a partir das três divisões realizadas nesta pesquisa, levar o leitor (ou leitora) a iniciativa de passar a suscitar hipóteses de dúvidas no tocante as ações repressivas promovidas pelo Estado, e para isso, cuidamos de compor uma análise que se propõe a circundar tais atitudes, por meio da exposição de preceitos bibliográficos, bem como, de dados inerentes ao sistema carcerário alagoano.

Ainda sobre a análise estatística aqui em comento, frisamos que a mesma, por ter sido delimitada no lapso temporal de cinco anos, sendo este compreendido entre o segundo semestre de 2015 e o primeiro semestre de 2020, com seus dez indicadores e respectivas variantes, nos fornece um panorama razoável acerca da situação de colapso na qual se encontra o sistema carcerário alagoano. Onde, restou claramente evidenciado, que o discurso vendido no plano da formalidade não possui efetividade alguma na prática, não deixando de ressaltar ainda, que a referida falta de efetividade é proposital e lucrativa para que o sistema de justiça criminal, atrelado diretamente ao sistema carcerário, continue a figurar como um verdadeiro ônibus de seletividade, haja vista que, a cada cem passageiros que sobem, leia-se, a cada sujeito que entra

INFOPEN. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020; BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 20 out. 2020; GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** Tradução de Márcia Bandeira de Mello. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008; ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal.** Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A Questão Criminal.** Tradução de Sérgio Lamarão. Editora: Revan, 2016.

no sistema carcerário alagoano, apenas doze pessoas, podem vislumbrar alguma esperança de ressocialização pelo trabalho, sete pessoas, pelo estudo, e dentre a totalidade suscitada anteriormente, apenas cinco indivíduos, e falando na melhor das hipóteses, gozam de ambas as atividades.

Por fim, voltamos a ressaltar a importância de as pessoas lançarem olhares críticos para todos os feitos estatais, sobretudo, no que se refere ao notável inchaço no sistema carcerário alagoano, o que, obviamente, nos leva a duvidar do clamor social, que naturalmente tende a ser forjado, por ações repressivas cada vez mais invasivas às liberdades.

Referências

- AMARAL, Augusto Jobim do. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **O Neorretribucionismo em matéria punitiva**. Novos Estudos Jurídicos. vol. 24, n. 1. p. 155-178.
- ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. Tradução: Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2017.
- ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. A gestão do corpo negro no Brasil: Da Democracia Racial ao Genocídio. **Revista de Criminologia e Políticas Criminais**. vol. 3, n. 1, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/2136>. Acesso em: 25 jun. 2020.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Reintegração Social e as funções da pena na contemporaneidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 107, p. 339-356, mar.-abr. 2014.
- BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020.
- BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020.
- BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020.
- BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020.
- BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020.
- BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020.
- BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020.
- BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020.

- BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/AL/al>. Acesso em: 21 jul. 2020.
- BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 20 out. 2020.
- CHRISTINO, Marcio Sérgio; TOGNOLLI, Cláudio. **Laços de Sangue: a história secreta do PCC**. São Paulo: Matrix Editora, 2017.
- DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?**. Tradução de Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019.
- FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. Tradução de Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.
- FERREIRA, Fábio Felix. (Re)estruturando a assistência prisional devida pelo Estado ou de enquanto a Universidade vai ao cárcere. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, vol. 1, n. 22, p. 229-258, 2009/2010. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=86621. Acesso em: 3 mai. 2020.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: O sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5117/1/2006_AnaLuizaPinheiroFlauzina.pdf. Acesso em: 25 mar. 2020.
- GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Tradução de Márcia Bandeira de Mello. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.
- GORSKI, Laís, CORDEIRO, Jair Silveira. Encarceramento e extermínio de parte da juventude brasileira como política de controle da criminalidade e do medo. **Revista de Movimentos Sociais e Conflitos**, vol. 4, n. 1, 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistamovimentosociais/article/view/4363>. Acesso em: 27 jun. 2020.
- JOZINO, Josmar. **Cobras e Lagartos: a verdadeira história do PCC**. 2. ed. São Paulo: Via Leitura, 2017.
- MAJELLA, Geraldo de. **Maceió em Guerra: exclusão social, segregação e crise de segurança pública**. Recife: Ed. do Autor, 2019.
- MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. **A Guerra. A ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil**. São Paulo: Todavia, 2018.
- MBEMBE, Achille. **Necropolítica: Biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte**. n.1, edições, 2018.
- NASCIMENTO, Emerson Oliveira do. A acumulação social da violência e sujeição criminal em Alagoas. **Revista Sociedade e Estado**. Vol. 32, n. 2, mai.-ago. 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/703/70350679003.pdf>. Acesso em: 21. dez. 2019.
- RIEGER, Renata Jardim da Cunha; PINHEIRO, Rafael Camparra. O paradoxo do discurso ressocializador. **Revista Bonijuris**, Curitiba, vol. 22, n. 563, p. 21-22, out. 2010. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=80533. Acesso em: 3 mai. 2020.
- ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SÁ, Alvino Augusto de. A reintegração social dos encarcerados: construção de um diálogo em meio às contradições. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, vol. 19, n. 223, p. 7-8., jun. 2011. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=87369. Acesso em: 3 mai. 2020.
- SÁNCHEZ, Bernardo José Feijó. **Las teorías clásicas de la pena**. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, 7/8, n. 11, p. 331-455., 2002. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=41930. Acesso em: 3 mai. 2020.
- SANTOS, Lycurgo de Castro. A pena é prevenção ou repressão?. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 13, p. 02, fev. 1994. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=13479. Acesso em: 3 mai. 2020.
- SHIMIZU, Bruno. **Solidariedade e Gregarismo nas facções criminosas: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas**. São Paulo: IBCCRIM, 2011.
- TOBY, Jackson. A punição é necessária?. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, 13/14, p. 41-51, jan./jun. 1974. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=20455. Acesso em: 3 mai. 2020.

- URZUA, Enrique Cury. **La prevención especial como límite de la pena. Anuario de derecho penal y ciencias penales.** Madrid, vol. 41, n. 3, p. 685-702, set./dez. 1988. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=28098 . Acesso em: 3 mai. 2020.
- WACQUANT, Loic. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estado Unidos.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A Questão Criminal.** Tradução de Sérgio Lamarão. Editora: Revan, 2016.

Recebido em: 11/04/2022
Aprovado em: 12/06/2022

Hegemonia cis na proteção à violência contra a mulher: possibilidade de ampliação da tutela penal às vítimas trans

Cis hegemony in the protection of violence against women: the possibility of expanding criminal protection to transgender victims

Bruno Seligman de Menezes 

Doutorando pela Universidade de Buenos Aires (UBA), Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Especialista em Direito Penal Empresarial pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Graduado em Direito pela Universidade Franciscana, Professor de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA) e da Universidade Franciscana (UFN). Sócio do escritório Cipriani, Seligman de Menezes e Puerari Advogados.

Ana Flávia Hauenstein Silveira 

Bacharel em Direito pela Universidade Franciscana (UFN).
Advogada.

Resumo: Considerando que mulheres trans estão sujeitas, não somente, à transfobia, como a violências em razão do gênero feminino que assumem, a pesquisa se propôs a investigar a possibilidade de aplicação das normas de proteção à violência contra a mulher às vítimas transgêneros, visando inferir se esta aplicação extensiva se encontra compatível com as estruturas penal e constitucional vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, utilizou-se a abordagem dedutiva e histórica, analisando o contexto jurídico-social de criação das leis de proteção à violência contra as mulheres, o contexto de surgimento dos estudos de gênero no Brasil e seus postulados acerca da transgeneridade. Posteriormente, investigou-se as características das estruturas penal e constitucional, no que tange à tutela penal de gênero e à cisonormatividade que as permeiam. Concluiu-se, então, que o contexto de criação das leis de proteção à violência contra a mulher e os avanços nos enunciados de gênero e no domínio constitucional, influenciam, diretamente, a possibilidade de tutela penal das mulheres trans. Diante disso, pode-se arguir que a aplicação extensiva de tais normas protetivas às mulheres trans é perfeitamente compatível com a estrutura penal e constitucional brasileira e visa o cumprimento da finalidade constitucional.

Palavras-chave: cisonormatividade; mulheres; transgênero; violência; tutela penal

Abstract: Considering that trans women are subject not only to transphobia but also to violence on the grounds of the female gender they assume, the research aimed to investigate the possibility of applying the norms of protection to violence against women to transgender victims, aiming to infer whether this extensive application is compatible with the criminal and constitutional structures in force in the Brazilian legal system. For this purpose, we used the deductive and historical approach, analyzing the legal-social

context of creating laws to fight violence against women, the context of the emergence of gender studies in Brazil, and their postulates about transgenerness. Subsequently, the characteristics of the criminal and constitutional structures were investigated, with regard to the criminal protection of gender and the cisnormativity that permeates them. It was concluded, then, that the context of the creation of laws to protect violence against women, as well as advances in gender statements and in the constitutional domain, directly influence the possibility of criminal protection of trans women. Therefore, it can be said that the extensive application of such protective norms to trans women is perfectly compatible with the Brazilian criminal and constitutional structure and aims at fulfilling the constitutional purpose.

Keywords: cisnormativity; women; transgender; violence; criminal guardianship

1. Introdução

Durante muitos anos, a transgeneridade foi reconhecida como patologia psiquiátrica e classificada, na Classificação Internacional de Doenças (CID-10), como um dos transtornos da identidade sexual. Em 2018, a Organização Mundial da Saúde retirou-a do rol de doenças mentais, de forma a caminhar em direção a uma sociedade menos discriminatória. Porém, isolada, a despatologização da transgeneridade não é capaz de proteger essa minoria dos preconceitos de uma sociedade de educação, costumes e teoria jurídica fundadas na binariedade. Isto porque uma sociedade com tais características acaba por produzir e impor construções sociais hegemônicas sobre a população não binária, resultando violações a direitos humanos, além da marginalização e criminalização deste grupo, ainda que o Estado Democrático de Direito preconize a liberdade e a dignidade sexual.

Não obstante a comunidade transgênero, como um todo, sofra discriminações, no tocante à violência, as mulheres trans, isto é, os indivíduos do sexo masculino que se identificam como mulheres perante a sociedade, são as mais atingidas. Tal predominância fundamenta-se no fato de que as mulheres trans não somente estão sujeitas à transfobia, como também a violências em razão do gênero feminino que assumem. A desigualdade de gênero, reconhecida pelo ordenamento jurídico, sobretudo com a promulgação das Leis 11.340 (Lei Maria da Penha) e 13.104/15 (Lei do Feminicídio), evidencia a aceitação, pelo ordenamento jurídico, de que o feminino e o masculino não são mais vistos somente através das diferenciações biológicas, mas, acima de tudo, através de construções sociopolíticas. Diante disso, ao assumirem, socialmente, o gênero feminino, as mulheres trans estão sujeitas as mesmas relações patriarcais de poder, sendo necessário possibilitar-lhes proteção jurídica equivalente a de mulheres cis.

Necessário destacar que a ciência jurídica tem total dependência para com a sociedade e suas características, motivo pelo qual, em quase todos os momentos, se encontra anacrônica em relação a esta, principalmente no contexto globalizado em que se vive hoje. As transformações do status quo ocorrem cada vez mais intensa e rapidamente. Contudo, ainda que seja imperioso

reconhecer o contexto social extremamente conservador e patriarcal no período histórico de promulgação das leis de proteção à violência contra a mulher, é preciso que as normas de direito acompanhem as evoluções sociais. Nesse sentido, ainda que se admitisse que o cerne das leis brasileiras de proteção à violência contra mulheres, no momento de sua promulgação, fosse somente a figura da mulher cisgênero, é inadmissível privar determinado grupo social da tutela de seus direitos humanos em razão da inércia do Poder Legislativo.

Pode-se, ainda, observar na prática policial confusão entre conceitos como travestis, transexuais e transgêneros, importantes para o cumprimento das disposições legais. Do mesmo modo, a própria confusão de termos empregados nas leis analisadas gera dúvida, nos agentes públicos, acerca da competência ou não da Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher (DEAM) para realizar atendimentos de ocorrências cujas vítimas são mulheres trans. Portanto, é imprescindível que as questões de gênero sejam abordadas, nos ambientes acadêmicos, porque, ao dar voz e visibilidade às questões de gênero, bem como sua repercussão no ordenamento jurídico, viabilizar-se-ão políticas públicas mais eficientes. Dessa forma, as mulheres transgêneros deixarão de serem marginalizadas pela própria autoridade estatal e passarão a serem reconhecidas como sujeitos de direitos, assim como as mulheres cis, na esfera criminal.

Nesse sentido, a presente pesquisa tem como objetivo examinar, primeiramente, o contexto jurídico-social de criação das leis de proteção à violência contra as mulheres e o contexto de surgimento dos estudos de gênero no Brasil, assim como seus postulados acerca da transgeneridade. Posteriormente, se propõe a investigar as características das estruturas penal e constitucional, no que tange à tutela penal de gênero, para, enfim, concluir se a aplicação extensiva das normas de proteção à violência contra mulheres às vítimas transgêneros encontra-se compatível com estas. Para tanto, se recorrerá à abordagem dedutiva e ao método procedimental histórico, a fim de iniciar, em primeiro momento, examinar o contexto jurídico-social de criação das leis de proteção à violência contra as mulheres e o contexto histórico-social de desenvolvimento dos estudos de gênero no Brasil, bem como seus postulados sobre a transgeneridade e, por fim, analisar as características das estruturas penal e constitucional vigentes.

2 Contexto histórico da proteção à mulher: da cultura feminista à responsabilização na Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Desde a promulgação da Constituição Federal, em 1988, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a igualdade entre homens e mulheres. Entretanto, há de se ressaltar a luta social por trás dessa conquista, já que existe uma ligação nítida entre o ativismo feminista e as evoluções legislativas em direção a esse reconhecimento¹ Embora, na época, muitos não fossem

¹ PITANGUY, Jacqueline. A carta das mulheres brasileiras aos constituintes: memórias para o futuro. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). **Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 82.

assim reconhecidos, atualmente, as análises histórico-sociais autorizam a referir os movimentos em prol dos direitos das mulheres como movimentos feministas ou, no mínimo, como manifestações sociais de ideais feministas.

Para Constância Lima Duarte², o feminismo pode e deve ser entendido de modo amplo, isto é, como qualquer ação que vá de encontro a opressão e discriminação das mulheres ou vise a ampliação dos direitos civis e políticos delas, independentemente de ser a iniciativa individual ou coletiva. Isto porque, conforme Simone de Beauvoir, na história, o homem manteve, desde sempre, o status de sujeito e, conseqüentemente, digno de tutela jurídica, enquanto as mulheres ocupavam a posição de objeto, o outro, o segundo sexo³. A origem de tais exigências dá-se em um período da história em que outros movimentos sociais acusam a existência de diversas formas de opressão não relacionadas, somente, ao aspecto econômico⁴.

A militância em prol do direito das mulheres ao voto, por exemplo, inicia nos primórdios do século XX, quando são criados o Partido Republicano Feminino e a Liga pela Emancipação Intelectual da Mulher, de iniciativa de Deolinda Daltro e Bertha Lutz, respectivamente. O movimento tornou-se mais visível ao aproximar-se dos movimentos de esquerda, durante a ditadura militar, cujos questionamentos versavam sobre o elemento de poder existente nas relações sociais, as desigualdades e hierarquias⁵. Contudo, o ápice da luta pelos direitos das mulheres dá-se a partir da década de 1970, quando o movimento adentrou as universidades, de modo a promover uma institucionalização dos estudos sobre a mulher e seus direitos por meio da criação de grupos de estudos e trabalho, da organização de congressos e eventos que visavam a troca científica⁶. É nesse período, também, que o feminismo se torna evidente e adquire legitimidade na defesa dos direitos das mulheres vítimas de violências perpetradas no espaço privado e no contexto de relações afetivas⁷. Segundo Cavalcanti, citado por Balz, violência não deve ser entendida apenas como a ação que provoca prejuízos físicos ou psicológicos, pois é um processo cujo surgimento dá-se com o exercício humano de poder e tem por finalidade encerrar, manter ou iniciar uma ordem jurídica, estabelecendo limites ou negando direitos a outros⁸. Acerca disso, Branca Moreira Alves e Jacqueline Pitanguy⁹ ressaltam que

ao afirmar que o sexo é político, pois contém também ele relações de poder, o feminismo rompe com os modelos políticos tradicionais, que atribuem uma neutralidade ao espaço individual e definem como política unicamente a esfera

² DUARTE, Constância Lima. *Feminismo: uma história a ser contada*. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). **Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 26.

³ BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: a experiência vivida**. Tradução: Sérgio Milliet. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967. Disponível em: <http://www.afoiceomartelo.com.br/posfsa/autores/Beauvoir,%20Simone%20de/O%20Segundo%20Sexo%20-%20II.pdf>. Acesso em: 13 abril. 2020. p. 145.

⁴ ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985. p. 7.

⁵ PITANGUY, *op. cit.*, p. 82.

⁶ DUARTE, *op. cit.*, p. 44.

⁷ PITANGUY, *op. cit.*, p. 83.

⁸ BALZ, Débora Fernanda. **A Lei Maria da Penha e a (in)eficácia das medidas protetivas**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso, Graduação em Direito, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), Santa Rosa, 2015. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/3514/TCC%20Debora%20-1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 31 mai. 2020. p. 11.

⁹ ALVES; PITANGUY, *op. cit.*, p. 8.

pública, ‘objetiva’. Desta forma, o discurso feminista, ao apontar para o caráter também subjetivo da opressão, e para os aspectos emocionais da consciência, revela os laços existentes entre as relações interpessoais e a organização política pública. [...] conscientizando-se do fato de que as relações interpessoais contêm também um componente de poder e hierarquia (homem versus mulheres, [...]), o feminismo procurou, em sua prática enquanto movimento, superar as formas de organização tradicionais permeadas pela assimetria e pelo autoritarismo.

Somado a esse fato, importa salientar que a dicotomia entre esfera pública e privada contribui para a manutenção da violência contra a mulher no espaço doméstico. “A ideia da família como uma entidade inviolável, não sujeita à interferência do Estado e da Justiça, sempre fez com que a violência se tornasse invisível, pois é protegida pelo segredo”¹⁰. Dessa forma, o espaço doméstico mantém-se à mercê do componente poder-hierarquia que rege as relações interpessoais. Por conseguinte, reconhecer o espaço privado como constituído por uma ordem patriarcal de gênero, isto é, pautado na dominação masculina sobre o feminino, se mostra uma etapa fundamental para concretizar a igualdade social¹¹.

Visando denunciar os altos números de homicídios de mulheres cujos autores eram os maridos ou companheiros, entre as décadas 1970 e 1980, a comunidade feminista desenvolveu o *slogan* “quem ama não mata”. A atenção voltou-se ainda ao reconhecimento da legítima defesa da honra como atenuante no âmbito criminal que, para Jacqueline Pitanguy, revertia o sentido da justiça, visto que a vítima era colocada na posição de ré, culpada de seu homicídio¹². A autora também defende que

ao compreender a estreita relação entre a subordinação legal da mulher na família e a violência doméstica, o movimento feminista atribuiu importância central à luta pela reforma das leis que regiam a família, tendo apresentado diversos projetos nesse sentido, mesmo durante a ditadura, contestando leis que regiam o casamento e que legitimavam a cidadania incompleta da mulher no âmbito da família, onde o homem era o chefe da sociedade conjugal”¹³.

Essa evolução permitiu que as demandas feministas não se limitassem mais às ruas, mas ganhassem voz e articulação, no contexto do governo de José Sarney, por meio da criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher cuja primeira ação foi organizar uma pauta relativa à Assembleia Constituinte que seria eleita em 1986¹⁴. Nesse sentido, se originou o “*lobby* do batom”, constituído por 26 deputadas constituintes que possuíam um objetivo comum: “garantir avanços na Constituição Federal, tais como a desejada igualdade de todos os brasileiros perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”¹⁵. O resultado da união foi a elaboração da Carta das

¹⁰ DIAS *apud* SILVA, Florence Helita Barroso. **Lei 13.104/2015 e o feminicídio do Brasil: o direito penal como instrumento de combate à violência de gênero**. 2016. Monografia, Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016. Disponível em: http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/25297/1/2016_tcc_fhbsilva.pdf. Acesso em: 17 jun. 2020. p. 15.

¹¹ ABOIM, Sofia. Do público e do privado: uma perspectiva de gênero sobre uma dicotomia moderna. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 95-117, jan-abr. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ref/v20n1/a06v20n1.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2020. p. 106.

¹² PITANGUY, *op. cit.*, p. 83.

¹³ PITANGUY, *op. cit.*, p. 83.

¹⁴ PITANGUY, *op. cit.*, p. 85.

¹⁵ DUARTE, *op. cit.*, p. 43.

Mulheres Brasileiras aos Constituintes, apresentada após a campanha “Constituinte sem Mulher Fica pela Metade” e entregue ao presidente do Congresso Nacional. O documento, que contava com diversos requerimentos segmentados por temas, no tocante à violência contra mulheres, demandava o exposto:

- 1 – Criminalização de quaisquer atos que envolvam agressões físicas, psicológicas ou sexuais à mulher, fora e dentro do lar.
- 2 – Consideração do crime sexual como “crime contra a pessoa” e não como “crime contra os costumes”, independente de sexo, orientação sexual, raça, idade, credo religioso, ocupação, condição física ou mental ou convicção política.
- 3 – Considerar como estupro qualquer ato ou relação sexual forçada, independente do relacionamento do agressor com a vítima, de ser esta última virgem ou não e do local em que ocorra.
- 4 – A lei não dará tratamento nem preverá penalidade diferenciados aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor.
- 5 – Será eliminada da lei a expressão “mulher honesta”.
- 6 – Será garantida pelo Estado a assistência médica, jurídica, social e psicológica a todas as vítimas de violência.
- 7 – Será punido o explorador ou exploradora sexual da mulher e todo aquele que a induzir à prostituição.
- 8 – Será retirado da lei o crime de adultério.
- 9 – Será responsabilidade do Estado a criação e manutenção de albergues para mulheres ameaçadas de morte, bem como o auxílio à sua subsistência e de seus filhos.
- 10 – A comprovação de conjunção carnal em caso de estupro poderá realizar-se mediante laudo emitido por qualquer médico, da rede pública ou privada.
- 11 – A mulher terá plena autonomia para registrar queixas, independentemente da autorização do marido.
- 12 – Criação de Delegacias Especializadas no atendimento à mulher em todos os municípios do país, mesmo naqueles nos quais não se disponha de uma delegada mulher”¹⁶.

Pode-se afirmar que a mobilização teve êxito, visto que cerca de 80% das proposições foram inseridas no texto constitucional ou ensejaram modificações em leis infraconstitucionais¹⁷. Entretanto, devido a diversos fatores, como a desigualdade histórico-social e a tradição patriarcal da sociedade, a realidade mostra-se divergente do texto constitucional. Enquanto este traz comandos legais visando valorizar a mulher e afastá-la de preconceitos, aquela ilustrava a visão hegemônica da superioridade masculina. Nesse sentido, se desenvolveu a história de Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de violência doméstica, a qual iniciou antes mesmo da entrada em vigor do novo texto constitucional, mas teve seu desfecho nitidamente posterior a ela.

Após esgotar a via jurisdicional brasileira e sem obter resposta estatal, no ano de 1998, Maria da Penha, juntamente do Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e do Comitê Latino-americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), apresentou denúncia

¹⁶ CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER. **Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes**. Destinatário: Congresso Nacional. Brasília, 26 mar. 1987. 1 carta. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituinte-e-as-mulheres/arquivos/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf. Acesso em: 05 jun. 2020.

¹⁷ PITANGUY, *op. cit.*, p. 89.

à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA). Esta acusava o Brasil de negligenciar a prevenção e punição da violência contra a mulher. No entanto, embora tenha sido advertido, o Estado brasileiro manteve-se inerte durante todo o processo, o que culminou na condenação, em 2002, cuja decisão concluiu

[...] que o Estado violou, em prejuízo da Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento e nos artigos II e XVII da Declaração, bem como no artigo 7 da Convenção de Belém do Pará. [...] também que **essa violação segue um padrão discriminatório com respeito a tolerância da violência doméstica contra mulheres no Brasil por ineficácia da ação judicial**¹⁸ (grifo nosso).

Ademais, a referida decisão resultou na necessidade de cumprir certas recomendações, dentre elas encerrar a tramitação do processo de Maria da Penha e adotar medidas protetivas a fim de coibir a violência doméstica no país. Nesse ínterim, o movimento feminista mobilizou-se, em conjunto com a Secretaria de Políticas para Mulheres da Presidência da República, por meio de debates e audiências públicas, no sentido de impulsionar a tramitação do Projeto de Lei nº 4.559/2004 no Congresso Nacional¹⁹. Assim, em 2006, foi promulgada a Lei 11.340, reconhecida popularmente com o nome de Maria da Penha, cuja premissa primordial é “criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a **mulher**” (grifo nosso)²⁰, sendo importante atentar para o termo utilizado pelo Poder Legislativo ao referir-se à população protegida pela legislação.

Nesse contexto, Ana Sciammarella e Roberto Fragale Filho²¹ arguem que os interesses do movimento feminista passaram a ser reconhecidos como legítimos no âmbito jurídico a partir da utilização da ciência jurídica como mecanismo legítimo de interação sociopolítica e reivindicações legais, sendo o caso Maria da Penha um dos primeiros exemplos dessa transformação. Em consonância a isso, imperioso destacar que se criou, quanto a esta lei, o que Mônica de Luna, atual presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da Ordem dos Advogados do Brasil, subseção de Lorena, São Paulo, denomina de mito de origem, o qual assume que a Lei 11.340 é resultado direto e exclusivo da condenação brasileira na CIDH. Ademais, se assume como resultado da mudança no status quo a criação do *Observe*, um

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Caso 12.051. **Relatório 54/01, Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil**. Brasil, 2001. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm#_ftn1. Acesso em: 04 out. 2020.

¹⁹ SCIAMMARELLA, Ana Paula de Oliveira; FRAGALE FILHO, Roberto. (Des)constituindo gênero no poder judiciário. **Ex aequo**. Lisboa, n. 31, p. 45-60. 2015. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602015000100005&lng=pt&nrm=iso. p. 47.

²⁰ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 07 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

²¹ SCIAMMARELLA; FRAGALE FILHO, *op. cit.*, p. 47.

observatório de estudos cuja função primordial era elaborar orientações para os tribunais, discutindo questões controversas, como por exemplo, a necessidade de representação da vítima para o ajuizamento de ações penais envolvendo violência doméstica²².

Contudo, cinco anos após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, as estatísticas mostravam que, mesmo assim, cerca de 32,2% dos agressores de mulheres eram pessoas conhecidas ou próximas a elas, assim como 43,1% dos casos ocorreram dentro do lar²³. Os dados comprovam que a violência não é responsabilidade exclusiva do agressor, uma vez que seu “fundamento é cultural e decorre da desigualdade no exercício do poder o qual gera uma relação de dominante e dominado”²⁴. No mesmo sentido, Stela Meneghel²⁵ defende que o homicídio de mulheres motivado por justificativas misóginas ocorre em situações nas quais as autoridades e instituições detentoras de poder, seja político, econômico ou social, se mostram complacentes, isto é, decorrem das manifestações sociais da inferioridade feminina gerada pelo patriarcalismo.

Nesse contexto, foi instaurada a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) cujo objetivo era “no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”²⁶. Como consequência da pesquisa realizada pela CPMI, foi promulgada, em 2015, a Lei 11.304, popularmente conhecida como Lei do Feminicídio, mais uma tentativa de efetivar “a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, colocando o país no rol de outras quinze nações latino-americanas que já tipificaram a prática”²⁷.

Logo, imprescindível reconhecer a importância do movimento feminista para a difusão de ideais pró-igualdade, bem como para oportunizar, cada vez mais, o efetivo gozo pelas mulheres de seus direitos fundamentais, tão bem colocados na legislação. Da mesma forma, o reconhecimento dos efeitos da condenação do Estado Brasileiro perante a CIDH no caso Maria

²² SCIAMMARELLA; FRAGALE FILHO, *op. cit.*, p. 48.

²³ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Anuário das Mulheres Brasileiras**. São Paulo: DIEESE, 2011. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/DIEESE-Anuario-das-Mulheres-Brasileiras-2011.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020. p. 278-9.

²⁴ DIAS *apud* SILVA, José Wellington Parente. A (in)eficácia da legislação e os instrumentos alternativos de combate à violência contra a mulher: dos pressupostos do Código Penal brasileiro à aplicação da Lei Maria da Penha (1940-2016). 2017. Dissertação, Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/185631/PDPC1336-D.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 jun. 2020. p. 29.

²⁵ MENEGHEL, Stela Nazareth. Situações limite decorrentes da violência de gênero. **Athena Digital**. Barcelona, v. 12, n. 3, p. 227-236. 2012. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/104442>. Acesso em: 31 mai. 2020. p. 233.

²⁶ BRASIL. Senado Federal. Secretaria Geral da Mesa. Secretaria de Comissões. Subsecretaria de Apoio às Comissões Especiais e Parlamentares de Inquérito. **Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, de 07 jun de 2013**. Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) criada “com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”. Diário do Senado Federal: ano 68, supl. ao nº 112, Brasília, DF, p. 47404, 16 jul. 2013. 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496481>. Acesso em: 12 jun. 2020. p. 10.

²⁷ MACHADO, Isadora Vier; ELIAS, Maria Lígia Ganacim Granado Rodrigues. Feminicídio em cena: da dimensão simbólica à política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 30, n. 1, p. 283-304, abr. 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702018000100283&script=sci_abstract&lng=pt. Acesso em: 12 jun. 2020. p. 286.

da Penha é inevitável, porquanto representou o gatilho faltante para movimentar o Poder Legislativo.

3. Feminismo trans e representatividade: desafios na efetivação de proteção de direitos humanos

A construção sociolinguística do gênero surge na ciência, em meados do século XX, quando John Money começa a teorizar sobre os papéis socialmente instituídos para homens e mulheres²⁸. O autor compreende o gênero como um somatório de características que definem as variáveis sociais atribuídas a homens e mulheres, isto é, conceito bastante diferente do sexo; de modo a admitir que, nem sempre, as expectativas sociais que recaem sobre o nascituro de determinado sexo definirão o reconhecimento deste com certo gênero²⁹. Nesse sentido, compreender a dissociação entre sexo e gênero permite que o gênero seja reconhecido como conceito adaptável às diversas demandas sociais existentes³⁰.

Quanto ao sexo biológico, o indivíduo pode ser classificado como homem, mulher ou intersexual (hermafrodita), porém, o desenvolvimento desse dado possui duas esferas: uma subjetiva e relacionada à personalidade e outra histórico-social, marcada pelas relações de poder, que constrói seus significados e valores³¹. Assim, Joan Scott³² argui que

gênero é um elemento constitutivo das relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos e uma forma básica de significar as relações de poder. Mudanças na organização social sempre correspondem a mudanças nas representações de poder, mas a direção de tais mudanças não é necessariamente a mesma (tradução nossa).

Acerca disso, Heleieth Saffioti ratifica que o patriarcado, suas relações e estruturas de poder repercutem não somente na sociedade e no Direito, mas também corrompem a esfera estatal³³. Em vista disso, as instituições sociais como por exemplo o Estado, a ciência, as religiões e até mesmo o próprio Poder Judiciário possuem papel fundamental na manutenção da hegemonia binária e na construção de verdades sociais³⁴.

²⁸ JESUS, Jaqueline Gomes de; ALVES, Hailey. Feminismo transgênero e movimentos de mulheres transexuais. **Revista Cronos**. Natal, v. 11, n. 2, nov. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufm.br/cronos/article/view/2150/pdf>. p. 2.

²⁹ JESUS; ALVES, *op. cit.*, p. 2.

³⁰ VENÂNCIO, Karen Eduarda Alves; MACHADO, Isadora Vier. A importância da categoria “gênero” para instrumentalizar o atendimento a mulheres em situação de violência no projeto NUMAP/UEM. In: **Anais IV Simpósio Gênero e Políticas**. 2016. Disponível em: http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT6_Karen%20Eduarda%20Alves%20Venancio.pdf. Acesso em: 29 abr. 2020. p. 12.

³¹ INTERDONATO, Gian Lucca; QUEIROZ, Marisse Costa de. “Trans-identidade”: a transexualidade e o ordenamento jurídico. Curitiba: Appris, 2017. p. 19.

³² SCOTT, Joan Wallach. Gender: a useful category of historical analysis. **The American Historical Review**, Oxford, v. 91, n. 5, p. 1053-75, dec. 1986. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/pdf/1864376.pdf?casa_token=B7aNIJOyWnQAAAAA:LdSSqPjJ3-CcA022nl-6rhG1rotDyC4YUMa0VD1aYRF_rY3ZL1ZbBkVU8eJITc9ggB5IGVYq2mR6fWZF4kViDurCOCRA7su8dZ46nZH35smAucZR9SM. p. 1067.

³³ SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado, violência**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular. 2015. p. 57.

³⁴ INTERDONATO; QUEIROZ, *op. cit.*, p. 23-24.

A escolha do sujeito representado pelo feminismo é de grande relevância, porque a construção desse sujeito deve considerar as qualificações de cada um para que possa representá-los, isto é, referi-lo apenas como mulher, sem qualificá-lo, cria uma categoria comum inexistente³⁵. A adoção do termo gênero pelo movimento feminista brasileiro deu-se, como grande parte de sua história, derivada dos movimentos internacionais, a partir da década de 1980. A transição iniciou com a substituição do termo mulher pela categoria gênero nas academias e, para Jaqueline Jesus e Hailey Alves³⁶, ocorreu em razão da ampliação sobre o entendimento de quem seria a mulher, sujeito do feminismo, passando a considerar não somente as mulheres privilegiadas, mas também as minorias até então invisíveis. Maria Teles e Mônica de Melo³⁷ entendem que a substituição do vocabulário utilizado é importante também para

[...] demonstrar e sistematizar as desigualdades socioculturais existentes entre mulheres e homens, que repercutem na esfera da vida pública e privada de ambos os sexos, impondo a eles papéis sociais diferenciados que foram construídos historicamente, e criaram pólos (sic) de dominação e submissão. Impõe-se o poder masculino em detrimento dos direitos das mulheres, subordinando-as às necessidades pessoais e políticas dos homens, tornando-as dependentes.

Dessa forma, a troca de expressões linguísticas, embora possa parecer ínfima, promove mudanças importantes às abordagens de pesquisa e debate sobre violência, permite analisar os registros policiais e processos judiciais a partir da perspectiva de gênero e cria definitivamente uma categoria normativa para a violência de gênero, por meio da Lei Maria da Penha³⁸. Ademais, representou um paradigma histórico, visto que a partir dela passou-se a utilizar a expressão “violência de gênero” em vez de “violência contra a mulher”³⁹. Todavia, a utilização da expressão violência de gênero demanda atenção, já que gênero é um conceito moldável e pode significar tanto a violência praticada por homens contra mulheres, como o contrário⁴⁰. Ainda, importante lembrar que, para investigar o fenômeno propulsor da violência contra mulheres, é necessário perquirir o histórico de ambos os gêneros e a forma como se relacionam⁴¹.

A violência de gênero é compreendida e conceituada de diversas formas pela doutrina. Entretanto, ao abordar especificamente a violência contra mulheres transgênero, importa salientar que o fenômeno em questão é incitado pelo patriarcado por meio da imposição e

³⁵ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 18.

³⁶ JESUS; ALVES, *op. cit.*, p. 5.

³⁷ TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2003. p. 16.

³⁸ PASINATO *apud* SCIAMMARELLA; FRAGALE FILHO, *op. cit.*, p. 50-51.

³⁹ VENÂNCIO; MACHADO, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁰ SAFFIOTI, *op. cit.*, p. 47.

⁴¹ STREY, Marlene Neves. Gênero. In: STREY, Marlene Neves (org.). **Psicologia social contemporânea: livro-texto**. Petrópolis: Vozes, 2013. Disponível em: <http://pablo.deassis.net.br/wp-content/uploads/Psicologia-social-contemporanea-Maria-da-Graca-Correa-Jacques.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020. p. 184.

internalização de papéis e normas sociais “corretas” ao feminino e ao masculino⁴². Sob a ótica feminista, importante referência para o estudo do tema, o problema da violência

é recortado pelo ângulo de gênero, e a partir desse paradigma se constitui política e juridicamente a violência doméstica no Brasil. Com o processo de redemocratização e adesão do Brasil a tratados internacionais de direitos humanos que incorporavam a expressão gênero em seus textos, a discriminação e a violência contra a mulher passaram a ser reconhecidas como violação de direitos humanos. Portanto, a categoria gênero torna-se fundamental para a compreensão da construção político-jurídica da violência contra a mulher a partir do ideário feminista [...]⁴³.

Em se tratando de violência contra mulheres, sejam elas cis ou transgênero, cabe ressaltar que o recorte de gênero não se manifesta apenas no espaço privado. Para Heleieth Saffioti⁴⁴, a violência familiar e a violência doméstica estão compreendidas na violência de gênero, mas não somente ali. O que pode ocasionar uma dedução equivocada sobre o assunto é a redação do art. 121, do Código Penal, dada pela Lei 13.104, a qual presume a motivação de gênero em homicídios de mulheres no âmbito doméstico e familiar. Concomitantemente à adoção do termo gênero pelo movimento feminista, desponta uma corrente teórica dentro dele, o transfeminismo ou feminismo transgênero, a qual conquista espaço e atenção no cenário social brasileiro.

Para melhor explorar os postulados transfeministas, é imprescindível conceituar identidade de gênero. Esta, para Cléria Bueno⁴⁵, “denota como um homem ou mulher individual apropriada aspectos de ideologias de gêneros como parte de seu senso de eu”. Nesse sentido, conforme os estudos sobre gênero, indivíduos transgêneros apresentam identidade de gênero divergente do sexo biológico, enquanto os cisgêneros ostentam identidade de gênero homóloga a seu sexo de nascimento. No tocante à conceituação teórica de transgeneridade, transexualidade e travestilidade, diversas são as correntes doutrinárias. Para o psiquiatra Alexandre Saadeh⁴⁶, por exemplo, o transexual não se adequa ao seu sexo, buscando adequar-se ao gênero psíquico por meio da cirurgia de transgenitalização e da hormonioterapia, enquanto o transgênero transita entre o gênero a ele imposto e o gênero em que se reconhece, sem que haja necessidade de modificação física permanente. Portanto, não havendo tese doutrinária uníssona, o presente estudo utilizar-se-á da corrente teórica que defende ser a transgeneridade um conceito amplo que abarca os demais subgrupos que transitam entre gêneros.

Por outro lado, no âmbito médico, a transgeneridade, embora desde 2018 não se encontre mais no rol de doenças mentais, configura “uma inversão psicossocial, uma aversão e uma negação ao sexo de origem”⁴⁷. A Resolução nº 1.955/2010 é a atual normativa que enfrenta o

⁴² TELES; MELO, *op. cit.*, p. 14-15.

⁴³ SCIAMMARELLA; FRAGALE FILHO, *op. cit.*, p. 50.

⁴⁴ SAFFIOTI, *op. cit.*, p. 75.

⁴⁵ BUENO, Cléria Maria Lobo Bittar Pucci. O papel das representações sociais e da educação para o desenvolvimento da identidade de gênero. **Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano**, São Paulo, v. 16, n. 3, p. 92-103, dez. 2006. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/jhgd/article/view/19806>. Acesso em: 18 jun. 2020. p. 98.

⁴⁶ SAADEH, Alexandre. Crianças e adolescentes transexuais, uma realidade na saúde. **Jornal da FFM**. São Paulo, n. 70, p. 3, nov/dez. 2013. Disponível em: <http://extranet.ffm.br/Jornal/jornais/Jornal70.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2020. p. 3.

⁴⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. p. 730.

tema da transgenitalização. Esta revogou o ato administrativo anterior que impunha como um dos requisitos à cirurgia de transgenitalização a “ausência de **outros transtornos mentais**” (grifo nosso)⁴⁸. O art. 3º, então, passou a ter uma observação que dispõe: “onde se lê ‘ausência de outros transtornos mentais’, leia-se ‘ausência de transtornos mentais’”⁴⁹. Por outro lado, não alterou a referência à transgeneridade pela palavra distúrbio, tampouco modificou o termo transgenitalismo, cujo sufixo -ismo remete a doenças.

Esclarecido isso, Jaqueline Jesus e Hailey Alves⁵⁰ destacam que a conscientização sociopolítica da população trans dá-se em função do ativismo social, ainda que praticado intuitivamente, pois os integrantes desse grupo não-hegemônico passam a ser vistos e se ver como tais. Segundo a Política do Reconhecimento apresentada por Charles Taylor, a formação da identidade do indivíduo dá-se por um processo intersubjetivo que ocorre tanto no plano íntimo, quanto no social, na medida em que, para se reconhecer, o indivíduo necessita do reconhecimento do outro social. Nas palavras do autor:

a tese consiste no facto (sic) de a nossa identidade ser formada, em parte, pela existência de reconhecimento e, muitas vezes, pelo reconhecimento incorrecto (sic) dos outros, podendo uma pessoa ou grupo de pessoas serem realmente prejudicadas, serem alvo de uma verdadeira distorção, se aqueles que os rodeiam reflectirem (sic) uma imagem limitativa, de inferioridade ou de desprezo por eles mesmos⁵¹.

As autoras Jaqueline Jesus e Hailey Alves também se comprometeram a conceituar o transfeminismo, de modo que este pode ser

[...] compreendido tanto como uma filosofia quanto como uma práxis acerca das identidades transgênero que visa a transformação dos feminismos [...] O feminismo transgênero surge como uma crítica ao cissexismo ou dimorfismo e à falha do feminismo de base biológica em reconhecer plenamente o gênero como uma categoria distinta da de sexo e mais importante do que esta para o entendimento dos corpos e das relações sociais entre homens e mulheres. Entende-se que o feminismo tradicional, sem a recepção do transfeminismo, reforça a falácia, repetida cotidianamente, de que mulheres “de verdade” seriam aquelas com órgãos genitais femininos externos e internos (vagina e útero), ou ainda “as que engravidam”⁵².

Igualmente, Emi Koyama⁵³ demonstra que as bases teóricas do feminismo transgênero são simples: “cremos que cada indivíduo tem o direito de definir sua identidade e esperar que a sociedade a respeite. Isso também inclui o direito de expressar nosso gênero sem medo de

⁴⁸ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.955/2010**. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/202. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 109-10, 3 set. 2010. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1955>.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ JESUS; ALVES, *op. cit.*, p. 3.

⁵¹ TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: TAYLOR, Charles. **Argumentos Filosóficos**. Tradução: Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1844577/mod_resource/content/0/Taylor%2C%20C_A-politica-do-reconhecimento-pdf.pdf. Acesso em: 23 ago. 2020.

sso em: 18 mar. 2010. p. 241.

⁵² JESUS; ALVES, *op. cit.*, p. 7.

⁵³ KOYAMA, Emi. **The transfeminism manifesto**. 2001. Disponível em: <https://eminism.org/readings/pdf-rdg/tfmanifesto.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020. p. 2.

discriminação ou violência” (tradução nossa). Logo, se deslinda que o transfeminismo nada mais é do que a corrente teórica feminista com um recorte de gênero, de modo a “compreender como a categoria das “mulheres” [...] é produzida e reprimida pelas mesmas estruturas de poder por intermédio das quais busca-se a emancipação”⁵⁴. Da mesma forma, visa alcançar todos os sujeitos e possibilitar que estes identifiquem-se com o movimento, bem como defende Judith Butler.

A importância do transfeminismo, então, reside na luta contra a hegemonia cis que rege as instituições sociais, ocasionando “uma forma de apartheid com consequências psicossociais e institucionais negativas, especialmente no que concerne ao direito à autodeterminação das pessoas, de forma geral”⁵⁵. Nesse sentido, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) argui que a violência contra pessoas trans constitui “forma de violência de gênero provocada pelo desejo de castigar quem desafia as normas de gênero” (tradução nossa)⁵⁶, isto é, quem vai de encontro a hegemonia cis.

Para Hélio Veiga Júnior⁵⁷, os direitos humanos de primeira geração, como o direito à liberdade, abrangem a transgeneridade, isto é, o direito ao gênero e sua livre expressão, denominados pelo autor de direito de pertencer a si mesmo. De igual modo, a inserção dos estudos de gênero no campo jurídico possibilita a vinculação dessa aos chamados “novos direitos” [direitos sexuais] os quais são primordiais para desconstruir o padrão cisnormativo e as classificações patológicas, de modo a permitir que todo transgênero expresse suas individualidades sem ser violentado ou invisibilizado⁵⁸ (INTERDONATO; QUEIROZ, 2017, p. 22).

Assim, resta claro que o gênero possui raízes sociais e é influenciado pelas instituições sociais, de modo a perpetuar as relações de poder entre os sexos. A adoção do termo gênero pelo movimento feminista representou grande avanço nos estudos de gênero e possibilitou a ampliação do sujeito mulher, incluindo também a população trans que era antes invisível para o movimento. Ademais, permitiu o avanço acadêmico em relação à violência sob a ótica de gênero, de modo que esta passou a ser reconhecida como violação de direitos humanos. Da mesma forma, a ascensão do transfeminismo no país despertou a luta contra a cisnormatividade, conforme Viviane Vergueiro⁵⁹, pode ser definida como normatividade de gênero, isto é, uma

⁵⁴ BUTLER, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁵ ROTHBLATT *apud* JESUS; ALVES, *op. cit.*, p. 8.

⁵⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. UN doc A/HRC/19/41, 17 nov. 2011. Disponível em: <https://acnudh.org/pt-br/leyes-y-practicas-discriminatorias-y-actos-de-violencia-cometidos-contra-personas-por-su-orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-informe-del-acnudh/>. Acesso em: 12 nov. 2020. p. 9.

⁵⁷ VEIGA JÚNIOR, Hélio. O direito de pertencer a si mesmo: a despatologização do transexualismo e a regulamentação jurídica como um direito fundamental ao gênero. 2016. Dissertação, Mestrado em Direito, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2016. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/137885/veigajunior_h_me_fran_int.pdf?se-. Acesso em: 12 nov. 2020. p. 136-7.

⁵⁸ INTERDONATO; QUEIROZ, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁹ VERGUEIRO, Viviane Simakawa. Por inflexões decoloniais de corpos e identidades de gênero inconformes: uma análise autoetnográfica da cisgeneridade como normatividade. 2015. Dissertação, Mestrado em Cultura e Sociedade, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/19685/1/VERGUEIRO%20Viviane%20-%20Por%20inflexoes%20decoloniais%20de%20corpos%20e%20identidades%20de%20genero%20inconformes.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2021. p. 43.

normatividade que, por meio de poderes interseccionais, determina como natural a cisgeneridade, excluindo aqueles que com ela não se identificam. Essa luta, portanto, ocorre tanto no campo sociológico, quanto na esfera jurídica cujo objetivo primordial é desconstruir os padrões hegemônicos que fundamentam a violência contra a população trans.

4. A perspectiva da cisnormatividade no Brasil

A hegemonia cis manifesta-se, inclusive, no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de a Constituição Federal pautar-se na dignidade da pessoa humana e na liberdade sexual, as mulheres transgênero, além de não gozarem da mesma tutela jurídica das mulheres cisgênero quando vítimas do machismo, estão sujeitas ao sexismo legal-biologizante que lhes nega o status de mulher⁶⁰. Além dos preceitos constitucionais citados, o país também é signatário de dois tratados internacionais de direitos humanos, os quais foram submetidos ao devido processo legislativo e atualmente ostentam status supralegal no ordenamento jurídico brasileiro. São eles: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, popularmente conhecida como Convenção de Belém do Pará.

Quanto às normas anteriormente referidas, cumpre analisar as diferentes expressões linguísticas utilizadas. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, vigente desde 1984, adotou o termo mulher para o nome, o que em si não é questionável, visto que, conforme preconizou Simone de Beauvoir⁶¹, “ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Todavia, no corpo do texto se utilizou também as expressões “[...] sem distinção alguma, inclusive de sexo. [...] baseada no sexo [...] superioridade de qualquer dos sexos [...]”⁶². A Convenção de Belém do Pará, cuja entrada em vigor deu-se em 1995, por sua vez, manteve o termo mulher no nome, contudo, substituiu o termo sexo por gênero: “[...] baseada no gênero [...]. [...] superioridade de qualquer dos gêneros [...]”⁶³.

A Lei 11.340 adotou em sua redação o termo “mulher” e limitou sua abrangência à violência doméstica e familiar que seja motivada pelo gênero, enquanto na Lei 13.104 o Poder Legislativo optou pela utilização da expressão “condição de sexo feminino” ao definir a tipicidade da qualificadora do feminicídio, como já citado anteriormente. No tocante a Lei

⁶⁰ JESUS; ALVES, *op. cit.*, p. 6.

⁶¹ BEAUVOIR, *op. cit.*, p. 9.

⁶² BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 16 set. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 21 jun. 2020.

⁶³ BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 15, 02 ago. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm. Acesso em: 21 jun. 2020.

Maria da Penha, Mônica de Luna⁶⁴ afirma que o mito de origem, já conceituado no primeiro capítulo, prejudica a finalidade social da lei, visto que, ao considerar que ela decorre somente da condenação brasileira no caso de Maria da Penha, desconsidera o projeto constitucional que antecede e contextualiza sua criação. Dessa forma, a mulher genérica que é definida como o sujeito de direitos da lei é insuficiente, visto que, em razão da cultura hegemônica cisnormativa, as instituições sociais, sobretudo as integrantes do sistema legal, passam a reconhecer como passíveis de proteção somente as mulheres que seguem o padrão de Maria da Penha, sem considerar os marcadores sociais e as interseccionalidades necessárias.

Ademais, o Brasil, como Estado-membro da Organização dos Estados Americanos (OEA), participa das assembleias-gerais e consente com as resoluções por ela aprovadas. Nesse sentido, imperioso citar a Resolução nº 2.908, aprovada em 2007, cujo item XII dispõe sobre direitos humanos, orientação sexual, bem como identidade e expressão de gênero.

Condenar todas as formas de discriminação e os atos de violência baseados em orientação sexual e identidade ou expressão de gênero, e instar os Estados membros a que, em conformidade com os parâmetros das instituições jurídicas de seus sistemas internos, eliminem, onde existam, as barreiras que as lésbicas, os gays e as pessoas bissexuais, transexuais e intersexuais (LGBTI) enfrentam para o acesso equitativo à participação política e a outras áreas da vida pública, e para evitar interferências em sua vida privada; e incentivar os Estados membros a que considerem a adoção de políticas públicas contra a discriminação e a violência contra pessoas em razão da orientação sexual e da identidade ou expressão de gênero⁶⁵.

Assim como na Convenção de Belém do Pará, o enunciado da resolução utilizou-se do termo gênero e inovou trazendo à esfera jurídica os conceitos de identidade e expressão de gênero. Ao analisar as redações referidas, se torna nítida a confusão de conceitos no que tange à violência de gênero existente, não somente no país, mas em outros Estados, o que influi diretamente na estrutura penal do país. Tal confusão pode ser identificada, por exemplo, ao analisar o enunciado nº 46 do Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (FONAVID), que recomenda a aplicação da Lei Maria da Penha às mulheres trans, independente de alteração registral ou cirurgia de transgenitalização⁶⁶, e confrontá-lo com a seguinte situação:

Trata-se de Notícia de Fato a partir do recebimento do Ofício nº 068/2016, oriundo da 2ª Promotoria de Justiça de Enfrentamento à Violência Doméstica contra a Mulher, do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba, contendo relato de recusa de atendimento às mulheres transexuais pela Delegacia da Mulher [...]⁶⁷.

⁶⁴ LUNA, Mônica de. Aplicabilidade da Lei Maria da Penha às Mulheres Trans. In: **Congresso Nacional de Direitos da Diversidade Sexual e de Gênero**, 10, 2020, Brasília. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2020. online. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=gAMXs5IdWQs>. Acesso em: 6 nov. 2020.

⁶⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Documentos aprovados AG-2017**. 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/47ag/>. Acesso em: 21 jun. 2020.

⁶⁶ FONAVID. **Enunciado nº 46**. Fórum Nacional de Juízas e Juízes de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, 2017. Disponível em <http://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php>. Acesso em: 28 set. 2020.

⁶⁷ PARANÁ. Ministério Público do Estado do Paraná. **Procedimento administrativo nº MPPR-0046.16.034637-8, de 23 de junho de 2016**. Curitiba, Paraná, p. 1, 23 jun. 2016. Disponível em: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/ParecerLeiMaria-da-PenhaTrans.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020.

Essa incerteza resulta insegurança jurídica, tanto para quem será submetido à julgamento, como também para as vítimas que buscam a proteção de seus direitos fundamentais. Conforme Ana Paula Sciammarella e Roberto Fragale Filho, isto ocorre porque o conceito de gênero recai sobre o âmbito jurídico e este passa a expressar o que entende por gênero nas decisões judiciais⁶⁸. Logo, apesar de incorporado ao Direito, as leis de proteção podem ser interpretadas de forma divergente por cada juiz⁶⁹. Em vista disso, importa analisar também algumas decisões judiciais, em caráter exemplificativo, que envolvam a aplicação das leis de proteção à violência contra a mulher às mulheres trans, visando investigar quais suas fundamentações e identificar a existência ou não de incongruências no ordenamento jurídico atual.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar o Mandado de Segurança nº 2097361-61.2015.8.26.0000, referiu-se à vítima por meio do nome social, a reconhecendo como mulher mesmo que esta não tenha se submetido à cirurgia de redesignação sexual. O juízo de origem, por sua vez, havia entendido de maneira contrária, motivo pelo qual não concedeu medidas protetivas à vítima, já que, segundo o arguido, a vítima e o agressor seriam do sexo masculino, impossibilitando a aplicação da Lei Maria da Penha ao caso. O desembargador relator, na fundamentação de seu voto, alegou que, caso a referida lei não fosse interpretada de maneira extensiva, ofenderia o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Ainda, sobre a temática de gênero, arguiu

[...] que a Lei nº 11.340/06 não visa apenas a proteção à mulher, mas sim à mulher que sofre violência de gênero, e é como gênero feminino que a IMPETRANTE se apresenta social e psicologicamente. **Tem-se que a expressão “mulher”, contida na lei em apreço, refere-se tanto ao sexo feminino quanto ao gênero feminino.** O primeiro diz respeito às características biológicas do ser humano, dentre as quais GABRIELA não se enquadra, enquanto o segundo se refere à construção social de cada indivíduo, e aqui GABRIELA pode ser considerada mulher (grifo nosso)⁷⁰.

Da mesma forma, procedeu o juízo da 3ª Vara do Júri, da Comarca de São Paulo, na Ação Penal nº 0001798-78.2016.8.26.0052 cujos fatos envolviam a morte de uma mulher transgênero pelo companheiro. A Defensoria Pública pugnou pelo afastamento da qualificadora do feminicídio, pois entendeu não ser aplicável ao caso em questão. No entanto, a magistrada

⁶⁸ SCIAMMARELLA; FRAGALE FILHO, *op. cit.*, p. 52.

⁶⁹ VENÂNCIO; MACHADO, *op. cit.*, p. 7-8.

⁷⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (9 Câmara de Direito Criminal). **Mandado de Segurança 2097361-61.2015.8.26.0000**. Mandado de Segurança. Indeferimento de medidas protetivas. Impetrante biologicamente do sexo masculino, mas socialmente do sexo feminino. Violência de gênero. Interpretação extensiva. Segurança concedida. Impetrante: Gabriela da Silva Pinto. Impetrado: MM. Juiz do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Relatora: Des. Ely Amioka, 8 de outubro de 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2097361-61.2015.8.26.0000&cdProcesso=RI002RWR50000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=7upz7TIHKDNDY8NvtgdTSTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJPYifWqscmJrRQveTmytB4OOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIIXnJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJERHEJmA1xS20jeik%2BeQqVMqPoAAoXHDZsV0hB56zqcZWGwCi%2BAd7k%2BxZhoUegLucjeJ%2Bt2%2FkUYtM0U9tLqQPDNPQZFA6d29RQNpIysoWKxMFo%2F%2BXXB17oTdfPu%2BJA2JtVA%3D>. Acesso em: 29 set. 2020. p. 92.

Patrícia Inigo Funes e Silva reconheceu, na sentença de pronúncia⁷¹, a aplicabilidade da qualificadora do feminicídio ao processo. Para isso, fundamentou-se, sobretudo, no artigo “As Transexuais e o crime de feminicídio”, escrito pela Juíza de Direito Renata Mahalem da Silva Teles. Sobre o mesmo, cabe destaque ao trecho reproduzido na sentença, no qual a autora menciona o fim social das normas penais:

No que tange ao feminicídio, admite-se essa aplicação extensiva? Em um primeiro momento, poder-se-ia dizer que não, pois, numa interpretação restritiva, o que, aliás, é a diretriz que deve ser seguida na interpretação das normas penais incriminadoras, os transexuais não são considerados mulheres na acepção da lei, que, para alguns, visou abarcar apenas o conceito genético ou biológico de mulher. Ocorre, por outro lado, que, **as normais (sic) penais, inclusive aquelas que descrevem crimes e cominam penas (normais (sic) penais incriminadoras) surgem para prevenir e punir comportamentos socialmente inadequados e devem acompanhar as evoluções sociais, sob pena de nascerem ou de se tornarem obsoletas, não se prestando à finalidade a que se destinam.** Sob esse aspecto, deve se levar em conta o conceito social de mulher e, aqui, incluem-se as transexuais, em relação ao gênero feminino com o qual se identificam (grifo nosso)⁷².

Acerca disso, é imprescindível enfatizar que a analogia e a interpretação extensiva são permitidas na esfera criminal, sendo a diferença entre elas, segundo Norberto Avena⁷³, a existência ou não de norma reguladora do caso concreto. Recorre-se à analogia quando não há norma penal que regule o caso concreto, motivo pelo qual se emprega norma aplicável a caso semelhante, não se admitindo a analogia *in malam partem*, isto é, em prejuízo ao réu. A aplicação extensiva, por outro lado, é utilizada quando a norma existe, porém possui alcance limitado. Logo, conforme decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios nos autos do Recurso em Sentido Estrito de nº 20171610076127, a aplicação das normas de proteção à violência contra a mulher às mulheres transgênero não configura analogia *in malam partem*, visto que o gênero feminino suporta imposições e preconceitos determinados socialmente, os quais recaem de igual modo sobre a mulher trans⁷⁴.

⁷¹ A decisão que pronunciou o réu foi mantida pelos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao julgar o Recurso em Sentido Estrito nº 0001798-78.2016.8.26.0052, interposto pela defesa do acusado. Em contrapartida, até a finalização da presente pesquisa, não houve julgamento no plenário do Tribunal do Júri.

⁷² SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (3 Vara do Júri). **Ação Penal nº 0001798-78.2016.8.26.0052**. Autor: Ministério Público do Estado de São Paulo. Réu: Luiz Henrique Marcondes dos Santos. 28 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0001798-78.2016.8.26.0052&cdProcesso=1G0001U990000&cdForo=52&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5BF&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&acessibilidade=false&ticket=gvO66HudPBNodBK8ERQwggnusAibAwRw%2F457agFUiTreBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJ073z0TnKJxYh8%2BesNve6%2B%2BOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIlxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJERHEJmA1xS20jeik%2BeQqVMdmmKYEuKft%2FIWw9na7KcuBJBQCsoY8EDWB2DBlwVdwcArcZZ2dy3ndblHV7GQMIRSyKUniT4x%2BkIfdRa8swRrYyiUSXeu%2FIPlz%2FEpLoP29E%3D>. Acesso em: 16 nov. 2020. p. 6.

⁷³ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019. p. 82.

⁷⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1 Turma Criminal). **Recurso em sentido estrito 20171610076127RSE**. Penal e processual penal. Recurso do Ministério Público contra decisão do Juizado de Violência Doméstica. Declinação da competência para Vara Criminal Comum. Inadmissão da tutela da Lei Maria da Penha. Agressão de transexual feminino não submetida a cirurgia de redesignação sexual (crs). Pendência de resolução de ação cível para retificação de prenome no registro público. Irrelevância. Conceito extensivo de violência baseada no gênero feminino. Decisão reformada.

Assim como em ambas as decisões proferidas no Estado de São Paulo, a Juíza de Direito da Comarca de Anápolis-GO, Ana Cláudia Veloso Magalhães, reconheceu a legalidade de uma prisão em flagrante de autos nº 201103873908, cujo caso envolvia violência doméstica contra mulher transgênero. O Ministério Público, contudo, manifestou-se contrário à homologação da prisão em flagrante e pela remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal da Comarca, já que, em seu entendimento, não se tratava de fato abrangido pela Lei Maria da Penha em razão da vítima e do agressor serem do mesmo gênero. Não obstante, a magistrada homologou a prisão do acusado⁷⁵. Em sua fundamentação, arguiu que a vítima, apesar de não ter procedido à alteração registral, submeteu-se à cirurgia de redesignação sexual há cerca de 17 anos e apresentava-se perante a sociedade como mulher. Imperioso ressaltar que a fundamentação da decisão é muito satisfatória quanto aos estudos de gênero, uma vez que a magistrada destinou subtítulos específicos à identidade de gênero e à diferença entre sexo e gênero. Por fim, destacou que a liberdade e a autonomia sexual são desdobramentos dos princípios da liberdade e da igualdade, de maneira que

[...] apesar da inexistência de legislação, de jurisprudência e da doutrina ser bastante divergente na possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha ao transexual que procedeu ou não à retificação de seu nome no registro civil, [...] tais omissões e visões dicotômicas não podem servir de óbice ao reconhecimento de direitos erigidos à (sic) cláusulas pétreas pelo ordenamento jurídico constitucional⁷⁶.

Em virtude de a decisão mais recente analisada ter sido redigida em 2018, cumpre analisar se houve evolução na esfera legislativa e na jurisprudência dos tribunais superiores acerca do tema. No tocante ao cenário legislativo atual, não há em vigência nenhuma lei federal fundamentada em tal entendimento, apenas uma lei estadual vigente no Estado de São Paulo. Esta determina que as Delegacias de Polícia de Defesa da Mulher são competentes para investigar delitos relativos à violência doméstica e familiar, bem como à dignidade sexual, “contra pessoas de identidade de gênero feminino [...]”⁷⁷. Em contrapartida, não houve modificações no âmbito federal, uma vez que o Projeto de Lei nº 8.032/2014 segue tramitando no Congresso Nacional. Este, de iniciativa da Deputada Jandira Feghali, visa oportunizar a aplicação da Lei Maria da Penha às mulheres trans por meio da troca do vocabulário empregado no art. 5º, parágrafo único,

Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Rafael de Souza Fernandes. Relator: Des. George Lopes, 5 de abril de 2018. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 29 abr. 2020. p. 1.

⁷⁵ O Ministério Público do Estado de Goiás ofereceu denúncia que resultou na condenação do réu em primeira instância. No entanto, a defesa interpôs Apelação Criminal nº 387390-08.2011.8.09.0006 cuja decisão reconheceu a prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal.

⁷⁶ GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (1 Vara Criminal da Comarca de Anápolis). **Auto de prisão em flagrante nº 201103873908**. Indiciado: Carlos Eduardo Leão. Vítima: Alexandre Roberto Kley. 23 de setembro de 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/homologacao-flagrante-resolucao-cnj.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2020. p. 9.

⁷⁷ SÃO PAULO (Estado). Assembleia Legislativo do Estado de São Paulo. **Decreto nº 65.127, de 12 de agosto de 2020**. Altera o Decreto nº 29.981, de 1º de junho de 1989, que estabelece atribuições e competências no âmbito das Delegacias de Polícia de Defesa da Mulher. Diário Oficial do Estado de São Paulo: parte 1: seção 2: Poder Legislativo, São Paulo, ano 130, n. 160, p. 1, 13 ago. 2020. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=194940>. Acesso em: 6 nov. 2020.

da lei: “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual e se aplicam às pessoas transexuais e transgêneros que se identifiquem como mulheres”⁷⁸.

Por fim, em pesquisa nos mecanismos de busca de jurisprudência dos tribunais superiores, sobre a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha às mulheres trans, utilizando-se o termo de busca “transgênero” em conjunto com “Lei Maria da Penha”, nada foi encontrado. Por outro lado, quando à Lei do Feminicídio, utilizando-se os termos “transgênero” e “feminicídio”, simultaneamente, somente retornou resultado no Superior Tribunal de Justiça. Não obstante, ambos já se manifestaram em acórdãos, de âmbito cível e criminal, a respeito de temas que demandam análise sobre as questões de gênero.

Quanto ao tema, a decisão mais recente e também a mais paradigmática do STF foi a proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, que reconheceu ser a homotransfobia compreendida no crime de racismo. Na fundamentação do ato, arguiu-se que “ninguém pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual ou em razão de sua identidade de gênero”⁷⁹. Outra tese do STF que merece destaque é a proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4275, a qual reconheceu a indivíduos transgêneros o direito de alteração de nome e gênero no registro civil, independente da cirurgia de redesignação sexual. Em seu voto, o Relator Ministro Marco Aurélio mostrou-se favorável ao direito e ressaltou ainda que é necessário “[...] a coletividade atentar para a insuficiência de critérios morfológicos para afirmação da identidade de gênero, considerada a dignidade da pessoa humana”⁸⁰.

Relativamente ao STJ, a decisão proferida em sede do Habeas Corpus nº 541.237 requer atenção. O remédio constitucional questionava decisão enunciada pelo Relator Desembargador Waldir Leôncio Lopes Júnior, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 20180710019530. A defesa pleiteava o afastamento da qualificadora do feminicídio, admitida na decisão que pronunciou o réu, uma vez que a vítima era do sexo masculino e o reconhecimento da qualificadora configuraria analogia *in malam partem*. O recurso, entretanto, foi desprovido por decisão unânime dos

⁷⁸ BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.032, de 21 de outubro de 2014**. Amplia a proteção de que trata a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha – às pessoas transexuais e transgêneros. Brasília, DF, 21 out. 2014. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F47803C8F894B35D1F209DF1DA1D221A.proposicoesWebExternoI?codeor=1282632&filename=PL+8032/2014. Acesso em: 30 mar. 2020.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) [...]. Conhecida, em parte, e, nessa extensão, julgada procedente, com eficácia geral e efeito vinculante – aprovação, pelo plenário do supremo tribunal federal, das teses propostas pelo relator, ministro Celso de Mello. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26ementaassinada.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito constitucional e registral. Pessoa transgênero. Alteração do prenome e do sexo no registro civil. Possibilidade. Direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade. Inexigibilidade de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Min. Marco Aurélio, 1º de março de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26ementaassinada.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020. p. 5.

desembargadores, tendo como um dos fundamentos a necessidade de reconhecimento da dupla vulnerabilidade suportada por mulheres transgênero ao reconhecerem-se assim perante a uma sociedade patriarcal⁸¹. No mesmo sentido, o Relator Ministro Joel Ilan Paciornik votou pelo indeferimento da medida, pois não restou configurado constrangimento ilegal ao reconhecer a qualificadora do feminicídio no caso em tela⁸².

Conclui-se, portanto, que, embora os preceitos constitucionais fundamentem a dignidade da pessoa humana e a liberdade sexual no ordenamento jurídico brasileiro, ainda é necessário destinar atenção aos estudos de gênero e sua interseccionalidade com a ciência jurídica. O conhecimento acerca deles ainda se apresenta como uma exceção dentre os profissionais operadores do Direito, o que resulta decisões e condutas contraditórias entre si e, conseqüentemente, insegurança jurídica. Isto mostra-se, demasiadamente, prejudicial à população transgênero, uma vez que acarreta a seletividade de direitos da população transgênero, a qual culmina marginalizada da tutela penal.

5 Considerações finais

A pesquisa comprometeu-se à análise do contexto social e jurídico da criação das Leis 11.340/2006 e 13.104/2015. Acerca dele, restou comprovado que, no Brasil, os ideais de igualdade surgiram em razão da luta do movimento feminista cujo resultado apresentou-se, por exemplo, no texto constitucional. Ademais, a mobilização feminista oportunizou, a maior efetividade dos direitos fundamentais das mulheres determinados na Constituição Federal. Da mesma forma, a condenação do país perante a CIDH, no caso Maria da Penha, também impactou no ordenamento jurídico, mesmo que em menor grau. Isto porque restou comprovado que a condenação brasileira representou o gatilho final à movimentação do Poder Legislativo necessário para concretizar as reivindicações feministas.

De igual modo, visou-se investigar o contexto de surgimento dos estudos de gênero, bem como seus postulados acerca da transgeneridade, e da vertente transfeminista no país. Constatou-se, então, que sexo é conceito biológico, enquanto o gênero é construído e diretamente influenciado pelo contexto e pelas instituições sociais. Estas atuam como perpetuadoras das relações de poder entre os gêneros. Da mesma maneira, o movimento feminista, ao adotar o conceito de gênero em suas pautas, avançou teoricamente, no âmbito

⁸¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3 Turma Criminal). **Recurso em sentido estrito 20180710019530RSE**. Direito penal e processual penal. Recurso em sentido estrito. Pronúncia. Feminicídio tentado. Vítima mulher transgênero. Menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Materialidade e indícios de autoria presentes. Pedido de desclassificação. Improcedente. Teses a serem apreciadas pelos jurados. Princípio in dubio pro societate. Exclusão da qualificadora. Improcedente. Recursos conhecidos e desprovidos. Recorrente: Blendo Wellington dos Santos Oliveira e outros. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, 4 de julho de 2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 17 nov. 2020. p. 23.

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (decisão monocrática). **Habeas Corpus nº 541237**. Paciente: Blendo Wellington dos Santos Oliveira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 23 de outubro de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?numregistro=201903166711&dt_publicacao=24/10/2019. Acesso em: 11 nov. 2020. p.2.

acadêmico e fora dela, e viabilizou o reconhecimento da violência de gênero como violação dos direitos humanos das mulheres. A ascensão do transfeminismo, por sua vez, iniciou a luta contra o padrão cisnormativo imposto culturalmente que respalda a violência contra a população trans.

Por fim, propôs-se a perquirir as características da esfera constitucional e penal relativamente à tutela penal do gênero. Concluiu-se, pois, que a existência dos preceitos fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à liberdade sexual, por si só, não é suficiente para uniformizar o entendimento acerca do gênero. Comprovou-se que ainda há divergência nas decisões judiciais, bem como nas condutas dos operadores de Direito.

Em razão disso, não se pode afirmar que exista segurança jurídica em relação ao tema, o que resulta em violação dos direitos de mulheres trans, uma vez que se encontram sujeitas a decisões contraditórias.

Conclui-se, assim, que o contexto de criação das leis de proteção à violência contra a mulher e os avanços nos enunciados de gênero e no domínio constitucional influenciam, diretamente, a possibilidade de tutela penal das mulheres trans. Logo, pode-se afirmar que a aplicação extensiva de tais normas, visando proteger os direitos da mulher trans, é perfeitamente compatível com a estrutura penal e constitucional desenvolvidas no ordenamento jurídico brasileiro. Motivo pelo qual não há o que se falar em prejuízo aos acusados, apenas em eficaz cumprimento da finalidade constitucional.

Referências

- ABOIM, Sofia. Do público e do privado: uma perspectiva de gênero sobre uma dicotomia moderna. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 95-117, jan-abr. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ref/v20n1/a06v20n1.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2020.
- AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019.
- ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo**. São Paulo: Editora Brasiliense. 1985.
- BALZ, Débora Fernanda. **A Lei Maria da Penha e a (in)eficácia das medidas protetivas**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso, Graduação em Direito, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI), Santa Rosa, 2015. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/3514/TCC%20Debora%20-1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 31 mai. 2020.
- BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: a experiência vivida**. Tradução: Sérgio Millet. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro. 1967. Disponível em: <http://www.afoiceomartelo.com.br/posfsa/autores/Beauvoir,%20Simone%20de/O%20Segundo%20Sexo%20-%20II.pdf>. Acesso em: 13 abril. 2020.
- BEAUVOIR, Simone de. **A Força das Coisas**. Tradução: Maria Helena Franco Martins. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.
- BRASIL. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 15, 02 ago. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm. Acesso em: 21 jun. 2020.
- BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 16 set. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 21 jun. 2020.
- BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 07 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.955/2010. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 109-10, 3 set. 2010. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1955>. Acesso em: 12 nov. 2020.
- BRASIL. Senado Federal. Secretaria Geral da Mesa. Secretaria de Comissões. Subsecretaria de Apoio às Comissões Especiais e Parlamentares de Inquérito. Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, de 07 jun de 2013. Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) criada “com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”. **Diário do Senado Federal**: ano 68, supl. ao nº 112, Brasília, DF, p. 47404, 16 jul. 2013. 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496481>. Acesso em: 12 jun. 2020.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.032, de 21 de outubro de 2014**. Brasília, DF, 21 out. 2014. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F47803C8F894B35D1F209DF1DA1D221A.proposicoesWebExterno1?codteor=1282632&filename=PL+8032/2014. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275**, Relator: Min. Marco Aurélio, 1º de março de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26ementaassinada.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**, Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26ementaassinada.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (decisão monocrática). **Habeas Corpus nº 541237**, Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 23 de outubro de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201903166711&dt_publicacao=24/10/2019. Acesso em: 11 nov. 2020.
- BUENO, Cléria Maria Lobo Bittar Pucci. O papel das representações sociais e da educação para o desenvolvimento da identidade de gênero. **Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano**, São Paulo, v. 16, n. 3, p. 92-103, dez. 2006. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/jhgd/article/view/19806>. Acesso em: 18 jun. 2020.
- BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER. **Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes**. Destinatário: Congresso Nacional. Brasília, 26 mar. 1987. 1 carta. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidade/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf. Acesso em: 05 jun. 2020.
- DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Anuário das Mulheres Brasileiras**. São Paulo: DIEESE, 2011. Disponível em: <https://assets-compromissoeatidade-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/DIEESE-Anuario-das-Mulheres-Brasileiras-2011.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1 Turma Criminal). **Recurso em sentido estrito 20171610076127RSE**, Relator Des. George Lopes, 5 de abril de 2018. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 29 abr. 2020.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3 Turma Criminal). **Recurso em sentido estrito 20180710019530RSE**, Relator Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, 4 de julho de 2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 17 nov. 2020.
- DUARTE, Constância Lima. Feminismo: uma história a ser contada. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). **Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 25-47.
- FONAVID. **Enunciado nº 46**. Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, 2017. Disponível em <http://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php>. Acesso em: 28 set. 2020.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.
- GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (1 Vara Criminal da Comarca de Anápolis). **Auto de prisão em flagrante nº 201103873908**. Indiciado: Carlos Eduardo Leão. Vítima: Alexandre Roberto Kley. 23 de setembro de 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/homologacao-flagrante-resolucao-cnj.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2020.
- INTERDONATO, Gian Lucca; QUEIROZ, Marisse Costa de. **“Trans-identidade”: a transexualidade e o ordenamento jurídico**. Curitiba: Appris, 2017.

- JESUS, Jaqueline Gomes de; ALVES, Hailey. Feminismo transgênero e movimentos de mulheres transexuais. **Revista Cronos**. Natal, v. 11, n. 2, nov. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/cronos/article/view/2150/pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020.
- KOYAMA, Emi. **The transfeminism manifesto**. 2001. Disponível em: <https://eminism.org/readings/pdf-rdg/tfmanifesto.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020.
- LUNA, Mônica de. Aplicabilidade da Lei Maria da Penha às Mulheres Trans. In: **congresso Nacional de Direitos da Diversidade Sexual e de Gênero**, 10, 2020, Brasília. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2020. *online*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=gAMXs5IdWQs>. Acesso em: 6 nov. 2020.
- MACHADO, Isadora Vier; ELIAS, Maria Lígia Ganacim Granado Rodrigues. Femicídio em cena: da dimensão simbólica à política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 30, n. 1, p. 283-304, abr. 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702018000100283&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 12 jun. 2020.
- MENEGHEL, Stela Nazareth. Situações limite decorrentes da violência de gênero. **Athenea Digital**. Barcelona, v. 12, n. 3, p. 227-236. 2012. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/104442>. Acesso em: 31 mai. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. **Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género**. UN doc A/HRC/19/41, 17 nov. 2011. Disponível em: <https://acnudh.org/pt-br/leyes-y-practicas-discriminatorias-y-actos-de-violencia-cometidos-contra-personas-por-su-orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-informe-del-acnudh/>. Acesso em: 12 nov. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Caso 12.051. **Relatório 54/01, Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil**. Brasil, 2001. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm#_ftn1. Acesso em: 04 out. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Documentos aprovados AG-2017**. 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/47ag/>. Acesso em: 21 jun. 2020.
- PARANÁ. Ministério Público do Estado do Paraná. **Procedimento administrativo nº MPPR-0046.16.034637-8, de 23 de junho de 2016**. Curitiba, Paraná, p. 1, 23 jun. 2016. Disponível em: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/ParecerLeiMariadaPenhaTrans.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020.
- PITANGUY, Jacqueline. A carta das mulheres brasileiras aos constituintes: memórias para o futuro. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). **Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 81-94.
- SAADEH, Alexandre. Crianças e adolescentes transexuais, uma realidade na saúde. **Jornal da FFM**. São Paulo, n. 70, p. 3, nov/dez. 2013. Disponível em: <http://extranet.ffmpeg.br/Jornal/jornais/Jornal70.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2020.
- SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado, violência**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular. 2015.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (9 Câmara de Direito Criminal). **Mandado de Segurança 2097361-61.2015.8.26.0000**, Relatora Des. Ely Amioka, 8 de outubro de 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=8898974&cdForo=0>. Acesso em: 29 set. 2020.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (3 Vara do Júri). **Ação Penal nº 0001798-78.2016.8.26.0052**, Autor: Ministério Público do Estado de São Paulo. Réu: Luiz Henrique Marcondes dos Santos. 28 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=12864326&cdForo=0>. Acesso em: 16 nov. 2020.
- SÃO PAULO. Assembleia Legislativo do Estado de São Paulo. Decreto nº 65.127, de 12 de agosto de 2020. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: parte 1: seção 2: Poder Legislativo, São Paulo, ano 130, n. 160, p. 1, 13 ago. 2020. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=194940>. Acesso em: 6 nov. 2020.
- SCIAMMARELLA, Ana Paula de Oliveira; FRAGALE FILHO, Roberto. (Des)constituindo gênero no poder judiciário. **Ex aequo**. Lisboa, n. 31, p. 45-60. 2015. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602015000100005&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 02 jun. 2020.
- SCOTT, Joan Wallach. Gender: a useful category of historical analysis. **The American Historical Review**, Oxford, v. 91, n. 5, p. 1053-75, dec. 1986. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1864376?origin=crossref>. Acesso em: 10 jun. 2020.
- SILVA, Florence Helita Barroso. **Lei 13.104/2015 e o feminicídio do Brasil: o direito penal como instrumento de combate à violência de gênero**. 2016. Monografia, Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016. Disponível em: http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/25297/1/2016_tcc_fhbsilva.pdf. Acesso em: 17 jun. 2020.

- SILVA, José Wellington Parente. **A (in)eficácia da legislação e os instrumentos alternativos de combate à violência contra a mulher:** dos pressupostos do Código Penal brasileiro à aplicação da Lei Maria da Penha (1940-2016). 2017. Dissertação, Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/185631/PDPC1336-D.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 jun. 2020.
- STREY, Marlene Neves. Gênero. In: STREY, Marlene Neves (org.). **Psicologia social contemporânea:** livro-texto. Petrópolis: Vozes, 2013. Disponível em: <http://pablo.deassis.net.br/wp-content/uploads/Psicologia-social-contemporanea-Maria-da-Graca-Correa-Jacques.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020.
- TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: TAYLOR, Charles. **Argumentos Filosóficos.** Tradução: Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1844577/mod_resource/content/0/Taylor%2C%20C_A-politica-do-reconhecimento-pdf.pdf. Acesso em: 23 ago. 2020. Acesso em: 18 mar. 2010.
- TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher.** São Paulo: Brasiliense, 2003.
- VEIGA JÚNIOR, Hélio. **O direito de pertencer a si mesmo:** a despatologização do transexualismo e a regulamentação jurídica como um direito fundamental ao gênero. 2016. Dissertação, Mestrado em Direito, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2016. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/137885/veigajunior_h_me_fran_int.pdf?se-. Acesso em: 12 nov. 2020.
- VENÂNCIO, Karen Eduarda Alves; MACHADO, Isadora Vier. **A importância da categoria “gênero” para instrumentalizar o atendimento a mulheres em situação de violência no projeto NUMAP/UEM.** In: Anais IV Simpósio Gênero e Políticas. 2016. Disponível em: http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT6_Karen%20Eduarda%20Alves%20Venancio.pdf. Acesso em: 29 abr. 2020.
- VERGUEIRO, Viviane Simakawa. **Por inflexões decoloniais de corpos e identidades de gênero inconformes:** uma análise autoetnográfica da cisgeneridade como normatividade. 2015. Dissertação, Mestrado em Cultura e Sociedade, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/19685/1/VERGUEIRO%20Viviane%20-%20Por%20inflexoes%20decoloniais%20de%20corpos%20e%20identidades%20de%20genero%20inconformes.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2021.

Recebido em: 03/08/2021

Aprovado em: 29/05/2022

Seção RESENHAS

“O juiz que só encarcera, encarcera-se a si mesmo”. Resenha do livro “Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento”, de Marcelo Semer

*“The judge who only incarcerates, incarcerates himself”
A Book Review of “Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento”,
by Marcelo Semer*

Maria Gorete Marques de Jesus 

Pós-doutoranda do Programa de Pós-Graduação do Departamento de Sociologia FFLCH-USP. Pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência da USP (NEV/USP). Doutora em Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação do Departamento de Sociologia da Universidade de São Paulo (FFLCH-USP). Mestre em Sociologia pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da USP. Licenciada e Graduada em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP (FFLCH/USP).

O papel dos magistrados no encarceramento em massa é o tema do livro “Sentenciando o tráfico” de Marcelo Semer. Sem dúvida, uma contribuição para pensarmos que esse fenômeno não está restrito a medidas legislativas e executivas, mas a decisões judiciais. O livro é resultado de pesquisa de doutorado de Semer, que se tornou doutor em Direito Penal e Criminologia na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

O livro segue dois percursos, o primeiro tem uma dimensão macro, de apresentar um balanço da literatura sobre o crescimento do encarceramento no mundo e, particularmente, no Brasil. O segundo adota uma perspectiva micro, cujo foco reside em análises de oitocentas sentenças de tráfico de drogas, distribuídas em oito Estados, na Justiça Comum. Utiliza como base teórica dois conceitos que mobilizam, segundo o autor, as posturas dos juízes: o pânico moral e estado de negação, ambos do sociólogo Stanley Cohen, explicitadas mais à frente.

Não obstante o privilégio conferido ao olhar criminológico, sobretudo na criminologia crítica, o trabalho revela capilaridade em várias áreas do conhecimento, desde a sociologia da punição à antropologia jurídica. Convida a refletir, mas estimula ultrapassar fronteiras temáticas, justamente porque para além do tráfico subjaz a reprodução das desigualdades, das injustiças e do poder autoritário. O texto sustenta a possibilidade de uma justiça capaz de produzir garantias, direitos e que seja socialmente justa. Esta premissa se finca na ideia de que o Poder Judiciário ganhou, com a Constituição de 1988, o papel de zelar e defender o Estado Democrático de Direito. O livro chama para esse compromisso do Poder Judiciário, de que não se pode cair no “canto da sereia” da ordem a qualquer custo, sobretudo quando isso representa abrir mão daquilo que significa a sua própria existência: promover justiça, proteger direitos, sobretudo o direito de presunção de inocência. Assim, ao defender esses fins, não se pretendeu

demonizar a atividade jurisdicional, todavia prestigiá-la, recompondo o sentido de sua própria razão de ser.

Semer tem um grande desafio nessa empreitada, ser pesquisador em campo conhecido. Não só isso, ser parte constitutiva de seu problema de investigação. Essa posição requer exercício de distanciamento que lhe permita estranhar aquilo que, em seu cotidiano, poderia ser concebido como “normal”. Como ele mesmo destaca, suas três décadas de vivência no mundo jurídico como juiz o levaram a conhecer por dentro os mecanismos mobilizados pelos magistrados para produzir o que chamam de justiça. Segundo ele, foi necessário um “olhar externo que permite melhor compreender as posturas típicas dos juízes, hábitos linguísticos, modelos pré-concebidos ou perversões de análise” (SEMER, 2019, p.22). O estudo empírico das sentenças judiciais, combinado às reflexões teóricas, o teriam munido de um estranhamento do campo que lhe permitiu construir seu problema de investigação.

O livro é composto por cinco capítulos. O primeiro trata em descrever o fenômeno do grande encarceramento. Tem por fundamento balanço da literatura ao respeito do surgimento da prisão desde fins do século XVI e seus desdobramentos modernos por meio das mudanças políticas, econômicas e sociais vivenciadas no mundo, sobretudo em países anglo-saxões perpassando as experiências de Estado de Bem-estar Social. De Loic Wacquant a David Garland, Semer descreve destacadas análises sobre o imperativo prisional formatado por um novo paradigma punitivo.

A descrição das lentes analíticas mobilizadas pelos autores e autoras trazidos por Semer para compreender o encarceramento em massa é organizada a partir das seguintes perspectivas: a socioeconômica (Loic Wacquant), a culturalista (David Garland), a institucional (Jonathan Simon), a racial (Michelle Alexander), fechando o capítulo com a explicação marxista (Stuart Hall).

No segundo capítulo, o autor traça as distâncias e aproximações dessa literatura internacional face à experiência brasileira, ajustando, para isso, o contexto social, político e econômico dessa realidade, além de seus legados históricos, sobretudo autoritários. Semer é cauteloso ao transpor reflexões elaboradas para explicar realidades tão diversas da nossa para, por exemplo, examinar o crescimento carcerário brasileiro desde as últimas décadas do século XX. Ainda assim, observa alguns paralelos que habilitam pensar o nosso próprio modelo punitivo.

O aumento exponencial, ao longo dos anos, da população carcerária revela crescimento de 575% entre 1990 e 2014 (Dados Infopen), isso num momento em que há declínio do encarceramento em países como EUA (12%), China (2%) e Rússia (28%), entre 2008 e 2016 (INFOPEN, 2014). No mesmo sentido, Semer ressalta o aumento de destinação orçamentária do poder público para o setor de segurança pública, espelhando a inserção desse tema como central no debate político (SEMER, 2019, p.51)

Apesar de o aumento do encarceramento se associar ao desmonte de políticas sociais e ao abandono do Estado de Bem-estar Social, conforme aponta a literatura especializada, no Brasil,

o que vimos foi aumento da população prisional justamente num período de expansão de medidas governamentais redistributivas (com programas sociais) e direitos das minorias (com adoção de políticas afirmativas). Essa questão parece vinculada ao modelo de política criminal/penal implementada nesse período (AZEVEDO *et al*, 2015). Esse ponto, inclusive, foi abordado em pesquisas desenvolvidas pelo Núcleo de Estudos da Violência (USP) e nos Relatórios Nacional de Direitos Humanos, cujos resultados apontavam os paradoxos de consolidação da democracia brasileira pós-ditadura. Simultaneamente à ampliação do compromisso do Brasil com dispositivos de proteção a direitos humanos e a despeito da inserção dessa temática na formulação de políticas públicas (PNDH, 2010), o país continuou convivendo com o crescimento da violência policial, com extermínios, tortura, enfim, a persistência de graves violações de direitos humanos (NEV-USP, 2009; NEV-USP, 2012). Como destacado por Semer, no caso brasileiro, foram justamente nos períodos dos “governos de centro-esquerda” que se expandiram os mecanismos próprios do chamado Estado Penal; em decorrência a centralidade com que a pauta de segurança passa a ocupar nas políticas públicas é ocorre com o “agravante de nosso extenso legado autoritário” (SEMER, 2019, p.53).

Um exemplo do modelo político penal adotado pelo Estado brasileiro corresponde à Lei 11.343/2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. As discussões legislativas sublinham a importância da saúde, ampliando o tratamento dos usuários e uma melhor diferenciação entre o usuário e o pequeno, médio e grande traficante, assim como o tráfico internacional. Não obstante, o resultado tem sido exatamente o oposto, um aumento exponencial de pessoas presas por incriminação de tráfico de drogas, sobretudo com o aumento da pena mínima de três para cinco anos, que repercutiu significativamente no encarceramento em massa (CAMPOS, 2019). Foi exatamente essa a constatação encontrada por Semer ao se debruçar sobre seu universo empírico. Combinado às análises quantitativas do conjunto de sentenças observado, o autor oferece refinada análise documental das decisões, em que juízes e juízas expõem suas motivações para condenar, absolver ou desclassificar a incriminação de tráfico de drogas imputadas às pessoas presas sob essa alegação. É a partir da reflexão dos argumentos empregados pelos operadores judiciais, que Semer surpreende a utilização de expressões, linguagens e adjetivações que transbordam o mundo do Direito. Revela um modo de julgar movido pelo pânico moral e que se sustenta pelo estado de negação, conceitos tratados adiante. Nesse sentido, a pesquisa de Semer ao demonstrar que a questão do grande encarceramento se combina à discricionariedade do juiz (SEMER, 2019, p. 63) vem se somar ao trabalho de Campos (2019).

Nos capítulos 3 e 4, o autor vai adensar a descrição dos conceitos-chaves que nortearam as análises do seu universo empírico: o pânico moral e estado de negação, correlacionados ao populismo penal e ao legado autoritário brasileiro (SEMER, 2019, p. 64).

Segundo o autor, o conceito de pânico moral formulado por Stanley Cohen consiste na ampliação de sentimentos como medo e insegurança, amplificando certos fenômenos sociais como perigosos e ameaçadores à ordem social. A mídia tem papel central na produção desse pânico, estimulado, intensificado, dimensionado e direcionado a determinados grupos da

sociedade. Assim agindo, a mídia contribui para produzir uma sorte de “crença generalizada” de que o crime é inimigo social, o verdadeiro mal a ser combatido. Outro efeito do pânico moral é a intensificação do populismo penal, que mobiliza o argumento segundo o qual o recrudescimento e intensificação punitivos seriam remédios adequados para lidar com o perigo constantemente anunciado, o que resulta em mudanças em políticas legais e sociais, “com sensíveis reflexos na atividade judiciária” (SEMER, 2019, p.67).

Semer pontua que, assim como a população, os agentes aplicadores da lei também são suscetíveis aos efeitos do pânico moral, com a diferença de que eles terão um papel importante na reprodução e expansão desse fenômeno na sociedade como um todo. Eis o que acontece também com os juízes. Conforme analisado por Semer, “as fundamentações [das sentenças] deixaram claro a influência das sensibilizações e o papel que os juízes entenderam estar exercendo neste processo” (SEMER, 2019, p.70). Os magistrados não apenas se valem de crenças generalizadas em suas decisões, como contribuem para que elas se reproduzam. O trabalho de Jesus (2018) também aponta para essa direção. Em sua pesquisa, ao entrevistar juízes, a autora identificou na fala de seus entrevistados o argumento da relevância social de suas decisões para a manutenção da ordem pública e para a legitimidade das instituições, sobretudo as de justiça e segurança pública: “A prisão do acusado é necessária para o restabelecimento da ordem pública e para a credibilidade da justiça” (JESUS, 2018, p. 201).

No caso específico das drogas, a questão do pânico moral é avassaladora. No Brasil a “guerra às drogas” fundamenta, sobretudo por meio da mídia, estereótipos e crenças generalizadas que disseminam ainda mais a violência e o imperativo com que o encarceramento é justificado. O “traficante” torna-se um inimigo social que deve ser combatido a qualquer custo. Entre alguns grupos privilegiados da sociedade, capazes de influenciar decisivamente a chamada opinião pública, são frequentes manifestações favoráveis à suspensão de garantias constitucionais para manter a ordem social segundo as hierarquias constituídas. Disto advém verdadeiro atalho para que juízes possam atuar sem considerar direitos fundamentais das pessoas acusadas por tráfico de drogas (SEMER, 2019, p.106).

Outro conceito de Stanley Cohen mobilizado por Semer é o do estado de negação. Nesse caso, ocultam-se sofrimentos e atrocidades que poderiam ser questionados e repudiados, sobretudo pelos próprios juízes. A violência policial, por exemplo, é algo que deveria ser considerado durante as audiências. No entanto, quando a pessoa presa menciona que sofreu agressões, não se verifica preocupação do magistrado em apurar essa denúncia. Muitas vezes, essa narrativa é ignorada¹. Nesses contextos, Semer percebe o estado de negação, em que os juízes se recusam a olhar a violência e, mesmo quando a consideram, a desqualificam. A naturalização dessa violência é um dos principais mecanismos do estado de negação (SEMER, 2019, p.124).

¹ Várias pesquisas sobre as audiências de custódia demonstram como juízes desviam o tema da violência policial. Quando há alguma alegação de agressão por parte da polícia, ou esse relato é ignorado, ou ele é desqualificado. Ver Jesus (2018), Conectas (2018), Bandeira (2020).

Considerando serem as polícias brasileiras uma das mais violentas do mundo, Semer problematiza o fato dos juízes desconsiderarem esse importante dado no momento de analisarem os casos, sobretudo aqueles com denúncias de abusos policiais. Somente para termos uma ideia da letalidade da polícia brasileira, de acordo com o Monitor da Violência, cerca de 3.148 pessoas foram mortas por policiais somente no primeiro semestre de 2020 em todo o país, correspondendo a um aumento de 7% ao registrado no mesmo período do ano anterior, contabilizadas em 2.934 mortes².

Conforme Semer, outro fator que intensifica o modelo punitivista vigente na sociedade brasileira é o legado autoritário representado pela associação “escravismo-absolutismo-dependência-ditadura”, que configura não apenas o arcabouço legal, como, e principalmente, as práticas do cotidiano” (SEMER, 2019, p. 130). O sistema de justiça criminal brasileiro carrega em si as marcas de uma sociedade extremamente hierarquizada e desigual, reproduzindo na esfera penal a estratificação social (LIMA, 1995, 2004, 2010; MISSE, 2010). Aqui prevalecem a presunção de culpa, a lógica da eficiência e o ilimitado espaço para a construção da verdade jurídica, que valida “elementos informativos colhidos na investigação como se prova fossem se sobrepondo às formalidades desnecessárias, no caso, próprio exercício do contraditório” (SEMER, 2019, p. 141).

Por fim, no capítulo 5, Semer adentra na descrição e análises de seu universo empírico, desvendando o papel do juiz na constituição do grande encarceramento, relacionando esse fenômeno ao impacto do pânico moral e do estado de negação (SEMER, 2019, p.145). Semer buscou responder a questões que permearam suas escolhas teóricas: “em que medida os juízes se sensibilizam pelas crenças generalizadas, fruto dos pânicos morais”? E quais “as consequências para o tratamento dos réus” (SEMER, 2019, p. 149).

Sua amostra foi composta por oitocentas sentenças de primeiro grau de tráfico de drogas colhidas nos sítios eletrônicos da Justiça Comum de oito estados distintos: São Paulo (285), Minas Gerais (134), Bahia (98), Rio Grande do Sul (73), Paraná (72), Goiás (52), Maranhão (44), Pará (42), no período de 01/07/2013 a 30/06/2015 (SEMER, 2019, p. 147).

As análises quantitativas vêm validar dados reportados em outras pesquisas realizadas de prisões por tráfico de drogas (CAMPOS, 2019; JESUS, 2018; LEMGRUBER et al, 2015; JESUS et al, 2011). Semer descreve seu universo empírico: 85,49% homens e 14,45% mulheres, majoritariamente composto por pessoas sem antecedentes criminais (69,58%). Mais de 70% dos processos se referiam a apenas um réu, 88,75% das prisões teriam tido origem em flagrante sendo a maioria realizada pela PM (70,89%), o que sugere tendência ao policiamento ostensivo no combate ao tráfico de drogas. As prisões motivadas por investigação correspondiam a apenas 11%. Em 19,18% dos casos, o flagrante ocorreu na residência das pessoas, nas chamadas “entradas franqueadas”. Semer ressalta a falta de questionamento por parte dos juízes com relação à legalidade dessas entradas, a forma como ocorreram e, quando

² O Monitor da Violência corresponde a uma parceria entre o G1, o Núcleo de Estudos da Violência da USP e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Dados disponível no site: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/>

os acusados narram história diversa da relatada pelos policiais (testemunhas do caso), acreditam que estejam mentindo como forma de se livrarem da acusação. A regra, segundo o autor, é: “confiar no policial quando ele diz que o réu colaborou; desconfiar do réu quando ele diz que foi forçado” (SEMER, 2019, p. 165)³

Na leitura das sentenças, Semer destaca os argumentos mobilizados pelos juízes ao inserirem no tráfico de drogas todo o tipo de outros crimes, razão por que, não raro, esse tipo de delito é considerado como responsável pela degradação da família e da sociedade, o que demonstra que o “sensacionalismo também percorre largamente o discurso judicial” (SEMER, 2019, p.185)

Com relação às provas, o autor ressalta que “não existe nenhuma relação entre a propalada gravidade do fato, a relevante intensidade das penas e um processo penal cercado de maiores cuidados” (SEMER, 2019, p. 185). Praticamente todas as provas provêm da palavra do policial, como já evidenciando na pesquisa de Jesus (2018). O lastro que garante o uso do testemunho policial na incriminação de tráfico de drogas se baseia na chamada “presunção de legitimidade” ou “fé pública”. Apesar de ser matéria típica de direito administrativo, Semer observa que os magistrados alegam essa presunção para lastrear o testemunho policial como prova no processo penal (SEMER, 2019, p.189).

A ausência de outras provas fortalece as narrativas policiais como centrais para os desfechos dos processos de tráfico de drogas; elas são compreendidas como suficientes para a condenação, algo também apontado nas pesquisas de Campos (2019) e Jesus (2018). Um dos entrevistados de Jesus disse que: “Vou ser sincero com vocês, a gente trabalha com autos muito precários. [...] O que temos é o depoimento dos policiais, e é com isso que trabalhamos. [...] Se eu fosse realmente rigoroso, não daria para prender ninguém” (JESUS, 2018, p. 203). Para fazer seu trabalho, o operador do Direito precisa ignorar ou “fazer vista grossa” à inconsistência da prova produzida pela polícia, o que Semer chamou de estado de negação. Como destacado pelo autor, a “negação envolve uma verdade inconveniente no bojo de uma encruzilhada: sem testemunhos policiais, a prova se esvai completamente; mas enquanto eles são supervalorizados, a polícia não se mobiliza em busca de outros elementos” (SEMER, 2019, p. 194)

Outro aspecto responsável por questionamentos com relação ao uso de testemunho policial, como prova no processo de tráfico de drogas, decorre do fato dele se tornar o pilar de sustentação de uma única versão, o que torna qualquer outra mentirosa. Confissão informal, por exemplo, é uma situação em que policial alega ter o réu confessado a prática do tráfico. Mesmo que o preso negue em juízo, é a confissão que vai permanecer no processo, justamente porque se lastreia no testemunho policial:

(...) o policial diz a verdade porque é um agente do Estado, tem fé pública, foi recrutado e treinado para garantir a ordem; do outro lado o réu mente porque é

³ Essa questão também foi discutida por outros autores, ver Lemgruber (2015), Jesus (2018), Campos (2019).

interessado, é sua chance de escapar e não tem qualquer compromisso com os fatos. A generalização tanto funciona para estabelecer a negação que impeça o exercício da crítica, quanto para moldar a fisionomia do *flok devil* na figura de um criminoso sempre disposto a ludibriar o Estado e as leis para eximir-se de responsabilidade (SEMER, 2019, p.206).

Conforme Semer, mesmo nos casos em que há testemunhas de defesa, tende-se a desqualificá-las. Tudo que o é carregado na fase processual é aproveitado do inquérito policial. É flagrante a valorização do que foi produzido na fase policial (fase inquisitorial) e, em contrapartida, é notório o descrédito daquilo que é produzido na fase processual (fase acusatória)⁴. Semer destaca que no sistema acusatório o juiz tem o papel fundamental de ser “o fiel da paridade das provas”, “além de fiscal de sua regularidade”. Quando se ampara no testemunho policial e se sustenta nessa narrativa para validar toda a prova processual, o juiz se distancia de sua função primordial.

Além de não apurar denúncias do emprego de violência, mesmo em situações em que há sinais de violência policial, o juiz não desconsidera o conteúdo da prova. Em sua pesquisa, Semer aponta para uma média nacional de 14,75% de relatos de violência policial. Em umas das sentenças analisadas pelo autor, encontra-se o seguinte relato “Foi até sua casa com os policiais porque não devia nada. Os policiais o agrediram. Bateram geral em seu veículo e disseram que acharam droga” (SEMER, 2029, p.223).

A par de todos esses óbices, outro ponto que Semer chama a atenção nas análises dos processos é a baixa produção de laudos toxicológicos. Esse tipo de exame não é solicitado, ainda quando o réu alega ser dependente. A alegação de dependências química é compreendida pelos juízes como uma forma do réu tentar se livrar da condenação por tráfico de drogas. Contudo, é algo mobilizado pelos magistrados quando afirmam que o preso trafica para sustentar o próprio vício. “Em resumo, a questão de saúde pública nada mais é do que um pretexto: o tráfico é, sobretudo, um crime contra a ordem pública” (SEMER, 2019, p. 236)

Com relação às decisões das sentenças, Semer constatou 78,40% dos réus foram condenados por tráfico de drogas, com destaque para o estado de São Paulo, onde a proporção de condenação observada foi maior que a média nacional (85,52%). Quando se observam as penas, somente em 15,98% dos casos houve aplicação de penas restritivas de direitos nas condenações por tráfico; em 84,02%, foi mantida a pena de privação de liberdade.

Quando observa as fundamentações dos juízes para essas condenações, Semer aponta que muitas se baseiam em jurisprudência (71%), sobretudo aquelas referentes à validade do testemunho policial como prova, e poucas reportam à doutrina (25,25%). Caso houvesse vinculação doutrinária, ela “seria um importante antídoto à imersão no pânico moral, na adesão desenfreada às (...) crenças generalizadas” (Semer, 2019, p.274).

⁴ A centralidade do inquérito policial no sistema de justiça criminal brasileira é tema de pesquisas de Michel Misse (2010) e Kant de Lima (1989).

Por fim, tudo converge para uma conclusão perturbadora: quando os juízes suspendem seu papel de garantir direitos e se submetem aos apelos sensacionalistas, abre-se mão de suas prerrogativas e do exercício de seu poder. Quando se omitem diante da tortura assim como aproveitam dos elementos do inquérito policial na fase processual, os juízes se distanciam de sua competência constitucional de processar e julgar. Sucumbidos ao pânico moral, ao clamor público e às razões de Estado, o Judiciário torna-se dispensável.

Referências

- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: Elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. **Civitas, Rev. Ciênc. Soc.**, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 105-127, Mar. 2015.
- CAMPOS, Marcelo. **Pela metade: a lei de drogas do Brasil**. Editora Annablume. 2019.
- JESUS, Maria Gorete Marques de *et al.* **Prisão Provisória e Lei de Drogas – Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2011.
- JESUS, Maria Gorete Marques de. **A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.
- LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Marcia (coords.). Tráfico de drogas na cidade do Rio de Janeiro: Prisão provisória e direito de defesa. **Boletim Segurança e Cidadania**, n. 17, novembro de 2015.
- LIMA, Roberto Kant de. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 10, p. 65-84, 1989.
- LIMA, Roberto Kant de. Direito civil e direitos humanos: uma tradição judiciária pré-republicana? **São Paulo em Perspectiva**, v. 1, n. 18, p. 49-59, 2004.
- LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico**, 2009 - 2: 25-51, 2010.
- NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCIA. **9º Relatório do Núcleo de Estudos da Violência Universidade de São Paulo**. Programa CEPID FAPESP N° do Processo 98/14262-5, 2009. Disponível no site: <https://nev.prp.usp.br/wp-content/uploads/2015/01/down241.pdf>
- NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCIA. **5º Relatório Nacional sobre os Direitos Humanos no Brasil**. Relatório. São Paulo: Universidade de São Paulo, Núcleo de Estudos da Violência, 2012.
- SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

Recebido em: 11/01/2022

Aprovado em: 23/05/2022