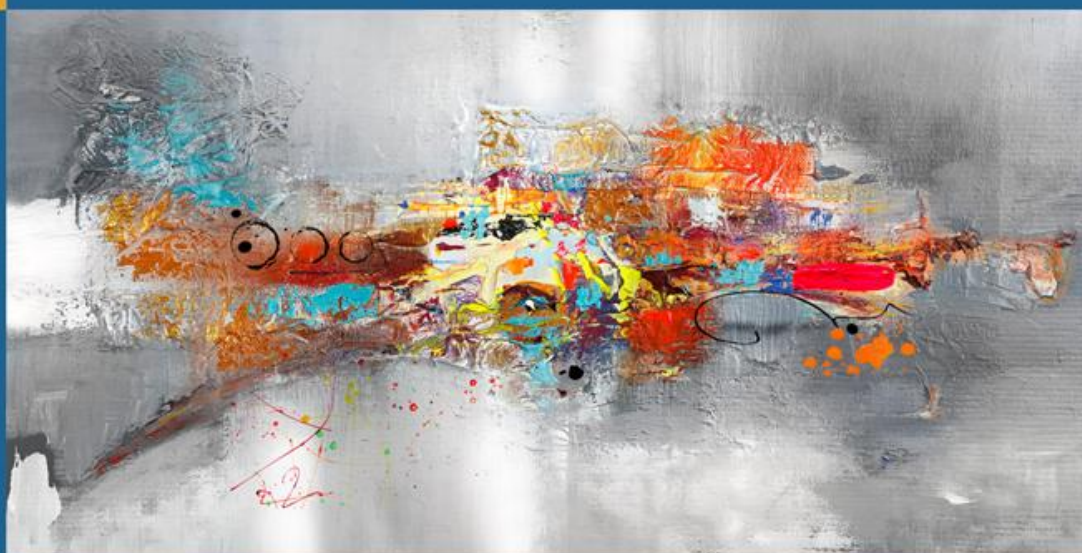


REDPPC

Revista Eletrônica de
**DIREITO PENAL E
POLÍTICA CRIMINAL**

vol. 12, n. 1/2, 2024



ISSN 2358-1956

Expediente

Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – REDPPC
Vol. 12, nº 1/2, 2024
ISSN 2358-1956

EQUIPE EDITORIAL

Editores

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

Assistente editorial

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

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO

Alejandro González Gómez, Universidad de Morelia (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
Eduardo Alcócer Povis, Pontifícia Universidad Católica del Perú (PUCP), Perú
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
Giovanni Cocco, Università degli Studi di Cagliari (UniCa), Itália
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 • Anair Isabel Schaefer • André Adriano do Nascimento da Silva • Bruna Azevedo de Castro • Christiane Kalb • Diego Alan Schöfer Albrecht • Emetério Silva de Oliveira Neto • Fábio Guedes de Paula Machado • Fernanda Pacheco Amorim • Guilherme Dutra Marinho Cabral • Gustavo de Souza Preussler • José Eduardo Lourenço dos Santos • Lara Ferreira Lorenzoni • Leonardo Agapito • Priscila Vargas Mello • Rafaela Bogado Melchior • Raissa Lima e Salvador • Renata Moraes Leimig • Rodrigo da Silva Brandalise • Stephan Doering Darcie • Tatiana Lourenço Emmerich de Souza • Thiago Allisson Cardoso de Jesus • Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa • Túlio Felipe Xavier Januário • Viviane Nery Viegas • Wilson Franck Junior

Endereço

Avenida João Pessoa, nº 80, Centro Histórico, DIR 01
Porto Alegre-RS, CEP 900040-000
<https://seer.ufrgs.br/redppc>
redppc@ufrgs.br

Sumário

Artigos

Arriscado, mas útil: O novo desafio do Direito Penal na Era dos Sistemas de IA Generativa7

Andrea R. Castaldo

Fabio Coppola

A Criminalidade Informática: Análise do Sistema Jurídico Angolano15

João A. Francisco

Noções preliminares ao significado dogmático e político-criminal à categoria da conduta no Direito Penal: a propósito dos Fundamento e Limites ao *jus puniendi*37

Pedro Paulo da Cunha Ferreira

Vidas em cárcere: os desafios e a vulnerabilidade social enfrentados pela população carcerária LGBTI+ de Vitória da Conquista – BA.....51

Luciana Santos Silva

Moabson Alves Braga Santos

A criminalidade à luz da obra de Eric Voegelin: um olhar para além dos três paradigmas criminológicos63

Bruno Amabile Bracco

O Pensamento Criminológico no ensino do Direito Criminal em Curitiba (1915-1930)81

Rebeca Fernandes Dias

Quando termina o estado de coisas inconstitucional? Desdobramentos institucionais a partir do julgamento cautelar da ADPF 347101

Mariana Zoccal

Letícia Cardoso Ferreira

A Colisão entre a palavra da vítima e a Presunção de Inocência nos crimes sexuais121

Theuan Carvalho Gomes da Silva

Jamil Gonçalves do Nascimento Junior

Augusto Fargoni Bergo

Seção ARTIGOS

Arriscado, mas útil: O novo desafio do Direito Penal na Era dos Sistemas de IA Generativa

Risky but Useful: The New Challenge of Criminal Law in the Age of Generative AI Systems

Andrea R. Castaldo

Professor Catedrático de Direito Penal na Universidade de Salerno e advogado, em Nápoles e em Munique, exercendo a sua atividade no Supremo Tribunal. É Presidente do Osservatorio Giuridico sulla Criminalità Economica (O.G.C.E.) (Observatório Jurídico da Criminalidade Económica) que fundou na Universidade de Salerno, em colaboração com o C.E.R.A.D.I. - Luiss “Guido Carli”.

Fabio Coppola

Advogado criminalista em Salerno e fundador do Studio Legale Coppola, colabora profissionalmente com o Studio Legale Avv. Prof. Andrea R. Castaldo. Professor adjunto de Anticorrupção na Escola de Estudos Avançados em Anticorrupção e Contratação na Administração Pública e de Direito e Processo Penal e Funções e Técnicas de Polícia Judiciária na Escola Regional de Polícia.

1. “Quem tem medo do lobo mau?”¹

Todas as inovações são intimidadoras de primeira. Aconteceu no advento da energia elétrica, com a internet, e agora com a ascensão dos sistemas de inteligência artificial; em especial os chamados “fortes”, os quais são capazes de forma autônoma e independente emular os processos decisórios humanos através de sistemas de aprendizagem automáticas.²

Será o medo do desconhecido o bastante para virar as costas aos avanços tecnológicos?

A pergunta é retórica, pois os sistemas de IA são arriscados, mas certamente úteis à sociedade.

Basta considerar, por exemplo, o uso que fazemos de dispositivos digitais para checar a previsão de temperatura para o dia, ou para achar a melhor rota para chegar ao trabalho; para trabalhar remotamente, para se comunicar com amigos e conhecidos. Em adição podemos considerar os usos mais sofisticados de IA no mercado financeiro³, em estratégias de marketing, e na assistência/substituição de

¹ For a more detailed discussion, please refer to the recent A. R. CASTALDO, “IA: chi ha paura del lupo cattivo?”, currently in press in the proceedings from the international congress “Scuola, Università e Ricerca: diritti, doveri e democrazia nello stato di cultura”, Cava dei Tirreni (Salerno), 2 Dec. 2023.

² For a detailed analysis and definition, please refer to the canonical S. J. RUSSEL-P. NORVIG, *Artificial Intelligence. A modern approach*, 4th edition, Global Edition, 2022, 1032 ff. On the same subject, see the extensive F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: qualche aggiornamento e qualche nuova riflessione*, in *Diritto penale e intelligenza artificiale. “Nuovi Scenari”*, G. BALBI-F. DE SIMONE-A. ESPOSITO-S. MANACORDA (eds), Giappichelli, 2022, 4, B. FRAGASSO, *La responsabilità penale del produttore di sistemi di intelligenza artificiale*, in *Sistema penale*, 13 June 2023, 6-8 and V. MANES, *L’oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in *disCrimen*, 15 May 2020, 1-22.

³ Consulte as reflexões perspicazes em F. CONSULICH, *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2022, 1015 ff.

humanos em certas profissões⁴.

Então, como já é reconhecido, a questão relevante não é sobre aceitar ou rejeitar um fenômeno já estabelecido, mas como regular atividades perigosas/arriscadas.

Por esses motivos, não abordaremos a questão de crimes intencionalmente cometidos através de IA nesta análise⁵. Ao invés disso, falaremos exclusivamente do problema de gestão de erros cometidos por sistemas de IA generativos. Em outras palavras, investigamos se - e em que medida - é possível evitar a penalização de eventos nocivos que ocorrem apesar da teórica ideal gestão de riscos de IA, mas que são defeituosos em prática devido a imprevisível e "diabólica" intervenção da máquina⁶.

2. O papel do direito criminal na administração de riscos da IA

Regular a intervenção do direito criminal perante os novos riscos tecnológicos não é uma tarefa fácil⁷ já que a imprevisibilidade decisional dos IA generativos é uma razão para preocupação prevalente. É impossível prever todos os possíveis erros que podem ocorrer, porque eles são resultado de uma combinação massiva de dados que vai além da compreensão humana. Na melhor das hipóteses, é razoável assumir que a inteligência artificial comete erros eventualmente. Sobre isso, podemos falar do "previsível do imprevisível"⁸.

Nas áreas altamente sensíveis, tais como o trânsito com a introdução de veículos autônomos⁹, cirurgias executadas por robôs, o uso de algoritmos em investimentos financeiros, o uso de chatbots na reaquisição de informação ou para a criação de trabalhos intelectuais ou artísticos, sem mencionar robótica industrial, é necessário para decidir se precisamos tolerar ou proibir sistemas de IA imprevisíveis.

Na nossa opinião, os seguintes aspectos precisam ser levados em consideração quando esta decisão for feita.

Por um lado, se os riscos da IA são excessivamente criminalizados, isso pode levar a um efeito desestimulante no desenvolvimento tecnológico. Empresas seriam hesitasas em investir e testar ferramentas de IA avançadas, já que seriam confrontadas com acusações criminais se produtos imprevisíveis e potencialmente perigosos fossem introduzidos ao mercado. Uma decisão desta espécie consequentemente traria outro problema: sacrificar a evolução de sistemas de IA significa abrir mão de uma ferramenta efetiva para promover direitos fundamentais. Tecnologia certamente pode ajudar na redução de acidentes no tráfego, ferimentos em ambiente de trabalho, e na poluição do meio-ambiente. Ela pode também aumentar o acesso aos serviços de saúde através da telemedicina e educação remota

⁴ Na Itália, o Governo está intervindo com normas urgentes para regular o uso de sistemas de IA nos setores mais sensíveis. Cf., R. AMORUSO-F. PACIFICO, *Intelligenza artificiale, c'è il decreto: stretta su copyright e tutele agli under 14*, in *Il Mattino*, 10 aprile 2024, 7.

⁵ Sobre esse ponto, consulte F. CONSULICH, *op. cit.*, 1033-1035.

⁶ Para usar o termo eficaz cunhado em F. CONSULICH, *op. cit.*, p. 1053.

⁷ Digno de releitura, o seminal U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, a versão italiana de W. Privitera, Carocci editore, 2013.

⁸ Assim, C. PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale: da 'mezzo' ad 'autore' del reato?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4/2020., 1750.

⁹ Consulte o volume monográfico mais recente e exaustivo, M. LANZI, *Self-driving cars e responsabilità penale. La gestione del "rischio stradale" nell'era dell'intelligenza artificiale*, Giappichelli, 2023.

(e mais recentemente, no Metaverso)¹⁰. Desistir destes avanços significa perder uma ferramenta positiva para o desenvolvimento das pessoas e da sociedade exclusivamente por razões de segurança precatórias.

Se essa abordagem viesse a prevalecer, é fácil de imaginar como seria a definição de novos crimes para aqueles que introduzem novos sistemas de IA que não se conformam com as "melhores práticas atuais"¹¹. Entretanto, a identificação destas melhores práticas requer contributo de trabalhadores do setor que possuem conhecimento profundo do seu produto¹². Mas, como foi mencionado, em razão da imprevisibilidade dos resultados dos IAs generativos, esse conhecimento pode ser incompleto ou inexistente.

Outrossim, fabricantes e programadores podem ser incentivados a ocultar ou esconder qualquer *red flag* que foi descoberta depois do lançamento do sistema de IA no mercado, já que a transparência completa dessas informações expô-los-ia a ofensas penais, as quais foram antemente discutidas.

Por outro lado, renunciar a intervenção do direito criminal em uma área tão delicada traria a mesma quantidade de problemas. Seria irrazoável, implausível, e contrário a direção tomada pela Europa através do AI Act imaginar não utilizar a força simbólica do direito criminal para proteger "interesses públicos" e "direitos fundamentais" contra decisões imprudentes e ousadas, tomadas como resultado da lógica whatever it takes do progresso¹³.

Na nossa perspectiva, precisamos ser pragmáticos e achar uma maneira de gerenciar riscos vindos de IA, que leva em consideração os dois lados mencionados.

3. Qual instrumento penal pode ser usado para manejar riscos resultantes da inteligência artificial?

Tentemos elaborar uma proposta que traça o papel do direito criminal no manuseio dos riscos postos por IA. Com isto, não abordaremos a perspectiva de acusar sistemas de IA pelos crimes que cometem, pois acreditamos que essa abordagem traz problemas inultrapassáveis, os quais já foram discutidos extensivamente¹⁴.

¹⁰ Em 1º de dezembro de 2023, na Universidade de Salerno, organizamos o "MetaCourt", a primeira simulação processual no Metaverso, envolvendo estudantes do Departamento de Ciências Jurídicas em um "desafio" altamente educacional e interativo. Usando fones de ouvido de RV, eles simularam os papéis do promotor público, da defesa e do júri em um tribunal virtual e discutiram um caso jurídico hipotético.

¹¹ Veja L. PICOTTI, *Intelligenza artificiale e diritto penale: le sfide ad alcune categorie tradizionali*, in *Diritto penale e processo*, 3/2024, 299.

¹² Sobre esses tópicos, veja especialmente G. FORTI, "Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, 155-225 e o trabalho monográfico C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004.

¹³ O Regulamento Europeu sobre Inteligência Artificial atualizado para a Resolução Legislativa do Parlamento Europeu de 13 de março de 2024, sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas sobre inteligência artificial (Lei de Inteligência Artificial) e e que altera determinados atos legislativos da União (COM(2021)0206 - C9-0146/2021 - 2021/0106(COD)) pode ser consultado no seguinte link: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_IT.pdf; Para uma análise inicial das atualizações aprovadas, consulte G. M. RICCIO-P. GENTILI, *AI Act, ok dal Parlamento UE: ecco cosa prevede il testo approvato*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 14 March 2024; for an anlysis of the AI Act from the criminal law perspective, see. M. COLACURCI, *Quale diritto penale dell'IA?* In *Jus*, 3/2023, 357-378.

¹⁴ On criminal liability concerning AI, see. G. HALLEVY, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, Springer, 2015, 1-229. We echo the critical considerations of A. CAPPELLINI, *Machina delinquere non potest? Brevi appunti*

Primeiramente, precisamos considerar a imprevisibilidade dos erros da inteligência artificial.

É plausível considerar que uma possível morte de um acidente no tráfego causada por um veículo autônomo não pode ser atribuída ao fabricante/programador, porque seria considerado um erro imprevisível e, conseqüentemente, inevitável?

Nessa linha de raciocínio, o fabricante/programador poderia ser responsável somente pelos riscos previsíveis, enquanto os imprevisíveis seriam "tolerados" pela sociedade.

Mesmo essa solução sendo promissora, acreditamos que ela tem diversos defeitos. Primeiramente, ela não seria válida em todos os sistemas de direito penal, incluindo os europeus. De fato, alguns países criminalizam a mera introdução de produtos imprevisivelmente perigosos no mercado, mesmo se nenhum dano foi causado por eles.

Segundamente, quem decide se o erro foi previsível ou não? Teria de ser decidido pelos tribunais, caso a caso. Entretanto, nas áreas em que o conhecimento científico é insuficiente, essa avaliação se torna *probatio diabolica*, e só pode ser solucionada com a atribuição da culpa na parte responsável por "não ter feito todo o necessário para prevenir os danos"¹⁵. Mais uma vez, o único jeito de evitar responsabilidade criminal é prevenir o dano de acontecer. Isso é impossível depois do fato ter acontecido, pois não temos como voltar no passado... pelo menos, por enquanto!

Uma situação relacionada a essas circunstâncias aconteceu durante a pandemia do COVID-19. Em resumo: na Itália, leis tiveram que ser introduzidas para clarificar as obrigações de segurança que os empregadores deveriam seguir para a prevenção da transmissão do vírus; estas serviram para tranquilizar as empresas de que elas não sofreram acusações por "não terem feito tudo possível" se algum dano ocorresse¹⁶.

Por essas razões, a avaliação da previsibilidade/imprevisibilidade caso a caso não parece abranger os riscos dos sistemas generativos de IA uniformemente em todos os sistemas de direito criminal.

4. Como podemos determinar o limiar de risco aceitável para IA a priori?

Começamos pelas poucas certezas que temos: sabemos que sistemas avançados de IA irão mais e mais fazer decisões por eles mesmos, e nem sempre estes sistemas nos darão as razões por trás da black box de redes computacionais que levaram ao resultado decisório¹⁷.

O espaço entre a informação dada para a máquina e o seu resultado autônomo só nos leva a

su intelligenza artificiale e responsabilità penale, in *disCrimen*, 27 March 2019, 1-23 and C. PIERGALLINI, *op. cit.*, 1763-1771.

¹⁵ Kindly refer to some earlier reflections found in A. R. CASTALDO, *La teoria dell'aumento del rischio e l'illecito colposo*, in *Studi Urbinati, A - Scienze Giuridiche, Politiche Ed Economiche*, 40 (1988), 2021, esp. 127-131.

¹⁶ On the flexibility of preventive rules in the corpus of Legislative Decree No 81/2008 and the application of living law, please refer to the exhaustive C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *Sistema penale*, 15 June 2020. For a rigorous application of the precautions imposed on employers to prevent contagion, please refer to *Cass. Pen., Sez. III, 1° dicembre 2023, 47904*. On the liability of healthcare workers during the pandemic emergency, please refer to M. CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *La legislazione penale*, 22 June 2020, esp. 9 ff.

¹⁷ Advocating for full transparency, although he considers it "far from being achieved and perhaps (...) an impossible result", see F. CONSULICH, *op. cit.*, 1027-1028.

conclusão de que haverá algum erro, mas não nos ajuda a estabelecer *como* ou *por quê*.

Outra certeza que temos é da utilidade social dos sistemas generativos de IA. Isso pressupõe que existe um rácio positivo de custo/benefício - esperamos em sociedade que as máquinas tenham um desempenho maior que o nosso e reduzam a nossa margem de erro. Queremos que os veículos autônomos causem menos acidentes do que motoristas humanos, e cirurgias realizadas por robôs resultem em menos mortes ou sequelas do que as realizadas por seres humanos.

O desafio, entretanto, é identificar um limiar que é absolutamente intolerante a máquinas que são mais perigosas do que humanos. Ou seja, não podemos deixar que IA proponha mais riscos do que humanos executando a mesma ação. A tarefa de uma possível reforma da lei penal que pode ser exportada mundialmente e oferecer uma avaliação uniforme e previsível do risco de IA, é estabelecer, antecipadamente, o percentual de eventos prejudiciais que são considerados socialmente aceitáveis em relação à IA. Esse percentual deve ser geralmente inferior ao número de eventos negativos causados por humanos realizando a mesma atividade¹⁸. A fórmula que propomos para guiar legisladores nacionais regulando o risco concedido para máquinas é: $\% E_{\mu} < E_{\alpha}$, where " E_{μ} " significa Erro Imprevisível da máquina e " E_{α} " significa erro humano. A tolerância de um risco desconhecido vindo de sistemas de IA " Θ " sempre pressupõe um rácio menor de eventos que causam danos por máquinas do que por humanos.

Retornemos ao exemplo de operações cirúrgicas: se operações do mesmo tipo executadas por humanos têm uma taxa fatal de 20% ($E_{\alpha} = 20\%$), a zona de risco permissível para as máquinas necessariamente precisa cair abaixo desse limiar, pois esperamos que as máquinas devem entregar melhores e mais seguras execuções do que a humana, se formos aceitar os seus riscos.

Vamos supor que, hipoteticamente, fixamos um limiar de tolerância de " $\Theta E_{\mu} = 10\%$ " (tolerância de erro das máquinas é de 10%).

Na ausência de dados suficientes para determinar se um evento danoso foi causado por defeito na construção ou programação do sistema de IA, essa estratégia nos permite preventivamente abordar essa questão de responsabilidade criminal para erros imprevisíveis que vamos discutir brevemente.

Antes disso, vamos abordar a pergunta: é justificável que o Estado renuncie o seu direito de punir eventos danosos que caem dentro do determinado limiar de tolerância?

Na nossa perspectiva, qualquer abordagem objetivando uma maior previsibilidade na aplicação deveria hipoteticamente envolver uma renúncia total à intervenção do direito criminal em eventos danosos ou fatais que ocorrem dentro do limiar estabelecido de tolerância. As categorias tradicionais de responsabilidade penal retomariam o seu funcionamento para além da decisão política de tolerar os acontecimentos prejudiciais resultantes de um erro imprevisível por parte de um homem dentro do limite pré-determinado.

Esta abordagem garantirá imediatamente uma maior segurança no que respeita ao risco penal admissível.

¹⁸ The need to establish a threshold of "acceptable risk" is also discussed in B. FRAGASSO, *op. cit.*, 17, referencing G. Forti on "the marginal risk (...) not to be defused".

5. Como distribuir a percentagem de tolerância social dos riscos de IA pelos diferentes operadores?

Nossa proposta está incompleta no momento. Nós ainda temos que debater e explorar o problema de distribuir o limiar de tolerância de risco " $\Theta E\mu$ " dentro das dinâmicas e variedades de casos específicos, para que assim fabricantes ou programadores individuais possam prever a margem de erro tolerada para o desenvolvimento de IA generativo nos seus respectivos campos de trabalho.

Para alcançar isso, podemos usar provisões do European AI Act, pois impõem requisitos de transparência e comunicação aos produtores de sistemas de IA generativo que operam dentro da Europa¹⁹. Com isto, poderemos criar um registro para operadores do campo de IA e o seu setor de desenvolvimento, o que consequentemente facilitará o seguinte cálculo.

Uma advertência: por fins ilustrativos, propomos um cálculo padronizado para todos os fabricantes/programadores do setor. Nada nos impede de revisitar este ponto para melhor definir os detalhes, depois de uma elaboração minuciosa.

Uma vez que é estabelecido o nível de risco que o público está disposto a aceitar para um risco imprevisível de IA " $\Theta E\mu$ " para um determinado setor de desenvolvimento " $\Sigma\eta$ ", este deve ser traduzido em termos numéricos e o resultado deve ser distribuído pelo número de produtores reconhecidos em conformidade com as obrigações previstas no European AI Act.

Vamos assumir o limiar hipotetizado previamente de 10%, e 500 produtores de IAs generativos no setor. O raciocínio é o seguinte:

i. Os dados estatísticos conhecidos relativos ao risco humano para a mesma atividade, denotados por " $\%E\alpha$ " de " $\Sigma\eta$ ", são de 20%. Suponhamos que isto corresponde estatisticamente a 2000 incidentes individuais danosos " X ". Z. Por conseguinte, **$E\alpha \text{ de } \Sigma\eta = 2000 X$** .

ii. Para IA, o percentual de *risco desconhecido* a ser distribuído é de 10%, que seria metade de **$2000 X$: $\Theta E\mu \text{ de } \Sigma\eta = 1000 X$** .

iii. O resultado alcançado deve ser dividido pelo número de produtores reconhecidos no setor. " Πs ", que assumimos ser 500. Assim, teremos **$1000X$: $500\Pi s =$** iv. O valor " $\Theta E\mu$ " é igual a **$2X$** para cada **Πs** individual.

O cálculo, como já mencionado, é aproximado e simplificado. Ele apenas destaca algumas lacunas das quais estamos cientes, e é necessário estabelecer se o percentual tolerado deve ser entendido como relativo a cada ano de referência estatística ou a toda vida de produção/programação. Ao distribuímos a margem de tolerância, deve-se considerar o impacto variável dos operadores dentro do mercado. Deste ponto de vista, diferentes *clusters* de operadores do setor devem ser identificados e divididos em classes de referência uniformes. Consequentemente, o limiar de tolerância de risco deve ser distribuído uniformemente dentro do cluster mas diferentemente entre os grupos, priorizando aqueles que mostram maior produtividade.

O que deve ser feito com o limiar individual de tolerância obtido dessa maneira?

¹⁹ Cf. A. LONGO, *AI Act, ecco il testo: così l'Europa regola l'intelligenza artificiale generativa*, in *Il Sole 24 Ore*, 8 Feb. 2024.

Apesar das aproximações destacadas, o cálculo proposto pode permitir que cada produtor/programador tivesse acesso a duas margens de erros imprevisíveis para testar e desenvolver seus sistemas generativos de IA sem incorrer em responsabilidade criminal pelos eventos resultantes. A decisão de não processar um certo número de casos relativos a um "evento adverso" permite, em linha com a premissa de $\%E_{\mu} < E_{\alpha}$ e com a imprevisibilidade de erros, um equilíbrio entre as necessidades relacionadas a seguranças de interesses fundamentais e as de avanço tecnológico. De fato, o produtor ou programador poderá contar com esse benefício, ou "bônus" para desenvolver IA com maior tranquilidade. Ao mesmo tempo, poderá compartilhar informações com a comunidade sobre os erros encontrados, o que ajudará outros produtores e programadores para os quais os erros se tornarão previsíveis. Ao adotar a lógica de "só se aprende fazendo", serão os próprios operadores dos sistemas de IA que realmente reduzirão o espectro de erros que não são puníveis por serem imprevisíveis.

O Estado poderia centralmente administrar o controle e registrar os erros gerados por IA, medidas para serem "ensinadas" às máquinas, e a disseminação dentro da comunidade dos novos erros "conhecidos" que devem ser prevenidos, junto de medidas de segurança atualizadas, através de uma Agência para o Controle de Correção de Sistemas de IA. Esta entidade deve ter o poder de impor penalidades adicionais no produtor ou programador de algum sistema de IA, como por exemplo, condicionando a possibilidade de um benefício para o produtor ou programador ao seu compromisso com corrigir erros imprevistos, transformando-os em erros previsíveis. Essa lógica é muito parecida com a conhecida abordagem de carrot and stick²⁰ Como podemos adaptar nossa fórmula aos diferentes sistemas de direito penal?

A primeira opção é estabelecer uma área de irrelevância criminal que engloba qualquer evento danoso resultante de um erro imprevisível de sistemas de IA que se encontra dentro do limiar de tolerância de risco predeterminado. O espaço na proteção então criado pode ser tampado com medidas de compensação monetária para danos, possivelmente através da criação de um fundo "distribuído *pro rata* por todos os produtores que projetam, programam, e usam IA, baseado no tamanho da sua parcela no mercado"²¹. A distinção entre erros previsíveis e imprevisíveis cometidos por IA iria desencorajar condutas excessivamente relaxadas dentre os agentes do mercado. Eles então seriam responsáveis por todos os erros que poderiam ter sido previstos de início, assim como por aqueles que se tornam previsíveis basicamente na experiência coletiva de outros produtores e programadores.

A fórmula descrita acima tem outra possível aplicação. Ela se tornaria o padrão para garantir a adequação e segurança dos sistemas de IA, e a conformidade seria um requisito para "certificar" a confiabilidade dos sistemas de IA em circulação. Em outras palavras, antes de lançar o sistema de IA generativa no mercado, o produtor ou programador precisaria realizar uma série de testes para identificar a margem de risco que se enquadra dentro do limite de tolerância.

A conformidade dos produtores e programadores com o padrão requerido deve ser considerado como o "melhor comportamento" para conter riscos, o que deve implicar a não-criminalização de quaisquer eventos que possam ocorrer apesar da conduta impecável. A nossa abordagem oferece a vantagem de possibilitar uma estimativa preditiva e objetivamente mensurável do esforço necessário, em contraste com a avaliação de seu comportamento legal caso a caso.

²⁰ Cf. J. C. JR. COFFEE, "Carrot and Stick" Sentencing: Structuring Incentives for Organizational Defendants, in 3 Fed. Sent'g Rep., 1990, 126 ff.

²¹ This point of view is examined in F. Consulich, *op. cit.*, 1022.

6. Os prós e contras da solução proposta

A proposta está sujeita a algumas objeções.

Primeiramente, como podemos justificar a renúncia de responsabilidade criminal para eventos sérios, potencialmente danosos ou até fatais?

Esta objeção é válida, mas não é incomum identificar áreas de impunidade. Na Itália isso já aconteceu em outros setores, como por exemplo o medicinal, onde a proteção ao paciente teve que ser balanceada com a necessidade de permitir o bom desempenho dos profissionais de saúde. Como resultado, a responsabilidade médica foi limitada apenas a erros graves ou violações das diretrizes. Da mesma forma, no campo tributário, a legislação penal não pune alguns casos de evasão fiscal que estejam abaixo de um certo limite, devido a complexidade e obscuridade das leis fiscais.

Em relação aos produtores e programadores de sistemas de IA, a impunidade de erros imprevisíveis individuais seria justificada pelo benefício maior para a comunidade, dado que os riscos de usar IA são menores em comparação com humanos realizando as mesmas tarefas. Essencialmente, envolveria "deixar de punir um erro" para "evitar cem". Outra possível objeção diz respeito à potencial distinção entre a responsabilidade criminal de um ser humano e a responsabilidade criminal de uma máquina.

Pode-se argumentar que é irracional esperar um tratamento diferente para erros cometidos por humanos e por IA programadas por humanos. No primeiro caso, a responsabilidade é avaliada individualmente. No segundo, pode-se prever um benefício uniforme e predeterminado.

Em nossa opinião, o comportamento das máquinas tende a aderir a um padrão, ao contrário da inclinação individual e original da ação humana. Isso justifica o tratamento diferenciado de agentes virtuais e a sua categorização em *clusters* com base em seu comportamento. Quanto à responsabilidade de entidades por delitos criminais, apesar das abordagens diferentes entre os sistemas jurídicos, acreditamos que, se o indivíduo que programou ou criou a IA prejudicial não for responsabilizado por um delito graças ao "sistema de benefícios", o mesmo deve se aplicar à entidade. Em tais casos, podem ser consideradas formas de compensação por danos fora da esfera do direito penal.

Por fim, passemos a um possível ponto positivo.

Quanto à atribuição de responsabilidade criminal dentro de organizações complexas que precisam produzir, desenvolver e programar sistemas de IA²², acreditamos que, uma vez que o mundo da IA seja tranquilizado pelo sistema de benefícios, será mais fácil defender a criação da figura do supervisor de IA. Essa figura seria responsável por monitorar, gerenciar e garantir a segurança dos sistemas de IA generativos, identificando assim um ponto focal para formas residuais de responsabilidade.

Ainda há muito a discutir, e não afirmamos que as sugestões anteriores sejam exaustivas. No entanto, sentimos que era necessário explorar abordagens inovadoras para gerenciar os riscos imprevisíveis associados à IA através de algo melhor do que a penalidade usual²³.

²² Commonly referred to as the 'many hands problem'; for some thoughtful observations on the topic, see F. CONSULICH, *op. cit.*, 1040.

²³ On this subject, we refer to the profound insights of L. Eusebi, *Qualcosa di meglio della pena retributiva in margine a C. E. Paliero, Il Mercato della Penalià*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, I, C. Piergallini-G. Mannozi- -C. Sotis-C. Perini-M. Scoletta-F. Consulich (eds), Giuffrè, 2022, 388 ff.

A Criminalidade Informática: Análise do Sistema Jurídico Angolano

Cybercriminality: Analysis of the Angolan Legal System

João A. Francisco

Doutor em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Católica de Angola e da Universidade Valência, Reino de Espanha, Professor de Direito Internacional Público e Direito do Comércio Internacional. Investigador do Centro de Direito Humanos e Cidadania na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Angola. Igualmente, Pesquisador na área do Direito da Informática e das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação, bem como na área do Direito Internacional

Abstract: In the current context of technological and financial globalization, no State is outside the virtual world, everyone consumes its advantages and disadvantages, whether as an individual, legal person or group. In sense, the digital has assumed an extraordinary role, the multidimensionality in different geographical latitudes, revealing the gap between the most developed societies, in the process of development, and perhaps the least technologically developed. In the digital society, the cybercrime is effectively, the permanent risk and danger of the digital age, despite the advances recorded, cyber warfare is an unquestionable fact, in companies, organizations, institutions, governments and society in general. In this context the article, entitled cybercriminality, analysis of the Angolan legal system is proposed. The article analyses the phenomenon of computer crime or cybercrime, in the light of the legislation in force in Angola, is based on the observation of socio-technological facts and impacts on the Angolan legal system.

Keywords: Computer crime, Cybercrime, Cybercrime, cyberspace.

Resumo: No actual contexto da globalização tecnológica e financeira, nenhum Estado está fora do mundo virtual, todos consomem as suas vantagens e desvantagens, quer como indivíduo, pessoa colectiva ou grupo. Neste sentido, o digital tem assumido um papel sem precedente, a multidimensionalidade nas diversas latitudes geográficas, tendo revelado o corte entre as sociedades, mais desenvolvidas, em via de desenvolvimento, e quiçá, as menos desenvolvidas tecnologicamente. Na sociedade digital, a cibercriminalidade é efectivamente, o risco e perigo permanente da era digital, apesar dos avanços registados, a guerra cibernética é um facto inquestionável, nas empresas, as organizações, as instituições, os governos e a sociedade no geral. É neste contexto que se propõe este artigo, intitulado criminalidade informática, análise do sistema jurídico angolano. O artigo analisa o fenómeno da criminalidade informática ou cibercriminalidade, à luz da legislação vigente em Angola e tem por base, a observação dos factos sócio-tecnológicos e seus impactos no ordenamento jurídico angolano.

Palavras-chave: Criminalidade informática, Cibercriminalidade, Cybercrime, ciberespaço.

Introdução

Actualmente, os relatos sobre a criminalidade tendem a ser assustadores, particularmente os praticados com recursos tecnológicos em Angola. A nossa praça, está a ser cada vez mais atractiva, todos os dias, ouve-se narrativas de que alguém foi evadido ou extorquido dinheiro na sua conta bancária, recebimento de mensagem para actualização da sua conta ou dos dados bancários e por em diante

É neste olhar que o artigo pretende abordar o fenómeno da “criminalidade informática: no sistema jurídico angolano” partindo da base internacionalmente estudado nos diversos países. De acordo, alguns estudos, a ameaça cibernética é uma realidade global, inescapável e multidimensional, a porta de todos os Estados e organizações internacionais e regionais, sendo possível visualizar a cibercriminalidade de diferentes vertentes, desde a *ciberspionagem*, o *ciberterrorismo*, o *ciberactivismo* ou *cibervandalismo*.

Na verdade, abertura do Estado angolano a sociedade de informação e comunicação, deu lugar ao aumento do uso das tecnologias (Smart telefones android, iphones, mídias sociais) tem impulsionado a prática de crimes informáticos, cuja incidência é o sector financeiro e bancário, cujo escopo é de defraudar o sistema informático e as redes de comunicação para obter proveito financeiro por vias ilícitas.

O objectivo do artigo é o de refletir-se sobre a criminalidade informática em Angola, desde o ponto de vista jurídico; identificar e descrever as acções realizadas pelo legislador angolano para prevenção, protecção e defesa do direito e liberdades fundamentais das pessoas singulares e colectivas, no ciberespaço ou sociedade informação e comunicação.

O artigo versa essencialmente sobre o fenómeno da criminalidade informática, conceito, delimitação, sujeitos e tipologias do cibercrime, bem como a análise do quadro legislativo angolano no domínio da criminalidade informática.

Para terminar, Newman & Eboibi (2021) sustentam que, a proliferação dos crimes informáticos(cibercrime) em África, “particularmente, em Angola” não decorre de falta de legislação, mas da corrupção e das lacunas de implementação e aplicação das leis, isto é, lacuna da capacidade de detetar, prevenir, investigar, perseguir e responsabilizar os autores¹.

Afinal, na era digital todos estamos expostos, ao ciberataque ou cibercriminalidade porquanto, afecta directa ou indirectamente, a segurança de todos, organização, agências, instituições públicas e privadas, governos e particulares. Nada é deixado à margem, face a dependência da economia mundial, sistema internacional de comunicações, as interacções e aos fluxos de informação estabelecidos através da Internet e no ciberespaço

Portanto, a metodologia de abordagem é qualitativa, suportado pelo método jurídico-exploratório e descritivo preliminar da problemática da criminalidade informática em Angola. Assim, ressalta-se as principais características, percepções e descrições do crime informático, nos termos regulamentação Angolana.

¹ Newman & Eboibi (2021) [\(10\) Cybercriminals and Coronavirus cybercrimes in Nigeria, the United States of America and the United Kingdom: cyber hygiene and preventive enforcement measures | Request PDF \(researchgate.net\)](#) [Acesso em Maio de 2022]

1. Enquadramento do fenómeno da criminalidade informática.

Uma das grandes manifestações da modernidade actual, é precisamente, a fenomenologia da Informática, Tecnologia de Informação e Comunicação (abreviadamente, TIC), a invasão progressiva todos os sectores da vida em sociedade: *a defesa e segurança nacional, a actividade científica, económica e financeira, segurança social e administração pública em geral.*

Nos finais dos anos 70 início dos anos 80, surgem primeiras reacções sobre a protecção da vida privada, perante a recolha, armazenamento, transferência e interconexão de dados pessoais, potenciadas pela informática, concomitantemente, os esforços para o combate a *delinquência económica específica da informática.*

Nos anos 90 no campo do Direito, particularmente no âmbito do Direito Processual, face a criminalidade informática e as lacunas deste ramo, o Direito é desafiado a aperfeiçoamento da investigação da nova tipologia do crime: *criminalidade Informática ou cibercriminalidade.* Neste, entretanto, é lançada a mão nos meios processuais para a investigação dos ilícitos e dos seus autores, tudo com vista a responsabilização judicial e penal.

Já nos anos 2000², atendendo a limitação do Direito Interno dos Estados, faz-se apelo ao Direito Internacional, dado que o domínio das TIC's, o uso da informática e da cibernética, transcendem as fronteiras nacionais. Determinou, a consciência planetária, ou transnacional do combate do fenómeno da criminalidade informática.

Realçar que nos anos subsequentes notabilizaram-se as formas mais perigosas da criminalidade organizada, estão associadas com o *terrorismo, branqueamento de capitais, pornográfica infantil, fraude bancária, a falsificação informática, etc,* tendo fortes componentes instrumentais do uso da informática/telemática, com repercussões em todo mundo.

Neste sentido, alertava em 1998, o Sociólogo, Ulrich Beck “*No podemos pensar el mundo en términos de esferas separadas, de distinciones que discriminan el “nosotros” de todo lo demás. Vivimos en una sociedad de riesgos e peligros”. Entre los muchos riesgos de la sociedad tecnológica, los peligros de un ataque informático a gran escala que afecta, como hemos visto, a más de 150 países.*”³

Ilustrando, referenciar que em 2005, houve uma atitude proactiva de alguns governos, tendo sido adoptada a decisão - quadro, em que se afirmava “há provas de ataques contra os sistemas de informação, nomeadamente devido à ameaça que representa a criminalidade organizada, existindo uma crescente inquietação perante a informação que constituem a infra-estrutura vital dos Estados-modernos⁴”

De acordo com “*The 2005 FBI Computer Crime Survey*” os países de origem mais frequentes seriam a EUA, a China, a Nigéria, a Coreia, a Alemanha, a Rússia, a Roménia, que mais ataque

² A Comissão Europeia em documento confirmava a incerteza quanto aos dados estatísticos do fenómeno da criminalidade informática. U.Sieber, 1998, um dos primeiros a estudar o assunto, sustentava na época que “não existiam estatísticas fiáveis sobre a verdadeira extensão do fenómeno. O número de intrusões detectadas e assinaladas até a data não dava verdadeiramente uma ideia exacta da gravidade do problema. SIEBER, U., *Legal aspects of computer crime in the information society-COMCRIME-STUDY*. 1998.

³ Não podemos pensar o mundo em termos de esferas separadas, distinções que discriminam o nó de todo os demais. Vivemos numa sociedade de risco e perigo. Entre os muitos riscos da sociedade tecnológica, os perigos de um ataque informático a grande escala que afecta, como vimos a mais de 150 países. [*é nossa tradução*].

⁴ N.º2005/222/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, *relativa a ataques contra os sistemas de informação* - Jornal Oficial n.º L069 de 16/03/2005 p. 0067-0071-

produzia através dos vírus trojans, worms e spyware⁵.

Em termos do Direito, levantou-se o problema de se saber, como agir para proteger os bens jurídicos fundamentais, dos cibercriminosos, já que os mesmos cada vez mais afectam directamente as pessoas individuais, colectivas e os governos? A sua prática tem sido, de tal maneira, que não chegam a ser dectados⁶ ou são tardiamente detectados, outros ainda não participados.

Neste quesito, as principais características, do fenómeno cibercriminalidade, nos anos de 2000 a 2005 sobrelevam-se: i) *as manipulações informáticas de conteúdo económico e ii) os abusos por meio das máquinas automáticas de pagamento (ATM) e iii) reprodução ilícita de software.*

Em suma, os próprios equipamentos informáticos, electrónicos, os softwares e redes nacionais e internacionais estão sob ameaças de agressões de certos grupos, ou indivíduos pelo uso do sistema informática. Desde a distribuição de electricidade, dos transportes, telecomunicações, os serviços de urgência ou mercados financeiros⁷. Aqui o judicial apresentava enumeras dificuldades para actuar/responsabilizar os autores, os agentes ou cibercriminosos⁸. A busca de soluções eficazes para a problemática da criminalidade informática, determinou que os anos posteriores a 2000, os estados trabalhassem arduamente para legislar ou criar normas que protegessem os interesses tanto nacionais como dos indivíduos. Particularmente, as decisões quadro da Europa tiveram grande impacto, na mudança de paradigma jurídico.

2. Conceito de Criminalidade Informática/ Cibercriminalidade

Inicialmente, referenciar que o crime é um fenómeno social, é um facto voluntário declarado punível por lei. Este facto, *é humano voluntário e lesa/expõe a perigo de lesão bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica.* Acrescer ainda, que o crime está vinculado a acção humana, ao comportamento humano positivo ou negativo, permissivo ou omissivo, presidido pela vontade e pela razão.

O crime abrange: *o(s) sujeito(s), elementos objectivos e subjectivos, objecto da acção, nexa causal e o resultado.* E tudo isso, tomado conjunto dá lugar ao facto típico punível pela lei penal.

Centrando atenção, ao que importa, analisámos a cibercriminalidade (crime cibernético) ou criminalidade Informática.

A palavra cibercriminalidade ou cibercrime é de origem Inglesa “*Cybercrime*”, significa uma prática que consiste em defraudar a segurança de computadores ou de redes empresariais (rede mundial ou ciberespaço).

O Professor do Instituto de Criminologia da Austrália, Krone (2005)⁹ afirmou que o termo

⁵ <http://www.fbi.gov/publications/ccs2005.pdf>. Disponível. Consultado em 02 de Março de 2023.

⁶ Referir que esta época, países Europeus e os EUA debatiam inúmeros casos de infracções aliadas informática e liberdades, a fraude às telecomunicações, as contrafacções, acessos fraudulentos de telefones celulares, atentados ao sistema informático, abusos as máquinas automáticas de pagamento e a reprodução ilícita de software.

⁷ [FBI: Financial Crimes Report to the Public 2005 - \[PDF Document\] \(vdocuments.net\)](#) Disponível. Acesso em 28 de Fevereiro de 2023.

⁸ Factos relevantes para compreender a magnitude do fenómeno – Itália (1960, 1976) as Brigadas Vermelhas atentam contra os Centros de Informática - Motorizzazione Civile; França e Alemanha Federal (1985) atentados nos Centro de Informáticas; Japão – Tóquio e Osaka (1985), Atentados extremistas danificam as centrais electrónicas de sete estações ferroviárias; EUA – Nova Iorque (estudantes da Dalton School) infiltram-se numa vitena de banco de dado no Canadá.

⁹ KRONE, T. (2005), *High Crime Brief. Australia Institute of Criminology*, Cambra, Austrália.

cibercrime é utilizado para definir os delitos que vão desde as actividades criminosas contra os dados até infracções de conteúdo. Os autores Zeviar e Geese, citados por Francisco, sugerem que a definição de cibercrime é mais ampla e inclui actividades como *a fraude, o acesso não autorizado, a pornografia infantil e assédio na internet*¹⁰.

Adicionalmente, o Manual de Prevenção e Controlo de Crimes Informáticos das Nações Unidas (1995), na sua definição de cibercrime inclui *a fraude, a falsificação e o acesso não autorizado*.¹¹ Ao passo que, a Organização para Cooperação Económica e Desenvolvimento das Nações Unidas, define *o crime de informática como qualquer conduta ilegal não ética, ou não autorizada, que envolva processamento de dados e/ou transmissão de dados*¹².

Nesta esteira, está associado ao conceito cibercrime, o crime virtual (em Inglês, *Virtual Crime*) como correlativo. Entende-se por Crime virtual, *o crime perpetrado no ambiente virtual, em que se caracteriza pela ausência física do agente activo (dos autores), cujo escopo é ofensa da segurança, integridade, confidencialidade a rede e da pessoa Humana e sua dignidade*.

De acordo com Augusto Rossini (2004), este conceito está conectado com o de *delito informático*, definido como: *“aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, directa ou indirectamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade a confidencialidade*¹³”.

Importa referir que, ao falar-se de cibercriminalidade fazemos menção aos crimes que são cometidos por meio da “Internet” ou com o recurso à Informática¹⁴ (ou amplamente com recurso aos meios tecnológicos).

Perfilhando na tese do Professor, Oliveira Ascensão (2001) a criminalidade informática limita-se assim à criminalidade que é especificamente gerada por este instrumento de trabalho e de comunicação¹⁵ (meios informáticos).

Entretanto, entende-se a cibercriminalidade (cibercrime) como sendo todo crime cometido utilizando um “computador”, uma “rede social ou um dispositivo de *hardware*”, para disseminar *vírus que colectam e-mails, distribuem o material pornográfico infantil, fraudes bancárias, violação de propriedade intelectual e direitos conexos ou invasão de sites para deixar mensagens difamatórias, como forma de insulto às outras pessoas*.¹⁶

De acordo com Royal Canadian Mounted Police (1992) a Criminalidade Informática: *“...É qualquer actividade criminal que envolva a cópia, o uso, a transferência, a interferência, o acesso ou a*

¹⁰ Apud, FRANCISCO J.A (2018), *Direito da Informática - Direito das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação*, Editora das Letras, pp.182-222

¹¹ Ibidem

¹² CORREA, Carlos M. (1994), *Derecho Informático*, Buenos Aires: ed. Depalma, p.295.

¹³ ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza (2004), *Informática, telemática e direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, p. 110-111

¹⁴ Quanto às formas mais representativas de criminalidade na Internet, Jorge R. Teixeira destaca os seguintes casos: i) *revelação de formas de concepção de números válidos de cartões de crédito e acesso ilegítimo a números de cartões de crédito*. ii) *Divulgação de programas mal-intencionados* (por exemplo, para reprogramação de telemóveis), para *frustrar a necessidade de pagamento de licenças e de direitos de autor*. iii) *Pornografia infantil, fraude com valores mobiliários, cyber-terrorismo e cyber-branqueamento de capitais*. Apud, FRANCISCO J.A(2018) *Direito da Informática - Direito das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação*, cit., pp.182-222

¹⁵ ASCENSÃO José de Oliveira (2001), *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, cit. p.261

¹⁶ MARQUES, Garcia e MARTINS, Lourenço (2006), *Direito da Informática*, cit., p.641

*manipulação de sistemas de computador, de funções do computador, de dados ou programas de computador*¹⁷”.

Para os autores Marques e Lourenço (2006), a Criminalidade Informática¹⁸ *é todo acto em que o computador serve de meio para atingir um objectivo criminoso ou em que o computador é algo simbólico desse acto ou em que o computador é objecto de crime*¹⁹.

No entanto, a criminalidade por computador cobre o conjunto de circunstâncias em que o processamento electrónico de dados constitui o meio para a prática e/ou objecto de uma infracção e representa a base da suspeita de que uma infracção ou ilicitude foi cometida por um agente²⁰.

Aliado a isso, importaria referenciar que, Ramalho Terceiro sustenta [...] *os crimes perpetrados neste ambiente se caracterizam pela ausência física do agente activo, por isso, ficaram usualmente definidos como sendo crimes virtuais, ou seja, os delitos praticados por meio da internet são denominados de crimes virtuais, devido à ausência física de seus autores e seus asseclas*²¹.

Igualmente, Manuel Lopes Rocha (1994) define a criminalidade informática, como “aqueles que tem por instrumento ou por objeto sistema de processamento electrónico de dados, apresentando-se em múltiplas modalidades de execução e de lesão de bens jurídicos”.

Portanto, a Rede Mundial de Computadores, ou a qualquer outro ambiente telemático é hoje um facto inegável e irrefutável, pois a Internet e seus recursos, são meios utilizados pelos agentes para o cometimento crime no mundo virtual, digital ou tecnológico.

3. Como é delimitada a criminalidade informática?

A doutrina sobre este assunto não é uniforme²², porém, perfilhamos na delimitação seguinte modo: i) O que tem o computador por objecto (o que detêm um conjunto de informação, detêm utensílios necessários ao seu tratamento); ii) os que usam o computador como instrumento específico de prática de crimes; e iii) o computador usado como instrumento para violar direitos de personalidade (*a violação dos direitos de personalidade abarca, a ofensa ao bom nome, a imagem, a integridade física, moral, a*

¹⁷ [http:// www.holysmoke.org](http://www.holysmoke.org). Acesso em 25 de Agosto de 2018.

¹⁸ Na senda de Guimarães Feliciano, a Criminalidade Informática é o recente fenómeno histórico-socio-cultural caracterizado pela elevada incidência de ilícitos penais (delitos, crimes e contravenções) que têm por *objecto material ou meio de execução o objecto tecnológico informático* (hardware, software, redes, etc). FELICIANO, G. G. (2000), Informática e criminalidade. Parte. Lineamentos e definições. In Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, São Paulo, V.13, n.2, pp.35-45.

¹⁹ Ibidem, pp.641-42.

²⁰ Na perspectiva de Joaquim Ramalho, Citando, Marque Dias e Rodrigues Nunes, a cibercriminalidade pode ser entendida seguindo 2 (dois) prismas diferentes: a) por um lado, pode ser perspectivada num sentido amplo, englobando todos os ilícitos criminais praticados através de meios informáticos, em que a eles sejam reconduzidos todos e qualquer facto tipificado na lei como crime e que seja praticado através da utilização de um sistema informático. b) num sentido mais restrito, englobando apenas os crimes cujo tipo legal pressupõe a prática de uma conduta criminosa através do uso informativo ou contra um bem informático, que a ele se subsuma apenas os crimes em que o sistema informativo integra o tipo legal de crime ou sugere como objecto de protecção. RAMALHO, Joaquim, Prova digital: Articulação entre o Código Processo Penal Português e a Lei do Cibercrime In Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – REDPPC, vol. 10, n.º 2 2022. Acesso em 10 de Março de 2023.

²¹ RAMALHO TERCEIRO, Cecílio da Fonseca Vieira. *O problema na tipificação penal dos crimes virtuais*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/64929/crimes_virtuais_gimenes.pdf Acesso em: 02 de Março de 2023.

²² Vide. OLIVEIRA, José de Oliveira (2001) *Estudos sobre Direito da Internet e da sociedade da informação*, Almedina; MARQUES, G. & MARTINS L., (2006), *Direito da Informática*, Almedina.

reserva íntima de vida, a honra. [ver o art. 32º da CRA, art.70º Cod. Civil]].

Neste quesito, o Professor, Oliveira Ascensão (2001), delimita a criminalidade informática em três tipos²³: i) *pelo uso de instrumento informáticos*; ii) *pela agressão ao meio informático*; e iii) *pelo conteúdo da mensagem deixada disponível em rede*.

Na mesma senda, Francesco Mucciarelli²⁴ classifica três categorias como principais:

- i) *“Uma primeira, onde estão substancialmente unidos pela circunstância que o computador constitui a necessária ferramenta de realização pela qual o agente alcança o resultado legal”;*
- ii) *“A segunda categoria de crimes do computador, poderia incluir todos aqueles comportamentos ilegítimos que contestam os computadores, ou mais precisamente, seus programas”;*
- iii) *“A última categoria deveria juntar todas as possíveis violações da reserva sobre a máquina. Aqui entram em consideração as habilidades de colheita e elaboração de todo o tipo de dados”.*

Continuando, o mesmo autor sustenta que os crimes seriam: 1) *uso sem autorização ou furto de tempo*; 2) *subtração de informações, ideias, projetos, etc., contidas na memória do computador*; 3) *divulgação de segredo*; 4) *tutela do software*; 5) *fraude*; 6) *falsificação* e 7) *obrigação do empregado em manter segredo sobre as informações a que tem acesso*.

Apoiando-se na Convenção Europeia sobre o Cibercrime de 2001, que classifica o cibercrime do seguinte modo: i) *Infração contra a confidencialidade, a integridade, disponibilidade de dados e sistemas informáticos*; ii) *Infração relacionada com computadores*; iii) *infração relacionada como o conteúdo*; iv) *infração respeitante a violação do Direito de autores e dos Direitos conexos*.

O acima dito, centra-se na conduta danosa decorrentes dos cibernautas, usuários das tecnologias de informação e comunicação, ou termos penais, dos agentes do crime.

4. Quem são os sujeitos tipos da criminalidade informática (Agentes e Vítimas)

Tal como no Direito Penal, substantivo, o universo da criminalidade informática/cibercriminalidade encontram-se elementos tipos, ou então dois sujeitos²⁵ a saber: a) *os sujeitos activos ou agentes*, e b) *sujeitos passivos ou vítimas*.

4.1 Sujeitos Activos ou Agentes

Os estudos revelam que os grupos criminosos na internet são vários, com diferentes modos de actuação e de diversas motivações, para o alcance dos seus objectivos.

²³ ASCENSÃO, José de Oliveira (2001), *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, cit., p. 262.

²⁴ MUCCIARELLI, Francesco, *Digesto delle Discipline Penali* – “Computer (disciplina giuridica dell) nel diritto penale” - Itália: ed: Utet, vol.II, p.376.

²⁵ No âmbito dos computadores (sistema informático) frequentemente encontramos três nomes: a) Hacker - Indivíduo associado ao *Computer Underground* especializado em obter acesso não autorizado em sistemas e redes de computadores; b) Phreaker - Indivíduo associado ao *Computer Underground* especializado em obter informação não autorizada sobre o sistema telefónico; e c) Pirate - Indivíduo associado ao *Computer Underground* especializado em reunir e distribuir *software* protegido por *copyright*.

Neste *iter* a personagem mais conhecida deste mundo da cibercriminalidade é o *Hacker*²⁶, tendo as primeiras gerações deste grupo ter participado no desenvolvimento dos computadores pessoais.

A conduta ou o perfil do cibercriminoso é descrito, como um génio na área de informática, perito em computadores e programação, homem, estudante acima da média, introvertido, associal, e age pelo desafio de superação da máquina. Com esta visão, estes criminosos informáticos são aceites e não censurados pela sociedade, e sendo depois de condenados, contratados por grandes empresas ou Governos/Estados.

Este perfil evoluiu bastante, nos últimos anos, tendo sido substituído por novas categorias criminológicas de delinquentes desprovidas de qualquer elemento tecno-ético (deontologia), incidem sua acção na extração de informações e usá-la, para obtenção do lucro fácil (*profit*) passando deste modo, a ser considerado como o mais rentável do que muitos crimes como o tráfico de droga e branqueamento de capitais).²⁷

4.2. Sujeitos Passivos ou Vítimas

As vítimas do cibercrime podem ser quaisquer pessoas, física, natural ou jurídica, individual ou colectiva, pública²⁸ ou privada²⁹, em qualquer momento ou circunstância, bastando para tal estar ligado a um sistema ou rede informática ou telemática.

Segundo Casabona (2006) o elevado número de vítimas e a indeterminação da sua quantidade e identidade leva a inserir estas vítimas construção dogmática do «sujeito passivo em massa».³⁰

O estudo vitimológico da relação entre a vítima (sujeito passivo) e o cibercriminoso (sujeito activo) pode revelar-se de extrema importância para a identificação do agente, pois, pode-se estar em presença de uma vítima – alvo sendo a escolha intencional, por existir um elo, como no caso de um ex-relacionamento ou ex-empregador, ou perante uma vítima colateral ou uma vítima simbólica.³¹

²⁶Entre eles (Hackers), os mais famosos temos Kevin Mitnick, Dennis Ritchie e Reonel Ramones. Vide. MARQUES, Garcia e MARTINS, Lourenço, (2006), *Direito da Informática*, cit. p. 500

²⁷EUROPOL, *op. cit.*, p. 4 e 54; Rovira Del Canto, *op.cit.*, p. 108.

²⁸ Ciberataque en el Parlamento británico. Se desconoce, por el momento, quién está detrás de este ciberataque. Todo indica que no fue un ataque aislado. Durante toda la a semana se registraron intentos similares en distintas prisiones del país, y también en otras instituciones públicas de menor importancia. “No es una sorpresa que algo así haya sucedido. Tampoco es una sorpresa que haya algunos puntos débiles porque hay personas que no toman suficientes precauciones a la hora de tener contraseñas lo suficientemente complejas”, señala Fox. última actualización: 24/06/2017. Disponible en <http://es.euronews.com/2017/06/24/ciberataque-en-el-parlamento-britanico>. [Acesso em 26 de Julho de 2022].

Ciberataque no Parlamento Britânico. Se desconhece, até ao momento, quem está por detrás deste ataque. Tudo indica que não foi um ataque isolado. Durante toda a semana se registaram tentativas similares nas distintas prisões do País, e também noutras instituições públicas de menor importância. Não é uma surpresa que algo assim suceda. Tão pouco é uma surpresa que haja alguns pontos débeis porque existe pessoas que não têm suficientes precaução a hora ter contrassenhas (códigos) suficientemente complexas. [Tradução é nossa]

²⁹ Un potente ciberataque afecta a grandes empresas de todo el mundo. M. R. Sahuquillo B. Domínguez 27/06/2017 - 15:03 CEST. Disponible en https://elpais.com/tag/ataques_informaticos/a/ Um pontente ataque informático afecta a grandes empresas: Ucrania, con el metro de Kiev el Gobierno, es el país con más entidades 'hackeadas'. También el gigante ruso Rosneft o la danesa Maersk han sido atacadas por los hackers que piden un rescate para liberar los equipos. [Acesso em 26 de Julho de 2022]. Na Ucrania, com o metro de Kiev, o Governo é o País mais com mais entidades hackeadas. O gigante Russo Rosneft ou a Danesa Maersk tem sido atacado por hackers que pedem um resgate para libertar as equipas. [Tradução é nossa]

³⁰ ROMEO, Casabona (2006), “De los Delitos Informáticos al Cibercrimen. Una aproximación Conceptual y Político-Criminal”, *El Cibercrimen: Nuevos Retos Jurídico Penales, Nuevas Respuestas Político-Criminales*, Granada, Comares, p. 27.

³¹ EOGHAN CASEY, *op. cit.*, p. 164-166, e 174-175.

Comummente, os lesados ou as vítimas são, muitas vezes, *as empresas, os bancos, as seguradoras e as entidades financeiras e singulares* que preferem não apresentar queixa as autoridades e resolver internamente absorvendo as perdas com receio de que tal ataque a ser conhecido leve ao seu descrédito e perda de reputação e confiança junto do mercado e clientes, causando prejuízos superiores ao ataque sofrido, o que é agravado nas situações em que pode haver responsabilidade legal, devido ao dever de protecção de dados confidenciais.

Ora, um aspecto que não se pode perder de vista é o *desconhecimento (a ignorância) dos utentes* – cibernauta de que foi vítima, e a crença na ineficiência da investigação policial e na impunidade destes crimes. Neste caso, as vítimas singulares são, por muitas vezes, *utilizadores incautos*, que negligenciam a segurança permitindo a introdução de programas maliciosos e até ingénuos, fornecendo Palavras-chave e dados pessoais *online*, sem verificar a sua fidelidade (idoneidade), o que leva aos crimes de roubo de identidade, falsa identidade entre outros.³²

5. Motivação da criminalidade informática

Ao falar das motivações da criminalidade informática pretende-se tão-somente apontar as razões que estão na base de tal prática ou mesmo actos por parte de alguns cibernautas, hackers.

Como se poderá entender o cometimento de tal crime ou ilicitude? Seja qual for a natureza, têm sempre um fim a começar do mais simples ao mais complexo, isto é, do utilitarista, psicológica, empreendedora, ideológica, financeira, inovadora ao militar ou de segurança.

Assim sendo, se o computador é o “alvo do crime”, é porque as motivações são em *regra de cariz ideológico e financeiro*, que influenciam a conduta errante ou delectiva dos agentes ou autores. Porém, eles variam de acordo a natureza e o tipo de crime³³.

Segundo B. Parker Citado por Marques e Martins (2006) tem vindo a *verificar-se uma certa democratização da criminalidade informática, passando-se passando dos “colarinhos brancos” quem ocupavam posto de alta confiança, para outros escalões mais baixos*³⁴.

Nesta senda, sublinhar que, as principais motivações que estão na base de tal prática ou do cometimento do crime são o “*desejo de ganhos financeiros*”. Todavia, na actualidade, existem tantas motivações desde as mais simples as mais complexas, que envolvem indivíduos, grupos e governos, a mais complexa é carácter geopolítico e geoestratégico militar, em que maioria dos Estados estão envolvidos directa ou indirectamente.

5.1. Modus Agendi/ actuandi/operandi do cibercriminoso

Partimos do seguinte questionamento: *Qual é metodologia empregue na prossecução da criminalidade informática? Como agem ou praticam o crime informático? Que métodos são utilizados?*

³²CABO, Ana Isabel (2010), “Nova lei facilita investigação”, *Criminalidade Informática*, Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 65, Abril, p. 31;

³³ Eis a motivações fundamentais: a) utilitaristas b) empreendedores c) agressivos e d) destruidores.

³⁴ MARQUES, Garcia e MARTINS, Lourenço, (2006), *Direito da Informática*, cit. p.117

Na verdade, no mundo informático há variadíssimas formas de acção (*o modus agendi/operandi*) para a prática do crime. Que não é fácil expormos neste trabalho, mas de forma sucinta destacam-se os seguintes³⁵:

- i) **DATA DIDDLE**: consiste na introdução de dados falsos no computador, por alteração ou por omissão de *input*.
- ii) **SUPERZAPPING**: consiste no emprego do *zapping*, em que o utilizador consente as mais complexas manipulações de dados, sem deixar rasto, com a finalidade de modificar, copiar ou destruir dados contidos na memória do computador. Este programa geralmente não está sujeito aos normais controlos de sistema.
- iii) **CAVALO DE TROIA** (*trojan horse*): consiste na introdução de dados clandestinos num programa de computador, que continua a satisfazer as tarefas normais, mas no qual se incluíram uma ou mais instruções abusivas.
- iv) **TÉCNICA DO SALAME**: empregue por um empregado bancário ou alguém ligado à cobrança de recibo por meios electrónicos, ou ao pagamento de reembolsos de encargos médicos, que distrai pequeníssimas importâncias de muitas contas, sem alterar praticamente os saldos, dirigindo-as para uma conta em seu nome ou de um seu cúmplice.
- v) **BOMBA LÓGICA (mail bomb) programa-crash**: serve-se de método das instruções clandestinas, para actuação em determinado momento, logo que verificada certa condição ou evento.
- vi) **TRAP DOORS**: acessos privilegiados que sempre existem nos sistemas ou programas, visando a investigação e correcção de eventuais erros.
- vii) **A FORMA DE ESCUTA** de dados enviados de um computador para outro.
- viii) **SISTEMA DE LIGAÇÃO IMEDIATA À LINHA TELEFÓNICA**: usada para as comunicações com o ordenador, interceptando as mensagens, ou seja, os dados, aproveitando da fragilidade das linhas, sistemas paralelos ao clássico escuta telefónica.
- ix) **BETWEEN THE LINES ENTRY**: consiste na introdução abusiva na linha pertencente a um utilizador autorizado, entrando no sistema quando aquele se encontre inactivo.

Nesta ordem de ideia, devemos dedicar alguma atenção aos vírus, pois, estes também são frequentemente utilizados pelos agentes (Hackers e cibernautas) para o cometimento de crimes ou ilicitudes no âmbito da informática e da Sociedade da Informação.

Entende-se por vírus³⁶ o conjunto de instruções (programas) que se instala no computador, sem conhecimento do utilizador, podendo provocar desde o apagamento de ficheiros à infestação dos computadores cujos endereços estão nos hospedeiros, no limite, a paralisia de todo o sistema informático.

Os elementos dos vírus são: i) **um motor de reprodução**, ii) **um gatilho para arranque** - activa quando o relógio interno do computador indica uma certa data; e iii) **um ataque final**: entenda-se a destruição do alvo.

³⁵ Atenção: o primeiro caso de criminalidade informática julgado na Alemanha (o *Kindergelde*), levado a cabo pelo chefe de uma delegação de trabalho, em cerca de 10 meses e, através de 29 manipulações de dados, ele e os seus octogenários avós puderam dispor de mais de 250.000 marcos de subsídio infantil, processando por computador.

³⁶ Pode-se entender como um software malicioso, desenvolvido por programação, criado com o intuito de desconfigurar um sistema informático do usuário, o acesso a senhas (códigos) e dados sigilosos, espalhando-se através de *linkings* (conexões) – correios (e-mails) e arquivos infectados.

5.2. Tipologia de Vírus

- 1) **WORMS (vermes):** modalidade de vírus que residente na memória do computador, que se vai propagando, diminuindo a velocidade deste.
- 2) **CAVALO DE TROIA:** vírus disfarçado de aplicação benigna, que não se reproduz mas abre portas e afecta a segurança, sendo fácil difícil a sua detecção.
- 3) **POLYMORPHIC VIRUS:** perigoso, mudam-se a si próprios quando passam por *host files*, que torna a desinfecção difícil.
- 4) **STEALTH:** vírus que se esconde dos anti – vírus.
- 5) **SPAM:** consiste no envio maciço de mensagens de correio electrónico não solicitados, em quantidades.
- 6) **SCAMS:** propostas de aparente legalidade, com vantagens aliciantes, sobre oportunidade de negócios, saúde (dietas), promoções de férias, esquemas em pirâmides.
- 7) **PHISHING:** uma perigosa modalidade de SCAMS em que a mensagem simula, no seu conteúdo, ser enviada por sites em que estamos registados pedindo a colaboração para confirmar alguns dados perdidos.
- 8) **HOAXES (embute, esparrela):** boatos electrónicos, histórias falsas ou alarmes de falsos vírus, fraudes científicas, filantrópicas, correntes de fortuna, etc.

Sistematizadamente, as formas de manifestação da criminalidade informática podem ser agrupadas do seguinte modo:

1º. relativo à pessoa e aos dados pessoais: - contra a vida, a integridade física ou liberdades das pessoas; atentado contra a segurança de serviços de utilidade pública; Falsidade dos dados/ falsidade informática; ameaça e coação; difamação, injúria e calúnia; incitamento à discriminação/ ao ódio e apologia de guerra; assédio e exibicionismo sexual; e instigação e apologia pública do Crime.

2º. relativo aos meios informáticos: - contra a segurança dos transportes e das comunicações electrónicas, informáticas, telegráficas, telefónicas, rádio ou televisão; susceptíveis de afectar o gravemente o Estado ou população; Propriedade Intelectual e direitos de Autores.

3º. relativo ao sistema de informação: - o acesso ilegítimo e a interceptação ilegítima; sabotagem informática; burla informática e nas comunicações; terrorismo Informática/ Espionagem Informática; espionagem informática; pornografia infantil.

Perfilhando dos argumentos de Ramos Pereira (2005), os crimes informáticos são caracterizados pela “conducta lesiva a qual não necessita corresponder à obtenção de uma vantagem ilícita”. O bem jurídico protegido são os dados e recursos oferecidos por um sistema de processamento de dados seja pela compilação, armazenamento ou transmissão de dados³⁷

³⁷ PEREIRA, Joel Timóteo Ramos (2004), *Compêndio da Sociedade da Informação* cit. p.519

6. Tipologia de Crime Informático/ Cibercriminalidade

Tendo em consideração o acima descrito, os crimes cibernéticos consistem em defraudar o sistema informático ou de computadores, violando-os, disseminando vírus, roubando de informações ou até mesmo utilizando o computador como meio para cometer delitos.³⁸

Assim, citamos a tipologia de crimes cometidos virtualmente cujo impacto com impacto no sistema de Angola e demais realidades:

- i) **Acesso ilícito:** é aquele praticado por alguém que não esteja autorizado pelo proprietário, ou por outro titular do sistema e acede à totalidade ou parte de um sistema de informação;
- ii) **Discriminação:** divulgação de informações relacionadas ao preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, orientação sexual e outros, por meio da rede mundial, principalmente em redes sociais **online**;
- iii) **Burla informática:** criminosos que enganam vítimas com o escopo de auferir vantagens financeiras. Manifesta-se na forma de manipulação dos saldos de contas, balancetes em bacons etc, alterando, omitindo ou incluindo dados, com intuito de obter vantagens económica;
- iv) **Espionagem Industrial:** transferência de informações sigilosas de membros de uma empresa ou organização para concorrentes, geralmente com o recebimento de dinheiro. A permissão do uso de dispositivos de armazenamento móveis dentro das empresas facilita esses crimes;
- v) **Furto de identidade e senha:** criminosos virtuais se apoderam de informações pessoais para realizar compras **online** ou transações financeiras, o fazendo mediante invasão de dispositivos ou ofertando vulnerabilidades em sítios, a fim de “pegar” pessoas despercebidas;
- vi) **Falsa Identidade:** ocorre quando alguém mente ou omite dados sobre suas características pessoais. É comum acontecer em redes sociais, onde menores de idade elevam suas idades etc;
- vii) **Pirataria:** copiar e reproduzir músicas e livros sem autorização do autor. Sendo que, para a legislação específica, também é pirataria utilizar **softwares** oferecidos onerosamente por empresas de forma gratuita;
- viii) **Pedofilia e pornografia infantil:** criminosos criam sites ou fornecem dados e conteúdos atinentes ao abuso sexual de crianças e menores de idade. Ocorre, também, de criminosos criarem perfis falsos em redes sociais **online** com o objectivo de iniciarem conversas com essas vítimas;
- ix) **Calúnia, Difamação ou Injúria:** criminosos propagam na rede mundial, informações mentirosas sobre pessoas que podem prejudicar a reputação dessas vítimas. Esse tipo de conduta tornou-se comum com a popularização das redes sociais **online** e as vítimas principais têm sido celebridades e políticos.
- x) **Sabotagem informática:** é a danificação ou destruição do material de que feito o computador ou seus componentes. Os seus objectivos são as instalações tangíveis, assim como os dados intangíveis que contém os programas de computação e outras informações valiosas, causando danos físicos e lógicos.

³⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira (2001), *Estudos Sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, cit. pp.14-15

O Professor, Oliveira Ascensão (2001), afirma que podemos distinguir quatro grupos de crimes relacionados com a utilização de computadores em especial da Internet, nomeadamente³⁹: i) os crimes que recorrem a meios informáticos; ii) os crimes relativos à protecção de dados pessoais ou da privacidade; iii) os crimes informáticos em sentido estrito, sendo o meio informático o elemento próprio do tipo de crime. Estes crimes são praticados contra e através do computador; e iv) os crimes relacionados com o conteúdo, onde se destacam a violação do direito do autor, a difusão da pornografia infantil e a discriminação racial ou religiosa.

Em Angola, nos últimos 15 anos⁴⁰, a situação é desafiadora, porquanto, nota-se que alguns crimes⁴¹, acima referenciados estão sendo praticados, melhor dito, já sente-se na prática, os efeitos da cibercriminalidade nos sectores, nomeadamente, a) *clonagem de cartões* (Visa e Multicaixa); b) *transferências ilícitas via internetbanking*; c) *difamação ou calúnia e injúria*; d) *a venda simulada de produtos via internet*; e) *furtos*; f) *as ameaças e chantagens*; g) *as violações dos direitos autorais*; h) *a imagem, a honra e ao bom nome*; i) *privacidade e reserva de vida íntima*; j) *a inserção de falsos dados no sistema informático*; l) *a divulgação de segredos*; e m) *incitamento à violência e ao crime*.⁴²

A realidade da Sociedade da Informação e da Internet, leva a que o Estado Angolano tome atenção especial a problemática da Criminalidade Informática, pois que, hoje, é um dos maiores desestabilizadores dos governos e das economias dos Países (desenvolvidos e em via de desenvolvimento). Obviamente, deve-se apostar, seriamente na vigilância e segurança electrónicas e das Redes, o que impõe maior investimento financeiro no sector das infra-estruturas tecnológicas e das estruturas jurídicas existentes.

Importa referenciar que, a nível do Direito, a intervenção na informática e no ciberespaço incidirá essencialmente no seguinte: i) *Protecção do tratamento informático de dados pessoais enquadrada na protecção da vida privada*; ii) *Protecção de ataques informáticos a interesses económicos, burla por meios informáticos e salvaguarda de dados patrimoniais informatizados*; iii) *Protecção da propriedade intelectual de programas informáticos*; iv) *perseguição dos conteúdos imorais e perigosos*; e v) *por último na fixação de regras para a recolha e valor da prova no crime informático, bem como na imposição de procedimentos de segurança informática*.

Intervenção jurídica do legislador nos demais países, em particular dos estados africanos, incidiu sobre os aspectos acima referenciados. Por essa razão, que alguns autores sustentarem que as situações de natureza informática e tecnológicas podem ser vistas desde o prisma cível ou penal(criminal), em atenção os resultados efectivos do actos práticos pelos agentes no ciberespaço ou na sociedade digital.

Referenciar que, a *protecção do tratamento informático de dados pessoais enquadrada na protecção da vida privada, protecção da propriedade intelectual de programas informáticos e perseguição dos conteúdos imorais e perigosos*, aproxima-se a natureza jurídico-cível. Ao passo que, a *protecção de ataques informáticos a interesses económicos, burla por meios informáticos e salvaguarda de dados patrimoniais informatizados; fixação de regras para a recolha e valor da prova no crime*

³⁹ Idem, pp. 286-287

⁴⁰ De acordo com a Digital (2021) Data Reporte, os ataques são frequentes e as estatísticas revelam que Angola possui 103 milhões de usuários de internet até janeiro de 2021, tendo aumentado mais de 16% entre 2020 e 2021. A taxa de penetração passou a 31% em janeiro de 2021.

⁴¹ Angola Fala só, Entrevista Concedida pelo Comissário Aristófonos dos Santos Sobre o Cibercrime. Disponível em <https://www.voportuguês.com/media/video>, Consultado em 14 de Dezembro de 2014.

⁴² Fala só, Entrevista Concedida pelo Comissário Aristófonos dos Santos Sobre o Cibercrime. Disponível em <https://www.voportuguês.com/media/video, Angola> Consultado em 14 de Dezembro de 2014.

informático/cibernético e a imposição de procedimentos de segurança informática, aproxima-se a natureza jurídico-penal e criminal.

7. Análise do quadro legislativo angolano no domínio da criminalidade informática

Em decorrência do acima dito, cabe-nos incidir a nossa abordagem sobre o domínio legislativo angolano, para então responder-se à questão se existe em Angola um quadro normativo capaz de responder os desafios da cibercriminalidade, ou os intensos ataques informáticos as infra-estruturas tecnológicas no ciberespaço angolano.

Para esclarecer a problemática, partimos de alguns dados fornecidos pelo Instituto Angolano das Comunicações (*INACOM*), segundo qual, Angola, em África é um dos Países com maior registo de ciberataques principalmente no sector bancário (internet banking) venda simulada de produtos via internet, espionagem, incitação de violência, acesso ilegítimo, falsidade informática, acesso ilegítimo ao sistema informático, entre outros.

Já os Serviços de Investigação Criminal (SIC) em Angola destacam os crimes mais praticados em Angola estão a clonagem de cartões visas e Multicaixas, transferências ilícitas via internetbanking, a difamação ou calúnia, a venda simulada de produtos via Internet, a injúria, os furtos, as ameaças, as violações dos direitos autorais, a inserção de falsos dados no sistema informático, a divulgação de segredos, furto e o incitamento à violência e ao crime⁴³.

Por outro lado, o inquérito realizado pela *Global Information Security Survey Angola 2020* revelou dados surpreendentes, “a existência de elevada percentagem de empresas e organizações que desconhecem as origens dos ataques informáticos”. Por outro lado, ainda, os estudos realizados no âmbito da cibersegurança têm demonstrado que 75% das empresas não possuem um plano de risco (um antes e depois), no que diz respeito a segurança tecnológica.

O acima dito, revela que há o número maior de conexões entre computadores no ciberespaço angolano, e assim crescimento, da criminalidade informática, ou seja, os ataques informáticos, e nos sistemas de comunicação electrónica, com criminosos incentivados pelo anonimato, *modus* financeiros e ilusão oferecida pelas redes de interconexão no ambiente virtual e/ou ciberespaço.

No contexto da globalização e da Sociedade em rede, Angola é desafiada a responder exaustivamente àqueles que violentam e põem perigo ou risco os bens jurídicos fundamentais como é caso dos direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente, o direito à liberdade, o direito à expressão, o direito à vida privada, o direito ao bom nome, honra, a imagem (ou seja os direitos de personalidade), e o direitos económico-financeiros dos indivíduos e das pessoas colectivas.

Assim, a protecção penal no sector das telecomunicações e dos serviços da sociedade de informação e comunicação, bem como das TIC's é inevitável, tendo em consideração, o risco e vulnerabilidade permanente deste sector, porquanto está em causa, os direitos e interesses legítimos dos cidadãos, os bens jurídicos fundamentais e o respeito pela dignidade da pessoa humana, acima de tudo.

A pesquisa feita, revelou que Angola desde anos 2000 tem dados passos à caminho da

⁴³ FRANCISCO, J.A (2020) Cibercriminalidade um olhar nos Códigos Penal e de Processo Penal, In *Jornal o Pais*, Terça-feira, 05 de Janeiro de 2021.

consolidação da sociedade de informação e comunicação (sociedade digital) através da implementação de medidas política, administrativa e legislativa. Porém, quando se trata de criminalidade, a situação desafia a todos e a todas sem qualquer discriminação, independentemente da origem ou condição social.

Neste sentido, o legislador⁴⁴ face a tais desafios, tem procurado regulamentar sobre a sociedade de informação e comunicação no geral, com particular realce, no domínio das novas tecnologias de informação e comunicação.

Analisando o quadro da cibercriminalidade na África Austral⁴⁵, Angola comparativamente alguns países desta região (Países da Comunidade de Desenvolvimento África Austral, SADC⁴⁶), tem-se destacado, isso tem como justificação o nível de desenvolvimento, de investimento estrangeiro que País tem captado através da cooperação económica e comercial com vários Países da Europa, América e Ásia. Particularmente, no domínio das telecomunicações e das infra-estruturas tecnológicas (Projecto da Fibra Óptica⁴⁷, ANGOSATE é claramente manifestação da resposta do Estado angolano neste sector).

Entretanto, nesta relação de cooperação, a criminalidade informática⁴⁸ é um dos correlativos, que passo a passo incorpora-se e ganha espaço na sociedade de informação Angolana⁴⁹. Como consequência, os ciberataques ocorrem nas organizações, nas empresas estatais e privadas, os particulares são alvos dos agentes, nomeadamente, dados financeiros bancários, listas de clientes e seus dados financeiros, bases de dados de clientes, incluindo informações pessoalmente identificáveis, endereços de e-mail e

⁴⁴ Recorrendo ao Direito Comparado, citamos o caso do BRASIL que, não possui uma legislação específica tão-somente a lei de Direitos Autorais, a lei sobre a propriedade intelectual de programa de computadores, a lei que estabelece o sistema de transmissão de dados e imagens via fax ou similar; ESPANHA, o novo Código Penal, aprovado pela Lei Orgânica 10/1995 de 23/11 traz consigo artigos relacionados com os crimes informáticos (arts.197 a 201, arts 21/212, arts 248, 255/256, art.279, 400 e 536; ITALIA possui o código Penal, art. 491, art.615, 616,617, art.621, 623, art.635. a Lei 547 de 23 de dezembro de 1993; a Lei 675 de 31 de dezembro de 1996 sobre a tutela da privacidade; FRANÇA possui o Novo Código Penal, secção 202, 303, a e b, a lei 88-19 de 5 de janeiro de 1998, sobre a fraude informática; PORTUGAL, tem a Lei de informação criminal nº 109 de 17 de agosto de 1991, a lei de protecção de Dados Pessoais, 67/98 de 26 de outubro de 1998; o Código Penal arts 193 e 223. REINO UNIDO, possui o Acto de Abuso do Computador de 1990. ALEMANHA, possui o Código Penal, secção 202a, 263 a, 269, 270 a 273, 303 a e b, assim como a Lei contra a criminalidade Económica de 15 de maio de 1986.

⁴⁵ Monsurat (2020) argumenta que, em África, as populações enfrentam muitas dificuldades no respeito a luta contra o cibercrime. Os países africanos enfermam de vários problemas sócio-económicos, tal como a desigualdade, exclusão social, o desemprego e a pobreza. Estes constituem um obstáculo para o efectivo combate ao cibercrime.

⁴⁶ Nos Países Africanos, particularmente no mercado empresarial e das organizações, a situação revela cuidados. De acordo com relatório da Comissão da União Africana (CUA, 2016) e da empresa de segurança cibernética Symantec, apenas 20% dos Estados africanos têm actualmente, as estruturas jurídicas básicas para combater o crime cibernético, o que é gravíssimo. FRANCISCO, J.A., (2020) A penumbra e os riscos da cibersegurança nas empresas angolanas na era digital, In *Jornal o Pais*, Disponível em <https://opais.co.ao/index.php/2021/06/29>

⁴⁷ O SACS é uma rede de desenvolvimento das telecomunicações em África e é o primeiro sistema transatlântico do hemisfério sul a ligar o continente africano à América do Sul, uma alternativa às ligações africanas com o resto do mundo. Este projecto integra a Angola Cables, empresa criada em 2009 e detida pela Angola Telecom (51%), Unitel (31%), Mstelecom (9%), Movitel (6%) e Startel (3%), pretende "transformar Angola num dos principais eixos africanos de telecomunicações.

⁴⁸ O Presidente João Lourenço, no Fórum das Tecnologias de Informação e de Comunicação "ANGOTIC 2018", com foco no potencial e no desenvolvimento das TIC e nas novas soluções de negócios. Sublinhou: constitui preocupação do Executivo assegurar um ambiente legislativo que salvaguarde a correcta observância dos requisitos de segurança dos dados públicos e privados. No mundo globalizado de hoje, a ciber-segurança não deve ser descurada por nenhum dos utilizadores das TIC, começando pelo Estado, pelas empresas e instituições, bem como pelos cidadãos em geral. País terá leis para combater crimes na Internet. Disponível em <https://opais.co.ao/index.php/2018/06/20/pais-tera-leis-para-combater-crimes-na-internet/> [Acesso em 26 de Maio de 2019].

⁴⁹ Angola conta actualmente com mais de 13 milhões de utilizadores de telemóvel, mais de 170.000 da rede telefónica fixa e quase seis milhões de clientes do serviço de Internet. Quanto os indicadores dos serviços das comunicações electrónicas em Angola, os resultados de 2018, revelam que o país conta com um total de 13.288.421 utilizadores dos serviços da rede móvel, 171.858 da rede fixa e 5.927.715 utentes do serviço de internet. Portanto, as estatísticas apontam que Angola conta também com 1.928.237 subscritores dos serviços de televisão por assinatura. Disponível em <https://opais.co.ao/index.php/2019/03/28/angola-conta-com-mais-de-13-milhoes-de-utilizadores-de-telemovel/> [Acesso em 25 de Maio de 2019]

credenciais de login, acesso à infraestrutura e serviços de Tecnologia de Informação, serviços de pagamentos financeiros, propriedade intelectual (marcas e patentes), departamentos e instituições governamentais⁵⁰.

Face a isso, o sistema jurídico angolano deve adequar-se criando mecanismos para defesa e protecção dos mais altos interesses da nação e em especial dos cidadãos (protecção dos direitos e liberdades fundamentais).

Destarte, a Constituição da República de Angola (CRA) é o instrumento fundamental, mas não em absoluto, para resolver a problemática da criminalidade informática, nem da criminalidade em sentido mais lato da palavra. Para tal, foi necessário criar-se outros instrumentos jurídicos complementares a *Carta Magna*, cujo escopo é efectivamente a prevenção, mitigação e combate a tais práticas nefastas e nocivas, contrárias à dignidade de Pessoa Humana, a edificação Segurança e Paz Social.

Portanto, fazer responder à pergunta inicial, destacamos essencialmente os seguintes instrumentos jurídicos aprovados pelo legislador Angolano em matéria das Tecnologia de Informação e Comunicação, particularmente, em matéria do Direito Penal Informático.

a) A Lei nº 22/11, de 17 de Junho, Lei da Protecção de Dados Pessoais.

Esta Lei estabelece o regime jurídico aplicáveis *ao tratamento de dados pessoais como objectivo de garantir o respeito pelas liberdades públicas e direito e garantias fundamentais das pessoas singulares*. Deste modo, estabelece ainda os princípios gerais para tratamento dos dados pessoais, a saber o princípio da transparência (artigo 6º); da licitude (art.7º), da proporcionalidade (art.8º), da finalidade (art.9º), da veracidade (art.10º) e da duração do período da conservação (art.11º) os direitos dos titulares dos dados, o direito a informação (art.25º); direito de acesso (art.26º), direito de oposição (art.27º), direito de rectificação, actualização e eliminação (art.28º) e as medidas de segurança dos dados pessoais.

b) A Lei nº 23/11, de 20 de Junho, Lei das Comunicações Electrónicas e dos Serviços da Sociedade da Informação.

Esta lei responde o vazio que havia no que toca a regulamentação das TIC's, da Sociedade da Informação e da Internet. Neste sentido, ela *estabelece as bases da disciplina e regulamentação jurídica das comunicações electrónicas e dos serviços da sociedade da informação, bem como regime jurídico relativo ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade nas comunicações electrónicas*. A modo grosso, a Lei consagra os princípios orientadores da implementação das TIC's nomeadamente, a infoinclusão (art.5º), equidade social (art.6º) coordenação (art.7º), participação (art. 8º), neutralidade tecnológica (art.9º), concorrência (art.10º), da universalidade (art.11º), protecção do ambiente e do ordenamento do território (art.12º).

No entanto, em atenção a violação de direitos fundamentais no âmbito das TIC's, o diploma consagra a *protecção contra abusos e violações dos direitos dos cidadãos através da Internet e outros*

⁵⁰ Em 7 de junho de 2019, a mídia angolana notícia que a Sonangol, empresa Pública Angolana, do sector petrolífero, foi alvo de ataques cibernético, afectando cerca de 7mil computadores. E em janeiro de 2020, o Caso "Luanda Leaks" noticiava o canal 'Sic-Notícias', tendo um impacto relevante a nível nacional e internacional, com incidência nos alegados esquemas financeiros e evasão fiscal que afectaram o erário público angolano.

meios electrónicos, nomeadamente o direito ao sigilo das comunicações; direito a privacidade, o direito de acesso, o direito à segurança, os direitos dos consumidores e utilizadores de redes ou serviços de comunicação electrónica. O diploma trata ainda da Governação Electrónica e das comunicações electrónicas e seus princípios, a privacidade e protecção de dados nas comunicações electrónicas e por último do regime sancionatório em caso de incumprimento e violação e não observância das regras estabelecida na Lei.

Portanto, a Lei estabelece as bases da disciplina e regulamentação jurídica das comunicações electrónicas e dos serviços da sociedade da informação, bem como regime jurídico relativo ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade nas comunicações electrónicas.

c) **O Despacho Presidencial nº 108/16, de 25 de Maio**⁵¹, Regulamento Geral das Comunicações Electrónicas.

Este Diploma, estabelece o regime jurídico aplicável as redes e serviços de comunicações electrónicas, as frequências e numeração, bem como serviço universal., regula o regime de concessão, licenciamento e exploração, bem o regime das taxas e sancionatório.

d) **A Lei nº 7/17, de 16 de Fevereiro**, Lei de Protecção das Redes e Sistemas Informáticos.

Esta Lei consagra *o regime jurídico sobre as medidas de protecção das redes e sistemas informáticos e aplica-se contra qualquer acto de ataque, roubo informático, ciber-ataque e incidentes informáticos*. A Lei pela natureza vincula-se ao Direito Penal, na medida que visa essencialmente tutelar bens jurídicos fundamentais, no caso as redes e sistemas informáticos.

Na verdade, neste itinerário, observou-se a falta de modo específico da aprovação da Lei Penal, que tipifica clara e objectivamente os crimes de natureza informática, porque o actual (então) Código Penal, de 1888, não se adapta aos desafios da modernidade tecnológica ou da Sociedade de Informação e Comunicação. Sendo que com a aprovação do Novo Código Penal, parecer resolver a situação da cibercriminalidade e o vazio (lacuna) que perdurava alguns anos no sistema jurídico angolano.

e) **Lei nº 3/14 de 10 de Fevereiro**, Lei sobre a Criminalização das Infracções Subjacentes aos Branqueamento de Capitais⁵².

Esta lei para além dos méritos que tem em diversos domínios, a novidade é a incorporação de disposições referentes a criminalidade informática, mormente o artigo 26º consagra “a falsidade informática”. Está norma, foi posteriormente integrada no Código Penal Angola, no artigo 442.º que abaixo descrevemos cuidadosamente.

f) **Convenção da União Africana sobre cibersegurança e proteção de dados pessoais**⁵³.

Este instrumento regional, define os objectivos e as orientações gerais da sociedade de informação em África e reforçar as legislações existentes nos Estado-membros em matéria das tecnologias de informação e comunicação.

⁵¹ Este Diploma, revogou o Decreto Presidencial nº 225/11 de 15 de Agosto.

⁵² A Lei nº 5/20, de 27 de Janeiro, Lei sobre a Prevenção e o Combate ao Branqueamento de Capitais, do Financiamento do Terrorismo e da Proliferação de Armas de Destruição em Massa, Altera a Lei nº 3/14, de 10 de Fevereiro.

⁵³ Aprovado pela Resolução n.º 33/19, de 9 de Julho, I.º Série, n.º 91.

Em matéria de cibersegurança e a luta contra o cibercrime, incorpora um conjunto de medidas que passam pela política e estratégia nacional a ser adaptadas pelo Estados, no caso, angolano. Determina igualmente, adopção de medidas legislativas e regulamentares eficazes, para o combate das infracções criminais substantivas, os actos que afectam a confidencialidade, integridade, disponibilidade e sobrevivência dos sistemas das tecnologias de informação e o comunicação, os dados e as infraestruturas de redes, ao abrigo do disposto no artigo 24.º, 26.º e 27.º da Convenção.

g) O Novo Código Penal⁵⁴

Este Diploma em matéria da Criminalidade Informática é assertivo, pois contextualiza reunindo todos os elementos essenciais para punir os actos danosos praticados com recurso a Internet e meios tecnológicos na sociedade de informação e comunicação ou no ciberespaço.

O Código Penal, de forma clara e objectivamente incorpora os tipos legais e estatui punibilidade condutas de cidadãos (cibernautas) com apoio das ferramentas tecnológicas e de internet, lesem ilicitamente bens jurídicos fundamentais, das pessoas singulares e colectivas de direito público e privado.

Nestes termos, qualquer actividade que envolva a cópia, o uso, a transferência e interferência, o acesso ilegítimo, a manipulação de sistemas de comunicações e informático, dados armazenados e protegidos, a sabotagem e manipulação dos programas do computador para fins ilícitos e difusos, está-se em presença da criminalidade informática ou cibercriminalidade.

Nesta esteira, o legislador Angolano consagra no Título VIII, crimes informáticos, no capítulo I – definições, capítulo II - crime contra os dados informático e capítulo III – crimes contra as comunicações e sistemas informáticos, Neste capítulos, o legislador corporiza os tipos legais, nomeadamente, o acesso ilegítimos a sistema de informação e devassa através de sistema de informação (art. 438.º), interceptação ilegítima em sistema de informação (art.439.º), dano em dados informáticos (art.440.º), sabotagem informática (art.441.º), falsidade informática (art.442.º), burla informática e nas comunicações (art.443.º) e a reprodução ilegítima de programa de computador, base de dados e topográfica de produtos semicondutores (art.444.º). Portanto, estes crimes⁵⁵, têm em consideração a natureza, o tipo, o grau de culpabilidade dos agentes implicados (autores, coautoria e participação) e sua punibilidade pela prática de um dos tipos.

Neste quesito, a punibilidade incorpora a pena de prisão e as multas, dependendo da natureza, culpabilidade, gravidade e os resultados concretos dos actos praticados, variando a pena de prisão até 2 anos até 10 anos de prisão. Esclarecendo o legislador aplica medida de privação da liberdade do agente, de 2 anos nos casos menos graves, adicionado de multa até 240 dias e, em caso mais grave, o limite pena vai até 10 anos de prisão, caso agente for funcionário público no exercício das suas funções.

Um dos méritos do actual Código Penal Angolano, na verdade, é tipificação e definição as penas/sanção aplicar aos agentes da criminalidade informática, coisa que durante muito tempo não existia no ordenamento jurídico, o que de certa maneira debilitava o aplicador da lei, ou seja, o Tribunal decidir definitivamente, os casos de natureza jurídico-penal informático, ou com os crimes praticados

⁵⁴ Aprovada pela Assembleia Nacional, Lei n.º 38/20, de 11 de Novembro. O Código Penal está formado por II partes, 16 títulos, 48 capítulos, 40 secções e 473.º artigos.

⁵⁵ Devem ser vistos, na globalidade do sistema jurídico penal, porquanto, deve-se olhar para o n.º 2 do artigo 198.º, 214.º, 215.º, 216.º 230.º e 236.º todos do Código Penal.

com o recurso aos meios tecnológicos.

Importa trazer a liça, que pese embora o legislador, trouxesse a tipifica e a punibilidade dos crimes informáticos, o grande desafio do combate ao cibercrime em Angola, prende-se na “prova e investigação para apurar a verdade material” e, assim responsabilizar o(s) agente(s) nas comunicações electrónicas e informáticas. Como se obtém a prova? Como responsabilizar penalmente alguém cuja moradia está fora de Angola (ou seja, no estrangeiro) e pratica a actividade criminosa em Angola? cujo resultado verifica-se no ciberespaço Angolano?

Aqui, a tarefa está atribuída ao Novo Código do Processo Penal, enquanto instrumento adjectivo em matéria de investigação e prova. Entretanto, este instrumento apresenta uma lacuna, ou seja, não resolveu cabalmente o problema em causa nem do regime jurídico sobre a prova digital, opção ao regime da escuta telefónica (art. 226.º a 246.º) não é a mais adequada para os crimes cibernéticos ou crimes informáticos praticados no ciberespaço, tendo em atenção a característica da volatilidade dos dados no sistema de comunicação e informático, rapidez de desaparecimento das provas (tempo e local), análise e tratamento versus busca e apreensão.

Em matéria probatória, rigorosamente, os crimes informáticos morrem a partida em sede de instrução preparatória, por eventuais irregularidades registadas durante a busca e apreensão e concomitantemente, o valor probatório das comunicações electrónicas e de internet. Outrossim, os processos de natureza cibernética e informáticos serão arquivados e morosíssimos para a decisão final dos Tribunais, o que de certa medida, contrastarão com o princípio da celeridade e razoabilidade exigíveis nos processos, pelo impacto que tais crimes trazem para os indivíduos, as pessoas colectivas e para a sociedade no geral.

Com base aos argumentos acima, sugere-se ao legislador adoptar por um regime próprio para os crimes de natureza cibernética e informática, praticado com recurso às tecnologias de informação e comunicação, cujos efeitos são devastadores para vida dos cidadãos, das empresas e das instituições públicas. Pelo que, da regulamentação em vigor, até ao momento, não foi aprovada e implementada uma estratégia nacional sobre cibercriminalidade e cibersegurança em Angola, o que de certo modo, fragiliza seriamente a luta contra a criminalidade informática em todos os domínios e sectores. Portanto, não se tomar sério o caminho ante cibercriminalidade sem política nem estratégica de combate e mitigação, assim, não se evita os riscos, perigos e crises de direitos fundamentais e dos bens jurídicos fundamentais do Ciberespaço.

Por último, porém, não menos importante, o legislador Angolano, parece-nos estar a seguir a dinâmica da era digital, isto é, as profundas transformações e as ameaça provenientes da modernidade tecnológica, mas é preciso, estar atento para adaptar as boas praticas internacionais sobre os regimes jurídicos, a regulamentação a ser aplicada pelos operadores da justiça e do Direito, e não só, as empresas e demais pessoas singular, têm enorme dificuldades, no respeito a adopção de política de cibersegurança, causando grandes perdas financeiras, e violação profunda da dignidade humana.

Considerações Finais

Numa tentativa, sempre inclusiva, procuramos tecer algumas considerações pertinentes sobre a

questão analisada neste artigo.

Primeiramente, a ameaça cibernética é uma realidade global, inescapável e multidimensional, sendo possível visualizar as suas diferentes vertentes, desde o *ciberactivismo ou cibervandalismo, ciberespionagem, ciberterrorismo, ciberataque* à ciberguerra ou guerra cibernética⁵⁶, que levou ao surgimento do “novo” e polémico conceito de “guerras sem sangue nem balas”⁵⁷.

Neste, entretanto, o cibercrime vai se especializando e tornando-se uma realidade ainda mais presente na sociedade angolana. E, por conseguinte, a internet é utilizada apenas como *meio, ferramenta e facilitador*, pois as acções dos criminosos vêm deixando o campo da virtualização e criando consequências reais no mundo físico (*as pessoas sentem e vivem o trauma dos abusos decorrentes da internet, a fraude electrónica, falsificação informática, o acesso ilegítimo de dados pessoais e dos sistemas informáticos, a chantagem informática, a clonagem de cartões multibanco e visa, o ciberterrorismo etc.*).

Secundariamente, como consequência dessas inovações, a *prevenção e combate aa criminalidade informática* constitui hoje, imperativo legal, que não pode ser omitida por nenhum ordenamento jurídico. A necessidade de adaptação dos ordenamentos jurídicos, no caso angolano, à nova realidade é urgente visto que os problemas da sociedade informática afrontam os princípios do Código de Processo Penal tradicional⁵⁸

Outrossim, a incorporação das normas transnacionais, aplicáveis aos crimes transnacionais, cibernéticos, informáticos no direito interno, revela quão é importante a cooperação jurídica e judiciária que os Estados devem seguir para o combate efectivo de tais crimes. Caso contrário, é ineficaz as acções de prevenção e combate deste tipo de crime no País.

Pereira Timóteo (2004), sustenta a sociedade de informação caracteriza-se pelo tráfico de informações em velocidade jamais vista, o que rompeu as barreiras geográficas devido à popularização da Internet e de uma forma geral todos os meios de comunicação, pela utilização da informação como recurso estratégico, utilização intensiva das tecnologias de informação e comunicação, interacção entre indivíduos e instituições serem predominantemente digital e pelo recorrer a formas diversas de fazer coisas baseadas no digital.⁵⁹ Rompe com a logica clássica do fazer as coisas, e desafia as instituições modernas, no seu agir e na prossecução do interesse público. Logo exige uma readaptação, dos distintos actores sociais, no caso concreto, os residentes ou não em Angola.

Terceiro, o sistema jurídico angolano, no quadro das TIC's e da Sociedade de Informação, readapta-se com a incorporação de regimes jurídicos de protecção de dados pessoais, comunicações electrónicas e dos Serviços da Sociedade da Informação, protecção das redes e sistemas informáticos. Se alguns anos eram presididos sem normas(lacunas), nem governo, o quadro actual alterou profundamente, estabelecendo sanções ou punibilidade àqueles que livre e autonomamente põe/lesão bens jurídicos fundamentais, nas relações virtuais ou digitais no ciberespaço.

Porém, muito ainda fica por fazer, a começar, a formação de quadros e especialistas na matéria,

⁵⁶ Eloi Martins Senhoras (2015). *Os conflitos cibernéticos como uma ameaça multidimensional*. Federal University of Roraima, Brasil. Disponível em: <https://docplayer.com.br/4954793-Os-conflitos-ciberneticos-como-uma-ameaca-multidimensional-1-resumo.html>. Acesso em 16 de Fevereiro de 2023.

⁵⁷ Cfr. “As novas guerras, sem sangue nem balas, no ciberespaço” (21DEZ2009). Disponível em: <https://ifronline.blogspot.com/2009/12/as-novas-guerras-sem-sangue-nem-balas.html>. Acesso em 16 de Fevereiro 2023.

⁵⁸ PAESANI, Liliana Minardi (2009) *O Direito na Sociedade da Informação II*. São Paulo: Atlas.

⁵⁹ PEREIRA, Joel Timóteo Ramos (2004), *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, 3ª Ed., Lisboa, pp. 893-894

a introdução de conteúdo nas grelhas curriculares dos cursos de Direito e Engenharia Informática e Telecomunicações, bem como Ciências da Computação.

Quarto aspecto fundamental, *o direito é prática mais do que teoria*, o que significa que os aplicadores da Justiça, os Tribunais (Magistrados Judiciais e Ministério Público) assim como, os Advogados devem estudar e conhecer ao fundo está matéria para afectivamente defenderem e protegerem os cidadãos e interesses legítimos da Pátria. Neste sentido, os Magistrados, Advogados e assessores têm a máxima responsabilidade de dominar os meandros da lei, no caso concreto, da criminalidade informática para “fazer justiça efectiva” quando se tratar de caso de natureza cibernética, virtual ou mesmo informática.

Por esta razão, a resposta legislativa do Estado, a problemática da criminalidade informática, será mais eficaz, quando os seus aplicadores e operadores de justiça e do Direito possuírem as ferramentas de facto, para o combate deste tipo de crime.

Por último, porém, não menos importante, *não basta aprovação da lei, mas aplicação efectiva* da mesma pelos seus responsáveis, *o contrário seria letra morta*. É este o verdadeiro dilema no contexto do sistema jurídico angolano, “o desconhecimento da lei, tanto os aplicadores quanto aos destinatários”.

Referências Bibliográficas

- CABO, Ana Isabel (2010), “*Nova lei facilita investigação*”, *Criminalidade Informática*, Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 65, Abril.
- CORREA, Carlos M. (1994), *Derecho Informático*, Buenos Aires: ed. Depalma
- FELICIANO, G. G. (2000), Informática e criminalidade. Parte. Lineamentos e definições. In *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, São Paulo, V.13, n.2, pp.35-45.
- FRANCISCO J.A (2018), *Direito da Informática - Direito das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação*, Editora das Letras.
- KRONE, T. (2005), *High Crime Brief. Australia Institute of Criminology*, Cambra, Austrália.
- MUCCIARELLI, Francesco, Digesto delle Discipline Penali - “Computer (disciplina giuridica dell) nel diritto penale” - Itália: ed: Utet, vol.II,
- PAESANI, Liliana Minardi (2009) *O Direito na Sociedade da Informação II*. São Paulo: Atlas.
- PEREIRA, Joel Timóteo Ramos (2004), *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, 3.º Ed., Lisboa
- RAMALHO TERCEIRO, Cecílio da Fonseca Vieira. *O problema na tipificação penal dos crimes virtuais*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: Acesso em: 20 abr. 2019.
- ROMEO, Casabona (2006), “*De los Delitos Informáticos al Cibercrimen*. Una aproximación Conceptual y Político-Criminal”, *El Cibercrimen: Nuevos Retos Jurídico Penales, Nuevas Respuestas Político-Criminales*, Granada, Comares.
- ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza (2004), *Informática, telemática e direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica.

Legislação

- Convenção da União Africana sobre Cibersegurança e Protecção de Dados de Pessoais Convenção do Cibercrime, adoptada em Budapeste em 23 de Novembro de 2001.
- Lei n.º38/20, de 11 de Novembro, Lei que aprova o Código Penal Angolano.
- Lei n.º 22/11, de 17 de Junho, Lei da protecção de dados pessoais.

Lei nº 23/11 de 20 de Junho, Lei das Comunicações Electrónicas e dos Serviços da Sociedade da Informação
Lei nº 7/17 de 16 de Fevereiro, Lei de Protecção das Redes e sistemas Informáticos.
Lei nº 3/14 de 10 de Fevereiro, Lei sobre a Criminalização das Infracções Subjacentes aos Branqueamento de Capitais.

Fontes de internet

- “As novas guerras, sem sangue nem balas, no ciberespaço” (21DEZ2009). Disponível em: <https://ifronline.blogspot.com/2009/12/as-novas-guerras-sem-sangue-nem-balas.html>, [Acesso em 16 Fevereiro de 2022].
- RAMALHO, J. Prova Digital: Articulação entre o Código de Processo Penal Português e a Lei do Cibercrime . *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, [S. l.], v. 10, n. 2, p. 7–18, 2023. Disponível em: <https://seer.ufirgs.br/index.php/redppc/article/view/125530> . Acesso em: 23 mar. 2023.
- ELOI Martins Senhoras (2015). *Os conflitos cibernéticos como uma ameaça multidimensional*. Federal University of Roraima, Brasil. Disponível em: <https://docplayer.com.br/4954793-Os-conflitos-ciberneticos-como-uma-ameaca-multidimensional-1-resumo.html>, [Acesso em 16 Fevereiro de 2022].
- <http://www.holysmoke.org>. [Acesso em 25 de Agosto de 2017].
- https://elpais.com/tag/ataques_informaticos/a/Un_potente_ciberataque_afecta_a_grandes_empresas_de_todo_el_mundo M. R. Sahuquillo B. Domínguez 27/06/2017 - 15:03 CEST . [Acesso em 26 de Julho de 2017].
- <https://opais.co.ao/index.php/2019/03/28/angola-conta-com-mais-de-13-milhoes-de-utilizadores-de-telemovel/> [Acesso em 25 de Maio de 2019]
- <https://www.voaportuguês.com/media/video>, Angola Fala só, Entrevista Concedida pelo Comissário Aristófonos dos Santos Sobre o Cibercrime. [Acesso em 14 de Dezembro de 2014].
- https://www.voaportuguês.com/media/video_Angola Fala só, Entrevista Concedida pelo Comissário Aristófonos dos Santos Sobre o Cibercrime. [Acesso em em 14 de Dezembro de 2022].
- País terá leis para combater crimes na Internet. <https://opais.co.ao/index.php/2018/06/20/pais-tera-leis-para-combater-crimes-na-internet/> [Acesso em em 26 de Maio de 2022].
- Newman & Eboibi (2021) [\(10\) Cybercriminals and Coronavirus cybercrimes in Nigeria, the United States of America and the United Kingdom: cyber hygiene and preventive enforcement measures | Request PDF \(researchgate.net\)](https://www.researchgate.net/publication/354444444) [Acesso em 29 de Maio de 2022].

Noções preliminares ao significado dogmático e político-criminal à categoria da conduta no Direito Penal: a propósito dos Fundamento e Limites ao *jus puniendi*

*Preliminary notions on the dogmatic and political-criminal significance of the category of conduct in Criminal Law: on the Foundations and Limits of the *jus puniendi**

Pedro Paulo da Cunha Ferreira

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM-PR). Especialista em Ciências Penais pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Mestre em Direito Penal pelo Programa de Pós-graduação "stricto sensu" da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), instituição na qual realiza, atualmente, também o seu Doutorado em Direito Penal.

Abstract: In this excerpt, it is proposed to explain the theoretical and practical relevance of the category of conduct in Criminal Law, to clarify its dogmatic and political-criminal meaning and to point out its repercussions in the field of criminal punishment on the form of positively valued post-criminal behaviors. The study assumes in theoretical, deductive and technical-legal methods, the appropriate methodological tools for the preliminary and critical analysis of the phenomenon of criminal irrationality in the configuration of exempt clauses of punishment in contemporary criminal policy.

Keywords: human conduct; criminal dogmatics; criminal policy; technical-legal rationality
Computer crime

Resumo: Neste excerto, propõe-se explicitar a relevância teórica e prática da categoria da conduta no Direito Penal, esclarecer seu significado dogmático e político-criminal e assinalar suas repercussões no campo da punibilidade criminal sobre a forma de comportamentos pós-delitivos positivamente valorados. O estudo supõe nos métodos teórico, dedutivo e técnico-jurídico, as ferramentas metodológicas adequadas à análise preliminar e crítica ao fenômeno da irracionalidade penal na configuração de cláusulas eximentes de punição na política criminal contemporânea.

Palavras-chave: conduta humana; dogmática penal; política criminal; racionalidade técnico-jurídica.

Introdução

Os principais e mais relevantes estudos de dogmática penal que versão sobre a categoria da

conduta no Direito Penal são orientados ao exame deste instituto desde uma perspectiva da evolução história da teoria do delito. Supõem apresentar as definições de ação e omissão penalmente relevante ao longo do desenvolvimento da teoria do crime, destacam suas repercussões na configuração do conceito analítico de delito, bem como os impactos que os arranjos subjacentes acarretam para o âmbito das ciências penais.

Todavia, sustenta-se que a dogmática penal e a crítica de política criminal não tem conferido semelhante atenção à categoria da conduta divisada sobre os aspectos pertinentes a teoria da pena, o que impõe especial ênfase ao significado jurídico-penal de comportamentos pós-delitivos com repercussões na punibilidade do crime.

A identificação de lacunas epistemológicas nestes domínios, suscita a proposição de reflexões preliminares para a formulação de discussões especializadas acerca do sentido dogmático e político-criminal da conduta humana no Direito Penal, ora como fundamento, ora como limite ao poder punitivo do Estado. Neste sentido, destaca-se a imperiosa importância em verticalizar o debate acadêmico a respeito do caráter de individualização da resposta penal contida na conduta penalmente relevante e positivamente valorada.

As legislações penais contemporâneas têm contemplado hipóteses normativas que consagram cláusulas eximentes de pena com base em duvidosos fundamentos de política criminal, propiciando a caracterização de fatores oportunistas na formulação de institutos penais ligados à desoneração da punibilidade outrora fundamentada sobre o postulado do merecimento de pena.

Como pressuposto deste fenômeno - de autêntica irracionalidade legislativa no campo normativo-, aponta-se a predominância e subsistência no plano legiferativo de vertentes de política criminal que priorize fins em detrimento de meios, sobretudo finalidades extra-penais e desvinculadas dos objetivos preventivos (gerais e especiais) da sanção criminal.

Para o tratamento das questões subjacentes ao espectro deste ensaio, destaca-se o emprego dos métodos teórico e dedutivo no cotejo crítico da literatura especializada e técnico-jurídico no concernente à crítica ao direito positivo, à hermenêutica das normas penais pertinentes à matéria e à política criminal correspondente.

1. Às voltas com o significado dogmático e político-criminal da categoria da conduta no Direito Penal

Embora diferentes estudos - tanto na literatura nacional¹, quanto na literatura estrangeira² -, já tenham destacado sobejamente a importância do estudo da categoria da conduta no Direito Penal, cumpre sublinhar, outrossim, considerações em torno de seu amplo significado dogmático³ e político-criminal.

Ao se deter sobre essa reflexão, é fundamental questionar-se com base em qual pretensão a

¹ Vide, GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em Direito Penal: um estudo da conduta do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. São Paulo: RT, 2009.

² MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007, p. 108 e ss.

³ Acerca dos aspectos que consolidam o caráter dogmático do Direito Penal, vide com detalhes as considerações feitas por SALAS SOLÍS, Minor E. ¿Es el derecho penal el padre de todas las ciencias? México, *Iter Criminis*, n.5, 2006, p. 155-174.

dogmática penal – ao longo de sua evolução histórica – e ainda nos dias de hoje se dedica a semelhante tarefa. A resposta a essa questão encontra-se bastante clara quando se divisa o Direito Penal desde o ponto de vista da *teoria do delito*. Essa afirmação está amparada em um pressuposto epistemológico, qual seja, a de que todo crime é uma conduta compreendida em sentido amplo como ação e omissão, expressões pois do agir humano (*nullum crime sine conducta*).

A importância desse conceito para o Direito Penal manifesta-se, também por razões pragmáticas, posto ser através de sua definição possível afastar do âmbito de incidência do poder punitivo⁴, tudo o que não puder ser considerado como forma de manifestação da conduta. Seu significado desempenha, portanto, a tarefa de “primeiro filtro” dentro da teoria analítica do delito ao fixar o mínimo de elementares que delimitam a importância de um comportamento humano para o Direito Penal.

A constituição do penalmente (ir)relevante não se esgota apenas nesta análise, dado que demanda novas filtragens a partir de estratos posteriores que igualmente se prestam à delimitação do punível. Certamente, essa função se cumpre antes mesmo do exame da tipicidade do comportamento por meio da apreciação escalonada dos elementos constitutivos do delito, concebido como *conduta humana, típica, ilícita e culpável*, consoante o conceito analítico de crime, majoritariamente acolhido pela doutrina nacional⁵.

Conforme destacado, semelhante elemento-conceito reflete sua importância na própria atividade legislativa⁶, vez que a elaboração de uma nova lei penal incriminadora encontra diante de si uma barreira intransponível, consequência de que só poderá descrever em tese uma conduta humana tomada por base o arranjo conceitual que lhe seja atribuído.

Dizendo de outro modo, a aceção sobre a conduta humana domina decisivamente a construção do injusto penal que uma vez acrescido à culpabilidade do agente, configuram os pressupostos essenciais do crime.

E como revela a doutrina jurídica, sempre figurou como uma característica metodológica da ciência penal a construção de seus fundamentos e categorias dogmáticas sobre as bases das distintas aceções filosóficas⁷ predominantes ao longo do desenvolvimento histórico do Direito Penal⁸. O conceito de ação penalmente relevante esteve fundamentado inicialmente sobre as bases do positivismo científico, sendo, pois, sucedido por formulações baseadas junto aos pilares do neokantismo e reformulações fundadas na ontologia crítica. Por fim, anota-se que os conceitos relativos ao sistema penal na atualidade – e, neste sentido inclui-se, a própria definição sobre a categoria da conduta – têm sido orientados, à propósito segundo a sua correspondência junto às modernas teorias sociológicas, cujo produto resulta na funcionalização, em diferentes níveis de seus institutos e categorias essenciais⁹.

Apesar da heterogeneidade das correntes teóricas que são tomadas para redefinir o sistema jurídico-penal é preciso levar em conta que o manejo dos conceitos doutrinários acerca da conduta no

⁴ CEREZO MIR, José. El delito como acción culpable. Madrid, *ADPC*, t. XLIX, f. I, 1996, p. 9.

⁵ Dentre outros, vide BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 227.

⁶ Por um modelo racional de legislação penal, vide DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*: teoria e prática. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005, p. 71 e ss.

⁷ Com maior atenção, ver MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Filosofía del Derecho Penal*. México, *Iter Criminis*, n.1, 2005, p. 125-132.

⁸ BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. *A concepção significativa da ação*: T.S Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do delito. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1.

⁹ Sobre as transformações anunciadas, Cf. PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. *Las revoluciones científicas del derecho penal*. Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal. Madrid, *ADPCP*, t. L, 1997, p. 199 e ss.

Direito Penal devem orientá-lo em favor da desconsideração de fenômenos que este não pode atingir, por não se amoldarem ao considerável *penalmente relevante*. É justamente sobre esse aspecto que a *conduta* representa um pressuposto real para a edificação e aplicação de um Direito Penal democrático e garantista, dado que é a partir deste conceito que se faz possível, também, reduzir ou conter¹⁰ o dimensionamento do poder punitivo do sistema penal.

Isto é, a conduta como categoria jurídico-penal desempenha algumas funções tradicionais, suficientemente apresentadas por Cirino dos Santos¹¹ quais sejam: (I) *função teórica de unificação*, pois a partir de si se pretende compreender tanto a ação quanto a omissão de ação como espécies de comportamentos humanos; (II) *função metodológica de fundamentação*, por meio da qual lhe concebe à condição de base psicossomática concreta do conceito de delito, como unidade (subjética e objetiva) de qualificação dos atributos do tipo de injusto e da culpabilidade e (III) *função prática de delimitação* que consiste na possibilidade de identificação da subjetividade e objetividade humana que realizam o significado de ação, excetuando deste conceito os fenômenos comportamentais que não apresentam os caracteres de sua definição.

Adverte-se assim que tais atributos fazem com que o *comportamento* assuma a um só tempo, o papel de fundamento e limite dogmático da intervenção penal. No campo da teoria do delito isso fica expressamente claro, até mesmo pela localização sistemática que tal conceito ocupa na configuração do injusto penal, todavia cumpre destacar que o comportamento humano, mesmo executado após a constituição do delito repercute em determinadas consequências relacionadas à atuação mesma do *jus puniendi*¹². Isto é, exerce um imprescindível encargo de coeficiente de individualização da pena.

Nesse sentido, o comportamento¹³ humano, mesmo executado após o aperfeiçoamento do delito conduz à determinadas consequências, a exemplo, pois da atenuação, a diminuição ou inclusive a total isenção da pena quando satisfeitos determinados requisitos legais. É justamente sobre este aspecto que se identificam os reflexos do significado da conduta no âmbito da *teoria da pena*, dado que sua ressonância se manifesta uma vez que o bem jurídico – objeto de proteção da norma penal incriminadora – já tenha sofrido uma efetiva lesão, muitas vezes de caráter irreparável. Daí considerar acertado o amplo significado desta categoria para o sistema jurídico-penal. Seus reflexos são dogmáticos e político-criminais, tanto no que concerne à consideração de uma conduta como caracterizadora de um delito, quanto na avaliação posterior acerca da necessidade e/ou merecimento de pena, tomadas as diferentes classes de *comportamentos pós-delitivos*¹⁴ empreendidos pelo agente.

O Código Penal brasileiro, de forma semelhante à diversas legislações penais comportam distintas hipóteses de atenuação ou isenção da pena, firmadas em função da realização de um *comportamento pós-delitivo* por parte do sujeito ativo do crime. Esse comportamento – valorado¹⁵ juridicamente como

¹⁰ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Los modestos alcances del Derecho Penal. México, *Iter Criminis*, n.5, 2006, p. 147.

¹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: PG. 6.ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 97-98. Atua, a ação como elemento de coesão entre as distintas categorias de delito, e como consequência disso, representa o fator essencial para aperfeiçoamento da conduta delitiva.

¹² LUQUÍN, Ernesto. Repasando el jus puniendi. México, *Iter Criminis*, n. 5, 2006, p. 117.

¹³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento. Madrid, *ADPCP*, t. XL, Fasc. III, Sep./Dic, 1987, p. 583.

¹⁴ Em acordo com as considerações traçadas pela doutrina que se ocupa de seu exame pontual, é possível destacar pelo menos três características que determinam as hipóteses de comportamento pós-delitivo positivo. São elas: a) a posterioridade; b) a voluntariedade e c) o seu conteúdo positivo. Cfr. CARVALHO, Érika Mendes de. *Comportamiento postdelictivo y fines de la pena*. Lima: Ara, 2008, p. 37.

¹⁵ Cf. MIR PUIG, Santiago. Valoraciones, normas y antijuridicidade penal. Granada, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v.6, n.2, 2004, p. 02:4.

penalmente relevante – pode ocorrer tanto em momento antecedente quanto posteriormente à consumação delitiva. A definição legal acerca do instante sobre o qual se compreende a relevância da conduta *postdelictum* representa um dos fatores que disciplina alguns dos preceitos normativos que carregam consigo as consequências acima mencionadas. Cumpre dizer que algumas cláusulas pós-delitivas com repercussões diretas na imposição da pena ora se aplicam a todos os delitos previstos no Código Penal, ora se limitam a certos grupos de crimes e ora se destinam a uma fração mais restrita dos tipos delitivos.

Destaca-se, portanto, a especial necessidade de atenção ao estudo do conteúdo e fundamentos dos comportamentos posteriores à consumação delitiva ou face a configuração do injusto da tentativa acabada ou inacabada. Como pressuposto para o desenvolvimento de análises dogmáticas sobre a matéria, sugestiona-se trabalhar com um conceito de comportamento pós-delitivo positivo amplamente considerado, isto é, aquele sobre o qual se compreende os atos executórios com independência da configuração integral da consumação delitiva.

O fenômeno da desistência voluntária, exemplificativamente representa uma forma de comportamento pós-delitivo verificável após o aperfeiçoamento do *conatus* e, portanto, não foge ao âmbito de alcance de profundos estudos no âmbito do espectro ora apresentado.

Importa destacar que atualmente, a fixação de cláusulas de supressão total ou parcial da pena se fundam em comportamento pós-delitivos cujo significado resultem em certas consequências pragmáticas ou utilitárias. Cumpre apontar que se afigura como excepcional que tais causas extintivas de punibilidade¹⁶ se fundem em um autêntico menoscabo dos fins preventivos gerais e especial que impõem significado à aplicação concreta da pena¹⁷.

Mostra-se bastante preocupante o fato de que uma fração considerável dessas eximentes estejam completamente dissociadas das finalidades preventivas relativas à sanção penal e orientem-se quase que exclusivamente à promoção de proveitos oportunistas. Qualquer movimento dirigido a esse sentido repercute na consolidação de um projeto de Política Criminal que priorize fins em detrimento de meios, definindo a opção legislativa pela consolidação de um Direito Penal de manifesto caráter premial.

Apesar de apresentar-se anômalo aos cânones de um Estado democrático e social de direito a crítica dirigida aos institutos despenalizadores de seu Direito Penal, cumpre esclarecer que as hipóteses legais assim justapostas não podem acomodar situações de exceção aos vetores garantistas que orientam a edificação das categorias dogmáticas, isto é, não podem ser edificados à margem dos critérios eleitos para a limitação do poder punitivo do Estado.

Se se ignoram nas motivações político-criminais das causas condicionantes da punibilidade as fronteiras traçadas através dos princípios penais de garantia, não se encontra outra alternativa senão deduzir a sua ilegitimidade, visto que sua conservação reflete os desequilíbrios sistêmicos da ordem jurídica, cuja disciplina regulamenta a vida social em um modelo de Estado de direito.

As categorias dogmáticas, conforme sustenta-se neste excerto, não podem invariavelmente abrigar em seu interior, elementos políticos que contrariem ou descaracterizem os comandos jurídicos que assentam os alicerces do sistema penal. É notório que tal assertiva não representa qualquer tentativa de se destacar os condenáveis – e injustificáveis - abismos postos outrora entre a dogmática penal e a

¹⁶ BUSTOS RUBIO, Miguel. Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad. Santiago de Compostela, Estudios Penales y Criminológico. V. 35, 2015, p. 192.

¹⁷ CARVALHO, Érika Mendes. *Punibilidade e delito*. São Paulo: RT, 2008, p. 34.

Política Criminal. Com acertada razão asseverou Liszt¹⁸ ao chamar a atenção para o fato de que o Direito Penal representa a barreira intransponível da Política Criminal, destacando assim, a cada vez mais crescente demanda face aos problemas da atualidade de que ele seja pensado, construído e aplicado ao nível de uma verdadeira ciência conjunta.

A Política Criminal deve apresentar-se refletida na norma de direito como ponto inicial da sua relação para com a lei penal, cuja extensão se amplia ao longo de todo o processo de criminalização. Dizendo de outro modo, as variações da política penal integram os processos de criminalização primária durante a construção dos preceitos legais (incriminadores e não-incriminadores), demais de influenciarem sobremaneira no processo de criminalização secundária, por meio do qual se evidencia a aplicação efetiva da norma jurídica.

O alcance da crítica político-criminal atinge, igualmente as instituições e atores que integram as instâncias concretas de atuação social do Direito Penal, a saber, a polícia, o processo penal, a Administração da justiça, o sistema penitenciário e os diferentes organismos auxiliares componentes do todo que confere coesão e unidade ao sistema de justiça criminal¹⁹.

A coordenação de todos esses elementos é fator preponderante para a consideração do equilíbrio do sistema jurídico-penal, cuja condição não pode ser mensurada essencialmente a partir da racionalidade legislativa que governa a edição da lei penal. A estabilidade sistêmica depende da harmônica conexão valorativa – entre instituições e instâncias sociais - para com os princípios político-criminais que inspiram o paradigma de Estado Constitucional.

Importa relembrar que a “Política Criminal vem previamente estabelecida pela Constituição e não pode ter consequências diversas da consecução plena da liberdade, da igualdade, da cidadania, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo (arts; 1º e 2º da CF/88)”²⁰.

Por Política Criminal se denomina um conteúdo cujo contorno não se apresenta completamente uniforme²¹ no campo das ciências penais. Distintas são as formas de definir semelhante conceito, dado a própria heterogeneidade dos elementos que compõem seus contornos constitutivos. Pois bem, Basileu Garcia²² definiu Política Criminal como sendo a ciência e a arte dos meios preventivos e repressivos dos quais dispõem o Estado para o enfrentamento da luta contra a criminalidade. Seu caráter científico apresenta-se pelas possibilidades de exame e revisão crítica do direito posto, a fim de que possa ser melhor ajustado ao alcance daquele fim.

Desta feita, trabalha-se no âmbito deste conceito com os instrumentos jurídicos e extra-jurídicos com os quais se possam aperfeiçoar as técnicas de defesa contra a delinquência em geral.

Desde uma outra forma de interpretar, Jimenez de Asúa²³ propõe a compreensão da Política Criminal a partir de seu significado sistemático para a ciência penal, isto é, enxerga que semelhante

¹⁸ VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C, 1899, p. 93.

¹⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 59.

²⁰ BARROS, Carmen Silva de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: RT, 2001, p.110.

²¹ Apresentam-se aqui as contribuições conceituais de alguns autores que se encontram cronológica e ideologicamente desvinculados uns dos outros pela concepção de teoria jurídica (de delito) que cada um acolhe. Não se trata, pois de assinalar uma evolução de pensamento em torno do conceito de Política Criminal, mas sim uma forma didática de denotar sua polissemia e ao mesmo tempo assinalar os caracteres comuns contidos na pluralidade das interpretações a ele referíveis.

²² GACIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37.

²³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal :la ley y el delito*. Buenos Aires: Sudamericana, 1945, p. 1978, p. 62.

conceito expressa o conjunto de princípios fundados na investigação científica do direito e da eficácia da pena como meios idôneos e capazes de assegurar o combate ao crime.

Na direção da necessária revitalização do papel desempenhado pela teoria do bem jurídico nos domínios das ciências penais, Zaffaroni e Pierangeli²⁴ oferecem um conceito de Política Criminal estritamente vinculado ao pressuposto – formal e material – de criminalização de condutas, a saber, o conceito mesmo de bem jurídico. Para ambos, a Política Criminal se desponta como uma ferramenta de caráter científico por meio da qual se pode selecionar os bens jurídicos alvos de proteção penal, bem como traçar os caminhos e formular estratégias que possam garantir eficazmente as atribuições outorgadas ao Direito Penal.

Desde esse ponto de vista, é preciso enxergar que sua tarefa se encontra profundamente relacionada às constantes necessidades de crítica e revisão dos projetos já eleitos para a consecução dessa missão.

Apesar do inegável caráter epistemológico e do acentuado grau de transdisciplinariedade da Política Criminal, é preciso lembrar que as consequentes modificações e proposições que oferece ao Direito Penal comportam componentes ideológicos e eminentemente políticos, cujos fundamentos não encontram substratos científicos. Tratam-se de elementos de convicções diversos e partilhados pelos diferentes grupos sociais que influenciam e acima de tudo informam a política criminal do Estado. Nesse sentido, não seria demais exagerado afirmar que tais elementos exercem na “agenda penal”²⁵ um fator de impacto igual – senão superior – aqueles de natureza jurídico-científicos.

Em realidade, a existência dessa base política na configuração do Direito Penal dos Estados de direito manifesta-se de maneira irregular, a dizer, sem uniformidade valorativa dado que representa o ponto de tensão e de enfrentamento no plano das ideias da pluralidade de posturas defendidas pelos grupos sociais.

O confronto desse pluralismo ideológico recepcionado pela Política Criminal confere ao Direito Penal o dinamismo exigido pelas *transformações sociais*, sendo estas as elementares fundamentais para que as proposições de uma tendência se fortaleçam sobre as de outra. Desde esse aspecto, a Política Criminal consiste na crítica ao Direito Penal fundada em argumentos jurídicos e/ou ideológicos dirigida a criar, modificar ou reformar os institutos penais que serão empregados para a aplicação do aparato punitivo como instrumento de controle social orientado à profilaxia criminal.

Portanto, é no plano legislativo e por conseguinte, no âmbito normativo que se apresentam os resultados das tensões políticas e sociais acima referidas. O indispensável ponto de equilíbrio das convicções que informam o aspecto político da Política Criminal encontra nas democracias modernas um espaço favorável para se consolidar, visto as condições políticas desse regime para o controle popular sobre as eventuais hegemonias ideológicas.

No entanto, é preciso considerar neste contexto, o caráter difuso dessas acepções ideológicas o que implica na necessidade de submetê-las a um filtro de racionalidade que lhes confira aptidão

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. 11.ed. Parte Geral. São Paulo: RT, 2015, p. 127.

²⁵ Por este termo se compreende abarcadas as diferentes alternativas políticas e neste tocante, sobretudo as de cunho político-criminal voltadas ao cumprimento das funções do Direito Penal, mais particularmente a exclusiva, fragmentária e subsidiária proteção de bens jurídicos. No entanto, afigura-se correto compreender que sua semântica abarca a definição dos compromissos políticos assumidos em prol da preservação da segurança pública. Nesse sentido, não escapam dessa abrangência os planos jurídicos e políticos traçados com vistas à otimização e funcionamento do sistema de justiça criminal.

jurídica – portanto, científica – para a legítima atuação da Política Criminal junto ao Direito Penal.

Nas democracias sociais, o exame de validade dos valores políticos compatíveis à racionalidade e segurança exigíveis da Política Criminal confirma-se através de sua correspondência para com os princípios e preceitos assumidos constitucionalmente. Isto é, os critérios de conveniência e oportunidade político-criminais não são - tampouco poderiam ser - resultados de manifestação discricionária de um grupo de pressão ou de interesses partidários, mas pilares jurídicos instalados pela Constituição para a edificação da Política Penal do Estado²⁶.

Assim, enquanto cabe à dogmática²⁷ (re)formular um conceito jurídico com reflexo e significado técnico no âmbito do Direito Penal, à Política Criminal se atribui a criação de estratégias de uso do aparato penal – do Direito Penal e de seus institutos – como recursos hábeis ao enfrentamento dos conflitos sociais de conotação penal.

A categoria da conduta no Direito Penal consolida-se dogmaticamente como um elemento-conceito imprescindível para a delimitação do punível, assim como acontece com os demais escalões valorativos essenciais à definição do crime. Desse modo, exerce conforme mencionado acima, a tarefa de filtro inicial sobre o qual incidem os juízos de (des)valor relativos a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade. O significado jurídico da categoria da conduta para a teoria do delito reforça a própria ideia que se tem em torno do significado atribuído à dogmática penal, concebida como técnica de pensamento consubstanciada em dois aspectos: a) a inegabilidade dos pontos de partida (daí a noção de dogma) e b) exigência de respostas para os problemas apresentados²⁸.

O comportamento humano representa, portanto o pressuposto ontológico sobre o qual incidem os juízos de (des)valor penal. A dogmática jurídica relacionada a teoria do delito se constrói por meio de valorações jurídicas sobre esse dado do real, revelando a um só tempo o caráter ontoaxiológico²⁹ de todo o Direito Penal, mas também determinando limites concretos à disciplina normativa que o mesmo exerce socialmente.

A propósito, qualquer postura dogmática e/ou político-criminal que se pretenda firmar como racional não pode desprezar o relevo prático e a extensão político-criminal, cujo conceito de conduta desempenha na atividade legislativa de regulamentação da vida social.

Tem-se, dessa forma que o sistema jurídico-positivo legitimamente considerado como direito não pode apresentar-se desconectado da constatação lógica de que sua normativa se orienta à disciplina de seres humanos - providos de consciência e vontade – com condições de dirigir seu comportamento no mundo do ser. Sendo assim, essencialmente ao homem se reconhece - graças à sua razão, somada à sua capacidade de autodeterminação – a condição de vincular-se ético-socialmente conforme valores e fins³⁰. Essa aptidão é considerada tanto pela dogmática quanto pela Política Criminal como um dado real, expresso através da conduta humana, elevada à condição de categoria normativa por seu manifesto sentido social.

²⁶ Sobre os limites constitucionais da intervenção penal, vide PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003, p. 49-67.

²⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudos de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoria do delito e Direito Penal econômico*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 26.

²⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 74.

²⁹ GRACIA MARTÍN, Luis, Algunas consideraciones sobre el concepto y el sistema del Derecho Penal. In: GRACIA MARTÍN, Luis (Dir.). *Estudios de Derecho Penal*. Lima: IDEMSA, 2004, p. 32.

³⁰ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 36.

E sobre esse ponto, importa esclarecer que esse sentido não se determina apenas pela sujeição à vontade individual, mas igualmente pelas demais possibilidades de sentido oportunizadas pelos elementos objetivos-causais da experiência³¹. Isto é, a conduta penalmente relevante divisada como categoria jurídica, demais de ser determinada com fundamento na vontade considera em seu significado o resultado produzido ou não-produzido a partir de sua execução.

Tão somente uma compreensão do homem como um ser responsável comporta aptidão para que o Direito Penal cumpra com expectativa de maior êxito a sua missão, posto que apenas ao homem é exigível se influenciar pelos preceitos proibitivos e mandamentais, podendo, pois realizar ou abster-se de certas ações para desviar a ofensividade (lesão ou perigo de lesão) dirigida aos bens jurídicos. Uma ordem normativa que busque a eficácia com relação aos objetivos do Direito Penal deve dirigir-se ao homem enquanto indivíduo capaz de orientar o acontecer causal, escolher os meios e modos de execução e disciplinar sua atuação na direção do fim pretendido.

Não interessa, pois ao Direito Penal toda e qualquer classe de ações humanas, senão algumas delas, aquelas cujo caráter negativo embaraça prejudicialmente o funcionamento da vida social. Seus juízos axiológicos incidem sobre a realidade de modo a promover a seletividade característica desse aspecto do direito, expulsando do âmbito de abrangência penal as ações que lhes afigurem irrelevantes, seja pela licitude que comportem, seja porque apesar de ilícitas sua disciplina se reconduz a outros segmentos da ordem jurídica.

Se por um lado o comportamento humano funciona para a dogmática penal como um elemento-limite necessário à definição do fato punível, seus reflexos político-criminais têm sido evidenciados com relação aos aspectos relativos à própria imposição da pena.

2. A propósito dos fundamentos e limites aos *jus puniendi* à crítica de Política Criminal

O caráter valorativo do Direito Penal demonstra a sua inclinação para a atribuição de juízos de valor sobre a realidade, ora positivos, ora negativos. A conduta humana exteriorizada além de sofrer as valorações de contrariedade à ordem jurídica, comporta conquanto se dirija a outros caminhos diversos deste, juízos positivos de valor que reafirmam o reconhecimento do homem como um ser histórico e passível de autodeterminação. Identificar os distintos – e por vezes antagônicos – significados axiológicos que o comportamento humano comporta para o sistema jurídico, resulta em reconhecer na conduta a via por meio da qual o homem transita nos contraditórios espaços da legalidade e da ilegalidade penal.

Além do mais, o comportamento humano juridicamente valorado possibilita a consolidação da conexão interna havida entre as hipóteses de fatos puníveis e as consequências a eles estabelecidas. Se se fixa a punibilidade de fatos juridicamente relevantes com fundamento na totalidade dos elementos que a determinam, cujo pressuposto é representado pela *conduta penalmente relevante*, este mesmo conceito afigura-se como um fator preponderante para avaliar e determinar a sua medida e extensão.

Mostra-se o comportamento humano como o elemento real cujo significado é assimilado pelo direito em suas diversas acepções, direções e orientações razão pela qual seus contornos jurídicos e políticos têm servido a um só tempo, quer como um dos fundamentos do *jus puniendi*, quer como uma

³¹ PRADO, Luiz Regis. Norma penal como norma de conduta. São Paulo, *Ciências Penais/RT*, v.12, jan. 2010, p. 234.

variável que o regula.

Apesar do acento político que as circunstâncias judiciais comportam para a determinação da resposta jurídico-penal, a conduta restaurativa pós-delitiva tem recebido um pronunciado destaque conquanto assuma as expectativas político-criminais de informar a maior ou menor necessidade de imposição da pena.

Diferentes são os institutos penais, dispostos tanto na legislação penal codificada quanto naquela que extravasa seu núcleo comum, cuja finalidade é de exercer uma precisa individualização da punibilidade, baseados todos eles em um fator comum, qual seja, o comportamento humano empreendido pelo agente com superveniência à prática da conduta caracterizadora do injusto culpável.

Conferir ao comportamento humano, repercussões jurídicas no campo da gradação da punibilidade pode representar um processo funcional por intermédio do qual se reafirma a posição do homem como personagem principal do sistema de direito, permitindo a ele realinhar-se de forma independente e espontânea aos valores ético-sociais vigentes na comunhão social na qual se insere.

Todavia, é preciso explorar de forma minudente e precisa as motivações dogmáticas e político-criminais que direcionam o estabelecimento normativo do comportamento humano como instrumento de mensuração quantitativa e qualitativa da punição. Da mesma forma como a ação e a omissão de ação humana demandam uma apreciação crítica face a sua consideração como elementos constitutivos do delito, seus impactos na atividade de determinação da resposta justa e adequada à manifestação do fenômeno criminal precisa encontrar correspondência nos fundamentos e critérios que dirigem as exigências de aplicação concreta da pena³².

Os horizontes pelos quais se projetam o Direito Penal da atualidade representam os reflexos das disfunções que algumas propostas de Política Criminal têm trazido para o seu interior. Esses movimentos frequentemente são destacados pela ampliação que conferem ao poder punitivo, reconduzidos a um conjunto de causas levantadas e frequentemente denunciadas pela doutrina contemporânea³³. Somado a isso, a assunção por parte do Direito Penal de certos aspectos da conflituosidade social vem acompanhado de um rearranjo dogmático dos institutos e categorias jurídicas empregadas nessa finalidade que nem sempre são associados à lógica e coerência metodológica necessárias para a sua adequada utilização.

Nessa perspectiva, reclama especial atenção uma aproximação vertical e crítica aos reais fundamentos das disposições normativas que outorgam aos comportamentos pós-delitivos um significado positivo com consequências imediatas na matização da reprimenda penal.

Linhas acima, se destacou o preocupante - e há tempos conhecido - processo de alargamento da abrangência punitiva do Direito Penal. Acompanhando esse movimento, identifica-se em paralelo um acirrado debate³⁴ estabelecido pela ciência penal através do qual se discutem as tensões dogmáticas e

³² E que uma vez considerando-se o componente sistêmico e lógico dos fundamentos da punibilidade podem conduzir, por vezes a questionamentos acerca da própria necessidade de intervenção penal. Sobre Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 77-83.

³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 25-74.

³⁴ Refere-se aqui aos argumentos apresentados pelas posturas ora favoráveis, ora contrárias ao processo de modernização do Direito Penal. Adverte-se, contudo que esse movimento não se encontra necessariamente atrelado sua expansão. Com detalhes, vide GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica ao discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

político-criminais relativas aos caracteres que permitem apontar as marcas mais nevrálgicas desse fenômeno.

A esse respeito são consideráveis alguns aspectos morfológicos do Direito Penal da atualidade, cujas peculiaridades da realidade subjacente³⁵ revela sua orientação progressiva aos domínios da “nova criminalidade”. A heterogeneidade de circunstâncias fáticas sobre as quais se desdobram o Direito Penal do presente, cumulada ao elevado grau de dinamismo social com o qual coexiste, destaca de seu arranjo estrutural o uso maciço de categorias jurídicas problemáticas ao assentamento deste quadro. Nesse sentido, recursos como o emprego da técnica da norma penal em branco³⁶, da técnica dos crimes de perigo (abstrato), bem como o socorro contínuo aos elementos normativos de valoração extra jurídica marcam ordinariamente as características dos tipos penais da modernidade.

Trata-se de estratégias dogmáticas cuja utilização irracional serve aos fins simbólicos do Direito Penal, mormente em situações nas quais sua projeção se dirige sobre o controle punitivo dos riscos nomeados pelas ciências sociais ao descrever a sociedade pós-industrial³⁷. Disso resultam consequências ligadas ao processo de inflação de importantes subsistemas penais, a exemplo do que hoje se enxerga ao examinar-se as transformações sofridas principalmente pelo Direito Penal econômico e pelo Direito Penal do ambiente.

Sucedem que esse agigantamento penal, por sua vez apresenta-se como a causa imediata de um outro efeito colateral indesejado, mais intimamente relacionado ao esvaziamento de sua eficácia preventiva.

Como que em um autêntico “efeito cascata” o desprestígio social das instâncias penais reforça a sensação subjetiva de insegurança, a percepção coletiva de impunidade e o reconhecimento de um caráter meramente cosmético de seus instrumentos de atuação.

Nesse sentido, uma reação sintomática tem se manifestado no interior do próprio sistema jurídico-penal, cuja compreensão se torna mais clara face a comparação de seu funcionamento à lógica que disciplina as reações no campo da fisiologia humana. Como se sabe, as disfunções orgânicas da fisiologia animal são respondidas por anticorpos produzidos pelo próprio sistema, conquanto identifique a presença em seu interior de corpos que lhes são estranhos. Com a configuração do sistema penal acontece algo bastante semelhante.

O contato entre o Direito Penal e os elementos anômalos ao seu regular funcionamento desencadeiam, também, no interior de seu sistema a produção de reagentes encarregados de fazer frente as anormais manifestações sintomáticas de que possa sofrer.

³⁵ Nesse sentido, é preciso levar em conta que o estado de coisas que o direito em geral – e o Direito Penal em particular – visa reger sofre influências cada vez mais crescentes de processos de transformação atrelados a múltiplos fatores, como a globalização, as complexas relações de mercado, as influências políticas, as rupturas de padrões culturais, dentre outros.

³⁶ A depender do nível de dependência da normativa administrativa com o qual se depara a norma penal incriminadora (a exemplo da acessoriedade máxima), sequer é possível a ela a natureza de tipo penal, mas apenas de mera incriminação. O legislador penal sustenta a criação de uma norma penal incriminadora cuja finalidade não é outra senão a de tutelar o cumprimento de uma obrigação de cunho administrativo. Trata-se, pois de um reforço penal aos comandos normativos emitidos pela administração pública, fazendo com que o Direito Penal se transforme paulatinamente em um instrumento de proteção da vigência da norma, conforme defendido pelas teorias funcionalistas radicais, a exemplo do funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs. Sobre a questão, com maiores detalhes, vide CARVALHO, Érika Mendes de. Ensaio sobre o significado dogmático da acessoriedade administrativa nos delitos ambientais. São Paulo, *Revista Liberdades*, n.8, set./dez, 2011.

³⁷ Cf. BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: una nueva modernidad. Trad. Daniel Jiménez, Jorge Navarero e M^a Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

Com efeito, essa lógica redefine de forma cada vez mais crescente os paradoxos intrassistêmicos pelos quais passam o Direito Penal, posto que conquanto se note hoje uma avalanche crescente de normas penais incriminadoras, divisa-se em correspondência a proliferação paulatina de *instrumentos limitadores da punibilidade*.

É perceptível o real comprometimento que essa classe de ambiguidades redunde ao equilíbrio interno do sistema jurídico, visto a incompatibilidade dialética havida entre uma legislação penal voltada a punir e a oposição de seus mecanismos jurídicos guiados a sua limitação.

Dizendo de outra forma, à punibilidade se atribui o papel de “*cajón de sastre*” para as ambivalências dogmáticas criadas pela Política Criminal expansionista. Tais desequilíbrios têm desaguado nas esferas da punibilidade através, conforme anunciado antes, do estabelecimento de *causas modificativas da punibilidade* lastreadas na valoração positiva de comportamentos pós-delituais.

A categoria da punibilidade, pois se desponta atualmente como uma das categorias dogmáticas mais problemáticas da atualidade, sendo, portanto, objeto de distintas análises e reflexões pela doutrina nacional³⁸ e estrangeira³⁹. Seu exame supõe uma abordagem desde o ponto de vista de diferentes óticas, posto se tratar de um instituto de caráter e conteúdo profundamente heterogêneos. Semelhante peculiaridade impede a determinação de um consenso sobre a matéria, apresentando-se assim como uma das zonas mais tormentosas da dogmática e da política criminal contemporâneas.

Revela-se imprescindível para o desenvolvimento de estudos específicos sobre os fundamentos e limites do *jus puniendi*, a realização cautelosa de apurada revisão desta categoria jurídica, a fim de se esclarecer contornos mais precisos acerca de sua real função dogmática, bem como de sua correta localização sistemática.

Demais disso, o exame de seus elementos constitutivos somado ao estudo de seu significado e alcance compõem os fundamentos básicos relativos ao estudo da punibilidade, cuja relevância teórica e prática se mostra indissociável para a investigação das hipóteses de comportamento pós-delitivo com reflexos na imposição concreta da pena.

3. Conclusão

Na abrangência dos limites propostos pelo presente trabalho, infere-se do exposto:

a) O reconhecimento da elevada relevância dogmática e político-criminal da categoria da conduta no Direito Penal como fator de fundamentação do punível no e de limite ao poder punitivo como variável de individualização da sanção criminal;

b) A reduzida exploração teórica por parte da doutrina penal contemporânea do significado dogmático e político-criminal da conduta como expressão de comportamento pós-delitivo positivo com

³⁸ Cf. SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: RT, 2003; CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: RT, 2008.

³⁹Dentre outros, Cfr. BACIGALUPO, Enrique. *Delito y punibilidad*. 2.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999; GARCÍA PÉREZ, Octavio. *La punibilidad em Derecho Penal*. Pamplona: Arazandi, 1997; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Punibilidad: enciclopedia jurídica básica*. Madrid: Civitas, 1995; _____. *La punibilidad: la ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*. In: *Libro homenaje al professor doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002; PETROCELLI, B. *Reato e punibilità*, p 669-700, Milano: Giuffrè, 1960; PIOLETTI, G. *Punibilità (cause di esclusione della)*. *Digesto de discipline penalistiche*. 4.ed. Torino: UTET, 1995.

repercussões na punibilidade do crime;

c) A irracionalidade técnico-jurídica e legislativa presente nas atuais orientações de política criminal, sobretudo no tocante a configuração de cláusulas extintivas de punibilidade desconectadas das finalidades preventivo-gerais e preventivo-especiais do Direito Penal e da sanção criminal. Supõe-se assim, a imperiosa necessidade de revisão dogmática acerca dos fundamentos de institutos premiais lastreados exclusivamente na consecução de fins extra-penais e desconectados dos princípios constitucionais-penais de garantia;

d) A imprescindível urgência no desenvolvimento de estudos específicos sobre os componentes estruturais da punibilidade, notadamente das condicionantes negativas baseadas no conduta pós-delitiva de cunho reparatório, a partir dos quais seja possível deduzir um repertório de requisitos normativos capazes de ajustá-las aos pressupostos de merecimento e necessidade de pena como vetores essenciais à punição do fato criminoso.

Referências

- BACIGALUPO, Enrique. Delito y punibilidad. 2.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BARROS, Carmen Silva de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: RT, 2001.
- BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: una nueva modernidad. Trad. Daniel Jiménez, Jorge Navarero e M^a Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. *A concepção significativa da ação: T.S Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do delito*. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BUSTOS RUBIO, Miguel. Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad. Santiago de Compostela, Estudios Penales y Criminológico. V. 35, 2015.
- CARVALHO, Érika Mendes de. *Comportamiento postdelictivo y fines de la pena*. Lima: Ara, 2008.
- _____. Ensaio sobre o significado dogmático da acessoriedade administrativa nos delitos ambientais. São Paulo, *Revista Liberdades*, n.8, set./dez, 2011.
- _____. *Punibilidade e delito*. São Paulo: RT, 2008.
- CEREZO MIR, José. El delito como acción culpable. Madrid, *ADPC*, t. XLIX, f. I, 1996.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.
- DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GACIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio. La punibilidad em Derecho Penal. Pamplona: Arazandi, 1997.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento. Madrid, *ADPCP*, t. XL, Fasc. III, Sep./Dic, 1987.
- GRACIA MARTÍN, Luis. Algunas consideraciones sobre el concepto y el sistema del Derecho Penal. In: GRACIA MARTÍN, Luis (Dir.). *Estudios de Derecho Penal*. Lima: IDEMSA, 2004.
- _____. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica ao discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.
- GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em Direito Penal: um estudo da conduta do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. São Paulo: RT, 2009.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal :la ley y el delito*. Buenos Aires: Sudamericana, 1945, p. 1978.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Punibilidad: enciclopedia jurídica básica. Madrid: Civitas, 1995.
- _____. La punibilidad: laciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. In: Libro homenaje al professor doctor Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002.

- LUQUÍN, Ernesto. Repasando el jus puniendi. México, *Iter Criminis*, n. 5, 2006.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. Filosofía del Derecho Penal. México, *Iter Criminis*, n.1, 2005.
- MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.
- _____. Valoraciones, normas y antijuridicidade penal. Granada, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v.6, n.2, 2004.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Los modestos alcances del Derecho Penal. México, *Iter Criminis*, n.5, 2006.
- PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003.
- PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. Las revoluciones científicas del derecho penal. Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal. Madrid, *ADPCP*, t. L, 1997, p. 199.
- PETROCELLI, B. Reato e punibilità, p 669-700, Milano: Giuffrè, 1960; PIOLETTI, G. Punibilità (cause di esclusione della). Digesto de discipline penalistiche. 4.ed. Torino: UTET, 1995.
- PRADO, Luiz Regis. Norma penal como norma de conduta. São Paulo, *Ciências Penais/RT*, v.12, jan. 2010.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudos de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoria do delito e Direito Penal econômico*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- SALAS SOLÍS, Minor E. ¿Es el derecho penal el padre de todas las ciencias? México, *Iter Criminis*, n.5, 2006.
- SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: RT, 2003.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: PG*. 6.ed. Curitiba: ICPC, 2014.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001.
- VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C, 1899.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Depalma, 1956.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. 11.ed. Parte Geral. São Paulo: RT, 2015.

Vidas em cárcere: os desafios e a vulnerabilidade social enfrentados pela população carcerária LGBTI+ de Vitória da Conquista – BA

Lives in prison: the challenges and social vulnerability faced by the imprisoned LGBTI+ population of Vitória da Conquista – BA

Luciana Santos Silva

Advogada. Doutora e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Docente do Curso de Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB

Moabson Alves Braga Santos

Advogado. Pós-Graduado em Direitos Fundamentais e Justiça pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB.

Abstract: This article discusses prison, pointing out the challenges faced by a portion of the LGBTI+ population during the sentence execution phase, and how prison intensifies the state of social vulnerability of this group. Through a literature review, aspects such as gender and sexuality, imprisonment and prejudice will be addressed, expanding the study on prison and its implications on the imprisoned LGBTI+ population. And, to support this discussion, statistical data needed to be obtained by a two-phase data collection process, in each of the city's prison facilities, which are the focus of this study. The objective of this article, in a nutshell, is to clarify, at first, the socioeconomic profile of these prisoners; and, afterwards, to point out how the prison system affects this community in a more emphasized way, and how the imprisoned LGBTI+ population deals with issues of gender and sexuality inside the city's prison facilities. The conclusion is that the city's imprisoned LGBTI+ population is made up of young black, poor, and uneducated people. In addition, all of them have suffered some type of violence (physical, moral or psychological), inside and outside of prison, in the family environment or in social coexistence.

Keywords: Prison. LGBTI+ population. Social Vulnerability.

Resumo: O presente artigo faz uma discussão acerca do cárcere, apontando os desafios enfrentados por uma parcela da população LGBTI+ na fase de execução da pena, e a maneira como a prisão intensifica o estado de vulnerabilidade social deste grupo. Por meio de revisão bibliográfica, serão abordados aspectos como gênero e sexualidade, cárcere e preconceito, expandindo o estudo sobre a prisão e suas implicações na população carcerária LGBTI+. E, para fundamentar essa discussão, foi realizada também a coleta de dados, em duas fases, em cada unidade prisional da cidade, foco desta pesquisa, para obtenção de dados estatísticos. O objetivo deste artigo, em apertada síntese, será esclarecer, em um primeiro momento, qual o perfil socioeconômico desses detentos; e, em um segundo momento, apontar a maneira como o sistema prisional afeta de maneira mais acentuada essa comunidade, e como a população carcerária LGBTI+ lida com as questões de gênero e sexualidade dentro das unidades prisionais conquistenses. A conclusão é a de que a população carcerária LGBTI+ conquistense é formada

por jovens negros, pobres e sem escolaridade. Além disso, todos já sofreram algum tipo de violência (física, moral ou psicológica), dentro e fora do cárcere, no ambiente familiar ou no convívio social.

Palavras-chave: Cárcere. População LGBTI+. Vulnerabilidade Social.

1. Introdução

Um paradoxo entre dois mundos e a vida real. O Brasil vive, mais uma vez, um momento de medo e obscurantismo cuja política estatal é a de morte, onde discutir prisão e sexualidade significa colocar-se no alvo. Nunca o cárcere e a diversidade sexual humana estiveram tanto em evidência e debate como agora. Gênero, sexualidade e cárcere são objetos constantes de ataques de um conservadorismo escancarado, já que colocam em risco o projeto de sociedade ideal machista e sexista, no qual a família tradicional cristã está na base. Fala-se muito, mas sabe-se também muito pouco, por isso, um paradoxo, em que sobrevive o censo comum.

Em verdade, o gênero e a sexualidade humana e, conseqüentemente, as suas diversidades estão cercadas de dúvidas e tabus. Não há sequer um consenso entre a comunidade científica, nem mesmo entre associações e órgãos representativos, sobre qual sigla seria a mais adequada para se referir a toda uma pluralidade, ou seja, sobre como representá-los (LGBT, LGBTI, LGBTI+, LGBTQ+, LGBTQI+, LGBTQIA+) e, assim, seguem inúmeras as combinações. Na atualidade, segundo a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), rede nacional que articula instituições em todo Brasil para promoção da cidadania dessa população, o termo mais adequado seria LGBTI+, que será utilizado no decorrer deste trabalho.

No que se refere ao cárcere, sabe-se menos ainda. Nem mesmo os dados estatísticos apresentados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) são fidedignos. E a razão de ser é muito clara, falta interesse político, seguido de um enfraquecimento dos órgãos responsáveis por discutir política criminal, e uma ausência de espaços de escuta e apoio aos indivíduos que vivem e sobrevivem dentro dessas realidades.

No que se refere especificamente à população carcerária LGBTI+, o que esta pesquisa se propôs a fazer, e que por muito pouco não se concretizou em razão da pandemia, foi ir em busca de indivíduos que se encontravam nesses dois mundos, observá-los, ouvi-los e retirá-los da invisibilidade que o preconceito traz, apresentando ao público leitor, e aos próprios participantes desta pesquisa, um pouco, quiçá o mínimo, da realidade que se vive dentro dos muros do cárcere, principalmente quando se assume uma sexualidade fora do padrão cisheteronormativo.

São presos e presas que tentam vencer suas próprias barreiras, quando se trata de aceitação e autoafirmação, nas prisões brasileiras que, de maneira transversa, aprofunda ainda mais essas dificuldades e enfrentamentos.

As pessoas LGBTIQ+ têm sido historicamente submetidas a tais estereótipos e discriminação. Nos locais de privação de liberdade, isso se manifesta através de sua eliminação da história e dos dados oficiais, e por atos de violência e abusos que não

são relatados, passam despercebidos, e acabam por se tornar invisíveis.¹

Com o propósito de retirá-los da invisibilidade, o objetivo principal desta pesquisa foi levantar dados estatísticos sobre toda a população prisional LGBTI+ que cumpre pena na cidade de Vitória da Conquista – Bahia, de forma a identificar e classificar esses indivíduos, no intuito de responder, ainda, outras questões relacionadas à identidade de gênero e expressões da sexualidade dentro das prisões.

A ausência de dados estatísticos sobre esses grupos em conflito com a lei, seja em nível regional ou nacional, torna-se um obstáculo à implementação ou desenvolvimento de políticas públicas específicas, capazes de retirar essas pessoas do estado de vulnerabilidade e garantir o acesso a Direitos Fundamentais, violados pelo Estado dentro do ambiente prisional.

2 Diversidade e Invisibilidade

De acordo com a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT), estima-se que, somente no Brasil, cerca de 18 milhões de brasileiros se assumem homossexuais, o que equivale a mais ou menos 10% da população. Dados imprecisos, tendo em vista que uma grande parcela da população não se identifica somente como homossexual, mas se enquadra em alguma outra identidade de gênero ou expressão que não seja a cisheterossexual.

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias², publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional, ligado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, com dados coletados entre janeiro e junho de 2020, a população penitenciária brasileira chegou a 702.609 pessoas, sendo aproximadamente 13.229 somente no Estado da Bahia, onde cerca de 941 presos encontram-se no município de Vitória da Conquista – BA. Estima-se que 836 estejam custodiados no Conjunto Penal de Vitória da Conquista e 105 no Conjunto Penal Advogado Nilton Gonçalves.

Do total de pessoas presas no país, menos de 1% se autodeclara dentro da sigla LGBT, segundo dados do DEPEN. Esta informação aponta pelo menos dois problemas: que boa parte da população carcerária não se autodeclara por medo de represálias ou violações de sua integridade física ou moral dentro do cárcere, em razão do preconceito; e segundo que o levantamento feito pelo DEPEN é impreciso. Ou seja, não se sabe ao certo, no Brasil, quantas pessoas, que se encontram em cumprimento de pena no sistema prisional brasileiro, são divergentes do padrão cisheteronormativo.

Os dados ainda informam que, entre todos os estabelecimentos prisionais do país, cerca de 89% deles não possuem alas ou celas destinadas exclusivamente às pessoas privadas de liberdade, autodeclarantes lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais.

Isso significa que a maioria dos presos LGBTI+ estão confinados no mesmo espaço que presos extremamente violentos, inclusive réus por crimes sexuais, expondo um grupo reconhecidamente vulnerável à violência, ao risco de discriminação, ao trabalho forçado, ameaça e prostituição em ambiente prisional.

¹ FERREIRA, Guilherme Gomes. **Sexualidade e Gênero na prisão: LGBTI+ e suas passagens pela justiça criminal**. 1 ed. Salvador: Devires, 2019, p.5.

² BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: relatório nacional - SISDEPEN. Brasília: DEPEN, 2020; Disponível em: <https://www.gov.br/depem/pt-br/sisdepem>. Acesso em: 24 jul. 2021.

Por fim, o perfil socioeconômico dos detentos é formado majoritariamente por jovens com idade entre 18 e 29 anos, sendo a maioria deles autodeclarado pardo ou negro, tendo chegado até o ensino fundamental completo. Mas quem compõe a população carcerária LGBTI+?

3 Conhecer para desmistificar

É preciso conhecer-se para conhecer o outro e, então, respeitá-lo em sua individualidade. O estigma e o preconceito se relacionam em alguma medida com a ausência de conhecimento sobre aquilo que se vê. Como bem esclarece Erving Goffman³, os preconceitos podem ser definidos como informações pré-obtidas pelo indivíduo em toda a sua vivência sobre determinado objeto em ambientes diversos (família, escola, igreja, grupos). O estigma, por sua vez, advém do enfrentamento entre esses conceitos estruturados ao longo da vida e a realidade que se apresenta ao indivíduo. Em havendo uma correspondência entre o que se sabe e o que se vê, aceita-se. Em sentido negativo, estabelece-se o estigma.

E a mácula não combatida é um convite à violência. Consequentemente, o estado de medo constante, a hostilidade do ambiente social e o discurso contínuo de ódio expõem o indivíduo a um estado de vulnerabilidade.

A população carcerária LGBTI+, reunindo em si dois fatores determinantes, encontra-se numa situação de dupla vulnerabilidade social, mediante o reconhecimento de duas causas de exclusão social: a prisão e a sexualidade.

Com o exercício etimológico resgatamos que a conexão dos vocábulos em latim *vulnerare*, que significa ferir, lesar, prejudicar, e *bilis* – suscetível a – teria dado origem à palavra vulnerabilidade. Conformado na matriz discursiva da Bioética, o conceito de vulnerabilidade como condição inerente ao ser humano, naturalmente necessitado de ajuda, diz do estado de ser/estar em perigo ou exposto a potenciais danos em razão de uma fragilidade atrelada à existência individual, eivada de contradições.⁴

Compreendendo que é preciso conhecer a comunidade para desmistificar algumas ideias equivocadas que se tem sobre diversidade, é suficiente saber, ainda que de maneira simples e objetiva, alguns conceitos sobre gênero e sexualidade.

Por muito tempo, acreditou-se que os sexos ou gêneros fossem uma determinação biológica binária, homem e mulher, macho ou fêmea, masculino ou feminino. Categorias que não refletem por completo a realidade. A divisão homem/mulher vai além das características físicas dos indivíduos, pois revela uma construção histórica social. Portanto, não se nasce homem, nem se nasce mulher, compreende-se homem ou mulher.

Alguns autores ainda afirmam que sexo e gênero, embora parecidos, não são a mesma coisa. Seria o termo sexo atribuído a uma definição puramente biológica ou anatômica, enquanto o gênero, de maneira mais abrangente, o papel público, construído pela sociedade, como sendo homem ou mulher,

³ GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

⁴ CARMO, Michelly Eustáquia do; GUIZARDI, Francini Lube. O conceito de vulnerabilidade e seus sentidos para as políticas públicas de saúde e assistência social. **Cadernos de Saúde Pública**. 2018, v. 34, n. 3. Março, 2018, p.5. ISSN 1678-4464.

acumulando fatores biológicos, sociais e psicológicos.

A identidade de gênero, por sua vez, surge da insatisfação com uma designação baseada meramente nos órgãos genitais/sexuais dos indivíduos. A ANTRA, por exemplo, conceitua a identidade de gênero como “[...] profunda e sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo e outras expressões de gênero [...]”⁵.

Isso significa que nascer com um órgão masculino não lhe faz homem, como a sociedade patriarcal insistentemente ensina. Usar azul ou usar rosa não lhe define. O indivíduo reconhece-se homem ou mulher, identifica-se, torna-se.

Decorrente dessa construção, passamos a compreender os travestis e os transexuais como seres que vivem uma constituição de gênero diferente ou oposta à designação de sexo atribuída no nascimento. O que os diferencia é a reivindicação da sua identidade. Portanto, o travesti, embora se expresse com o gênero diverso daquele que o constitui, não reivindica para si a forma como o “ser mulher” está construído socialmente. Ou seja, existe uma alteração física, não-biológica, permanente, social, cultural e familiar.

As mulheres e homens trans, todavia, também vivem um gênero oposto à sua designação biológica, mas reivindicam para si o “ser homem” ou o “ser mulher”. Por essa razão, por vezes, recorrem ao uso do nome social ou à alteração do registro de nascimento.

Situação totalmente peculiar é a dos transgêneros, conhecido na medicina como *disforia de gênero*, caracterizado como o sofrimento intenso, experimentado pelo indivíduo, por desconforto com o sexo biológico, especialmente na puberdade, quando o corpo físico passa por alterações mais profundas. Nesse caso, é necessário um acompanhamento psicológico para melhor compreensão de si mesmo, de forma que viabilize o início de uma transição que inclui tratamentos hormonais, cirúrgicos, para adequação do sexo biológico à forma como o transgênero se identifica, seguido da alteração do nome de nascimento.

Já a sexualidade ou orientação sexual, termos que, para alguns, também não são iguais, embora semelhantes, referem-se ao desejo ou atração afetiva, sexual ou emocional a indivíduos do mesmo gênero, do gênero oposto, ou por ambos. É o caso das pessoas lésbicas, gays, heterossexuais ou bissexuais.

São tantas as definições e inúmeras as identidades e expressões de gênero que esta pesquisa, ainda que quisesse, não conseguiria abranger. Por esse motivo, a sigla LGBTI+ possui o símbolo “+” como indicativo de pluralidade, no intuito de abranger tantas outras pessoas, sem tornar a sigla um alfabeto infinito.

4 Um cárcere masculinizado

Dentro do sistema prisional, a realidade permanece intacta. As normas de gênero ou a cisheteronormatividade continuam a determinar o que é considerado comportamento adequado ou

⁵ SIMPSON, Keila. ANTRA Brasil, 2018. Conceitos que trabalhamos. Disponível em: [Sobre – Associação Nacional de Travestis e Transexuais \(antrabrasil.org\)](https://antrabrasil.org). Acesso em: 18 jul. 2021.

apropriado para homens e mulheres, fazendo com que os indivíduos transgressores desses limites, ou que se comportem fora dos padrões socialmente aceitos, enfrentem mais dificuldades.

A prisão é um microsistema social. O que muda, por vezes, são as regras de organização social. Muitas formas de organização são observadas, divisões criadas por eles próprios como meios de auto-organizar-se. Por exemplo, em uma cadeia composta apenas por homens em cumprimento de pena, a conduta criminosa em si, o ser criminoso, não mais os diferenciam dos demais detentos, como ocorre fora do cárcere em que isso os diferencia dos demais cidadãos. Ali dentro, são todos iguais, criminosos. A partir dessa conclusão, o crime em si vira critério de categorização.

Temos, como exemplo comum, a separação entre crimes de homem e crimes de covardes. No primeiro grupo, encontram-se crimes como furto, roubo, tráfico de entorpecentes, estelionato e uma série de outros crimes contra o patrimônio. No outro grupo, estão crimes praticados contra mulheres e crimes sexuais, como estupro e, principalmente, estupro de vulnerável, ex-policiais, ex-membros de facções e todo tipo de traidores. E a razão de ser é simples, segundo o código de conduta de alguns comandos e facções, todos esses presos exemplificados são considerados covardes e, por isso, passíveis de punição sumária dentro do cárcere.

Na maioria das prisões, no Brasil, existem galerias conhecidas como “seguro”, que abrigam esses tipos de detentos, no intuito de separá-los dos demais e evitar que sofram violência ou sejam executados. É nessa galeria que também são colocados os presos que se autodeclaram pertencentes a alguma sigla LGBTI+. É aqui que habita o risco.

Com essas palavras pouco sutis, ditas informalmente ao médico e escritor Drauzio Varella, o diretor de um Centro de Detenção Provisória masculino na Região Metropolitana de São Paulo descreve o perfil típico dos presos de uma *Unidade de Seguro – também chamada de Cadeia de Oposição Neutra* ou, no linguajar mais difundido nas prisões, uma *Cadeia de Coisas*. [...] A palavra *coisa* é usada por integrantes e aliados do PCC para se referir àqueles que são vistos como inimigos: funcionários do sistema penitenciário, policiais, seguranças, presos vinculados a outros coletivos, ex-membros de *comandos*, presos que violaram o sistema de valores e os códigos de conduta do PCC.⁶

Ainda que os presos e presas LGBTI+ afirmem de maneira constante que, por não estarem alinhados a nenhuma facção, são considerados neutros dentro da prisão, essa realidade não os isenta dos riscos. Para os demais detentos, o simples fato de não ser hétero, coloca toda a comunidade LGBTI+ em um único lugar feminino, oposto ao masculino, e que por estarem nessa posição de feminilidade precisam assumir também papéis sociais considerados femininos.

Nas prisões masculinas, as expressões homossexual, mona, bicha e viado são frequentemente mobilizadas como categorias englobantes para esse conjunto de sujeitos. Essa identificação, sempre precária, constitui-se, em grande parte, como resposta à forte discriminação praticada pela massa carcerária, cujos códigos de conduta se assentam sobre ideais rígidos de masculinidade. Esses códigos, por sua vez, são históricos e contextuais – de forma que uma análise cuidadosa da organização política dos presos é necessária para entender quem é visto (e tratado) como mona,

⁶ ZAMBONI, Marcio. O barraco das monas na cadeia dos coisas: notas etnográficas sobre a diversidade sexual e de gênero no sistema penitenciário. *Aracê – Direitos Humanos em Revista*. São Paulo, v. 4, no. 5, 2017, p.94.

viado ou bicha no ambiente prisional.⁷

Portanto, dentro das galerias das prisões, os gays, travestis, transexuais e bissexuais assumem funções, como cozinhar, lavar as roupas, são forçados a manter relações sexuais com os demais presos, ou devem executar trabalhos forçados dentro das galerias, como garantia de imunidade.

É uma realidade extremamente complexa, marcada por abusos e violências de toda ordem, de difícil controle pelas instituições públicas que, além disso, permanecem inertes ou aversos a discussões de políticas criminais efetivas, especialmente voltadas à comunidade prisional LGBTI+.

5 Método

O presente projeto foi aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa da UESB⁸. Foram convidados, para o estudo, detentos e detentas autodeclarados LGBTI+. A coleta de dados ocorreu em duas fases, divididas em quatro encontros, em cada unidade prisional da cidade de Vitória da Conquista – BA, quais sejam o Conjunto Penal de Vitória da Conquista e o Conjunto Penal Advogado Nilton Gonçalves. Cada encontro ocorreu em uma semana, com diferença de oito dias entre cada um, sendo concluídos, em média, com um mês.

Todos os encontros com os internos foram acompanhados pelo psicólogo responsável da unidade prisional e por advogado regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

No primeiro encontro, mediado pelo psicólogo, foi realizado o contato inicial com os internos, para conhecê-los, interagir de maneira breve, explicar de maneira sucinta e simples do que se tratava a pesquisa, como esta seria desenvolvida, os objetivos, os benefícios e possíveis malefícios da atividade, além de apresentar todo o conteúdo do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido – TCLE⁹.

No segundo encontro, os participantes devolveram os TCLE assinados e foram orientados sobre a primeira fase da pesquisa – aplicação de questionário – para obtenção dos dados estatísticos. Foram esclarecidas algumas dúvidas que surgiram, quanto ao sigilo das informações que eles fossem prestar, e sobre a possibilidade ou não de desistência da participação no decorrer das atividades.

O terceiro encontro com os internos participantes foi exclusivamente para aplicação do questionário. Todos os internos estavam presentes, acompanhados do psicólogo. Colocados em um distanciamento que impedisse a comunicação entre eles, para evitar o compartilhamento de respostas, eles responderam sem maiores dificuldades. Nenhum tipo de gravação ou monitoramento foi feito, nem foi permitido que nenhum agente prisional ou profissional acompanhasse o desenvolvimento da atividade para coibir possíveis constrangimentos que pudessem coagir os participantes e direcionar suas respostas. Considera-se, portanto, a coleta isenta de interferências.

No quarto e último contato, foi oportunizado o debate, discussão e entrosamento. O objetivo era simples, conhecê-los para além dos dados estatísticos obtidos na etapa anterior, e obter informações de

⁷ ZAMBONI, Marcio. **Travestis e Transexuais Privadas de Liberdade:** a (des)construção de um Sujeito de Direitos. In: Revista Euroamericana de Antropologia (REA), N. 2, 2016, p.16.

⁸ Projeto de Pesquisa aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia sob CAAE n. 37181220.3.0000.0055.

⁹ O TCLE serve como convite para participação da pesquisa e autorização pelo participante, bem como instrumento resumido sobre toda a pesquisa, sobre o pesquisador, sobre o participante e sobre a instituição à qual está vinculado a pesquisa.

cnho pessoal e subjetivo para responder aos outros objetivos da pesquisa, como, por exemplo, o “ser” LGBTI+ dentro do cárcere, os desafios que eles/elas enfrentam e o que esperar do futuro. Momento que serve, mais do que tudo, para pensar em políticas públicas de assistência e atividades voltadas a esse público na cidade.

6 Resultados

O resultado é preocupante, mas não surpreende, visto que confirma as hipóteses apresentadas, quando do projeto desta pesquisa. O Conjunto Penal de Vitória da Conquista – BA tinha 10 (dez) presos autodeclarados LGBTI+ sob sua custódia, em cumprimento de pena no regime fechado. Número este que pode variar, um pouco para mais ou para menos, da data da coleta dos dados até hoje.

A maioria deles são jovens com idades entre 18 e 30 anos, de cor parda/negra, com ensino fundamental incompleto. Entre eles, os crimes em tese praticados foram contra a vida, contra o patrimônio, tráfico de drogas ou crimes sexuais. Metade são presos provisórios, ou seja, com processos ainda em andamento, sem sentença condenatória; e a outra parcela já possui sentença condenatória transitada em julgado ou, ainda, em fase de recurso de apelação.

São jovens pobres, sem escolaridade, provenientes de regiões periféricas da cidade de origem. Isso explica a natureza dos crimes praticados, na tentativa de obter renda, ou pela dificuldade de acesso a serviços básicos essenciais não prestados pelo Estado.

Quase todos não possuem condições financeiras para custear um advogado particular, sendo acompanhados por defensor público. Devido à alta demanda da Defensoria Pública do Estado da Bahia, boa parte desses processos, para não dizer todos, está parada há muito tempo, sem movimentação, ou pendentes de algum despacho ou manifestação. Isso prolonga a vida desses internos dentro do cárcere, sob ordem de prisões preventivas. Condições que necessitam, com urgência, de acompanhamento por profissionais da área jurídica para dar celeridade processual a esses processos, e, inclusive, combater, via remédios constitucionais, prisões que já se encontram em estado de ilegalidade.

Embora nenhum deles receba visitas íntimas, a maioria recebe a visita social de familiares. Segundo eles, a ausência de visitas íntimas se dá em razão da dificuldade de se encontrar parceiros dispostos a visitá-los, além do medo do preconceito ou constrangimento que o ato sexual em si possa gerar. A razão é simples, o ambiente em que ocorre o encontro íntimo é compartilhado, e embora seja dividido por paredes, não possui portas.

No que se refere à visita de familiares, a maioria informou que, mesmo que, no início, tenha sofrido violência ou preconceito dentro de casa, em razão da sua identidade de gênero e/ou da sexualidade, foram com o tempo sendo aceitos, principalmente pelos pais ou irmãos. O estar preso, em si, também favoreceu o estreitamento do vínculo em razão da necessidade de assistência que o filho/filha custodiado se encontra.

A maioria não exerce nenhuma atividade laborativa dentro da unidade e a metade deles participa de atividades educativas. E todos informaram que tiveram, pelo menos, um atendimento dentro da unidade prisional, nas áreas de assistência, determinado pela Lei de Execução Penal como, por exemplo, assistência médica, jurídica, odontológica, psicológica ou social.

No que se refere ao gênero, identidade de gênero e sexualidade, a maioria é do sexo masculino,

autodeclarado gay ou bissexual. Alguns são mulheres trans, sem processo de adequação biológica por procedimento médico cirúrgico, ou tratamento hormonal. Por não terem solicitado ainda alteração no nome de registro de nascimento, utilizam nome social. E apenas um interno se autodeclarou heterossexual, o que é interessante e aponta um fenômeno muito comum dentro do cárcere, gerado pela ausência de parceiras do sexo feminino e pela hiperssexualização dos corpos gays, especialmente de mulheres trans, que, dentro do ambiente prisional, ocupam esse espaço feminino.

É por essa razão que muitos heterossexuais, referindo-nos agora do ponto de vista geral observado dentro da unidade, relacionam-se com mulheres trans, simplesmente pela figura feminina, pela imagem física, sem levar em consideração o aspecto fisiológico, ou seja, o órgão genital masculino que em todas elas permanece, por não terem passado por cirurgia de adequação de gênero (pela impossibilidade ou pelo não interesse). Além de ser perceptível que não existe um vínculo afetivo ou emocional, na maioria das relações, sendo a ligação puramente sexual. Por esse motivo fica difícil constatar se o comportamento ou a relação caracteriza ou não um processo de escravização dos corpos de homens e mulheres trans.

Por fim, todos eles já sofreram algum tipo de violência (física, moral ou psicológica), dentro do cárcere – por agentes penitenciários ou outros internos – e fora do cárcere, no próprio ambiente familiar ou no convívio social. Nenhum deles quis relatar de maneira detalhada os fatos, por dois fatores observáveis: evitar reviver ou relembrar a situação e os sentimentos que são desencadeados em razão disso, e por medo de represálias.

7 Discussão

Foram encontradas algumas dificuldades para realização do presente estudo. A primeira limitação enfrentada levou ao impedimento de que a pesquisa se realizasse no Conjunto Penal Advogado Nilton Gonçalves, em razão da pandemia de SARS-CoV-2, conhecida popularmente como Covid-19. No período em que se desenvolvia a coleta de dados, a cidade, foco da pesquisa, estava com altos índices de contágio, seguindo um padrão de aumento que ocorria também em todos os estados do país, o que levou o Diretor da unidade a condicionar a realização da pesquisa com os internos somente ao fim da pandemia e mediante autorização da Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização do Estado da Bahia – SEAP/BA.

Esse conjunto de condicionamentos impediu a realização da pesquisa, principalmente, por ausência de tempo hábil para que fosse feita a coleta de dados, sem que comprometesse o andamento da pós-graduação. A situação grave da pandemia, gerada por um atraso injustificado no programa de vacinação nacional, tornou a condicionante do diretor imprevisível e sem prazo.

Somado a isso, temos a segunda dificuldade. A unidade destina-se ao recolhimento de presos de ambos os sexos em regime semiaberto e as sentenciadas ao regime fechado, bem como às presas provisórias das Comarcas relacionadas no Provimento da Corregedoria Geral da Justiça Nº CGJ-07/2018. E, nesse contexto, o juízo competente da Vara de Execução Penal da comarca de Vitória da Conquista – BA decidiu, em outubro de 2020, de maneira coletiva, pela prorrogação do benefício de

saída temporária¹⁰, seguido da concessão e consequente deferimento de Prisão Domiciliar a todos os custodiados que se encontravam em cumprimento de pena no regime semiaberto, por prazo indeterminado.

Em contrapartida, no Conjunto Penal de Vitória da Conquista, conseguimos realizar toda a coleta de dados. Em comparação com os dados iniciais do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, o perfil socioeconômico não apresenta muita diferença. A razão é que o perfil criminoso não leva em consideração aspectos de gênero. Em um país como o Brasil, a cor negra e a baixa condição social é que servem como parâmetro pelo aparato policial e judicial para sua atuação rígida.

A partir da associação da vulnerabilidade com a desigualdade social e a segregação juvenil, tem-se conseguido esclarecer cenários das complexas nuances da relação juventude e violência. Essa relação é percebida como o produto de dinâmicas sociais, pautadas por desigualdades de oportunidades, segregações, uma inserção deficitária na educação e no mercado de trabalho, de ausência de oportunidades de lazer, formação ética e cultural em valores de solidariedade e de cultura de paz e de distanciamento dos modelos que vinculam esforços a êxitos.¹¹

Nessa engrenagem, as camadas sociais mais altas não são alcançadas. É o Direito Penal e seu sistema funcionando como mecanismo de proteção de determinados sujeitos em detrimento de outros.

8 Considerações Finais

Quem dera eu pudesse ser, no jardim que fosse, uma flor belíssima, sem medo. Ainda há muito que se fazer neste país de maricas¹². Maricas que resistem e persistem, dia após dia, no país que mais mata LGBTI+ no mundo. Não somos fracos por sermos gays.

Segundo o Grupo Gay da Bahia¹³, somente em 2019, 329 LGBTI+ (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais) tiveram morte violenta no Brasil, vítimas da homotransfobia: 297 homicídios (90,3%) e 32 suicídios (9,7%). A cada 26 horas, um LGBTI+ é assassinado ou se suicida, vítima da LGBTfobia, confirmando o Brasil como campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais.

No que se refere à política criminal voltada a essa população encarcerada, uma das poucas, senão a única medida adotada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP foi a Resolução Conjunta nº. 1, de 15 de abril de 2014 que, entre outros aspectos, estabelece os parâmetros de acolhimento de LGBT's em privação de liberdade no Brasil, englobando na sigla a população composta por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, apontando, de pronto, um desconhecimento acerca da pluralidade de gênero, identidade de gênero e expressões de sexualidade.

¹⁰ Benefício concedido aos condenados que cumprem pena em regime semiaberto para saída temporária do estabelecimento prisional, sem vigilância direta, como mecanismo de propensão à reinserção da pessoa do condenado ao convívio social.

¹¹ ABRAMOVAY, Miriam. Juventude, violência e vulnerabilidade social na América Latina: desafios para políticas públicas / Miriam Abramovay et alii. – Brasília: UNESCO, BID, 2002.

¹² Expressão utilizada pelo Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, em declaração dada durante cerimônia no Palácio do Planalto para se referir às pessoas que lamentavam as crescentes mortes por Covid-19 no país. Associando o termo “marica”- utilizado para caracterizar homens fracos e possivelmente gays – ao sofrimento daqueles que perderam seus entes queridos.

¹³ OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de. **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – 2019**: Relatório do Grupo Gay da Bahia/José Marcelo Domingos de Oliveira; Luiz Mott. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020.

Infelizmente, seguindo uma política estatal de morte conduzida pelo Governo Federal, o CNPCP passou por um processo de desmonte em sua composição, com o objetivo escuso de impedir o pleno desenvolvimento de políticas públicas estatais voltadas à execução penal e suas vertentes.

É importante, nessa medida, compreender o papel relevante dos diretores dessas unidades que lidam de maneira mais direta com esses custodiados na promoção da igualdade social dentro do cárcere, atuando na prevenção à violência e ao preconceito.

Observa-se, com base nos dados coletados, a necessidade cada vez mais constante de uma equipe multidisciplinar, formada por advogados e psicólogos aptos a fazer uma abordagem mais apropriada, especialmente quando nos referimos a homens e mulheres trans que enfrentam essa disforia de gênero.

Por fim, é necessário também estimular dentro da unidade prisional o respeito à diversidade, preparar agentes penitenciários e outros profissionais atuantes dentro do ambiente carcerário e que lidam direta ou indiretamente com esses internos, com o objetivo de evitar o preconceito.

Do ponto de vista social, é necessário que o Estado, enquanto agente modificador, estimule e promova os Direitos Humanos para alcançar na sociedade uma mudança real. É o que recomenda a Anistia Internacional.

The United Nations Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women (CEDAW) requires states to ensure that state policies and practices are not based on, or have the effects of reinforcing, gender stereotypes. According to Article 5^a of the Convention, states should take measures to: “modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women.”¹⁴.

Devendo-se, ainda, constituir, mais uma vez, a educação como elemento transformador das realidades humanas, na tentativa incessante de conduzir a sociedade ao respeito, e, no caminho, retirar aos poucos essas comunidades e grupos do estado profundo de vulnerabilidade, dando voz a quem tem voz, e visibilidade a quem necessita de visibilidade.

Referências bibliográficas

- ABRAMOVAY, Miriam et. al. (Org.). Juventude, violência e vulnerabilidade social na América Latina: desafios para políticas públicas. Brasília: UNESCO, BID, 2002.
- Amnesty International. Europe – **The States Decides Who I am**: lack of legal gender recognition for transgender people in Europe. In: Amnesty International. Europe: 2014, p.24.
- BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: relatório nacional - SISDEPEN. Brasília: DEPEN, 2020; Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 24 jul. 2021.
- CARMO, Michelly Eustáquia do; GUIZARDI, Francini Lube. O conceito de vulnerabilidade e seus sentidos para as políticas públicas de saúde e assistência social. **Cadernos de Saúde Pública**. 2018, v. 34, n. 3. Março, 2018. ISSN 1678-4464.
- FERREIRA, Guilherme Gomes. **Sexualidade e Gênero na prisão: LGBTI+ e suas passagens pela justiça criminal**. Salvador: Devires, 2019.

¹⁴ Amnesty International. Europe. **The States Decides Who I am**: lack of legal gender recognition for transgender people in Europe. In: Amnesty International. Europe: 2014, p.24.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de. **Mortes violentas de LGBTQ+ no Brasil – 2019**: Relatório do Grupo Gay da Bahia / José Marcelo Domingos de Oliveira; Luiz Mott. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020.

SIMPSON, Keila. ANTRA Brasil, 2018. Conceitos que trabalhamos. Disponível em: [Sobre – Associação Nacional de Travestis e Transexuais \(antrabrasil.org\)](https://antrabrasil.org/pt-br/sobre-a-associao-nacional-de-travestis-e-transexuais). Acesso em: 18 jul. 2021.

ZAMBONI, Marcio. O barraco das monas na cadeia das coisas: notas etnográficas sobre a diversidade sexual e de gênero no sistema penitenciário. **Aracê – Direitos Humanos em Revista**. São Paulo, v. 4, no. 5, p. 93-115, 2017.

ZAMBONI, Marcio. **Travestis e Transexuais Privadas de Liberdade**: a (des)construção de um Sujeito de Direitos. Revista Euroamericana de Antropologia (REA), n. 2, 2016.

A criminalidade à luz da obra de Eric Voegelin: um olhar para além dos três paradigmas criminológicos

Criminality in the light of Eric Voegelin's work: a look beyond the three criminological paradigms

Bruno Amabile Bracco

Doutor e Mestre em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de São Paulo

Abstract: This article aims to analyze the issue of criminality from the perspective of philosopher and political scientist Eric Voegelin. Criminological approaches tend to revolve around two paradigms: the first approach focuses primarily on the author of a particular criminal act, inquiring into the reasons or conditions that led to such behavior, and the second approach shifts its focus to society and its control instances. A third criminological approach, seeking to juxtapose the previous two, has been termed the 'social interrelations paradigm'. However, in the wake of Voegelin's thought, it is possible to discern a yet different approach, which involves a renewed perspective that does not focus on the individual, the collective, or control instances, but instead follows the Platonic concept of *metaxy*, considering criminality as a matter related to culture and civilization, or more precisely, to the lack of adequate symbolization by a civilization of the transcendent values that structure it. It is suggested that it is possible to analyze the problem of criminality from a field historically neglected by criminological studies, from Lombroso to the so-called Critical Criminology: the investigation of the presence or absence, in any given society, of a symbolic structure referenced to transcendence.

Keywords: Eric Voegelin; Criminality; Criminology; Metaxy; Transcendence.

Resumo: O presente artigo pretende analisar a questão da criminalidade a partir do pensamento do filósofo e cientista político Eric Voegelin. As abordagens criminológicas tendem a gravitar em torno de dois paradigmas: o da passagem ao ato, focado no autor, e o da reação social, focado na coletividade e nas instâncias de controle. Uma terceira abordagem criminológica, que procura justapor complexamente as anteriores, foi chamado de paradigma das inter-relações sociais. Na esteira do pensamento de Voegelin, porém, é possível lançar um olhar para além dos três paradigmas históricos. Trata-se de um olhar renovado sobre o problema da criminalidade, que não se prende ao sujeito, à coletividade ou às instâncias de controle, mas, na esteira do conceito platônico de *metaxy*, encara a criminalidade como uma questão relacionada à cultura e à civilização, ou, mais propriamente, à falta de simbolização adequada, por uma civilização, dos valores transcendentais que a estruturam. Sugere-se que é possível analisar o problema da criminalidade a partir de um campo negligenciado historicamente pelos estudos criminológicos, de Lombroso à Crítica radical: a investigação sobre a presença ou ausência, em dada sociedade, de uma estrutura simbólica referenciada à transcendência.

Palavras-chave: Eric Voegelin; Criminalidade; Criminologia; Metaxy; Transcendência.

I. Três paradigmas criminológicos: um breve panorama histórico

A análise histórica do pensamento criminológico permite identificar ao menos três grandes *paradigmas*, ou três grandes modos de abordar o fenômeno criminal.

Ao primeiro, Álvaro Pires, remetendo a um conceito próprio às ciências psi, deu o nome de *paradigma da passagem ao ato*. Esta abordagem se volta fundamentalmente ao *autor* de um determinado ato criminoso, indagando as razões ou as condicionantes que o levaram a tal atitude. Embora os estudos sob este paradigma possam variar substancialmente – há, com efeito, uma grande diferença entre Cesare Lombroso, com suas infames buscas por causas biológico-atávicas que determinariam o comportamento criminoso, abordagens fundadas na psicologia profunda e outras, mais recentes, baseadas em estudos neurofisiológicos –, todos têm em comum o fato de não indagarem, por exemplo, sobre as razões pelas quais certo ato é considerado criminoso, além de não questionarem a existência de camadas populacionais mais vulneráveis às malhas do sistema punitivo. “Como regra geral, confere-se ao crime um caráter ontológico”, escreveu Pires, acerca deste paradigma. “O objeto central da criminologia é definido como o estudo do *delinquente* e do comportamento *criminoso* considerado como um fato social bruto”.¹ O paradigma da *passagem ao ato*, de tom marcadamente etiológico, alberga em seu seio uma vasta gama de ramificações, mas o foco se mantém no autor do crime e nas razões de seu agir.

Já o segundo paradigma criminológico é chamado de *paradigma da reação social*. Diretamente ligado às chamadas *teorias do etiquetamento* (ou “*labeling approach*”), o foco abandona o autor de certo delito e passa a dirigir-se às instâncias de controle. Agora, em vez de questionamentos acerca das razões pelas quais determinado sujeito praticou um dado crime, as questões formuladas se alteram radicalmente. Indagam-se, por exemplo, os motivos pelos quais determinados atos são considerados criminosos e outros não (o que se faz, porém, não em busca de eventuais fundamentos ontológicos do crime, mas com vistas a desnudar as dinâmicas de poder por trás da eleição de condutas criminosas); as razões por que determinados grupos são mais suscetíveis às malhas punitivas do que outros; os fundamentos da preferência do sistema jurídico-penal por penas aflictivas; os efeitos de tais penas sobre aqueles que as sofrem; etc. A partir deste paradigma, abriu-se o vasto caminho da *crítica criminológica*, e mesmo o da *crítica radical* de viés marxista.²

Álvaro Pires, Françoise Digneffe, Christian Debuyst (estes dois últimos, criminólogos da chamada *Escola de Louvain*) e, no Brasil, Alvino de Sá – para citarmos apenas alguns nomes recentes de relevo na Criminologia – comungaram de um idêntico anseio por um *terceiro paradigma*, que pudesse harmonicamente justapor as tensões dos dois vistos até aqui. Deu-se a esta terceira via o nome de *paradigma das inter-relações sociais*. “O objeto da Criminologia”, escreveu Sá, “integraria o comportamento problemático, a situação problemática, sem que recorra à ideia de crime como um fato social bruto, bem como integraria o sistema penal, o processo de construção do crime e de reação social perante o mesmo, sem que recorra a uma concepção construtivista fechada desse sistema”.³ Este olhar

¹ PIRES, Alvaro. *La criminologie et ses objets paradoxaux : réflexions épistémologiques sur un nouveau paradigme*. In: **Revue Déviance et Société**, 17(2), 1993, p. 130.

² SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 235-239.

³ *Idem*. *Ibid.*, p. 257.

não ignora o interesse científico no criminoso e nas razões pelas quais cometeu determinado ato (primeiro paradigma), nem ignora a importância de estudarem-se os complexos processos de seleção, rotulação, vitimização e estigmatização (segundo paradigma), mas procura compor harmonicamente a diversidade histórica de abordagens criminológicas, não se fechando a qualquer dos paradigmas anteriores – que de certa forma se tornam, sob o paradigma das inter-relações sociais, abordagens parciais sobre o multifacetado campo de estudos criminológicos.

Na análise desses três paradigmas, podemos perceber uma evolução. Sob o *paradigma da passagem ao ato*, a Criminologia encontrava seu nascimento como ciência; sob o *paradigma da reação social*, a Criminologia voltava seu foco para áreas vastamente ignoradas até então, pavimentando o caminho para estudos que mais e mais tomariam a academia, sobretudo na linha da crítica; e, por fim, o *paradigma das inter-relações sociais* buscava fazer jus aos méritos dos anteriores, compondo-os harmonicamente para se construir uma ciência criminológica de maior amplitude ontológica e epistêmica.

O campo de estudos criminológicos é, porém, complexamente multifacetado. A proposta do presente artigo é argumentar que, para além dos três paradigmas vistos até aqui, existem ainda campos aos quais a Criminologia pouco ou nada se volta – campos estes que, não obstante, mereceriam atenção para uma compreensão ainda mais abrangente do fenômeno criminal, em seus múltiplos aspectos. Com base no pensamento de Eric Voegelin, torna-se possível encarar temas criminológicos a partir de uma perspectiva que vai além dos três grandes paradigmas históricos.

II. Eric Voegelin: em busca da ordem

Eric Voegelin foi um filósofo e cientista político alemão relativamente pouco conhecido, mas cuja importância não deve ser negligenciada: Hannah Arendt e Thomas Mann com ele muito dialogaram, e Hans Kelsen, seu orientador, dedicou um livro inteiro a discutir algumas de suas ideias fundamentais. Não obstante sua volumosa e original produção intelectual, Voegelin permaneceu largamente ignorado não só pelo grande público, como também pela academia, e sua redescoberta recente se deve, é certo, a círculos conservadores – embora o próprio autor recusasse com firmeza tal rótulo.

Castro Henriques, ressaltando a importância do pensamento de Voegelin no contexto do século XX, escreveu estas importantes linhas:

O trabalho de Eric Voegelin certamente tem um lugar central na recuperação da teoria política levada a efeito no século XX por muitas vozes. Devemos colocá-lo ao lado de filósofos como Franz Rosenzweig, Henri Bergson e Emmanuel Lévinas. Podemos compará-lo a teóricos da história como Oswald Spengler e Arnold Toynbee. Ele evoca analistas da revolta moderna como Hannah Arendt e Albert Camus. Simpatizava com aqueles que redescobriram o papel do mito em civilizações pré-filosóficas (Henry Frankfort, Mircea Eliade, Wilhelm Jaeger). Ele conhecia as epistemologias das dimensões tácitas da ciência (Michael Polanyi, Bernard Lonergan).⁴

A obra de Voegelin atravessa diversos campos, como o da análise simbólica ou da filosofia da consciência. No entanto, seu principal centro de atenção, ou ao menos aquele que mais interesse tem

⁴ HENRIQUES, Mendo Castro. *Eric Voegelin's History of political ideas. The bones of contention of the political animal*. In: *RUDN Journal of Philosophy*. Vol. 24, n. 01, 2020 (pp. 99-112), p. 108.

despertado no público, gravita em torno das aproximações entre a história e uma filosofia da ordem, aproximações estas que encontraram sua melhor expressão nos volumes daquela que tem sido considerada sua obra magna: *Ordem e História*. Seu texto, longe de limitar-se a uma explanação superficial de fatos históricos, analisa profundamente as ideias políticas centrais em diversas culturas e em diferentes períodos, intercalando considerações relativas a seus outros campos de interesse, como a simbólica e a consciência. Ao final, o conjunto da produção intelectual de Voegelin fornece um panorama inquestionavelmente original da experiência humana no mundo, caracterizada, em sua visão, pela maior ou menor capacidade de exprimir uma ordem universal.⁵

Fundamentalmente, Voegelin concebe a posição do ser humano no universo como *intermediária*, seguindo o conceito platônico de *metaxy*. “A existência tem a estrutura do entremeio, da *metaxy* platônica”, escreveu, “e se há algo de constante na história humana é a linguagem de tensão entre vida e morte, imortalidade e mortalidade, perfeição e imperfeição, temporal e eterno, *entre ordem e desordem*, verdade e inverdade, sentido e falta de sentido da existência; entre o amor de Deus e o amor-próprio, alma aberta e alma fechada; entre as virtudes de abertura à fonte do ser, como fé, amor e esperança, e os vícios do fechamento, como *hybris* e revolta”.⁶

N’O *Banquete*, Platão apresenta-nos esta esclarecedora fala de Diotima de Mantinea a Sócrates:

Eis aqui, caro Sócrates, disse a Estrangeira de Mantinea, o ponto da vida no qual, mais do que em qualquer outro, vale a pena viver para o homem: contemplar a Beleza em si mesma. Desde quando a possas ver, não a julgarás segundo a medida de objetos preciosos, de belas vestes, da beleza de adolescentes e de jovens ou segundo a beleza que ora te deixa abalado, a ti e a muitos outros, de sorte a querer sempre vê-la e estar junto dela, sem comer nem beber, mas somente contemplá-la e fazer-lhe companhia. Que devemos pensar então se fosse dado a alguém intuir o próprio Belo, inteligível, puro, sem mistura; em lugar do belo revestido de carnes humanas, de cores, de mil outras vaidades mortais, contemplar a beleza divina na unicidade da sua forma? Pensas que deve ser uma vida miserável a de quem dirige seu olhar lá para o alto, do homem que, com o órgão próprio, contempla essa Beleza e junto dela faz sua morada? Não percebes, continuou ela, que a esse homem, enquanto tem o olhar voltado para o alto, vendo como se deve ver o Belo, será dado produzir não fantasmas de virtude, pois ele não está em contato com um fantasma, mas virtude verdadeira, pois está em contato com o Verdadeiro? E a esse homem que produz a virtude real e a alimenta não acontece tomar-se amigo de Deus? A ele, mais do que a qualquer outro é dado tornar-se imortal.⁷

Em Platão, “o próprio Belo” remete ao mundo das Ideias. No universo transcendente das Ideias, encontram-se os fundamentos da ordem da existência universal. De outro lado, há a vida terrena: vida de multiplicidades, de conflitos, de dualidades etc. Uma regra, então, aplica-se tanto ao ser humano individual, quanto à sociedade em seu todo: o que neles há de verdadeiramente virtuoso – “virtude real”, e não “fantasma de virtude” – mede-se pelo nível de correspondência e de manifestação da ordem

⁵ VOEGELIN, Eric. **Order and History**: Vol. 1. Israel and Revelation. Colombia, Mo.: University of Missouri Press, 2001, p. 43. Mencione-se que, embora tenhamos preferido a versão original, em inglês, para as referências e citações, todos os volumes de *Order and History* foram publicados, em língua portuguesa, pelas *Edições Loyola*, sob o título *Ordem e História*. Adicionalmente, muitas outras obras do autor têm sido publicadas no Brasil pela *É Realizações*.

⁶ *Idem*. *Equivalences of Experience and Symbolization in History*. In: **The Collected Works of Eric Voegelin**. Vol. 12 (Published Essays, 1966-1985). Baton Rouge: Louisiana State University Press (pp. 115-133), p. 119. Destacamos.

⁷ PLATÃO. *O Banquete*, 211B5 – 212a7. V. REALE, Giovanni. **Para uma nova interpretação de Platão**. Trad. Marcelo Perine. 2ª Ed. São Paulo: Loyola, 2004, pp. 353-354.

universal, da beleza eterna, da justiça perene etc. Quanto mais o homem e a sociedade se tornam *pontes*⁸ para a expressão concreta e imanente de verdades transcendentais, mais haverá ordem e harmonia, seja na alma individual, seja na sociedade em seu todo.

No pensamento de Voegelin, enfim, o ser humano se vê numa posição intermediária entre forças opostas. A *ordem do ser*, de caráter objetivo e universal, não é uma realidade a ser construída forçosamente, nem a manifestação de alguma convicção pessoal sobre o bem e o mal; antes, trata-se de realidade a ser *descoberta* pelo ser humano, por meio de sua capacidade de abertura à transcendência: “A descoberta da transcendência, da ordem espiritual e intelectual..., não é uma questão de ‘opinião subjetiva’”.⁹ A sociedade será tanto mais ordenada quanto mais o ser humano, abrindo-se à transcendência, ordena-se a si mesmo e torna-se capaz de manifestar a ordem no mundo. A desordem, por sua vez, pode ser encarada como uma *tendência à dissolução*, revelando-se sempre que a ordem objetiva não encontra veículos próprios – das estruturas linguístico-simbólicas às políticas – para manifestar-se.

Voegelin não crê, assim, em ordenações impostas violentamente, nem defende ímpetos reacionários que pretendem simplesmente reconstruir já superados *cosmions* (voltaremos ao termo adiante). O que defende é uma atitude *filosófica* – no sentido clássico, especialmente platônico, do termo – de *abertura à transcendência*, levando o ser humano a tomar consciência da ordem do ser, assumindo a missão, deste ponto em diante, de transmiti-la aos demais.¹⁰

Podemos pensar, como exemplos de abertura transcendente à ordem, no próprio Platão – e a filosofia platônica, que tanto inspira Voegelin, pode ser caracterizada como um anseio pela ordem do Uno em oposição à dissolução da Díade, conforme visto brevemente acima¹¹ –, bem como, no contexto extremo-oriental, em Lao-Tsé, cujas palavras no *Tao Te Ching* também veiculam, por estrutura linguístico-simbólica diversa, a ordem universal: em ambos os casos, foram autores que não apenas *revelaram*, no âmbito linguístico e simbólico, aspectos da ordem universal, como também almejaram transformações políticas e sociais a partir da ordem revelada (vide diálogos platônicos como a *República* ou as *Leis*, bem como capítulos do próprio *Tao Te Ching* sobre a ordem sociopolítica), ainda que visassem primordialmente à ordenação da consciência humana.¹²

Quando a ordem revelada se fixa como *axis mundi* – como o *eixo* central de um mundo, frequentemente simbolizado por uma construção (como na *Caaba* islâmica), por uma árvore repleta de significado (como no Éden bíblico) ou ainda, no contexto especificamente cristão, pelo madeiro da cruz – em torno do qual uma sociedade se estrutura harmonicamente, tem-se aquilo a que Voegelin chama *cosmion*. O *cosmion* é “um pequeno mundo de ordem”, “um escudo contra a desordem e a decadência” e o reflexo “de uma ordem mais ampla e mais alta que implica a necessidade de subordinar a vontade humana à realidade transcendente”.¹³ O *cosmion*, diz ainda Voegelin, estrutura-se a partir de “uma

⁸ A este respeito, um *símbolo* é, etimologicamente – *sym-ballein* –, um traço de união entre realidades separadas, e o *pontífex* também exprime, em sua etimologia, a mesma ideia.

⁹ VOEGELIN, Eric. **Order and History**: Vol. 2. The World of the Polis. Colombia, Mo.: University of Missouri Press, 2000, p. 256.

¹⁰ *Idem. Ibid.*, p. 257.

¹¹ Cf., p. ex., REALE, Giovanni. **Para uma nova interpretação de Platão**, *op. cit.*

¹² Cf. FEDERICI, Michael P. **Eric Voegelin: a restauração da ordem**. Trad. Elpidio M. Dantas Fonseca. São Paulo: É Realizações, 2011, pp. 143-147.

¹³ *Idem. Ibid.*, p. 193.

simbolização adequada da verdade sobre a ordem do ser da qual a ordem da sociedade é uma parte”.¹⁴

Todo *cosmion* está necessariamente, contudo, posto a meio-caminho entre a ordem e a desordem, razão pela qual o “escudo contra a decadência” não se verá imune aos riscos da dissolução. Qualquer *cosmion* histórico cedo ou tarde sucumbe – e, avançando a dissolução, cria-se o indesejável cenário em que as forças rebeldes da desordem se verão confrontadas pelas forças brutais de um reacionarismo já ignorante do verdadeiro centro que supõe defender. Neste sentido, podemos desde logo perceber que, na perspectiva voegeliniana, um mundo violentamente dividido entre as forças do “progressismo” e as forças do “reacionarismo” pode ser encarado como um mundo em dissolução. Na órbita criminológica, um mundo em que o recrudescimento da criminalidade divide o cenário com apelos por respostas penais brutais também revela sinais de sua própria jornada entrópica de afastamento do ser.

III. Raízes da crise: Cristianismo, gnosticismos e descarrilamento

Alexander Solzhenitsyn alcançou fama mundial por suas denúncias sobre as atrocidades perpetradas durante o regime stalinista. No entanto, menos conhecido é por outras de suas acusações, tão importantes quanto aquelas destinadas ao comunismo russo: em discurso proferido em Harvard, Solzhenitsyn procedia a um dolorido inventário de um mundo ocidental em profundíssima crise, embora tal crise se escamoteasse por detrás de uma superfície de benesses materiais.

Voegelin, neste passo, encontra Solzhenitsyn. “Solzhenitsyn, como Voegelin, identificou a desordem espiritual espalhada na vida ocidental e americana”, escreve Federici. “Para ele, assim como para Voegelin, desordens sociais tais como crime, uso de drogas, altas taxas de divórcio e um materialismo desenfreado refletiam a alienação do homem em relação à transcendência”.¹⁵ A posição voegeliniana é no sentido de que, quando determinada sociedade rompe largamente o acesso àquele universo *Para Além*, ou ao campo da transcendência, em que se encontram as raízes axiológicas e teleológicas últimas da existência, tal sociedade deixa de ocupar sua posição no *entremeio*, e a vida deixa de ter a estrutura da *metaxy* platônica.

Rompido o elo com a transcendência, vê-se o ser humano limitado ao mundo material; e, não mais capaz de enxergar um sentido para além do meramente terreno, passa a conceber-se a si mesmo, e aos seus próprios anseios, como o fim último da existência. “Toda sociedade”, escreveu, “é organizada para sua sobrevivência no mundo e, ao mesmo tempo, para sua participação na ordem do ser, cuja origem está no Ser divino transcendente ao mundo; deve lidar com os problemas pragmáticos de sua existência e, ao mesmo tempo, deve buscar a verdade de sua ordem”.¹⁶ Quando deixa de participar da ordem do ser, deixando também de vislumbrar o fundamento de sua ordem temporal, o *cosmion* caminha para sua dissolução entrópica.

A visão de mundo voegeliniana é aberta o suficiente para localizar símbolos autênticos da transcendência em diversas culturas humanas – e a existência de simbólicas diversas da transcendência indica, com efeito, que o mundo transcendente penetrou o mundo sensível em uma variedade imensa de oportunidades e de formas. Já mencionamos os exemplos de Platão e de Lao-Tsé, mas podemos, nos passos de Voegelin, citar ainda os impérios mesopotâmicos, a misteriosa simbólica egípcia ou, é claro,

¹⁴ VOGELIN, Eric. **Order and History**: Vol. 1: Israel and Revelation, *op. cit.*, p. 19.

¹⁵ FEDERICI, Michael P. **Eric Voegelin: a restauração da ordem**, *op. cit.*, p. 49.

¹⁶ VOGELIN, Eric. **Order and History**: Vol. 2. The World of the Polis, *op. cit.*, p. 68.

a revelação a Israel – esta última, de grande valor didático, na medida em que ainda se trata de uma tradição viva. Percebemos que, a partir de irrupções pontuais da transcendência na imanência – no caso hebreu, a partir, por exemplo, das revelações de Javé a Moisés narradas longamente no Êxodo –, nasce uma riquíssima tradição de raízes espirituais. A simples existência de instituições humanas e de dogmas rígidos não indica, para Voegelin, que a sociedade permanece em ligação com a transcendência; aliás, o pensamento voegeliniano se mostra frequentemente crítico à dogmática institucional. No entanto, enquanto o espírito original presente nas revelações primordiais se mantiver vivo, subsiste o *cosmion*, ainda que se veja frequentemente acossado por ímpetos destrutivos.

Voegelin, claro, não se esquivava de analisar a principal tradição ocidental: o Cristianismo. O caso cristão é, contudo, peculiar sob diversos aspectos. Por um lado, há um traço destacado de excepcionalidade, na medida em que não se trata de mera revelação transcendente a pessoas particulares: no Cristianismo, é a transcendência mesma que se corporifica.¹⁷ Por outro lado, Voegelin diagnostica que não há, no Cristianismo, uma simbologia natural vasta que facilmente ligue o mundo terreno ao transcendente – por exemplo, há religiões (especialmente as “antigas religiões cosmológicas míticas”) em que o Sol, a Lua ou as árvores são símbolos diretos que apontam a certo aspecto da transcendência, enquanto no Cristianismo tem-se uma simbólica muito mais específica. Disso resulta que um Cristianismo vivo tende a depender da *fé*, um “fio... muito fino” e “nada tangível”, decorrendo que a vivência cristã verdadeira se torna bastante dificultosa – pois o homem deve manter sua fé “pela força de sua alma”, mas “nem todos os homens são capazes de tamanha resistência espiritual”.¹⁸ Na visão voegeliniana, é relativamente fácil ao cristão perder seu laço – baseado fundamentalmente na frágil fé – com a transcendência, transferindo seus anseios ao mundo puramente material.

Claro que esse diagnóstico sobre a fragilidade da fé deve ser matizado e contextualizado. No curso da Idade Média, por exemplo, vigorava a crença em uma Terra estática, acima da qual estavam os Céus e, abaixo, o Inferno. Com a revolução copernicana e com o desenvolvimento do sistema físico newtoniano, aquela cosmovisão medieval profundamente simbólica deixava de sustentar-se, o que minava um dos pilares da vivência cristã integral. Para além do simbolismo cósmico, a força de uma filosofia humanista, com impulso na Renascença e um destacado aumento de vigor no Iluminismo, abalava novos pilares da cosmovisão cristã antes imperante. Daí que a constatação voegeliniana sobre a relativa insuficiência da simbólica cristã passa a fazer especial sentido num contexto ocidental em que, das concepções cósmicas às filosóficas, já se rompia o elo com a transcendência – mostrando-se a fé insuficiente para reconstituir o elo em rompimento.

É neste cenário que se deve compreender um dos termos mais importantes da construção teórica de Eric Voegelin: o Gnosticismo. Baseando-se em obras como a de Hans Jonas,¹⁹ Voegelin sustenta que o Gnosticismo, existente desde os primórdios do Cristianismo, sempre se apresentou, por assim dizer, como a “contraparte” ou como o adversário por excelência da cosmovisão cristã – um adversário que, por séculos, se manteve à margem de uma cristandade dominante, mas que ganha força à medida em que esta se enfraquece. Podemos destacar algumas oposições marcantes entre Gnosticismo e

¹⁷ Necessário mencionar, contudo, que críticos de Voegelin frequentemente o acusam de negligenciar a historicidade da revelação cristã, marcada, em especial, pelo fato de o *Logos fazer-se carne*. Entre tais críticos, podemos mencionar Bruce Douglass e Gerhart Niemeyer. Cf. a respeito, DOUGLASS, Bruce. *A Diminished Gospel: a critique of Voegelin's interpretation of Christianity*. In: MCKNIGHT, Stephen. *Eric Voegelin's Search for Order in History*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1978.

¹⁸ VOEGELIN, Eric. *Science, Politics, and Gnosticism*. In: *The Collected Works of Eric Voegelin*. Vol. 5 (Modernity without Restraint). Columbia and London: University of Missouri Press, 2000, p. 310.

¹⁹ Cf. JONAS, Hans. *The Gnostic Religion*. Boston: Bacon Press, 1958.

Cristianismo: (i) se para o Cristianismo a existência terrena deve estar orientada pela transcendência, sendo que a vida humana torna-se digna de ser vivida na medida em que *participa* da vida divina, para o Gnosticismo há uma ruptura absoluta entre as ordens humana e divina; (ii) se para o Cristianismo há uma ordem humana que reflete a ordem divina, para o Gnosticismo o mundo terreno é, por sua natureza mesma, desordenado e mau; (iii) se para o Cristianismo a vida terrena apenas poderá ser redimida por uma intervenção divina direta, para o Gnosticismo o mundo concreto, dada a sua natureza má, é comparável a uma prisão odiosa ou a um “lugar alienígena para o qual o homem se desviou”,²⁰ restando a fuga do mundo (como defendiam os cátaros, por exemplo) ou a “salvação” do mundo imanente pelo esforço humano (como fazem as ideologias de fundo gnóstico).

Segundo o pensamento de Voegelin, o Gnosticismo não se limita a um anelo por libertação de um mundo intrinsecamente mau. Em sua visão, um desdobramento do ideal gnóstico é um olhar humano desejoso de, *por suas próprias forças e sem referência à transcendência, redimir este mundo mau*.²¹ “A verdade gnóstica produzida livremente pelos pensadores gnósticos originais”, escreveu, “agora foi canalizada para a verdade da ordem pública na existência imanente”.²² Na atitude gnóstica, como diz ainda em *Science, Politics, and Gnosticism*, “reconhecemos a construção de uma fórmula para a salvação do próprio homem e para a salvação do mundo, assim como a prontidão do gnóstico de apresentar-se como profeta portador do conhecimento salvífico da humanidade”.²³

Analisando a história do Ocidente cristão, Voegelin aponta que, enquanto o Cristianismo se manteve forte em sua missão de alicerçar um *cosmion* de raízes transcendentais, ideias gnósticas sempre permaneceram à margem – jamais de todo abolidas, mas também jamais capazes de destruir as fortalezas de uma sociedade profundamente cristã. No entanto, com o gradual esfacelamento do Cristianismo – o enfraquecimento da convicção da posição humana no universo, a perda do sentido da simbólica, o surgimento de filosofias humanistas etc. –, criava-se o terreno para que o Gnosticismo, com suas múltiplas vertentes, enfim passasse a imperar.

Como exemplos de manifestações gnósticas imanentizadas em tempos recentes, Voegelin aponta uma série de ideologias, como o Positivismo, o Nazifascismo, o Liberalismo, o Marxismo, o progressismo tecnológico etc. “A gnose apresenta várias formas”, escreveu Galvão de Sousa. “Em sua modalidade predominantemente intelectual, procura penetrar especulativamente no mistério da criação e da existência. Tal é a gnose especulativa de Schelling e do sistema hegeliano. A gnose volitiva, voltada para a ação e estabelecendo o primado da *praxis*, destina-se a redimir o homem e a sociedade. É o caso de Comte, Marx, Lenin e Hitler, ‘ativistas revolucionários’”.²⁴

Embora frequentemente combatentes entre si (pensemos, por exemplo, nos embates entre ideias liberais e neomarxistas), são ideologias que comungam de similares auspícios por *modificar substancialmente a ordem da realidade*, visando, em última análise, a um mundo futuro de plena felicidade: trazem, cada qual à sua maneira, uma promessa de salvação imanente do mundo. É neste sentido que Voegelin entende que todas essas ideologias, que partem de um mesmo tronco gnóstico, caracterizam-se pela pretensão de *imanentizar o eschaton cristão*; ou seja: se, na Escatologia cristã, a

²⁰ VOGELIN, Eric. *Science, Politics, and Gnosticism*, op. cit., pp. 297-298.

²¹ VOGELIN, Eric. *Reflexões autobiográficas*. Trad. Maria Inês de Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2007, p. 107.

²² *Idem*. *The New Science of Politics*. In: *The Collected Works of Eric Voegelin*. Vol. 5 (Modernity without Restraint). Columbia and London: University of Missouri Press, 2000, p. 240.

²³ *Idem*. *Science, Politics, and Gnosticism*, op. cit., p. 298.

²⁴ GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. *Apresentação*. In: VOGELIN, Eric. *A Nova Ciência da Política*. 2ª ed. Trad. José Viegas Filho. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 8.

redenção do mundo apenas se dará por uma ação decisiva da transcendência sobre a imanência, as ideologias de fundo gnóstico pretendem, *pela força do próprio ser humano*, redimir a existência no plano puramente imanente ou mundano, construindo um *paraíso terreno* sem referência à transcendência.

Voegelin chama especial atenção a um autor que lhe parece fundamental para que as ideologias de fundo gnósticos pudessem prosperar: trata-se de Joaquim de Fiore, ou Joaquim de Flora, teólogo místico do século XII. Em seu pensamento de matriz cristã, a humanidade passara pela Era do Pai, marcada pela lei, e pela Era do Filho, marcada pela redenção. O futuro reservava, porém, a mais gloriosa das três eras: seria a Era do Espírito Santo, marcada pela fraternidade, pela paz universal etc. Aponta que, ao trazer para o cenário da história humana convencional a promessa escatológica da redenção, Joaquim de Fiore imanentizava o *eschaton*, fornecendo as bases para as ideologias que surgiram posteriormente, trazendo novas promessas de uma plenitude no plano puramente horizontal. “A divisão que Joaquim faz da história em três épocas, em que a terceira e final época representa o fim e a realização da história”, escreveu Federici, “serviu de modelo simbólico para futuros pensadores como Turgot, Comte, Hegel, Marx e movimentos totalitários de massa como o nacional-socialismo e o comunismo”.²⁵ Nas palavras do próprio Voegelin: “Joaquim de Fiore criou o agregado de símbolos que dominaria a autointerpretação dos movimentos políticos modernos em geral”.²⁶

Um panorama esquemático dessa transição da estrutura histórica tripartite, de Joaquim de Fiore para ideólogos como Turgot, Comte, Hegel e Marx, foi muito bem apresentado por Eccel:

Para Voegelin, a espera da era do Espírito Santo como terceira fase teve tamanha influência na tradição de pensamento ocidental que Joaquim de Fiori foi apenas o primeiro a profetizar uma terceira era como símbolo de consumação, pois “o símbolo das três fases está presente em um grande número de ideias gnósticas”. Para tanto, basta observar a divisão tradicional da história elaborada por Biondo, que concebe a Idade Antiga, Medieval e Moderna, sendo a moderna a mais desenvolvida e melhor delas. Disso, seguiu-se Comte e Turgot e a evolução dos tipos de conhecimento do teológico, na Idade Antiga, passando pelo metafísico, na Idade Média, e atingindo seu ápice com o cientificismo, na Idade Moderna. Há ainda a filosofia da história de Hegel, que concebia o período despótico, no qual havia liberdade apenas para um, a era da aristocracia, na qual somente alguns eram livres, e, finalmente, o período no qual todos seriam livres. Disso, em parte teria resultado Marx e o comunismo, formado pela primeira fase composta por um comunismo de tipo primitivo, para, então, passar a uma sociedade burguesa e chegar, por fim, à fase do comunismo formado por uma sociedade sem classes.²⁷

Cada uma dessas ideologias conceituadas por Voegelin como gnósticas constitui um tipo de *descarrilamento* da cosmovisão cristã. Isso significa, por um lado, que são ideologias que *apenas poderiam ter nascido no seio de uma sociedade de raízes cristãs*; por outro lado, são ideologias que, na trilha gnóstica, *subvertem a cosmovisão cristã em um ou mais aspectos*. É possível entrever uma sugestão de que, à sociedade ocidental de nossos tempos, necessário seria abrir-se novamente à experiência originária em que se baseia a filosofia clássica e a revelação cristã, para que se pudesse forjar novamente um *cosmion* harmônico, em que ideologias gnósticas voltariam a ter espaço meramente

²⁵ FEDERICI, Michael P. **Eric Voegelin: a restauração da ordem**, op. cit., p. 102.

²⁶ VOEGELIN, Eric. **The New Science of Politics**, op. cit., p. 238.

²⁷ ECCCEL, Daiane. *Eric Voegelin e o gnosticismo: da estreita relação entre religião, política e os regimes totalitários*. In: **Numen: revista de estudos e pesquisa da religião**, Juiz de Fora, v. 18, n. 2, p. 47.

marginal. Se, porém, não houver uma *restauração da ordem* da nossa sociedade a partir de novas experiências originais de transcendência, e a partir de uma estrutura simbólica capaz de favorecê-las, a tendência é que, mais e mais, deixe de ver-se o ser humano como partícipe de uma realidade transcendente que lhe é superior, mas passe a procurar tão-somente *dentro de si* – em seus impulsos, suas inclinações, seus desejos muito pessoais, seus pensamentos próprios – a fonte de uma esperada felicidade não apenas pessoal, mas também coletiva.

Ao processo de “redespertar a consciência ocidental para as experiências de ordem que são a própria substância da civilização”, Voegelin dá o nome de *anamnese*, ou processo de *recordação*.²⁸ Voegelin admite, porém, que a *anamnese* não é uma tarefa simples. Não se trata, afinal, de simploriamente e à força procurar reviver um passado já superado – e aqui está mais uma razão bastante clara pela qual se recusava o rótulo de *conservador* ou *reacionário* –, mas sim de promover, dentro da realidade presente, estruturas simbólicas capazes de permitir reencenações atuais da *experiência originária* que se encontra na base do nosso *cosmion* hoje em dissolução. Sua proposta não é, portanto, dogmaticamente fechada, mas procura, pelo contrário, possibilitar uma reabertura à fonte transcendente de significado.²⁹

IV. Desordem e criminalidade

Num *cosmion*, há uma adequada simbolização da transcendência, forjando um sentido aglutinador para a vida imanente: eis a *communitas*, uma verdadeira *comunidade*, no sentido etimológico do termo. Talvez, de fato, não haja tradição espiritual em que tal ideia se apresente de forma mais bem acabada do que o Cristianismo, que tem na *comunhão* seu sacramento central: a diversidade do tecido social, com as infinitas diferenças entre as pessoas, torna-se sacramentalmente *una*, na medida em que, *por participação*, toda aquela multiplicidade encontra seu fundamento último e único na simplicidade absoluta da transcendência.³⁰

Na Criminologia, as chamadas *Escolas do Consenso* também se referem a algum sentido aglutinador que permita e fundamente o consenso social. Deve estar claro, contudo, que a abordagem de Eric Voegelin vai muito além – literalmente *Para Além* – de consensos meramente sociais e políticos, ou mesmo de consensos forjados por sentimentos religiosos comuns que aglutinam pequenos grupos. Afinal, para Voegelin o fundamento aglutinador do mundo ocidental está, em última análise, na *experiência originária da transcendência*, seja a da filosofia clássica ou, especialmente, a do Cristianismo.

Presente e honrado tal fundamento aglutinador transcendente, tem-se, repise-se, o *cosmion*. Num *cosmion*, muito mais do que em qualquer realidade social referida pelas *Escolas do Consenso* criminológicas, o *crime* será, sem qualquer dúvida, realidade *marginal*. Não pairarão dúvidas, senão

²⁸ FEDERICI, Michael P. **Eric Voegelin: a restauração da ordem**, *op. cit.*, p. 31.

²⁹ *Idem. Ibid.*, p. 169. Porém, a dificuldade da *anamnese* é de tal monta, contudo, que Voegelin admite que, em casos como o da muito corrupta Atenas retratada no *Górgias* de Platão, pode haver sociedades de tal modo rompidas com a ordem transcendente que, nelas, já não pode haver esperança de restauração. Cf. VOEGELIN, Eric. **Order and History**: Vol. 3. Plato and Aristotle. Colombia, Mo.: University of Missouri Press, 2000, p. 93.

³⁰ Cf., a respeito, CAVANAUGH, William T. *Beyond Secular Parodies*. In: MILLBANK, John; PICKSTOCK, Catherine; WARD, Graham. **Radical Orthodoxy: a new theology**. London and New York: Routledge, 1999. Ainda sobre a ideia de *communitas*, cf. ESPOSITO, Roberto. **Communitas: origem e destino da comunidade**. Belo Horizonte: UFMG, 2022.

marginais, seja sobre a realidade ontologicamente *má* do crime cometido, seja sobre a necessidade de resposta ao seu autor – preferencialmente, dentro de um *cosmion* de bases tradicionais cristãs, uma resposta que procure *reorientar* o criminoso, tornando-o novamente parte da *communitas*. De qualquer forma, assim como acontece com o crime, a necessidade de respostas tenderá a ser, também, marginal. No todo, é a existência em si do *cosmion* o fator preponderante para a prevenção da criminalidade.

Quando o *cosmion* principia a desfazer-se, a sociedade deixa de ter um *centro* aglutinador; em seu lugar, multiplicam-se incontáveis novos centros, cada qual se apresentando como portador da verdade. Nasce, claro, disputas ideológicas por predominância e por poder; e, no âmbito individual, também cada pessoa é convidada a submeter-se a determinada ideologia ou a fazer de si mesma seu próprio centro – em qualquer dos casos, sem qualquer referência à transcendência. Em todo este cenário – de ideologias gnósticas lutando por poder e de indivíduos insubmissos, buscando seus próprios interesses egoístas – Voegelin enxerga um traço comum, a que chama *revolta egofânica*. “O termo revolta egofânica”, escreveu, “supõe uma distinção entre essa experiência do ego exuberante e a experiência da constituição teofânica da humanidade”.³¹

Se a humanidade, dentro da estrutura da *metaxy* platônica, põe-se a meio-caminho entre o suprassensível e o sensível, a revolta egofânica pressupõe o rompimento com a transcendência. Na simbólica de ideologias tidas por Voegelin como gnósticas, podemos pensar, por um lado, na iluminista Estátua da Liberdade, que parece atualizar o mito prometeico do roubo do fogo dos deuses; e, por outro lado, na foice da iconografia marxista, também frequentemente relacionada não apenas à morte, mas, sobretudo, a uma *ruptura* entre o *acima* e o *abaixo*. Não sem razão, Ludwig Feuerbach – talvez o filósofo de maior influência sobre Marx – defendia a ideia de que a crença em Deus *alienava* a humanidade de seu próprio valor, reivindicando a divindade, assim, para o ser humano mesmo.³²

Esfacelado o *cosmion*, os *descarrilamentos* tomam o mundo. Agora, sem um fundamento transcendente que aglutine a *communitas*, a raiz axiológica e teleológica da civilização mesma se perde; em seu lugar, os mais diversos centros, sejam ideológicos ou meramente pessoais, apresentam seus *próprios* valores e seus *próprios* fins. Se na *teofania* todos os anseios humanos se voltam à transcendência, na *egofania* predominam os anseios por autogratificação pessoal ou grupal. Alguns consensos podem manter-se por circunstâncias sociais, políticas ou microrreligiosas fortuitas, mas passa a haver uma constante tendência à dissolução e ao conflito. Da mesma forma, uma certa concordância sobre atos morais e imorais pode sobreviver por tempo menor ou maior, mas haverá uma constante tendência ao mais absoluto relativismo moral – consequência lógica da perda de um centro axiológico e teleológico, bem como da eclosão de uma multiplicidade de anseios egofânicos potencialmente em conflito.

Se não há um *centro*, perde o sentido a ideia de uma *margem*. Atos marginais dentro de um contexto tradicional deixam de sê-lo num contexto predominantemente gnóstico. Se não se concebe uma correspondência entre o mundo transcendente e a ordem imanente, qualquer ordem imanente pode ser relativizada. Lembremos que, no breve histórico dos paradigmas criminológicos que fazíamos nas primeiras linhas, mencionávamos o *paradigma da reação social*, de acordo com o qual não existe um

³¹ VOEGELIN, Eric. *Reflexões Autobiográficas*, op. cit., p. 107.

³² LUBAC, Henri de. *O Drama do Humanismo Ateu*. Trad. Lyege Ornellas Pires Carvalho. Itapevi, SP: Nebli, 2016, pp. 60-61. José Pedro Galvão de Sousa, na *Apresentação* à edição brasileira de *A Nova Ciência da Política*, escrevia: “O marxismo é também imanentista, e aliás Marx, unindo a dialética de Hegel ao materialismo de Feuerbach, transpõe para a Matéria o que Hegel afirmava da Ideia” (GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. *Apresentação*, op. cit., p. 8).

fundamento ontológico do crime, nem há preocupação em analisarem-se as motivações do ato criminoso: tudo, naquele paradigma, se volta ao sistema social, econômico e jurídico, às escolhas políticas, às rotulações levadas a efeitos por aqueles com poder para tanto. É um paradigma apenas possível num mundo já profundamente descarrilado.

Cria-se o cenário, enfim, em que, filosoficamente, já não há razão profunda para a distinção ontológica entre um ato *ordeiro* e um ato *desordeiro*. A tensão inevitável entre “ordem e desordem, verdade e inverdade, sentido e falta de sentido da existência”³³ resolve-se no pendor pelo último termo de cada um desses pares de opostos. A criminalidade pode ser contida por conjunturas externas específicas (economia próspera, igualdade social, forte repressão etc.), mas já há um *cosmion* capaz de preveni-la profundamente. Em verdade, deixa pouco a pouco de haver até mesmo razão filosófica para conceituá-la como tal e para distinguir linguisticamente um “crime” de outro ato qualquer, uma vez que, se se fala em “crime” ou “criminalidade”, tais signos linguísticos passam a justificar-se apenas como criações jurídicas em alguma medida (ou mesmo absolutamente) arbitrárias. “A criminalidade não é ontológica”, como declarou, sucinta e diretamente, Vera Malaguti Batista, importante expoente brasileira da vertente crítica da Criminologia.³⁴

V. Uma ilustração brasileira

Como visto, a cosmovisão gnóstica se baseia em uma ruptura entre as ordens da transcendência (reino dos universais, do eterno e da fixidez) e da imanência (reino do mutável, do entrópico e da fluidez). De um mesmo tronco gnóstico, surgem tanto ideologias segundo as quais a existência imaterial é um mal irremediável (aqui, temos os exemplos de movimentos espirituais tais como o Maniqueísmo e o Catarismo), quanto ideologias segundo as quais a desordem do mundo pode ser redimida por esforços humanos, sobretudo no campo político (é o caso, como visto, de movimentos tão díspares quanto o Liberalismo e o Comunismo, ressaltando Voegelin que o Comunismo pode ser compreendido como o aperfeiçoamento e a “expressão mais radical” da salvação imanente do homem e da sociedade pretendida pelo Liberalismo³⁵). Galvão de Sousa referia-se, como visto, a uma *gnose intelectual* (primeiro caso) e a uma *gnose volitiva* (segundo caso). Em qualquer hipótese, não há uma ordem imanente a ser defendida ou preservada na medida em que partícipe da transcendência. Na cosmovisão gnóstica, a ordem natural é intrinsecamente criticável e relativizável, o que torna o Gnosticismo especialmente próximo ao relativismo moral.

Embora Voegelin mantenha seu foco predominante nas relações entre o Gnosticismo e ideologias desejosas de transformações radicais no mundo, há um outro traço gnóstico bastante relevante que, em uma abordagem criminológica, precisa ser destacado, ainda que apareça apenas lateralmente na obra voegeliniana: trata-se da ambivalência, ou mesmo equivalência, entre o *bem* e o *mal* na teia da existência terrena. De forma decididamente contrária à concepção de Agostinho, de acordo com a qual o *mal* é mera *privação do bem* (doutrina da “*privatio boni*”), nos sistemas gnósticos a existência mundana se

³³ VOEGELIN, Eric. *Equivalences of Experience and Symbolization in History*, op. cit., p. 119.

³⁴ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 14.

³⁵ É o que lemos neste importante trecho: “No mais, não se pode negar a consistência imanente e a honestidade na transição do liberalismo para o comunismo; se o liberalismo é compreendido como a salvação imanente do homem e da sociedade, o comunismo é certamente sua expressão mais radical; é uma evolução já antecipada por John Stuart Mill, em sua fé no advento último do comunismo para a humanidade” (VOEGELIN, Eric. **The New Science of Politics**, op. cit., pp. 230-231).

caracteriza não apenas pela mistura entre bem e mal, mas, mais do que isso, por uma relação de *complementariedade* entre bem e mal, sendo que cada um desses polos não é visto como hierárquica ou qualitativamente superior ao outro.³⁶ Em última análise, dada a equivalência entre tais termos, pouco ou nenhum fundamento filosófico há na eventual predileção por um ou por outro.

Passando à realidade brasileira, é muito interessante, do ponto de vista simbólico, que uma de nossas principais facções criminosas adote, desde sua origem, o *yin-yang* taoísta como um de seus emblemas: a conhecida imagem de duas figuras, comumente identificadas a peixes ou carpas – outro emblema da facção –, uma negra e outra branca, entrelaçadas, como se dançassem. Na visão da facção, o símbolo, evidentemente destacado de seu contexto religioso tradicional, faz referência a “uma maneira de equilibrar o bem e o mal com sabedoria”.³⁷ Novamente, uma colocação que escancara uma cosmovisão relativista – um novíssimo desdobramento de uma antiquíssima ideia que remonta, segundo Voegelin, ao menos à dualidade Ahura-Mazda/Ahriman do Zoroastrismo, e que encontraria no Gnosticismo terreno fértil para prosperar.³⁸

Embora não seja este o local para aprofundamentos sobre o tema das religiões comparadas, é possível deixar assentado que, no contexto taoísta, há uma marcada diferença entre polos *complementares* – como feminino e masculino, passividade e atividade, terra e Céu, quantidade e qualidade, etc. – e polos meramente *opostos*, entre si combatentes – como verdade e inverdade, harmonia e desarmonia, ordem e desordem ou, claro, bem e mal. Quando, porém, a simbólica taoísta é apropriada por uma cosmovisão de fundo gnóstico, as sutilezas hermenêuticas são deixadas de lado, passando-se a defender o postulado relativista da equivalência entre bem e mal. No discurso da facção, não parece haver dúvidas de que, nas entrelinhas, se oculta um anseio por um equilíbrio entre ordem e caos, atos pacíficos e atos criminosos, preservação da vida e atentados contra a vida, etc.

O que se escancara no discurso da facção se faz ver, também, noutros contextos brasileiros, embora de maneiras muito mais sutis. Muito se diz – verdadeiro lugar-comum – sobre a corrupção endêmica brasileira, que se espalha por todo o corpo social, nos mais diversos níveis. E não é só: a experiência concreta demonstra, no povo brasileiro, não apenas grandes doses de receptividade e amabilidade, mas, paradoxalmente, também um forte pendor à “malandragem”, ao ganho fácil, aos pequenos ilícitos que se encaram com complacência e humor – outro lugar-comum retratado em poéticas letras de samba ou charmosas personagens fictícias.

Claro que estamos diante de um espectro vastíssimo que vai de simpáticos personagens literários (pensemos em João Grilo, de *O Auto da Compadecida*, por exemplo) às torturas e aos assassinatos a

³⁶ AGOSTINHO. **Confissões**. Trad. Maria Luiza Jardim Amarante. 14ª ed. São Paulo: Paulus, 1984, p. 130.

³⁷ *FACÇÃO criminosa PCC foi criada em 1993. Folha de S. Paulo*, São Paulo, 14 de mai. 2006. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u121460.shtml>>. Acesso: 13 fev. 2023.

³⁸ VOEGELIN, Eric. **Order and History**: Vol. 1: Israel and Revelation, *op. cit.*, p. 86, onde lemos: “Ahura-Mazda, o deus da sabedoria, era o bom deus da luz, verdade e paz; em sua luta, era oposto pelos poderes maléficos da escuridão, mentira e discórdia, concentrados em Ahriman”. Veja-se que tal cosmovisão, em que dois deuses igualmente poderosos, um bom e um mau, disputam poder, é diretamente contrastante em relação à cosmovisão cristã, em que, como visto, o mal é apenas ausência. Ora: se há deuses igualmente poderosos, um bom e um mau, pressupõe-se logicamente que, acima deles, deve haver um Deus originário, que dá origem à diáde bem-mal. É justamente neste sentido que, por exemplo, o importante psicólogo Carl Gustav Jung, fortemente influenciado por ideias gnósticas, faz referência a *Abraxas*, uma entidade “ainda mais indefinível que Deus e o Diabo”: “Abraxas gera a verdade e a mentira, o Bem e o Mal, a luz e as trevas, na mesma palavra e no mesmo ato. Por isso é Abraxas terrível. É magnífico como o leão no momento em que ataca a vítima. Bonito como um dia de primavera... É o monstro das profundezas, pólipode de mil tentáculos, nó emaranhado de serpentes aladas, frenesi... É o santo e seu traidor. É a mais brilhante luz do dia e a mais negra noite de loucura” (JUNG, Carl Gustav. *Sete Sermões aos Mortos*. In: **Memórias, Sonhos, Reflexões**. Org. Anieli Jaffé. Trad. Dora Ferreira da Silva. 13ª. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, pp. 453-454).

sangue-frio de membros de facções. Contudo, todo esse vasto espectro pode ser encarado como nascente de uma mesma fonte gnóstica – pois é própria ao gnosticismo essa mescla, em maior ou menor medida, entre bem e mal, ordem e desordem etc. Não se trata, percebe-se, de dizer que a existência de doses de bem e de mal no mundo seja por si indicativa de uma visão de mundo gnóstica: bem e mal, afinal, fazem parte da experiência concreta. Uma marca distintiva do gnosticismo como visão de mundo é, sim, o *incentivo concomitante à ordem e à desordem, ao bem e ao mal* – algo profundamente contrastante com a cosmovisão cristã, marcada por uma árdua e constante *luta contra o mal*, que nada é senão uma luta do *ser* contra o *não-ser*, ainda que nem sempre bem-sucedida.

No mais, também encontram muitas ideologias de fundo gnóstico – especialmente Liberalismo e Comunismo, com suas respectivas variáveis e evoluções – terreno fértil para prosperar no Brasil. A adesão formal de muitos a uma miríade de denominações cristãs, embora seja um fato relevante e em alguma medida capaz de manter uma relativa ordem social, parece distante de permitir a constituição de um *cosmion* no sentido voegeliniano. A exemplo do que ocorre no mundo ocidental contemporâneo em seu todo, ausente um verdadeiro e profundo amálgama de ordem transcendente capaz de manter teleológica e moralmente unida a teia social pela constituição de uma *communitas*, os laços de fraternidade e solidariedade serão necessariamente frágeis e conjunturais. Diversos centros egofânicos – tão incontáveis quanto a massa de pessoas com interesses egocentrados ou de ideologias pautadas nos mais diversos valores e fins – dão as cartas numa sociedade marcada por uma fragmentação inevitavelmente criminógena e brutal.³⁹

Mas se, por um lado, a preponderância de uma visão de mundo profundamente relativista e gnóstica é marca de um mundo em dissolução, também o é a resposta mais comum, vinda especialmente de grupos conservadores. Pois estes recorrem, com frequência, a um fortíssimo apelo punitivo com ares ditatoriais, ressoando lemas tão conhecidos quanto odiosos, como o infame “bandido bom é bandido morto”. O descaso com a questão carcerária pode ser encarado também, neste panorama, como consequência de um ímpeto brutal e sem qualquer compaixão diante da criminalidade crescente. São, porém, dois lados da mesma moeda, e também o recurso a um punitivismo bruto e frio é marca de um mundo em dissolução, na medida em que ignorante – destacadamente num contexto cristão – do apelo à misericórdia pulsante desde o centro de sua própria tradição, enfaticamente veiculado em passagens

³⁹ Os números brasileiros são, de fato, preocupantes. No recente ano de 2020, foram levantados dados globais sobre mortes violentas, resultantes de *crimes violentos*. O Brasil, com um índice de 23,7 mortes por 100 mil habitantes, embora mostrasse evolução desde 2017 (ano em que contabilizou o terrível número de 36,9 mortes por 100 mil habitantes), teve ainda um desempenho pior do que a grande maioria dos países africanos e latino-americanos – para não mencionar, é claro, países europeus e norte-americanos. Já em números absolutos, o Brasil segue liderando o *ranking*. Entre os países menos violentos, diversos têm uma população rica e uma desigualdade social pequena: Suíça, Japão, Holanda, Áustria, Dinamarca etc. Evidentemente, a prosperidade material e a igualdade social são fatores que levam à redução da criminalidade. Sob esta perspectiva – verdadeiro lugar-comum que, não obstante, expressa uma verdade facilmente verificável –, é possível concluir que a pobreza e a desigualdade brasileiras favorecem a proliferação de crimes violentos. Neste ponto, as abordagens criminológicas de cunho sociológico – muito relacionadas ao *paradigma da reação social*, especialmente na linha da *crítica* ou da *crítica radical* – têm inegável razão e indiscutível valor. Mas, na mencionada pesquisa, alguns dados chamam a atenção. Verificamos que, em algumas regiões do mundo, países ao menos tão pobres quanto o Brasil apresentam índices *substancialmente menores* de mortes violentas. É o caso, por exemplo, da Tailândia (2,2/100 mil), das Filipinas (6,6/100 mil) e da Índia (3,6/100 mil). O caso indiano merece especial atenção: país de proporções continentais como o Brasil – o que torna a comparação mais precisa –, seu índice de mortes violentas corresponde a apenas cerca de 15% do índice brasileiro, a despeito de ser um país consideravelmente mais miserável do que o nosso. Não parece absurdo aventar a hipótese de que, muito mais do que o Brasil, na Índia e em outros países do sudeste asiático ainda sobrevivem *cosmions* razoavelmente coesos (podemos pensar, por exemplo, no respeito sagrado às *vacas* no espaço público indiano, fato que, pitoresco a nossos olhos, revela uma sociedade em que a simbólica referenciada à transcendência se escancara). Os dados aqui mencionados podem ser consultados pelo *website* da *Small Arms Survey*: <https://www.smallarmssurvey.org/database/global-violent-deaths-gvd>. Acesso: 21 fev. 2023.

evangélicas que, de maneira bastante clara, trazem um constante apelo ao perdão, em lugar do julgamento e da punição.

Voegelin, de fato, recusava-se a ser rotulado de *conservador* ou *reacionário* por ver ali apenas mais duas ideologias ou dois outros ‘ismos’: o conservadorismo e o reacionarismo. Isso significava para Voegelin, fundamentalmente, que a tendência reacionária ou conservadora era esquecer – tanto quanto as ideologias progressistas – a experiência de abertura à transcendência que jazia na origem de qualquer tradição verdadeira. Assim, reacionários e conservadores tendem, em sua visão, a apegar-se a dogmatismos frios, esvaziados do espírito original que se encontrava na nascente da tradição. O conservador, diz Federici, “afirmará a verdade da sabedoria arcaica que foi reificada em dogma ou tradição como solução à desordem... Ensinar e institucionalizar dogmas reificados torna-se o projeto social do conservadorismo”.⁴⁰ No cenário jurídico-penal do Ocidente em geral, e do Brasil em particular, o fechamento reacionário a um dogmatismo frio se faz ver, de fato, em anseios punitivos que, baseando-se em moralismos simplórios, esquecem completamente as mais basilares lições cristãs sobre misericórdia e amor, bem como esquecem que a história do próprio Cristo é, em importante medida, a história de alguém criminalmente perseguido por instituições duras, dogmáticas e brutais.

VI. Um renovado olhar criminológico

Vimos, nas primeiras páginas, três paradigmas criminológicos de enorme importância na história da Criminologia: o da *passagem ao ato*, o da *reação social* e o das *inter-relações sociais*.

É possível, contudo, a partir das ideias de Eric Voegelin, encarar temas criminológicos a partir de uma perspectiva que, a toda evidência, vai além dos três paradigmas históricos – uma perspectiva que, embora *não negue* os paradigmas históricos, revela-se, de fato, como um olhar verdadeiramente *distinto* sobre o complexo tema da criminalidade. Trata-se de uma perspectiva que, por um lado, busca a *ordem*; e, por outro, busca o fundamento de tal no plano suprassensível ou transcendente: não se trata, afinal, de uma ordem que baste a si mesma ou que encontre na pura imanência seus alicerces, mas sim de uma *ordem imanente participativa – ou reflexiva – de uma ordem transcendente*.

Podemos estabelecer que esta perspectiva criminológica de bases voegelinianas caracteriza-se fundamentalmente: **(i)** pela busca de uma ordem estável ou um *cosmion* capaz de amalgamar profundamente a sociedade pela participação na transcendência; **(ii)** pela preservação ou pelo reavivamento da ordem constituída a partir de uma revelação transcendente; **(iii)** pela preservação ou pela realocação do ser humano e da sociedade humana em sua posição no *entremeio* (*metaxy* platônica), isto é, em sua posição *entre* a transcendência e a imanência; **(iv)** pelo postulado de que a criminalidade, em especial se exponencial, é, primordialmente, reflexo da desordem ou da ruptura entre a imanência e a transcendência.

Já concretamente, pensando na sociedade ocidental em geral, e brasileira em particular, trata-se de uma perspectiva: **(i)** cujo centro se encontra sobretudo na revelação e na experiência original da filosofia clássica e da cristandade; **(ii)** que demanda, por consequência, a preservação ou o reavivamento da ordem constituída a partir da revelação e da experiência original clássica e cristã; **(iii)** que visa à constituição de uma sociedade ordenada pela participação em referência à transcendência; e **(iv)** que

⁴⁰ FEDERICI, Michael P. **Eric Voegelin: a restauração da ordem**, *op. cit.*, p. 156.

concebe na ordem por participação o principal fator de prevenção criminal.

Note-se bem que, na esteira do pensamento de Voegelin, não se trata propriamente de defender uma ordem baseada na filosofia clássica e no Cristianismo por serem estes intrinsecamente superiores a outras tradições, fundadas em formas absolutamente diversas de revelação ou contato entre imanência e transcendência.⁴¹ O que Voegelin positivamente faz, contudo, é diagnosticar o fato histórico indubitável de que, no Ocidente em geral – e naturalmente estendemos o raciocínio à realidade brasileira, por razões históricas especialmente fortes –, as raízes tradicionais preponderantes remontam à filosofia clássica e, claro, ainda mais ao Cristianismo: embora seja possível a constituição de um pequeno *cosmion* circunscrito, por exemplo, a algumas tribos cujo centro se fixa em determinada revelação xamânica particular, ou a algum grupo cuja tradição tenha matrizes africanas, as bases tradicionais ocidentais são essencialmente clássicas e, sobretudo, cristãs. Como escreveu o próprio Voegelin, “a sociedade ocidental recebeu sua forma histórica por meio do Cristianismo”.⁴²

Claro que muito há a se desenvolver sobre as possíveis implicações do olhar voegeliniano na Criminologia e em temas afetos ao sistema penal, o que, porém, fugiria aos limites deste artigo, cujas linhas servem de mera apresentação de uma nova perspectiva criminológica possível e, talvez, de convite a desenvolvimentos e aprofundamentos futuros, sobre pontos específicos: nosso objetivo não é outro senão apresentar a possibilidade do aproveitamento da obra de Voegelin para novas reflexões nessas áreas. Algumas concepções voegelinianas, destacadamente aquelas que giram em torno do Gnosticismo e da necessidade da constituição simbólica de um *cosmion* partícipe da transcendência para a construção de verdadeira *ordem*, mostram-se especialmente úteis para uma melhor compreensão do complexo fenômeno criminal.

Para Voegelin, com efeito, não há ordem política verdadeira sem referência à transcendência. É o que lemos nestas esclarecedoras linhas:

A vida das pessoas em comunidade política não pode ser definida como uma realidade profana, em que a preocupação apenas gira em torno de questões legais e da organização do poder. Uma comunidade também é o campo da ordem religiosa, e o conhecimento da realidade política será incompleto em relação a um ponto decisivo, em primeiro lugar, se não leva em consideração as forças religiosas inerentes à sociedade e os símbolos através dos quais tais forças se expressam; ou, em segundo lugar, se inclui as forças religiosas, mas não as reconhece como tais e as interpreta sob categorias não-religiosas. Os seres humanos vivem em comunidade política com a integridade de seu ser, desde os traços físicos até os religiosos e espirituais.⁴³

De forma geral, podemos afirmar que a principal contribuição potencial de Eric Voegelin para a

⁴¹ Ainda que Voegelin admita ter o Cristianismo significado uma “diferenciação decisiva” na história humana. Cf. VOEGELIN, Eric. *Carta a Alfred Schütz*. Apud SANDOZ, Elliz. *Introdução*. In: VOEGELIN, Eric. **Ordem e História**: Vol. 5. Em Busca da Ordem. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2010, p. 28. O trecho de que é frase foi retirada é bastante esclarecedor de importantes aspectos do pensamento voegeliniano: “E agora, respondendo à sua pergunta decisiva: a teoria só é possível no interior da estrutura da cristandade? É óbvio que não. A filosofia grega é pré-cristã; logo, pode-se filosofar perfeitamente bem como um platônico ou um aristotélico. Filosofar me parece ser, essencialmente, interpretar experiências de transcendência; essas experiências, como fato histórico, existiram independentemente da cristandade, e não há dúvida de que também hoje é igualmente possível filosofar ser a cristandade. Mas a resposta básica e inequívoca tem de ser ressalvada num ponto essencial. Há graus de diferenciação das experiências. Eu assumiria como um princípio do filosofar que o filósofo em de incluir em sua interpretação as experiências e de diferenciação ao máximo. [...] Ora, com a cristandade, uma diferenciação decisiva ocorreu”.

⁴² VOEGELIN, Eric. **Order and History**: Vol. 2. The World of the Polis, *op. cit.*, p. 90.

⁴³ VOEGELIN, Eric. **The Political Religions**. In: **The Collected Works of Eric Voegelin**. Vol. 5 (Modernity without Restraint). Columbia and London: University of Missouri Press, 2000, p. 70.

Criminologia está em sua atenção ao fato de que, no mundo concreto, toda ordem verdadeira apenas pode existir dentro de um *cosmion* simbolicamente partícipe e reflexivo da ordem do ser; do contrário, somente poderá haver *desordem* ou *falsas emulações de ordem*, frequentemente rígidas, ditatoriais e, no limite, totalitárias. Não apenas “um pequeno mundo de ordem” e “um escudo contra a desordem e a decadência”,⁴⁴ o *cosmion* se mostra, na perspectiva criminológica, um alicerce central da prevenção criminal.⁴⁵ E, num *cosmion* ordenado, o sistema penal em seu todo também se ordenará: como se lê no terceiro volume de *Order and History*, as leis penais “cuidarão de si mesmas uma vez que as almas dos legisladores estiverem em boa ordem”.⁴⁶

“Para Voegelin”, sintetiza Federici, “a história se faz quando seres humanos concretos, que estão engajados numa comunidade política, participam da luta dramática pela ordem. A resistência existencial à desordem nessa comunidade e o descobrimento correspondente da ordem na alma é a própria essência da existência histórica”.⁴⁷ Em última análise, portanto, Eric Voegelin traz um apelo pela reconstrução de uma estrutura simbólica referenciada à transcendência, possibilitando que a ordem social – e a consequente prevenção criminal – se insira, por participação, na verdade sobre a ordem do ser.

Referências

- AGOSTINHO. **Confissões**. Trad. Maria Luiza Jardim Amarante. 14ª ed. São Paulo: Paulus, 1984.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BRACCO, Bruno Amabile. **Criminologia da Consciência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- CAVANAUGH, William T. *Beyond Secular Parodies*. In: MILLBANK, John; PICKSTOCK, Catherine; WARD, Graham. **Radical Orthodoxy: a new theology**. London and New York: Routledge, 1999.
- COMPARATO, Fabio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- DOUGLASS, Bruce. *A Diminished Gospel: a critique of Voegelin's interpretation of Christianity*. In: MCKNIGHT, Stephen. **Eric Voegelin's Search for Order in History**. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1978.
- ECCEL, Daiane. *Eric Voegelin e o gnosticismo: da estreita relação entre religião, política e os regimes totalitários*. In: **Numen: revista de estudos e pesquisa da religião**, Juiz de Fora, v. 18, n. 2.
- ELIOT, T. S. **Notas para uma definição de cultura**. Trad. Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- ESPOSITO, Roberto. **Communitas: origem e destino da comunidade**. Belo Horizonte: UFMG, 2022.
- FACÇÃO criminosa PCC foi criada em 1993. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 14 de mai. 2006. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u121460.shtml>>. Acesso: 13 fev. 2023.
- FEDERICI, Michael P. **Eric Voegelin: a restauração da ordem**. Trad. Elpídio M. Dantas Fonseca. São Paulo: É Realizações, 2011.
- GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. *Apresentação*. In: VOEGELIN, Eric. **A Nova Ciência da Política**. 2ª ed. Trad. José Viegas Filho. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 8.
- HENRIQUES, Mendo Castro. *Eric Voegelin's History of political ideas. The bones of contention of the political animal*. In: **RUDN Journal of Philosophy**. Vol. 24, n. 01, 2020 (pp. 99-112).
- JONAS, Hans. **The Gnostic Religion**. Boston: Bacon Press, 1958.
- JUNG, Carl Gustav. “Sete Sermões aos Mortos”. In: **Memórias, Sonhos, Reflexões**. Org. Aniela Jaffé. Trad. Dora Ferreira da Silva. 13ª. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

⁴⁴ VOEGELIN, Eric. **Order and History**: Vol. 1: Israel and Revelation, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁵ Os números anteriormente apresentados sobre crimes violentos praticados em países como a Índia e o Brasil são bastante elucidativos a esse respeito.

⁴⁶ VOEGELIN, Eric. **Order and History**: Vol. 3. Plato and Aristotle. Colombia, Mo.: University of Missouri Press, 2000, p. 141.

⁴⁷ FEDERICI, Michael P. **Eric Voegelin: a restauração da ordem**, *op. cit.*, p. 108.

- LUBAC, Henri de. **O Drama do Humanismo Ateu**. Trad. Lyege Ornellas Pires Carvalho. Itapevi: Nebli, 2016, pp. 60-61.
- PIRES, Alvaro. *La criminologie et ses objets paradoxaux : réflexions épistémologiques sur un nouveau paradigme*. In: **Revue Déviance et Société**, 17(2), 1993.
- REALE, Giovanni. **Para uma nova interpretação de Platão**. Trad. Marcelo Perine. 2ª Ed. São Paulo: Loyola, 2004.
- SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- VOEGELIN, Eric. *Equivalences of Experience and Symbolization in History*. In: **The Collected Works of Eric Voegelin**. Vol. 12 (Published Essays, 1966-1985). Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1990.
- _____. **History of Political Ideas**: Vol. 2. The Middle Ages to Aquinas. Columbia: University of Missouri Press, 1998.
- _____. **Order and History**: Vol. 1: Israel and Revelation. Colombia, Mo.: University of Missouri Press, 2001.
- _____. **Order and History**: Vol. 2: The World of the Polis. Colombia, Mo.: University of Missouri Press, 2000.
- _____. **Order and History**: Vol. 3: Plato and Aristotle. Colombia, Mo.: University of Missouri Press, 2000.
- _____. **Ordem e História**: Vol. 5. Em Busca da Ordem. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2010.
- _____. **Science, Politics, and Gnosticism**. In: **The Collected Works of Eric Voegelin**. Vol. 5 (Modernity without Restraint). Columbia and London: University of Missouri Press, 2000.
- _____. **The New Science of Politics**. In: **The Collected Works of Eric Voegelin**. Vol. 5 (Modernity without Restraint). Columbia and London: University of Missouri Press, 2000.
- _____. **The Political Religions**. In: **The Collected Works of Eric Voegelin**. Vol. 5 (Modernity without Restraint). Columbia and London: University of Missouri Press, 2000.
- _____. **Reflexões Autobiográficas**. Trad. Maria Inês de Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2007.

O Pensamento Criminológico no ensino do Direito Criminal em Curitiba (1915-1930)

The criminological thinking in the teaching of Criminal Law in Curitiba (1915-1930)

Rebeca Fernandes Dias

Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2004). Com experiência na área de Teoria do Direito, História do Direito e Filosofia do Direito. Mestre pela Universidade Federal do Paraná (2007), na área de concentração Relações Sociais e linha de pesquisa "Novas tendências da Dogmática Crítica". Doutora em Direito pela UFPR e pela Università di Studi di Firenze (2015). Professora de História do Direito, História da Criminologia e de Filosofia de Direito na Faculdade de Direito Dom Bosco de Curitiba. Integrante dos núcleos de pesquisa da Universidade Federal do Paraná: Direito, Sociedade e Biotecnologia, coordenado pelo Professor Doutor José Antônio Peres Gediel; Direito e Subjetividade e História do Direito, coordenados pelo Professor Doutor Ricardo Marcelo Fonseca. Integrante do Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos do Setor de Ciências da Saúde (2014-2016) da Universidade Federal do Paraná.

Abstract: This article analyzes the positivist criminological thinking reception in the context of Criminal Law teaching, in Curitiba during the First Republic period. The choice of temporal lapse was due to the fact that it will be precisely in this period, from 1889-1930, that criminological positivism is absorbed in the country and tends to appear in an increasingly significant way in the discipline programs of the time, of the main Law colleges. The sources studied were the Criminal Law discipline programs of the two professors during the time identified, Antonio Martins Franco and Ulisses Falcão Vieira (1915-1928), as well as their published and localized texts related to the subject (Criminal Law and Criminology). Considering Curitiba as a politically and culturally peripheral region at the time, it was possible to identify how the circulation of legal culture occurred. With regard to criminological thought, it is concluded that the professors from Curitiba tended to reproduce what was hegemonic in the main cultural and political centers, such as Recife, São Paulo and Rio de Janeiro, that is, absorbed the criminological positivism and adhered to many of the main postulates of the New School of Criminal Law.

Keywords: Criminological Thinking; Positive School; Criminal Legal Culture

Resumo: O presente artigo analisa como se deu a recepção do pensamento criminológico positivista, no âmbito do ensino do Direito Criminal em Curitiba, durante o período da Primeira República. A escolha do lapso temporal deveu-se ao fato de que será exatamente neste período, de 1889-1930, que o positivismo criminológico é absorvido no país e tende a aparecer de maneira cada vez mais significativa nos programas de disciplina da época, das principais faculdades de Direito. As fontes estudadas foram os programas de disciplina de Direito Criminal dos dois professores do período identificados, Antonio Martins Franco e Ulisses Falcão Vieira (1915-1928), bem como seus textos publicados e localizados, relacionados ao tema (Direito Criminal e Criminologia). Considerando Curitiba como uma região periférica política e culturalmente à

época, foi possível identificar de que forma ocorria a circulação da cultura jurídica. No que diz respeito ao pensamento criminológico, conclui-se que os lentes de Curitiba tenderam a reproduzir aquilo que era hegemônico nos principais centros culturais e político, como Recife, São Paulo e Rio de Janeiro ou seja, absorveram o positivismo criminológico e aderiram a muitos dos principais postulados da Nova Escola de Direito Penal.

Palavras-chave: Pensamento Criminológico; Escola Positiva; Cultura Jurídica Criminal

I. Introdução

Na Europa, a emergência da criminologia positivista vinculou-se a um contexto epistemológico particular. Correntes como positivismo, evolucionismo, darwinismo e ainda monismo, discurso racial, organicismo definiram muito a especificidade da Criminologia, que desponta no cenário italiano como Antropologia Criminal, a partir de Cesare Lombroso e se desenvolve, repercutindo no âmbito da ciência criminal, com juristas como Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, formando a, chamada por Ferri, Nova Escola do Direito Penal ou Escola Positiva (em face da intitulada, também por ele, Escola Clássica, a qual teria de desenvolvido a partir de Cesare Beccaria até Francesco Carrara).

Na Itália, o momento para se desenvolver uma ciência criminal nestes novos moldes epistemológicos e inspirado pela criminologia positivista foi bastante profícuo, pois em decorrência do processo de unificação do Estado italiano, discutia-se a elaboração de um Código Criminal para o país e as discussões envolveram as propostas de um direito criminal nos moldes criminológicos.

No Brasil é na passagem do Império para a República, ou seja, na década de oitenta do século XIX que chegam as novidades da Antropologia Criminal (como chamava Lombroso), da Sociologia Criminal (termo cunhado por Ferri) e da Criminologia de Garofalo. O foco no criminoso (e não no crime), a responsabilidade social (e não moral), a temibilidade (e não a imputabilidade), as medidas de segurança (e não a pena), a defesa da sociedade como fundamento da punição, todos os postulados centrais da Nova Escola Penal, formulados a partir do positivismo criminológico, seriam então gradativamente absorvidos pela cultura jurídica republicana.

A permeabilidade para a recepção do pensamento criminológico, no Brasil, forja-se, sobretudo, a partir da década de 70 do século XIX (1870), com “o bando de ideias novas” que sacudia o ambiente cultural do Brasil naquele momento: positivismo de Comte, evolucionismo de Spencer, darwinismo, monismo, discurso racial, organicismo. Como se pode ver, todas as correntes que constituíram a base da formação e deram o “tom” do discurso criminológico positivista também na Itália, como se já pontuou.

Ainda, uma das razões para uma maior abertura às ideias da criminologia positivista no pensamento jurídico brasileiro foi a mudança da legislação penal, que ocorreu em função da transição do regime político – a República precisava constituir sua própria forma de governo, estabelecer sua relação com a sociedade, rearticular seus dispositivos de controle e, dessa forma, redefinir suas leis e, com especial atenção, as normas que circunscreviam a criminalidade. Não à toa, o Código Penal (1890) é promulgado antes mesmo da Constituição (1891), e a pressa com que foi elaborado será uma das justificativas mais frequentes para as suas deficiências.

Na verdade, essa mudança de legislação e os problemas do Código Penal republicano são as principais chaves de abertura para a recepção do positivismo penal no Brasil. Seu primeiro fiel seguidor, João Vieira de Araújo, professor de direito criminal da Faculdade de Direito de Recife, elabora projetos de substituição da lei penal republicana, com elementos das novas ideias e, a partir de então, essas passam a circular na cultura jurídica da época. Essa circulação tende a se intensificar cada vez mais na primeira década do século XX, tendo em vista a elaboração de obras divulgadoras, bem como a presença, quase generalizada, dos postulados do positivismo criminológico nos programas das disciplinas das faculdades de direito na época. Assim, com a mudança política, há uma rearticulação na cultura jurídica penal neste período.

Outro processo importante que ocorre na transição do regime político e que tem efeitos diretos no âmbito da cultura jurídica foi a reforma do ensino iniciada por Benjamin Constant, que permitiu a descentralização da produção intelectual jurídica a partir de 1891. Além da inevitável maior circulação (que se deu inclusive porque passou a se exigir que essas faculdades produzissem revistas acadêmicas), ocorrem mudanças no quadro das disciplinas, com a exclusão do Direito Eclesiástico, como efeito da separação entre Igreja e Estado, a criação das cadeiras de Filosofia e História do Direito, bem como de uma cadeira de Direito Penal Militar e Regime Penitenciário, além da de Direito Criminal.

Como salienta Ricardo Marcelo Fonseca¹, essa reforma no ensino propiciou a mudança no perfil do jurista brasileiro, que de um caráter eloquente passou a assumir uma feição científica, substituindo a retórica e o palavreado pelos argumentos da “Ciência”.

A República condensa o desenvolvimento do conhecimento no século XIX e corresponde a um momento de maior circulação de ideias, como afirma José Murilo de Carvalho². “Porre ideológico” ou “maxixe do republicano doido” traduzem a mistura das ideias no período: liberalismo conservador de Spencer (Alberto Sales), federalismo norte-americano, radicalismo nos moldes rousseauianos (Silva Jardim), combinado com o positivismo de Comte (Ditadura Republicana), socialismo, anarquismo.

Assim, tendo em vista a permeabilidade cultural, a mudança de regime político e de legislação e a maior circulação de ideias, em função das reformas no ensino, a Primeira República tornou-se o cenário ideal para a recepção do pensamento criminológico e dos postulados da Nova Escola de Direito Penal.

A Faculdade de Direito de Curitiba foi fruto da continuidade das reformas no ensino ocorridas no final do século XIX, em virtude do fluxo das ideias científicas e ligado a este a necessidade de liberdade do ensino.

Com a reforma do Ensino Livre e as diversas reformas que dela resultaram, destaca-se, como bem pontua Paulo Drummond³, a que determinou a independência entre a União e os estabelecimentos de ensino, que passam a se organizar livremente, tanto do ponto de vista didático quanto administrativo. Tratava-se da Reforma Rivadávia Correa, então Ministro da Justiça, que se viabilizou por meio do Decreto n. 8.659, de abril de 1911, o qual aprovou a Lei Orgânica do Ensino Superior e do Fundamental da República, constituindo-se o Conselho Superior de Ensino, responsável pela transição entre o regime

¹ FONSECA, R. M. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. **Quaderni Fiorentini**, v. XXXV, 2006.

² CARVALHO, J. M. **Os bestializados**: O Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

³ DRUMMOND, P. H. D. **Ciência e Ensino na Cultura Jurídica paranaense**: direito penal e filosofia do direito no curso de ciências jurídicas e sociais da Universidade do Paraná (1913-1953). 286 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

oficial e o processo de independência dos estabelecimentos de ensino, criando ainda a livre-docência.

A partir dessa reforma, um grupo de pessoas públicas do Paraná toma a iniciativa de formar no Estado a primeira Universidade, da qual faria parte o curso de “Sciencias Juridicas e Sociaes”. Mas em 1915, uma nova lei (n. 11.530), denominada Lei Maximiliano, cria alguns impasses e exigências para o funcionamento das Universidades criadas no país (não apenas no Paraná, mas em São Paulo e Minas Gerais), como, por exemplo, a necessidade de a cidade cede da Universidade ter mais de 100 mil habitantes. A Universidade é dissolvida, mas continuam funcionando os cursos de Engenharia, Medicina e Direito⁴.

Na Faculdade de Direito de Curitiba, a primeira cadeira de Direito Criminal foi instalada em 1915. O primeiro responsável pela elaboração dos programas e do ensino das duas partes que compunham a disciplina (Direito Criminal geral e especial e Direito Militar e Sistema Penitenciário) foi Antonio Martins Franco, jurista formado pela academia de São Paulo em 1909. Analisaremos seus programas de disciplina e, sobretudo, por meio de uma análise indiciária (em função da escassez de material disponível) apontaremos algumas possíveis conclusões sobre a recepção, neste jurista, do pensamento criminológico e dos postulados da Nova Escola de Direito Penal.

Poucos anos depois, também como professor de Direito Criminal, aparece a figura de Ulisses Falcão. Formado no Rio de Janeiro, este jurista vai reproduzir em suas preleções muito do que aprendera na Faculdade da capital do país e nele, então, é possível perceber e afirmar de fato uma adesão significativa aos postulados da Escola Positiva.

Analisar os criminalistas de Curitiba não apresenta apenas a finalidade de conhecer como aqui circularam as ideias e postulados do pensamento criminológico, da Nova Escola de Direito Penal e de que modo afetaram a cultura jurídica criminal local, identificada esta, nesta pesquisa, com os juristas criminalistas e lentes da Faculdade de Direito, mas também na medida em que era uma região periférica, pode nos indicar como de fato as ideias circulavam dos centros mais tradicionais e políticos, para a “periferia” do país, ou seja, uma espécie de parâmetro de quanto um local de certa forma periférico reproduziu ou não o discurso emitido nos principais focos de produção do saber e da cultura jurídica brasileira.

2. Antonio Martins Franco

Antonio Martins Franco foi Promotor Público e Inspetor Escolar de Imbituva (1910-1911), Palmeira (1911-1912), Curitiba (1916); Inspetor Judiciário de Curitiba; Oficial de Gabinete do Presidente do Estado; Juiz de Direito de São João do Triunfo, mediante concurso (1907), de Palmeira, São Mateus do Sul, Rio Negro e Lapa (1924), Curitiba (1924-1926); Desembargador (1926) do Superior Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, havendo sido presidente desta Corte e do Tribunal Regional Eleitoral; Procurador Geral do Estado⁵.

⁴ SIQUEIRA, M. T. A. D. **Universidade Paraná: 100 anos**; (pesquisa histórica Ângela Lúcia Ganz, Ana Maria Ganz; iconografia Ulf Baranow; fotografia digital Luciano Silva, Maxwell Schnier e Grupo de Pesquisa Imago/UFPR: grupo de apoio Adriane M. Cortes... et al). Curitiba: Editora UFPR, 2012.

⁵ DRUMMOND, P. H. D. **Ciência e Ensino na Cultura Jurídica paranaense**: direito penal e filosofia do direito no curso de ciências jurídicas e sociais da Universidade do Paraná (1913-1953). 286 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

Da análise de seu programa resta bastante evidente a forte presença do discurso criminológico. O autor subdivide seu programa em três: Parte Geral, Sociologia Criminal e Criminologia. Na primeira, o autor analisa questões da parte geral como conceito de crime, dolo e culpa, tentativa, eficácia da lei penal no tempo, pena e sua graduação. Na segunda, intitulada Sociologia Criminal, apresenta o embate entre as escolas (Clássica e Positiva) e as questões centrais de discussão e oposição entre elas: a ideia de crime, a responsabilidade (livre-arbítrio e determinismo) e a individualização da pena. Na terceira parte, intitulada Criminologia, trabalha com algumas classificações de criminosos: natos, eventuais, passionais, habituais; loucos e epiléticos; políticos e sociais; critério patológico e psicológico.

Este autor, todavia, não tem qualquer publicação sobre o tema que nos permita analisar e mensurar o grau de sua adesão à Escola Positiva. Mas pela centralidade que o tema adquire em seu programa, podemos inferir que, no mínimo, tratava-se de um grande simpatizante.

Como bem pontuado por Paulo Drummond⁶, o positivismo criminológico circulava em Curitiba, mesmo antes da fundação da faculdade. Em um texto publicado pela *Gazeta dos Tribunais*, o advogado José Alencar Piedade defendendo o estabelecimento de um instituto de advogados no Paraná, proclamava abraçar com ardor e entusiasmo a Nova Escola Penal.

Antonio Martins Franco formou-se na academia de São Paulo e este detalhe não é irrelevante. Na verdade, São Paulo demora um pouco mais que Recife para aderir e absorver de maneira mais significativa o pensamento criminológico. Em São Paulo, Pedro Lessa, professor de Filosofia de Direito, é quem prepara o terreno para que as novas ideias da Escola Positiva pudessem ser semeadas. Esse jurista trouxe o evolucionismo de Spencer em face do comtismo em São Paulo. Cabe mencionar que o evolucionismo e o monismo tiveram sua porta de entrada, sobretudo, por Recife (Escola do Recife), mas Lessa foi importante, juntamente com Paulo Egídio e João Monteiro, no processo de recepção, em São Paulo, não só de Spencer, mas também de autores como Haeckel, Littré e Ardigó.⁷ A recepção desses autores e suas doutrinas podem ser vistas como facilitadoras para a absorção das ideias da Nova Escola Penal, uma vez que muito de suas bases estão absolutamente a elas vinculadas. Pode-se dizer que a recepção destas teorias (evolucionismo, monismo, darwinismo) prepararam o “terreno” para a permeabilidade das concepções da Escola Penal Positiva – talvez mesmo por essa razão as novas tendências penais criminológicas tiveram adeptos primeiramente em Recife, com João Vieira de Araújo e Viveiros de Castro (que depois se transfere para o Rio de Janeiro) e não em São Paulo, onde se percebe uma recepção um pouco mais tardia.

Embora apontado como crítico à Antropologia Criminal por Lilia Schwarcz⁸, Pedro Lessa não deixa de fazer elogios à Sociologia Criminal de Ferri. O autor é bem explícito quando em artigo publicado na Revista Acadêmica de São Paulo faz críticas diretas à Escola Antropológica, que teria generalizado ideias, mergulhado em profundas contradições e partido de uma ideia sem base verdadeiramente científica, que é o criminoso nato. Mas, nesse mesmo texto, elogia a Escola Sociológica (ligada a Ferri), na medida em que valoriza, sobretudo, os elementos preventivos contra o crime (higiene das habitações, educação física e moral da infância, união profissional...) e o grau de intensidade do móvel antissocial e as condições do meio que o impelem⁹. Todavia, para Lessa, o conceito de crime da

⁶ DRUMMOND, P. H. D. *Idem*.

⁷ REALE, M. *Filosofia em São Paulo*. São Paulo: Conselho Estadual de Cultura. Comissão de Literatura, 1959.

⁸ SCHWARCZ, L. M. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

⁹ LESSA, P. O direito no século XIX. *Revista Acadêmica da Faculdade de São Paulo*, v. 8, p. 178-179, 1900.

Escola Sociológica é inaceitável, além de que, para ele, algumas de suas ideias já tinham sido preconizadas e aplicadas pela Escola Clássica.

Pedro Lessa interessou-se pela recepção do pensamento criminológico e as consequências que este teria para questões centrais do Direito Criminal, sobretudo no que se refere à responsabilidade. Inclusive em alguns de seus programas de disciplina (1893-1896) noções de psicologia, como assim intitulava, como a razão, a sensibilidade e a vontade, e, por sua vez, nesta a questão do livre-arbítrio e do determinismo, faziam parte dos tópicos trabalhados. Ainda que não possamos defini-lo como um adepto e seguidor da Escola Positiva, a partir da análise de *O determinismo psychico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaes*, pode-se afirmar que as ideias do positivismo penal que circulavam naquele momento histórico pululam em seu texto. Faz uso do termo seleção artificial (quando afirma a necessidade de eliminar os delinquentes defeituosos e anormais), também frequente em Garofalo, traduzindo uma espécie de darwinismo social; adere à teoria cujo fundamento da pena é a defesa social; utiliza de analogias como a medicina do indivíduo e a cura social; admite a existência de indivíduos incorrigíveis; confere razão a Ferri em se considerar temerário fundar a reponsabilidade no livre-arbítrio¹⁰.

No ensino propriamente do Direito Criminal, a figura de Severino Prestes merece destaque. É ele que em seus programas de disciplina e em suas aulas apresenta uma significativa dose de positivismo criminológico e das novas ideias da Escola Positiva.¹¹ De qualquer forma, alguma resistência ainda no início da República se fará em São Paulo, como de Manoel Escorel e depois de José de Aranha. Todavia, com Candido Motta esta resistência parece perder terreno, pois este jurista consolidará efetivamente a adesão da academia paulista aos postulados positivos. A filiação de Motta à Escola Positiva evidencia-se em suas preleções. O programa de sua disciplina, dentre todos os programas elaborados pelos professores da disciplina de Direito Criminal, entre os anos de 1889 e 1930, é o que mais apresenta as ideias da Escola Positiva. Mais da metade de seu curso discorre sobre os fundamentos desta escola e em várias ocasiões coloca-se a favor destas “novas” ideias, percebendo-as como o resultado de uma evolução na ciência penal (uma vez que, como afirma o autor, tudo está sujeito às leis da evolução).¹²

Antonio Martins Franco reflete, então, uma tendência da época, qual seja, a de, a partir da primeira década do século XX, tender a reproduzir de maneira mais sistemática e aprofundada as novas ideias da Escola Positiva de Direito Penal: em São Paulo, com Candido Motta, como pontuado, grande entusiasta que assume a cadeira de direito criminal a partir de 1909 (embora já apareça no programa de 1898, na parte de Sistema Penitenciário, em que já demonstra uma forte tendência à Escola Positiva), na Bahia com Moniz Sodré, no Rio com Esmeraldino Bandeira e em Recife com Phaelante da Camara, Gervasio Ferreira e Octavio Tavares.

Paulo Drummond, em análise das obras que mais eram retiradas na biblioteca da Faculdade de Direito paranaense para consulta, identifica justamente *As Três escolas penais* de Moniz Sodré, fervoroso e convicto defensor da Nova Escola Penal.

Drummond identifica que esta obra mais do que pretender expor a “melhor doutrina”, buscava

¹⁰ LESSA, P. *O determinismo psychico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaes*. São Paulo: Typ. Duprat & C., 1905.

¹¹ PRESTES, S. *Lições de Direito Criminal*: colleccionadas e redigidas por Francisco de Castro Junior. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Laemmert & C. – Editores, 1897.

¹² MOTTA, C. *Direito Penal*. São Paulo: texto datilografado, 1927.

um “pleno estabelecimento do embate” entre as escolas.¹³ Nesse ponto não concordamos. De fato, esse embate entre escolas é um lugar comum na cultura jurídica penal brasileira, o que já demonstra uma absorção significativa do positivismo penal, pois esta foi mesmo uma nomenclatura criada por Ferri, e sem dúvida é a proposta do livro este estudo comparativo, como inclusive apontado no próprio título. Mas da análise mais detida da obra, pudemos constatar que reiteradamente Moniz Sodré coloca a verdade ao lado da escola antropológica e não de maneira discreta e com a parcimônia de quem mais pretende apresentar um embate, mas com o entusiasmo de quem assume um partido e um lado da “verdade”.

Nessa mesma obra, Sodré é categórico em afirmar que a Escola Clássica dava seus últimos suspiros e, embora ainda permanecesse nos Códigos e nos espíritos conservadores e misoneístas, inimigos da evolução, já estava superada na doutrina, pois entre os criminalistas sábios a Escola Antropológica tendia a tornar-se unânime e conquistaria “definitivamente a palma da vitória nesta luta contínua de todos os dias em prol da verdade”¹⁴.

Além da obra do jurista baiano, também eram objeto de reiteradas consultas o texto elaborado por Paulo Domingues Vianna¹⁵, que compilou as preleções de Direito Criminal do professor do Rio de Janeiro, Lima Drummond e sua obra *Estudos de Direito Criminal*.¹⁶ Este jurista não era exatamente um entusiasta das ideias do positivismo criminológico, tendendo a apontar constantemente seus exageros e alguns equívocos, como o determinismo, segundo seu ponto de vista. Todavia, a exposição dos argumentos centrais da Nova Escola está presente de maneira significativa em suas lições, o que de toda forma contribuía para a divulgação e difusão do pensamento criminológico. Na sua obra *Estudos de Direito Criminal*, inclusive, o autor tende a expor de maneira mais enfática alguns dos postulados da Escola Positiva, colocando-se em alguns aspectos em concordância com estes. Na verdade, Lima Drummond buscava em muitos destes identificar pontos de encontro e não divergência entre as duas escolas.

Assim, a partir das fontes levantadas, pode-se afirmar que, mesmo na hipótese de Antonio Martins Franco não ser um fervoroso defensor do positivismo criminológico e da Nova Escola Penal (o que não se pode constatar, pela escassez de textos seus publicados sobre o assunto), é inegável a presença de seus principais postulados nos programas de disciplina trabalhados pelo professor e que, portanto, as ideias da Escola Positiva circulavam de forma significativa no âmbito da cultura jurídica da época.

3. Ulisses Falcão Vieira

Em 1918 ingressa no quadro da disciplina de Direito Criminal o advogado Ulisses Falcão Vieira. Foi Presidente do Clube Curitibano (1928); um dos fundadores da Academia Paranaense de Letras (1936); integrante do Partido Republicano Conservador; Promotor em Rio Negro (1912); Delegado de

¹³ DRUMMOND, P. H. D. **Ciência e Ensino na Cultura Jurídica paranaense**: direito penal e filosofia do direito no curso de ciências jurídicas e sociais da Universidade do Paraná (1913-1953). 286 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011, p. 158.

¹⁴ SODRÉ, M. **As três escolas penais**: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo). 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 342.

¹⁵ VIANNA, P. D. **Direito Criminal**: segundo as preleções professadas pelo Dr. Lima Drummond na Faculdade livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro. 2 ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia, 1915.

¹⁶ DRUMMOND, J. C. L. **Estudos de Direito Criminal**. Rio de Janeiro: Maemert & C. Editores, 1898.

Polícia em Curitiba (1912); Deputado Congresso Estadual (1913); Chefe de Polícia do governo provisório (1930); Membro do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil (1934). Participou da Comissão que elaborou o anteprojeto da Constituição do Paraná; eleito primeiro suplente da bancada do Partido Social Democrático (1934); teve o mandato de deputado cassado durante o Estado Novo (1937).¹⁷

A partir da análise deste jurista, qualquer dúvida quanto a uma adesão mais significativa aos postulados do positivismo criminológico em Curitiba resta eliminada. Formado no Rio de Janeiro em 1911, as influências de Viveiros de Castro e Esmeraldino Bandeira parecem se desnudar no autor.

Viveiros de Castro foi sem dúvida um dos juristas brasileiros mais importantes para a divulgação da criminologia positivista e da Nova Escola de Direito Penal no país. Em 1894 este autor publica *A Nova Escola Penal*, obra em que pretendeu divulgar as novas ideias do direito penal.¹⁸ Viveiros de Castro confere a Lombroso a glória de ter sistematizado os “esboços” esparsos da Antropologia Criminal (Quetelet, Broca e Gall) e de ter efetivamente criado uma nova ciência e descoberto o criminoso nato. E a Garofalo, por sua vez, confere a honra de ter estabelecido as (novas) bases da ciência penal – a defesa social como fundamento do direito de punir e a temibilidade como critério da punição¹⁹.

Esmeraldino Bandeira era também sem dúvida um fiel e convicto seguidor da Escola Positiva e apresentava inclusive maior maturidade e consistência que Viveiros de Castro. Da análise dos seus programas de disciplina, pode-se constatar que ele foi um dos professores de Direito Criminal que mais minuciosamente trabalhava com os principais temas do positivismo criminológico, tanto na disciplina de Direito Criminal, quanto na de Direito Penal Militar e Regime Penitenciário. Do programa de Direito Criminal, a parte geral, em que estes temas são desenvolvidos, conta com vinte e três páginas, enquanto a parte especial apenas duas. Além de seus programas, seus textos também apresentam um profundo conhecimento do positivismo criminológico e neles o autor reitera sua filiação confessa²⁰.

Ulisses Falcão reflete isso em seu próprio programa de disciplina, carregado pelas questões do positivismo criminológico e também bastante detalhado. Por sua riqueza de detalhes, vale à pena elencar aqui seus principais tópicos: analisa o livre-arbítrio e o determinismo (as contradições entre livre-arbítrio e as leis da causalidade e as espécies de determinismo); apresenta os dois grandes “Cesares” do direito penal italiano: Cesare Beccaria e Cesare Lombroso, suas ideias e influências, pontuando inclusive “os pecados de origem” da obra do psiquiatra italiano, seus precursores e antecedentes históricos, as escolas antropológica italiana e sociológica francesa, a teoria de Tarde e as divergências entre as três escolas e as diferentes teorias sobre o direito de punir. Analisa o crime como fenômeno natural e social e o criminoso, que recebe um lugar de destaque em seu programa – analisa o tipo antropológico do criminoso e a validade científica e prática das investigações de Lombroso; a classificação de criminosos de Ferri; discorre sobre o criminoso nato e suas características; as críticas de Tarde e o tipo penitenciário; analisa os Códigos do Império e da República; a propaganda do positivismo criminal e a influência das Escolas Penais na codificação brasileira; em suas análises sobre o direito penal positivo, analisa os fundamentos da imputabilidade criminal e as responsabilidades moral e social; comenta sobre as medidas de prevenção e segurança em relação aos loucos – os manicômios penais; aponta as diferentes

¹⁷ DRUMMOND, P. H. D. *Ciência e Ensino na Cultura Jurídica paranaense*: direito penal e filosofia do direito no curso de ciências jurídicas e sociais da Universidade do Paraná (1913-1953). 286 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

¹⁸ CASTRO, V. *A Nova Escola Penal*. Rio de Janeiro: Domingos de Magalhães, 1894.

¹⁹ CASTRO, V. *Questões de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1900.

²⁰ BANDEIRA, E. *Estudos de Política Criminal*. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912.

teorias sobre a reincidência; discorre sobre a pena de acordo com o critério das três escolas penais, sobre os substitutivos penais e o critério da temibilidade; comenta sobre os criminosos políticos e a natureza especial dos crimes políticos e ainda analisa as classes perigosas da sociedade (vagabundos, mendigos, capoeiras).

Em sua *Lição inaugural do anno lectivo iniciado em 2 de abril de 1928*, o entusiasmo do autor em relação à Escola Positiva é evidente. Apresenta a Escola Clássica, de sua criação com Beccaria à sua maturação com Carrara, indicando seu foco no delito como fenômeno jurídico abstrato e a contenção da criminalidade exclusivamente pela pena, graduada conforme a gravidade do delito, medida pelo alarma social por ele produzido; o surgimento da Escola Positiva, a partir do “sábio” Cesare Lombroso e aperfeiçoada por seus seguidores, que busca responder à incessante pergunta: porque em toda sociedade há homens que cometem crimes? Os clássicos, sem grande interesse, segundo o autor, respondem a essa questão pelo critério da vontade – depende da vontade seguir o vício ou a virtude. Para Ulisses Falcão, “Essa resposta nada explica. Antes de tudo, não é verdade que seja delinquente quem quer.”²¹

Seguindo a Escola Positiva, o jurista de Curitiba entende que o criminoso é um homem anormal, dotado de caracteres biopsíquicos diferenciados, congênitos ou adquiridos, e essa anormalidade o predispõe para o crime – assim como o louco não o é porque quer, o criminoso não escolhe o crime. Tanto a hereditariedade quanto os fatores sociais influem na criminalidade, mas a primeira é mais determinante, para o autor. Assim, defende:

As condições anormais do organismo humano por efeito da hereditariedade, podem muitas vezes deixar que o individuo passe a vida inteira incólume, isto é, sem de modo algum infringir as regras sociaes, mas este facto, longe de desmentir o principio de que as anormalidades constituem um índice da delinquência ou de outra qualquer degenerescencia, confirma integralmente o postulado da Nova Escola.²²

Como indivíduo anormal, à parte e temível, a sociedade contra ele deve se precaver em defesa da própria coletividade.

O jurista identifica que, embora muitas das propostas da Nova Escola pretendam reformar a sociedade, não se trata de revolucioná-la ou atacá-la em seus fundamentos, como pretendem os anarquistas e socialistas (os quais não são vistos com bons olhos pelo autor)²³ – essas reformas, viabilizadas pelos substitutivos penais, buscam exatamente **normalizar** a sociedade, combatendo a criminalidade em suas origens.

Otimista, entende que “Felizmente a corrente das novas ideias, já vae tendo apoio dos espíritos esclarecidos, nos horizontes dos nossos planos legislativos”²⁴. Ulisses Falcão referia-se ao anteprojeto do Código Penal, elaborado por Virgílio de Sá Pereira, de 1928, o qual já mostrava uma dose de positivismo criminológico muito mais significativa que os projetos de João Vieira de Araújo.

Para o jurista paranaense esse projeto trazia de maneira considerável os avanços e ensinamentos

²¹ VIEIRA, U. F. O criminoso e a repressão penal. *Paraná Judiciário*, v. IX, n. V, 1929, p. 353.

²² VIEIRA, U. F. *Ibidem*.

²³ Referindo-se ao anarquismo e socialismo, assim se expressa: “Não acreditamos no arrojo, nem nas virtudes dessas conclusões, maximé depois que os principios de acção individual e directa dominaram a Russia, aniquilando o direito de propriedade e instituindo a violência, como principio de expropriação geral.”. In: VIEIRA, U. F. *Idem*, p. 356.

²⁴ VIEIRA, U. F. *Idem*, p. 358.

da Escola italiana. De acordo com o autor, tal projeto previa que “não estão sujeitos á repressão penal, mas somente á prevenção, os que carecem de imputabilidade no momento de cometer o crime.”. Determinava então que o juiz “é obrigado por si, ou como presidente do jury a decretar o internamento de todo aquelle que fôr absolvido por carecer de imputabilidade, quando ele se revelar perigoso á sociedade.”, internamento em estabelecimento do Estado e não em uma penitenciária. Para Ulisses, “esse plano da lei, consagra a delinquência como moléstia social, aconselha contra os seus agentes os remédios preventivos, excluindo destes a pena clássica, na qual não reconhece nenhuma utilidade, como medida de defesa social”.²⁵

Na verdade, equivoca-se o autor. Seu entusiasmo em identificar no texto do projeto elementos da Escola Positiva é tal, que deixa sua visão distorcida, enxergando mais positivismo do que de fato se poderia supor. Embora de fato essas previsões estejam mais próximas a algumas propostas do positivismo criminológico, como é o caso do internamento de indivíduo perigoso em instituição específica como mecanismo de prevenção, percebe-se – trata-se de uma internação que ocorre tendo em vista a inimputabilidade do indivíduo no momento do crime. Para a Nova Escola, não importa a imputabilidade, este é um conceito deixado de lado e substituído pelo de temibilidade. No projeto, deduz-se que se não são imputáveis, estes internados não são considerados criminosos e a eles não se aplica a repressão, mas a prevenção. No discurso da Escola Positiva a punição se aplica a todos os que realizaram a prática de um crime – não se cogita de sua imputabilidade – todos respondem (responsabilidade social). O que varia é o tipo de punição, de acordo com o tipo de criminoso. Nos Códigos ditos clássicos, ainda, já há a previsão de internamento caso o juiz julgue necessário conforme a gravidade da moléstia. No projeto persiste a distinção clássica – para os delinquentes a punição, para os inimputáveis, em alguns casos, a internação.

Entende que o projeto fez residir na periculosidade do delinquente a aplicação de medidas de defesa social, elegendo, portanto, o critério do positivismo penal que melhor atende aos interesses da coletividade. Bem, no Código de 1890, dito clássico, a segurança também é o critério que define a necessidade de internação, embora não se use a palavra “perigo”: “**Art. 29.** Os individuos isentos de culpabilidade em resultado de affecção mental serão entregues a suas familias, ou recolhidos a hospitaes de alineados, si o seu estado mental assim exigir para segurança do publico.”. Entende ainda o autor que o grau de periculosidade é muito menos suscetível de mutações que os critérios da extensão do dano e do alarma social e, portanto, mais seguro, mas não explica exatamente o porquê.

Ainda, entende que a previsão que definia “nenhuma sentença poderá firmar-se nesse mesmo estado, sem que uma pericia medica intervenha e que ella versará exclusivamente sobre a personalidade e através das anomalias congêntas ou adquiridas do delinquente, deixando o juízo sobre a sua responsabilidade, entregue á alçada privativa da justiça.”, significava no plano da lei penal brasileira o reconhecimento de que “o crime não é uma consequencia exclusiva da vontade de delinquir”²⁶. Ora, parece exagerada esta conclusão do autor – de fato a exigência da perícia médica, a análise desta focada na personalidade e a partir de anomalias congêntas e adquiridas parecem traduzir a absorção dos elementos da Escola Positiva. Todavia, cabe privativamente ao magistrado o juízo sobre a responsabilidade do indivíduo – ou seja, resguarda-se a competência exclusiva do direito no que se refere ao direito de punir e ainda determina-se que a responsabilidade será medida de acordo com o grau de anormalidade – pois bem, na Escola Positiva, repita-se, há sempre responsabilidade – o grau de

²⁵ VIEIRA, U. F. *Ibidem*.

²⁶ VIEIRA, U. F. O criminoso e a repressão penal. *Paraná Judiciário*, v. IX, n. V, 1929, p. 359.

anormalidade apenas define o tipo de resposta e de medida punitiva e não o grau de responsabilidade, sendo esta vista, inclusive, como uma aberração (responsabilidade graduada).

Mas, embora o autor enalteça de modo um tanto exagerado a absorção da criminologia positivista no projeto de Código de Virgílio de Sá Pereira, este projeto de fato trazia muitos de seus elementos e simbolizava um passo à frente na absorção em âmbito legislativo dos postulados do positivismo penal: é frequente o uso do termo temibilidade para se definir a pena e seu regime; a exigência e importância de perícia médica para se firmar o estado mórbido do acusado; punia-se a tentativa com as mesmas penas do crime consumado; está presente também a distinção de criminosos de hábito e de ocasião, previa-se a relegação por tempo relativamente indeterminado²⁷.

De qualquer forma, a discussão desse projeto é interrompida em 1930, com a instalação do Governo Provisório. Getúlio Vargas, pretendendo então reformular a legislação penal, incumbiu este mesmo jurista de formar uma Comissão para elaboração de um novo projeto. Integram essa comissão famosos criminalistas da época: Evaristo de Moraes (divulgador e adepto do positivismo criminológico, com vastíssima publicação a respeito) e Mário Bulhões Pereira. Eles elaboram um Projeto intitulado pela Câmara de Projeto-118A (1935). De significativo perfil criminológico, todavia, esse projeto não vingará. As turbulências políticas que culminaram no golpe em 1937, consolidando o Estado Novo, acarretaram a articulação para a elaboração de um novo projeto, encomendado por Francisco Campos. Todavia, a fonte em que beberão os novos projetos de Código Penal (projeto de Alcantara Machado, de 1938, rejeitado e ignorado pela cultura jurídica criminal da época e o projeto de Nelson Hungria, Roberto Lyra, Vieira Braga e Narcélio de Queiroz, o qual foi aprovado, tornando-se o Código Penal de 1940), neste novo contexto político brasileiro, será o tecnicismo e não mais o positivismo criminológico.

De todo modo (voltando à análise de nosso jurista da Faculdade de Curitiba), Ulisses Falcão, então, finaliza seu discurso com um otimismo exacerbado e laudatório:

É o completo triumpho das ideias da Nova Escola, sobrepujando as velharias penaes que até Lombroso, pareciam a ultima palavra da sciencia mas que a um sopro da sua genialidade desfizeram-se e diluíram-se por si mesmas. É o triumpho da medicina mental illuminando a vida do Direito Penal e normalizando a sua aplicação na defesa da sociedade.²⁸

Esse trecho é, sem dúvida, emblemático – a medicina mental iluminando o direito e normalizando a sua aplicação na defesa da sociedade. Normalizar-se a aplicação do direito por meio da medicina, na defesa da sociedade e também normalizar-se a sociedade, inserindo na “norma” (ou seja, naquilo que é o padrão médio – o cidadão útil) o anormal, o desviado, o delinquente. Ainda, tendo em vista a análise de seu discurso e sua visão do criminoso como um doente, um anormal, pode-se perceber que não há no autor preocupação alguma com a penetração/invasão do saber médico no poder do direito em punir, preocupação que era significativa em muitos dos juristas, como Tobias Barreto, o paulista e criminalista José de Aranha, o baiano criminalista Filinto Bastos, os quais desenvolviam muitas de suas críticas à Escola Positiva a partir desse argumento de cancelamento do direito criminal pela criminologia ou sociologia criminal. Mas essa penetração é vista pelo jurista paranaense não apenas como legítima, mas necessária para tornar a defesa social mais efetiva e mesmo mais humana, e assim conclui:

²⁷ PIMENTEL, F. M. **Código Penal Brasileiro**: Projecto apresentado ao Governo pelo desembargador Virgílio de Sá Pereira. Belo Horizonte: Imprensa Official do Estado de Minas Gerais, v. LII, 1929.

²⁸ VIEIRA, U. F. O criminoso e a repressão penal. **Paraná Judiciário**, v. IX, n. V, 1929, p. 359.

cumpre olhar com carinho para todas estas múltiplas questões, de modo tal, que ellas possam oportunamente ser resolvidas de acordo com as melhores indicações da sociologia e do progresso que esta vae alcançando dia a dia, preconizando para o delinquente tratamento humano e apropriado, semelhante ao que é ministrado aos doentes de outras enfermidades, e assim defendendo a nossa época, do baéo que a historia e a critica fatalmente nos reservam.²⁹

4. Conclusão

Pode-se afirmar que a recepção do pensamento criminológico na cultura jurídica criminal brasileira, especificamente no ensino do direito criminal, correspondeu a um processo gradual, mas significativo. Em seu início, contou com resistências, sobretudo, ainda no século XIX. Mas, à medida que se consolida a República, também se consolida a criminologia positivista na cultura jurídica brasileira, no âmbito do ensino do direito criminal. E este processo torna-se evidente pela análise da presença progressiva dos postulados da Escola Positiva nos programas de disciplina de Direito Criminal e Regime Penitenciário.

A maior parte dos juristas que absorve o positivismo criminológico e os postulados na Escola Positiva parte das premissas do evolucionismo e darwinismo e muitos do darwinismo social, da sociedade como organismo e do rompimento com as teorias contratualistas e com o direito natural. Talvez por isso, a Faculdade de Recife foi pioneira na recepção das ideias do positivismo penal (uma vez que lá ocorre o movimento da Escola do Recife e a recepção do “bando de ideias novas”) e seus professores de direito criminal são seus adeptos confessos: Phaelante da Camara, João Vieira de Araújo (ambos integrantes da “Escola do Recife”), Gervasio Fioravante e Octavio Tavares (professores do período da Primeira República).

O Rio de Janeiro também pode ser considerado um centro divulgador da criminologia positivista. A presença de João Baptista Pereira (redator do Código republicano tido como “clássico”), como professor de direito criminal, não foi suficiente para que nas duas faculdades da capital republicana, muito influenciadas pela Faculdade de Recife, por contar com professores que lá haviam se formado, a criminologia positivista ganhasse terreno. Lima Drummond, embora com mais parcimônia, buscando linhas de conciliação entre as escolas, não deixa de imprimir um discurso, muitas vezes, próprio da Nova Escola. Drummond não se declara adepto - considera que as ideias positivas devem ser estudadas e absorvidas na medida da sua utilidade, tendo em vista o contexto social e temporal. Não vê a necessidade de ruptura com a Escola Clássica, conciliando, portanto, elementos de ambas as escolas. Viveiros de Castro, por sua vez, é categórico em afirmar a Escola Positiva como a última evolução do direito penal, e Esmeraldino Bandeira discorre com grande desenvoltura sobre os postulados da Escola Positiva - seus programas são minuciosos e em seus textos as eventuais contradições, que apareciam nos textos iniciais de João Vieira de Araújo, não aparecem, não se insinuando também esse tom conciliatório declarado de Lima Drummond.

Em São Paulo a absorção do pensamento criminológico é um pouco mais tardia que em Recife, mas gradativamente, grande parte dos seus professores adere ao positivismo penal: Pedro Lessa, pelo curso de filosofia e a partir de uma heterodoxia própria, divulga o evolucionismo, sem romper com o direito natural e contesta o livre-arbítrio, defendendo o determinismo (psíquico). Em que pese criticar

²⁹ VIEIRA, U. F. O criminoso e a repressão penal. *Paraná Judiciário*, v. IX, n. V, 1929, p. 360.

explicitamente a Antropologia Criminal, várias das concepções da Escola Positiva são por ele defendidas. Severino Prestes afirma-se como um “defensor intransigente” da Escola Positiva e Candido Motta marca definitivamente a adesão paulista às novas ideias do direito penal.

Em Curitiba, como se pode analisar, os dois professores que lecionaram direito criminal no período, um com formação em São Paulo e outro no Rio de Janeiro, apresentavam de forma significativa as concepções da criminologia positivista em seus programas e, no caso de Ulisses Falcão, sua adesão à Nova Escola é explicitamente declarada. O que demonstra que Curitiba, mesmo periférica, respirava e absorvia as discussões das instituições de ensino tradicionais (Recife e São Paulo) e politicamente centrais, como as do Rio de Janeiro.

Embora não tenha sido possível um estudo mais aprofundado dos autores, pela escassez de material disponível para pesquisa, foi viável, por meio da análise de materiais indiretos e da combinação de seus resultados, concluir no sentido da adesão da cultura jurídica criminal em Curitiba, em relação aos postulados do positivismo criminológico; uma adesão que se reproduziu de maneira semelhante à Recife, São Paulo e Rio de Janeiro. Afinal, como bem pontua Pietro Costa, conhecemos a realidade transcorrida apenas indiretamente, por meio de mensagens, testemunhos e resíduos, cinzas e fumaças, como metaforicamente sugere o autor.³⁰ E foram estas cinzas e fumaças, em alguns momentos mais fumaças que cinzas, que nos indicaram as conclusões da presente pesquisa. Conclusões que, todavia, sempre são passíveis de questionamento, na medida em que novas pistas, rastros e “pegadas” nos sejam acessíveis.

Referências Bibliográficas

- BANDEIRA, E. **Estudos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912.
- CARVALHO, J. M. **Os bestializados: O Rio de Janeiro e a República que não foi**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.
- CASTRO, V. **A Nova Escola Penal**. Rio de Janeiro: Domingos de Magalhães, 1894.
- CASTRO, V. **Questões de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1900.
- COSTA, P. Passado: Dilemas e Instrumentos da Historiografia. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 47, 2008.
- DRUMMOND, P. H. D. **Ciência e Ensino na Cultura Jurídica paranaense: direito penal e filosofia do direito no curso de ciências jurídicas e sociais da Universidade do Paraná (1913-1953)**. 286 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.
- DRUMMOND, J. C. L. **Estudos de Direito Criminal**. Rio de Janeiro: Maemert & C. Editores, 1898.
- FONSECA, R. M. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. **Quaderni Fiorentini**, v. XXXV, 2006.
- LESSA, P. O direito no século XIX. **Revista Acadêmica da Faculdade de São Paulo**, v. 8, 1900.
- LESSA, P. **O determinismo psychico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaes**. São Paulo: Typ. Duprat & C., 1905.
- MOTTA, C. **Direito Penal**. São Paulo: texto datilografado, 1927.
- PIMENTEL, F. M. **Código Penal Brasileiro: Projecto apresentado ao Governo pelo desembargador Virgílio de Sá Pereira**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, v. LII, 1929.
- PRESTES, S. **Lições de Direito Criminal: colleccionadas e redigidas por Francisco de Castro Junior**. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Laemert & C. – Editores, 1897.
- REALE, M. **Filosofia em São Paulo**. São Paulo: Conselho Estadual de Cultura. Comissão de Literatura, 1959.

³⁰ COSTA, P. Passado: Dilemas e Instrumentos da Historiografia. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 47, p. 23, 2008.

- SCHWARCZ, L. M. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- SIQUEIRA, Márcia Teresinha Andreatta Dalledona. **Universidade Paraná: 100 anos**; (pesquisa histórica Ângela Lúcia Ganz, Ana Maria Ganz; iconografia Ulf Baranow; fotografia digital Luciano Silva, Maxwell Schner e Grupo de Pesquisa Imago/UFPR: grupo de apoio Adriane M. Cortes... et al). Curitiba: Editora UFPR, 2012.
- SODRÉ, M. **As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo)**. 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.
- VIANNA, P. D. **Direito Criminal: segundo as preleções professadas pelo Dr. Lima Drummond na Faculdade livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia, 1915.
- VIEIRA, U. F. O criminoso e a repressão penal. **Paraná Judiciário**, v. IX, n. V, 1929.

APÊNDICE – PROGRAMAS DE DISCIPLINAS

FACULDADE DE DIREITO DE RECIFE

- 1885 – João Vieira de Araújo** – sistema do direito punitivo de defesa social;
- 1888 – João Vieira de Araújo** – programa diferente, sem elementos específicos com relação à Escola Positiva;
- 1893 – João Vieira de Araújo** – ponto VII – atos normais e anormais do indivíduo na luta pela existência; funções sociais da coação e repressão; o crime considerado antropológicamente; definição do delito natural e social; ponto XI – conceito jurídico de criminoso – teorias absolutas e relativas – Escola Positiva – livre-arbítrio limitado e ilimitado – não é admissível teórica e praticamente. XII – a ilusão do livre-arbítrio; abismo que separa a Escola Positiva; negar o livre-arbítrio não é negar a imputabilidade; a responsabilidade criminal é antes social que individual; teoria clássica da delinquência e positiva, esta baseada no critério da temibilidade; classificação dos delinquentes; socialismo e criminalidade; imputabilidade e idade; a questão do regionalismo e da unificação na Itália; a menoridade segundo a Escola Positiva; hospícios penais como meio de segurança social; opinião de Ferri sobre - O consentimento do ofendido não exclui a criminalidade do ofensor; a influência das circunstâncias na definição da pena – ideias de Bentham que o legislador seguiu renovadas pela Escola Positiva; XLIII – a Escola Positiva – o Código Italiano e a reincidência específica e genérica; LI- a Escola Positiva, Enrico Ferri e a câmara italiana, soluções de Alimena e Garofalo; a pena segundo os clássicos e segundo a escola antropológica, a proporção penal, a escola francesa e italiana; penas perpétuas e indeterminadas;
- 1894 – João Vieira de Araújo** – programa feito de maneira mais objetiva, apenas apontando os pontos a serem trabalhados, sem esmiuçar como no anterior;
- 1895 – Francisco Phaelante da Camara Lima** – análise da parte especial, crimes em espécie; regime penitenciário – sistema clássico e sistema positivo, segregação por tempo indeterminado; adaptação dos meios defensivos às categorias antropológicas dos delinquentes contra a unidade clássica da pena; os criminosos natos e a pena de morte; delinquentes loucos e hospícios penais; o sistema celular como uma aberração do século XIX; delinquentes de ocasião, delinquente por paixão e sua relativa impunidade;
- 1896 – João Vieira de Araújo** – programa desde a parte geral à especial, apenas ilustrativo, sem qualquer desenvolvimento de ideias;
- 1897 – Gervasio Fioravanti Pires Ferreira** – programa igual ao do Phaelante da Camara;
- 1897 – Phaelante da Camara** – do crime e seus fatores; classificação científica dos criminosos; do criminoso nato (seus caracteres anatômicos e suas idiossincrasias); da mulher criminosa; da influência do clima nas revoltas e sedições; substitutivos penais;
- 1898/1900/1903/1905/1907/1909 – Gervasio Fioravanti Pires Ferreira** – Evolução histórica do mesmo Direito. Da Escola Clássica e da antropológica; Terceira escola do Direito Criminal. Naturalismo

crítico; Da existência de um tipo criminoso; Interpretação do delinquente; Da classificação dos criminosos; A escola antropológica e os estigmas da criminalidade; os criminosos na arte, na literatura e na religião;

1898/1900/1903/1905/1907 - Phaelante da Camara – crimes em espécie (a partir de defloração); regime penitenciário comenta a identificação do criminoso por assinalamento antropométrico, a falência dos sistemas repressivos clássicos e o modo de ver da Nova Escola penal, segregação por tempo indeterminado, a adaptação dos meios repressivos às categorias antropológicas dos delinquentes, delinquentes loucos e manicômios, criminosos natos e pena de morte, delinquentes de ocasião e abuso das penas carcerárias;

1899 – Gervásio Fioravanti Pires Ferreira – análise dos crimes em espécie (a partir de violência carnal e rapto); sobre regime penitenciário comenta a segregação por tempo indeterminado, penas carcerárias de pequena duração, das medidas antropométricas para registros penais, hospícios penais, pena de morte, crítica ao sistema celular puro; o problema da individualização da pena para as diversas escolas penais;

1899/1901/1902/1906/1908 – Phaelante da Camara – programa semelhante ao de 1897, com menos elementos (sem criminoso nato e influência do clima);

1901/1902/1904/1906/1908 – Gervásio Fioravanti Pires Ferreira – crimes em espécie (a partir de crimes políticos), regime penitenciário – assinalamento antropométrico e registro penal; segregação por tempo indeterminado, penas de curta duração, hospícios penais e pena de morte, a individualização da pena para as diversas escolas;

1909 – Octavio Tavares – mesmo programa de Gervasio Ferreira de 1908;

1911 – Gervasio Fioravanti Pires Ferreira – começa com crimes em espécie (contra a segurança da pessoa e vida) e regime penitenciário igual ao de 1908;

1911/1912/1913/1914 – Gervasio Fioravanti Pires Ferreira – começo igual ao de 1909; segue com a parte especial começando por crime político; **1919** – com algumas pequenas alterações (temibilidade)/**1921/1923/1925/1927/1929**

1913 – Octavio Hamilton Tavares – as três escolas e seus postulados; teorias das novas escolas sobre o conceito científico de crime; fatores cósmicos, antropológicos e sociais do crime; tipo antropológico do criminoso nato, divergências dos sectários das novas escolas penais a respeito desta questão; hipóteses dos criminologistas para explicar a gênese e a natureza da delinquência; classificação científica dos delinquentes;

1914 – Octavio Hamilton Tavares – análise da parte especial; regime penitenciário – sentenças indeterminadas, a pena de morte, a individualização da pena, diversos sistemas de identificação dos delinquentes;

1918/1919/1920 – Gervasio Fioravante Pires Ferreira – regime penitenciário: critérios de proporcionalidade entre a pena e o crime segundo as escolas clássica e positiva; críticas às penas de prisão de curta duração; questões sobre pena de morte; objeções ao sistema das sentenças indeterminadas; sistema de identificação: Bertillon e dactiloscópico;

1918/1920/1926 – Octavio Hamilton Tavares – diversas escolas sobre o fundamento do direito de punir; a pena como necessidade de defesa social; relações do direito criminal com a Antropologia Criminal, estatística criminal, medicina legal...; Escola Clássica e seus antecedentes históricos; Escola Positiva italiana (Lombroso, Ferri e Garofalo) e seus postulados; teoria do delito natural de Garofalo; críticas e objeções à teoria de Garofalo; outras definições científicas do delito (Enrico Ferri) – razões pelas quais essa deve ser preferida à de Garofalo; fatores cósmicos, antropológicos e sociais do crime; preponderância dos fatores sociais perante a escola crítico-naturalista; teoria da Escola Positiva a respeito; os substitutivos penais; o tipo antropológico do criminoso nato, segundo os antropólogos criminalistas; classificação destes estigmas; objeções dos clássicos e dos crítico-naturalistas às ideias de Lombroso; argumentos da Escola Positiva em sustentação do tipo antropológico do criminoso nato; o crime como fenômeno de normalidade biológica e social; a teoria do crime como fenômeno de atavismo orgânico por Lombroso; classificação dos delinquentes; classificação de Ferri e outras; livre-arbítrio e a responsabilidade moral; negação do livre-arbítrio e a responsabilidade social da Escola Positiva; teoria clássica e positiva sobre a legítima defesa;

1924 – Octavio Tavares – mesmo programa de Gervasio Ferreira de 1923;
1925/1927 – Octavio Tavares Barreto – Regime Penitenciário – mesmo programa de Gervásio Ferreira de 1920;
1926/1928 – Gervasio Ferreira – regime penitenciário – substitutivos, da segregação por tempo indeterminado; identificação pelos sistemas Bertillon e Vucetich;
1928 – Octavio Tavares – mesmo programa de Gervasio Ferreira 1923;
1929 – Ovtavio Tavares – Sistema penitenciário:apreciação do último projeto de Código Penal Brasileiro pela ciência penitenciária; estatística criminal; dados colhidos por Ferri no estudo das estatísticas francesas; emprego da estatística pela moderna criminologia; necessidade de repartições especiais de estatística criminal no Brasil; sobre o jury, críticas; reformas reclamadas pela Escola Positiva em matéria de processo;

FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO

1891/1892/1893 – Joaquim Moraes – comenta a responsabilidade a partir do livre-arbítrio e determinismo; a partir da Escola Positiva; princípios fundamentais da penalidade perante a Escola Positiva;
1894/1895 – Joaquim Moraes – comparação do Código de 1830 e 1890. No que se refere à responsabilidade, não há mais análise específica da Escola Positiva;
1896 – Herculano de Freitas – sobre o regime penitenciário – afirma que o tratamento dos presos, segundo a sua cultura moral e intelectual, não ofende o princípio constitucional da igualdade e é útil para o restabelecimento do caráter do delinquente; entende que, pela diversidade do clima e do temperamento da população no Brasil, é útil a experiência de diferentes sistemas penitenciários; é incompatível com a índole do brasileiro e, portanto, cruel o regime de isolamento e reclusão absoluta; sendo pena instituída para defesa social é preferível eliminação dos criminosos à aplicação de um regime penitenciário excessivo;
1896/1897/1899 – Severino Prestes – Afirma a necessidade do estudo da Sociologia Criminal. Há toda uma seção dedicada à sociologia criminal: determinismo para a definição da responsabilidade; classificação dos criminosos; fatores do crime (antropológicos, sociais, físicos); penalidade (meios preventivos, reparadores, repressivos, eliminadores) e a influência da antropologia e estatística criminal para as leis penais;
1898 – Candido Motta (Direito Criminal e Regime Penitenciário) – seção delito natural e delito político; definição de delito, de juristas, vaga; segundo os sociologistas, considerando o método; senso moral; análise dos instintos que o formam; sobre o regime penitenciário analisa os diferentes sistemas, tipos de penas (de morte, trabalho forçado, prisão celular, penas indeterminadas, tratamento dos criminosos alienados, a criminalidade infantil e instituições preventivas...);
1899 – Manoel Escorel – apenas trabalha com tipos de crimes em espécie;
1900 – Herculano de Freitas– analisa crimes em espécie (crimes políticos e praticados por autoridades públicas); Regime Penitenciário: semelhante ao de 1896, sem a última observação);
1900/1903 – Manoel Escorel – sobre o conceito de crime segundo a Escola Clássica e a Escola Positiva;
1903/1905 – José Mariano Aranha – nenhuma referência explícita à Escola Positiva;
1904/1905/1906 – Manoel Escorel – nenhuma referência explícita à Escola Positiva;
1906 – José Mariano Aranha – nenhuma referência explícita à Escola Positiva;
1907 – José Mariano Aranha – nenhuma referência explícita à Escola Positiva;
1907 – Manoel Escorel – ponto 18. Escola Clássica e Escola Positiva;
1908/1910 – José Mariano Aranha – nenhuma referência explícita à Escola Positiva;
1909/1911 – José Mariano Aranha – nenhuma referência explícita à Escola Positiva;
1909/1910/1911/1912 – Candido Motta – análise da criminologia de acordo com a escola italiana, sobretudo, anterior à do direito criminal;
1912/1915 – Luiz Barbosa da Gama Cerqueira – nenhuma referência explícita à Escola Positiva;

- 1913 – Luiz Barbosa da Gama Cerqueira** – nenhuma referência explícita à Escola Positiva;
- 1913/1914/1915 – Raphael Correa de Sampaio** – reproduz o programa de Candido Motta essencialmente positivista;
- 1914 – Raphael Correa de Sampaio** (para a turma do 3 ano) – programa igual ao de José Aranha 1911 - nenhuma referência explícita à Escola Positiva;
- 1916 – Candido Motta** – programa diferente – crimes em espécie;
- 1916 – Luiz Barbosa da Gama Cerqueira** – faz uma análise da evolução histórica do direito penal (Puglia); menciona a Escola Positiva e a terza escola; do crime como fenômeno social e jurídico; quando analisa a imputabilidade traz elementos da Escola Positiva – determinismo e responsabilidade social; critérios da Escola Clássica e positiva que excluem e atenuam a imputabilidade; sobre indeterminação as penas;
- 1917 – Luiz Barbosa da Gama Cerqueira** – Regime Penitenciário – função atual da pena – defesa social, prevenção individual e prevenção geral; conflitos entre as funções morais e utilitárias da pena; críticas às penas de prisão curta; comenta sobre penas indeterminadas; sobre penas educadoras para menores; classificação prévia dos menores (critérios- idade, grau de perversão moral e normalidade; seleção moral judiciária e administrativa); reforma moral; trabalho dos detidos; penas eliminatórias, que pressupõem a incorrigibilidade; opinião de Ferri sobre a pena de morte; internamento eliminatório por tempo indeterminado;
- 1917/1919 – Raphael Correa Sampaio** – repete o de Cerqueira de 1916 (mais detalhado com relação aos crimes em espécie);
- 1918/1920/1922/1924/1926/1928 – Luiz Barbosa da Gama Cerqueira** – relações da ciência do Direito Penal com a moral, sociologia, Antropologia Criminal, medicina legal, psiquiatria, psicologia, estatística; repete a análise da evolução história do direito penal (Puglia) e o programa de 1916;
- 1918/1920/1922 – Raphael Correa de Sampaio** – Sistema Penitenciário: repete o programa de Cerqueira de 1917;
- 1919 – Luiz Barbosa da Gama Cerqueira** – repete o de 1917 (Regime Penitenciário);
- 1921/1923/1925/1927 – Candido Motta** – análise minuciosa da criminologia positivista;
- 1921/1923/1925/1927 – Luiz Barbosa da Gama Cerqueira** – Regime Penitenciário
- 1924/1926/1928 – Candido Motta** – Regime Penitenciário – penas educadoras; seleção de anormais; análise dos regimes penitenciários e dos tipos de penas (intimidação, pecuniárias, prisão de curta duração, reformadoras);

RIO DE JANEIRO

FACULDADE LIVRE DO RIO DE JANEIRO

- 1894/1895/1896 – Viveiros de Castro;**
- 1897 – Xavier da Sila Junior; Joaquim da Costa Barradas;**
- 1898 – Esmeraldino Bandeira e Xavier da Silveira Junior;**
- 1899/1900/1901/1902/1903/1904/1905/1906/1907 – Esmeraldino Bandeira e Joaquim da Costa Barradas;**
- 1908/1909/1910/1911/1912 – Esmeraldino Bandeira e Viveiros de Castro;**
- 1917 – Direito Criminal – Mario da Silveira Vianna** – analise de acordo com a Teoria Clássica e a Teoria Positiva: a imputabilidade, a pena, os elementos subjetivos do crime e a tentativa;
- 1917 – Direito Criminal Militar e Regime Penitenciário – Esmeraldino Bandeira** – Sentenças indeterminadas; sua origem e aplicação. Sentenças absolutas e relativamente indeterminadas. A Liberdade Individual e a defesa social. O princípio de Guyau “O máximo de defesa social com o mínimo de sofrimento individual”. Pena de Segurança e Pena de Reforma. A função atribuída à pena e a incongruência da prefixação. O princípio verdadeiro sobre a duração da pena. Arbítrio e suas espécies. Necessidade de tripla reforma; Individualização da pena. Fundamento e conceito. Individualização

objetiva e subjetiva. Fins que se propõem e critérios de adaptação. Princípio da unidade penal. Tratamento físico e moral do condenado. Individualização legal, judiciária e administrativa. O princípio da individualização em confronto com o princípio da proporção entre a pena e o delito. Conceito de Rossi e crítica de Garofalo. A opinião de Tarde. A pesquisa da idoneidade do culpado nos diferentes casos de delito. Conceito de temibilidade e sua distinção de perversidade. Conceito da periculosidade. Concurso de uma comissão para a prática da individualização da pena. Penas paralelas. Penas desonrosas e não desonrosas. Crimes que devem ser punidos com uma dessas penas. Indicação das penas paralelas. Critério de aplicação. A teoria da motivação em matéria criminal. Crítica contra a doutrina das penas paralelas. As penas paralelas na doutrina estrangeira e brasileira. A aplicação de tais penas pelo Juiz de acordo ao mesmo tempo com o móvel do delito e com a categoria antropológica do delinquente. Histórico sobre a pena de prisão, a reforma com John Howard. Inconvenientes e prejuízos que a prisão causa ao indivíduo e à sociedade. Sucedâneos da prisão. Penologia ou ciência penitenciária. Os diversos sistemas penitenciários: prisão comum, sistema pensilvânico, sistema de Auburn ou misto, sistema da servidão, sistema progressivo ou irlandês, livramento condicional. Sistema de classificação ou separação por categorias, classificação material e moral. Sistema de Reformatório ou Elmira. Os sistemas instituídos pelo Código (misto e progressivo), seu estudo e sua crítica. A Casa de Correção da Capital Federal, regime penitenciário interno; A Casa de Detenção da Capital Federal. Sobre o Patronato dos liberados e egressos da prisão. Sistemas de identificação dos criminosos: método de Bertillon e e Vucetich (dactiloscopia);

1918 – Esmeraldino Bandeira – Teoria da Responsabilidade penal: teoria positiva da responsabilidade penal segundo Enrico Ferri. Lei da transformação das forças e lei da causalidade. O livre-arbítrio, suas modalidades e sua refutação. As três espécies de reações ou sanções naturais (física, biológica e moral); A responsabilidade social dos chamados irresponsáveis morais. O verdadeiro fundamento da responsabilidade penal. Opinião de Eugenio Florian. O pressuposto clássico da imputabilidade no sistema do Código Penal brasileiro. Classificação científica dos criminosos e sua utilidade social – precedentes (Lombroso, Lacassagne, Tarde e Benedickt). As cinco categorias fundamentais de Ferri (alienados, natos, ocasionais, habituais e passionais). O tipo antropológico e psicológico do criminoso nato; criminoso passional e criminoso emocional – ensinamentos de Impallomeni, Ingegneros e Eusebio Gomes. Imitação e Mimetismo criminal – as quatro leis formuladas por Gabriel Tarde. A eficiência da imitação na gênese e na modalidade do delito do menor, do adulto e da mulher. Noção legal, jurídica e sociológica do crime (definições de Carrara, Liszt, Berenini, Garofalo, Ferri, Durkheim, Mario Carrara, Florian e outros). Critérios sobre a “quantidade” do crime segundo Beccaria, Romagnosi, Rossi, Carmignani, Carrara. O conceito do crime nos dois Códigos brasileiros – de 1830 e 1890. Classificação de infrações penais. Delito político conforme a doutrina de Lombroso e Laschi e segundo A. Prins. Delito natural segundo Garofalo. A cumplicidade e a doutrina de Sighele. Doutrinas de Garofalo e Carrara sobre a tentativa e distinção da teoria subjetiva dos alemães e de Garofalo. Punibilidade da tentativa – doutrina clássica e doutrina positiva. Legítima defesa – conceito e fundamento segundo a Escola Clássica e positiva. Sobre as circunstâncias agravantes, menciona o Código Penal, artigo 41, parágrafos 1 ao 3 e o confronto com as circunstâncias do artigo 17, parágrafos do 1 ao 5. O princípio da temibilidade aceito e consagrado nesses parágrafos. Da pena: conceito segundo a Escola Clássica e suas qualidades. A pena segundo Carrara. Da pena segundo a Escola Positiva: definições de Garofalo, Berenini, Fioretti, Ferri, Florian e João Vieira. Os quatro meios de defesa contra o crime: meios preventivos, reparatórios, repressivos e eliminatórios. Lei de saturação criminal. Os substitutivos penais – Todos estes elementos estão na análise da parte geral que ocupa vinte e três páginas. A parte especial conta com apenas duas páginas;

FACULDADE NACIONAL DE DIREITO (RJ) – a partir de 1920

1928 – Esmeraldino Bandeira – semelhante ao programa de 1918. Inclusão da análise do Decreto 16.588 de 6 de dezembro de 1924, que regula a Suspensão da Execução da pena. Separação entre os

condenados por culpa e por dolo – reclusão dos primeiros em pavilhões especiais e tratamento principalmente educativo que se deve dar. Colônias Penitenciárias (os diversos tipos, o trabalho nas oficinas e o trabalho no campo ao ar livre – “melhorar a terra pelo homem e o homem pela terra”, duplo fim do trabalho na colônia: um moral e outro econômico; Sobre a Colônia Correccional de Dois Rios – Regulamento anexo ao decreto n. 6994 de 19 de junho de 1908, artigo 1 – indivíduos que nela devem ser internados – vadios, mendigos válidos, capoeiras, desordeiros, processados e julgados no Distrito Federal, conceito legal de tais indivíduos (Regulamento artigo 52 e parágrafos e Código Penal, artigo 402, a divisão dos colonos em dois grupos incomunicáveis); medidas a adotar quanto aos menores delinquentes – um mínimo de repressão e um máximo de educação, especialização do juízo, supressão da prisão, liberdade vigiada, estabelecimentos de reforma e escolas profissionais especiais. Da assistência e proteção aos menores abandonados e delinquentes – Regulamento anexo ao decreto n. 16272 de 29 de dezembro de 1923, conceito de menores abandonados e respectiva individuação. Dos menores delinquentes – isenção de qualquer processo penal até 14 anos de idade, processo especial entre 14 e 18 anos. Aplicação da pena do artigo 65 do Código Penal ao maior de 16 anos e menor de 18 anos, julgado perigoso e autor de crime grave. Estabelecimento penal a que é remetido (Regulamento citado, artigo 24, parágrafos e letras). A criação no Distrito Federal do Juízo de Menores, o abrigo de menores, fim a que é destinado, seções em que se divide, Institutos disciplinares criados pelo Regulamento. Identificação dos criminosos – o auto de qualificação (Regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842, artigo 171; o Sistema de Bertillon, o Sistema de Vucetich e sua adoção no Brasil, regulamento anexo ao decreto n. 4764, de 5 de fevereiro de 1905 (artigos 57 e seguintes, regulamento anexo ao decreto n. 6440, de 30 de março de 1907, art. 124 e seguintes;

PROGRAMAS DE DISCIPLINA DA FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA

1915 - 1928 – Antônio Martins Franco. Direito Penal Militar e Regime Penitenciário – Desenvolvimento histórico do direito de punir; o direito de punir no Brasil, seus fundamentos, regime penitenciário, Livramento condicional, patronatos deliberados adultos, penas disciplinares no regime penitenciário, escolas premonitórias, colônias infantis e colônias correcionais;

1915 - 1928 – Antônio Martins Franco – Uma pequena parte geral com oito itens como primeira parte; segunda parte sobre sociologia criminal (7 itens – Escola Clássica e Escola Positiva; Crime segundo os juristas. Delito Natural; Individualização da pena. História da pena e a individualização; Escola Clássica e o defeito da individualização; Escola Neoclássica e a individualização fundada sobre a responsabilidade; Escola italiana e a individualização fundada sobre a temibilidade do delinquente; Responsabilidade e individualização. Determinismo psíquico e livre-arbítrio; Individualização legal, judiciária e administrativa; Terceira Parte – Criminologia (criminosos natos, eventuais, passionais e habituais; criminosos loucos e epiléticos; criminosos políticos e sociais; critério patológico e psicológico);

1928 – Ulisses Falcão Vieira: Direito Penal – analisa o livre-arbítrio e o determinismo (as contradições entre livre-arbítrio e as leis da causalidade e as espécies de determinismo); apresenta os dois grandes “Cesares” do direito penal italiano: Cesare Beccaria e Cesare Lombroso, suas ideias e influências, pontuando inclusive “os pecados de origem” da obra do psiquiatra italiano, seus precursores e antecedentes históricos, as escolas antropológica italiana e sociológica francesa, a teoria de Tarde e as divergências entre as três escolas e as diferentes teorias sobre o direito de punir. Analisa o crime como fenômeno natural e social e o criminoso, que recebe um lugar de destaque em seu programa – analisa o tipo antropológico do criminoso e a validade científica e prática das investigações de Lombroso, a classificação de criminosos de Ferri, discorre sobre o criminoso nato e suas características, as críticas de Tarde e o tipo penitenciário, analisa os Códigos do Império e da República, a propaganda do positivismo criminal e a influência das Escolas Penais na codificação brasileira; em suas análises sobre

o direito penal positivo analisa os fundamentos da imputabilidade criminal e as responsabilidades moral e social, comenta sobre as medidas de prevenção e segurança com relação aos loucos – os manicômios penais; aponta as diferentes teorias sobre a reincidência; discorre sobre a pena segundo o critério das três escolas penais, sobre os substitutivos penais e o critério da temibilidade; comenta sobre os criminosos políticos e a natureza especial dos crimes políticos e ainda analisa as classes perigosas da sociedade (vagabundos, mendigos, capoeiras).

Quando termina o estado de coisas inconstitucional? Desdobramentos institucionais a partir do julgamento cautelar da ADPF 347

*When the unconstitutional state of affairs ends?
Institutional developments after the precautionary
judgment of the ADPF 347*

Mariana Zoccal

Doutoranda e Mestra em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio Mesquita Filho (UNESP). Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF). Possui Pós-graduação em Direitos Fundamentais pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais/Instituto Ius Gentium Conimbrigae do Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IBCCRIM/ICG) (2019). Integrante do Núcleo de Estudo e Pesquisa em Aprisionamentos e Liberdades (NEPAL) e do grupo de pesquisa Direitos Humanos e Condições de Encarceramento (DHCE). Foi bolsista de mestrado pela CAPES (2019/2020) e de iniciação científica pelo CNPq (2014/2015). Pesquisadora associada ao Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS) e à Rede de Pesquisa Empírica em Direito (REED). Professora e advogada.

Letícia Cardoso Ferreira

Mestra em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). Realizou intercâmbio de graduação pela Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli (Nápoles, Itália), bem como Iniciação Científica nas áreas de Direito Penal e Processual Penal. Atualmente, é doutoranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP). Membro do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Aprisionamentos e Liberdades (NEPAL).

Abstract: This article aims to analyze the institutional developments that occurred after the precautionary judgment of the Allegation of Non-Compliance with Fundamental Precept No. 347, which recognized the Brazilian prison system as an "unconstitutional state of affairs". Initially it is contextualized the scenario of greater judicial protagonism, characteristic of the neo-constitutionalist doctrine. Next, the concept of "unconstitutional state of affairs" is presented, influenced by precedents of the Colombian Supreme Court, as well as the requests made in the Brazilian initial petition. Finally, it analyzes the developments after the precautionary decision of the STF, with emphasis on the issues addressed by the justices in their respective votes. Methodologically, this is a bibliographic and documentary research, which uses articles and thematic reports, as well as documents such as the initial petition and the judgment of the ADPF. It is concluded that, although there have been advances after the decision, such as the implementation of custody hearings and the non-contingency of resources from the National Penitentiary Fund (Funpen), the country continues to reproduce a criminal policy that bets on punitive intensification and incarceration as primordial responses to conflicts considered as crimes, remaining silent about the structurally selective and racist character of our prison system.

Keywords: unconstitutional state of affairs; prison system; judicial protagonism; Supreme Court.

Resumo: O presente artigo objetiva analisar os desdobramentos institucionais ocorridos após o julgamento cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, que reconheceu o sistema carcerário brasileiro enquanto um “estado de coisas inconstitucional”. Inicialmente, contextualiza-se o cenário de maior protagonismo judicial, característico da doutrina neoconstitucionalista. Na sequência, apresenta-se o conceito “estado de coisas inconstitucional” influenciado por precedentes da Suprema Corte colombiana, bem como os pedidos formulados na petição inicial brasileira. Por fim, analisa-se os desdobramentos posteriores à decisão cautelar do STF, com ênfase nos temas abordados pelos ministros em seus respectivos votos. Metodologicamente, trata-se de pesquisa bibliográfica e documental, que utiliza de artigos e relatórios temáticos, bem como de documentos como a petição inicial e o acórdão de julgamento da ADPF. Conclui-se que, embora tenha ocorrido avanços posteriores à decisão, tais como a implementação das audiências de custódia e o descontingenciamento de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), o país segue reproduzindo uma política criminal que aposta no recrudescimento punitivo e no encarceramento enquanto respostas primordiais para conflitos tidos como crimes, silenciando-se sobre o caráter estruturalmente seletivo e racista de nosso sistema prisional.

Palavras-chave: estado de coisas inconstitucional; sistema carcerário; protagonismo judicial; Supremo Tribunal Federal.

1. Introdução

Em 2015, o Supremo Tribunal Federal deu mostras de seu protagonismo na seara pública, com a declaração, em sede cautelar, do “estado de coisas inconstitucional” em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro, ressaltando a omissão do poder público como um todo no tratamento do assunto, bem como da importância do judiciário na abordagem sobre temas “impopulares”, para a garantia de direitos fundamentais de minorias.

Essa decisão segue uma postura não apenas deste tribunal superior, mas do poder judiciário em geral, de aumento de seu protagonismo, especialmente para a proteção de direitos fundamentais, naquilo que tem sido chamado de “ativismo judicial”¹, o qual é entendido, por alguns autores, como uma das faces do neoconstitucionalismo. Sua atuação tem se dado especialmente em casos estruturais, de maior complexidade, em que todos os poderes, em diversas instâncias, são chamados a agir de maneira coordenada.

É o caso do sistema penitenciário brasileiro, amplamente reconhecido, por aqueles que estudam o tema, por sua sistemática violação de direitos, sendo visto como espaço que vai além da privação da

¹ ROSSI, Amélia Sampaio; PAMPLONA, Danielle Anne. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: democracia e constitucionalismo em oposição ou tensão produtiva? *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 33.2, p. 13-29, jul./dez. 2013; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

liberdade. A superlotação carcerária, evidenciada em relatórios recentes², agrava a problemática, revelando um projeto de desumanização de pessoas, em sua maioria, já excluídas socialmente. Neste sentido, a decisão do STF reconhece e enfoca cenário há muito denunciado.

Assim, é importante questionar o papel do judiciário e, mais especificamente, do STF, na promoção de mudanças e na conformação constitucional nacional, do ponto de vista simbólico e prático. O presente trabalho, portanto, tem como objetivo analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede cautelar, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, que trata do “estado de coisas inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro, bem como seus desdobramentos, no âmbito governamental e na crítica acadêmica, com enfoque para as consequências do aumento do protagonismo judicial na conformação constitucional, bem como nos impactos da decisão para a efetivação dos direitos da população carcerária.

Assim, realizamos pesquisa bibliográfica e documental, explorando publicações sobre o tema a partir de 2015, bem como pela leitura da decisão cautelar e de relatório publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2021, com um balanço sobre o sistema prisional pós ADPF.

O artigo está dividido da seguinte forma. Na primeira seção discutimos o aumento do protagonismo judicial como característica do neoconstitucionalismo, com enfoque nas tendências de atuação da jurisdição constitucional na seara penal. Na segunda seção tratamos da inserção da doutrina do “estado de coisas inconstitucional” no Brasil, a partir das decisões da Corte Constitucional Colombiana, além de descrever o conteúdo da ADPF 347, alvo do trabalho. Em seguida, tratamos dos desdobramentos mais recentes desse processo, especialmente pela análise de relatório do CNJ sobre o tema e desenvolvemos, a partir da leitura da decisão da medida cautelar e da literatura do tema, algumas ponderações críticas sobre a declaração do “estado de coisas inconstitucional” quanto ao sistema penitenciário brasileiro.

2. Neoconstitucionalismo e o protagonismo judicial

Miguel Carbonell inicia sua obra, *Teoría del neoconstitucionalismo*, questionando do que falamos quando tratamos de neoconstitucionalismo. Para ele, há três níveis de análises que podem ser feitos para caracterizar essa corrente. Em um primeiro nível, o termo se relacionaria aos textos constitucionais que surgiram no pós Segunda Guerra Mundial e, especialmente, aqueles nascidos a partir da década de 1970³.

Tais textos seriam marcados por uma virada democrática do constitucionalismo, se afastando da concepção clássica do constitucionalismo liberal⁴. Nesse sentido, “el neoconstitucionalismo así entendido, no es otra cosa que la regulación jurídica de la democracia, de manera más gráfica, la unión

² FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública** [livro eletrônico] / Fórum Brasileiro de Segurança Pública. – São Paulo: FBSP, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/> Acesso: 30 jun. 2023.

³ CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 10.

⁴ REYES, Manuel Aragón. Dos problemas falsos y uno verdadero: “neoconstitucionalismo”, “garantismo” y aplicación judicial de la Constitución. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n. 29, p. 3-25, julio-diciembre 2013, p. 4.

entre democracia y Estado de derecho”⁵.

Uma das características centrais dessas constituições é a presença massiva de normas “materiais” ou “substantivas”, que definiam objetivos para a atuação estatal, delimitando-a⁶, especialmente com relação à ação do Poder Legislativo. Nesse sentido, a Constituição não seria apenas um regulador das “regras do jogo”, mas também um “projeto de ação política”⁷.

[...] para além da função de equilibrar poder e liberdade, assumem também a possibilidade de funcionar de maneira não apenas a descrever, mas essencialmente a prescrever determinadas condutas, valores e políticas que necessariamente deverão ser realizadas e implementadas porque estatuídas através de princípios como normas jurídicas⁸.

Para cumprimento desse projeto de ação política, as constituições são dotadas não apenas de regras, mas também de princípios e valores⁹, bem como têm como núcleo uma ampla gama de direitos fundamentais¹⁰. Essa abertura das constituições através de normas principiológicas e valores, bem como a necessidade de efetivação dos objetivos do Estado e dos direitos fundamentais, dá espaço para o segundo nível de análise de Carbonell, que é o aumento do protagonismo judicial.

Nesse sentido, o Poder Judiciário e, mais precisamente, as cortes constitucionais, assumem o papel de protagonistas da interpretação e concretização constitucional¹¹ através de técnicas próprias, como a ponderação, a proporcionalidade e a razoabilidade, a maximização dos efeitos dos direitos fundamentais e sua aplicação horizontal, dentre outras¹². Mais do que “legisladores negativos”, assumem a tarefa de racionalização do sistema jurídico¹³.

Essa função pode ser exercida, no contexto neoconstitucional, através de uma interpretação criativa e construtiva da Constituição e do ordenamento como um todo, “que não apenas revela novos direitos, mas principalmente, alarga o campo de cabimento e proteção daqueles já existentes”¹⁴. Para além disso, o vácuo de atuação dos demais poderes tem levado o judiciário a discutir situações antes não judicializadas, aumentando seu espectro de ação. A isso tem-se denominado “ativismo judicial”¹⁵.

Para Rossi e Pamplona¹⁶,

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a

⁵ Idem, p. 5.

⁶ CARBONELL; op. cit., p. 10.

⁷ ROSSI; PAMPLONA, op. cit., p. 15.

⁸ Idem, p. 21.

⁹ REYES; op. cit., p. 4.

¹⁰ Idem, p. 9.

¹¹ ROSSI; PAMPLONA, op. cit., p. 15.

¹² CARBONELL; op. cit., p. 10.

¹³ ROSSI; PAMPLONA, op. cit., p. 18.

¹⁴ Idem, p. 21.

¹⁵ Idem, p. 16.

¹⁶ Idem, p. 22.

imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

As configurações proporcionadas pelos novos textos constitucionais, bem como pelo posicionamento dos poderes estatais induz a atuação acadêmica em favor de novas teorias, as quais também vão no sentido contrário, para moldar posicionamentos jurisprudenciais. Carbonell¹⁷ cita, nesse terceiro nível, como exemplo, a influência da teoria dos princípios e da técnica de ponderação de Alexy nas sentenças da Corte Constitucional Colombiana, considerada por ele como a mais desenvolvida em matéria de direitos fundamentais na América Latina. E é justamente no bojo dessa Corte Constitucional que nasce o conceito de “estado de coisas inconstitucional”, que será o foco de nosso trabalho.

Em cenários de profundas violações de direitos humanos, a jurisdição constitucional - dentro da legalidade e dos limites funcionais do Poder Judiciário - pode contribuir para a implementação de mudanças institucionais, de modo a reduzir o grau de violência contra indivíduos. Ao analisar as potencialidades e limites de tal jurisdição na esfera penal, Ademar Borges de Sousa Filho¹⁸ entende que ela

[...] pode contribuir para (i) desbloquear canais de transformação travados pela inércia institucional e pela falta de representatividade da minoria excluída que é majoritariamente capturada pelo sistema de justiça criminal, (ii) elevar o ônus argumentativo imputado ao parlamento para a expansão da pena de prisão, (iii) resolver imediatamente o problema da superpopulação carcerária, (iv) desenvolver uma prática efetiva de filtragem constitucional das leis penais e das principais práticas judiciárias, de modo a expurgar progressivamente da ordem jurídica normas e seus modos de aplicação que apresentem clara incompatibilidade com a Constituição, e, por fim, (v) reconhecer não apenas a injustiça, mas a inconstitucionalidade dos privilégios injustificados e das imunidades criminais antirrepublicanas – as explícitas e também as escamoteadas no sistema.

Contudo, para Borges, as intervenções decorrentes da jurisdição constitucional devem ser feitas de modo parcial e fragmentário, sem cair na tentação de reformular ou redesenhar toda a política criminal do país. No seu entender, uma atuação constitucionalmente adequada na seara político-criminal deve sobretudo buscar: a) conter os atos de violência que afetam a dignidade dos réus e apenados; b) participar de um processo complexo e dialógico de elevação do grau de racionalidade da legislação penal; c) conter excessos punitivos, e d) identificar déficits de proteção em que incorra a legislação penal, sem assumir a função de legislador positivo. Isso passa, inerentemente, por uma atuação conjunta entre o Poder Judiciário e os poderes Legislativo e Executivo, que também deverão empreender medidas de contenção de danos e deixar de apostar na via do endurecimento punitivo como necessária para a redução da criminalidade.

3. Doutrina do estado de coisas inconstitucional

A doutrina do estado de coisas inconstitucional aparece, pela primeira vez, em uma decisão

¹⁷ CARBONELL; op. cit., p. 11.

¹⁸ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil**: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. 2019. 700 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019, p. 18-19.

judicial, na Corte Constitucional Colombiana, em 1997. Segundo Nicolás Páez¹⁹, seu surgimento na Colômbia deriva das mudanças nas configurações da doutrina constitucional, influenciadas pelos arranjos neoconstitucionais e por uma visão objetiva dos direitos fundamentais²⁰, incluindo-se não apenas os direitos de liberdade (ou de primeira dimensão), mas também os direitos sociais, de cunho prestacional. Nesse sentido, o autor entende o estado de coisas inconstitucional como “uma das criaturas teóricas do neoconstitucionalismo ligada à dimensão objetiva dos direitos fundamentais”²¹.

As decisões construídas pela corte colombiana também sofreram influência do direito anglosaxão, especialmente pelo desenvolvimento dos *structural remedies*²². Estes, por sua vez, têm raízes em decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos em casos como *Brown vs. Board of Education of Topeka*, de 1954, que tratou da segregação racial no sistema de ensino do país²³.

Nesse sentido, decisões que declaram o estado de coisas inconstitucional normalmente estão atreladas a ações estruturais, ou seja, que demandam mudanças no funcionamento do Estado e de suas instituições, com vistas a eliminar graves e contínuas ameaças a direitos fundamentais, através do enfrentamento da burocracia estatal e de uma ação que envolve diversos poderes de estado²⁴.

Na Colômbia já foram proferidas algumas decisões que declaram o estado de coisas inconstitucional (ECI). A primeira delas, em 1997, discutiu o direito de professores beneficiarem-se de coberturas de saúde e de seguridade social²⁵. Nela, foram estabelecidos dois fundamentos para a declaração do ECI: a necessidade de colaboração harmônica entre os poderes, flexibilizando suas funções; e a necessidade de oferecer um “remédio estrutural”, diante do caráter plural da demanda, com fins de evitar o congestionamento do judiciário com demandas individuais²⁶.

Esses fundamentos foram ampliados e melhor delineados em caso decidido pela Corte em 2004, que tratou dos deslocamentos forçados internos decorrentes da violência no país, e que foi considerado o mais importante para o desenvolvimento da doutrina do ECI. Na decisão, foram definidos seis pressupostos para a declaração do estado de coisas inconstitucional:

(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas;

(ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones

¹⁹ PÁEZ, Nicolás Augusto Romero. La doctrina del estado de cosas inconstitucional en Colombia: novedades del neoconstitucionalismo y “la inconstitucionalidad de la realidad”. **Derecho Público Iberoamericano**, nº 1, p. 243-264, octubre 2012.

²⁰ Segundo o autor, essa ideia contempla “a que los derechos fundamentales ya no sólo tendrían una faceta subjetiva de facultad de defensa frente a la arbitrariedad del Estado –conceptualización moderna del derecho subjetivo– sino que comportarían verdaderos principios como “mandatos de optimización”, los cuales son considerados, desde esta óptica, ‘objetivos’, en razón a que superan en su ejecución al sujeto para instaurar o fundar el ordenamiento jurídico y constituir órdenes para el Estado”. PÁEZ, op. cit., p. 253.

²¹ Idem p. 243-244.

²² Idem, p. 245.

²³ DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, p. 155-176, 2017, p. 156.

²⁴ Idem, p. 160.

²⁵ MAMEDE, Juliana Maria Borges; LEITÃO NETO, Helio das Chagas; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo enquanto instrumentos do constitucionalismo dialógico no Brasil: virtudes e limites. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 807-835, set./dez. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i3.72953, p. 811.

²⁶ PÁEZ, op. cit., p. 247.

para garantizar los derechos;

(iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado;

(iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos;

(v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante;

(vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial²⁷.

Essas e as demais decisões proferidas na Colômbia, ao declararem o estado de coisas inconstitucional, não apenas buscavam dar executoriedade às petições individuais daqueles que iniciaram o processo, mas também dar “ordens complexas” destinadas às autoridades responsáveis pelas políticas públicas em questão, com vistas a dar resposta estrutural às violações de direitos fundamentais²⁸. Para além disso, continham mandamentos de supervisão das ações, através das chamadas “decisões de seguimento”²⁹.

Esse modelo foi importado, com algumas adaptações³⁰, pelo Supremo Tribunal Federal, na decisão cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, em 2015, declarando o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro. A ação foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com base nos resultados de Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o tema, conduzida pela Câmara dos Deputados entre 2007 e 2009, bem como em estudos da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro³¹, que vislumbrou a possibilidade de aplicação da doutrina colombiana diante das violações sistemáticas de direitos humanos sofrida pela população carcerária³².

Cautelarmente, os autores fizeram oito pedidos: aos juízes e tribunais, que motivassem suas decisões de não aplicação de medidas cautelares alternativas; que começassem a realizar, em 90 dias,

²⁷ MAMEDE; LEITÃO NETO; RODRIGUES; op. cit., p. 813.

²⁸ PÁEZ; op. cit., p. 249.

²⁹ MAMEDE; LEITÃO NETO; RODRIGUES; op. cit., p. 812.

³⁰ Mamede, Leitão Júnior e Rodrigues, citando Carlos Alexandre de Azevedo Campos resumem os seis pressupostos de aplicação do ECI, enumerado pela Corte colombiana, em quatro, quais sejam: “(i) um quadro de violação grave, massiva e sistemática de direitos fundamentais que alcança um número alto e indeterminado de pessoas; (ii) a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas na tutela dos direitos fundamentais, que pode se manifestar nas omissões legislativas, na falta de priorização política do enfrentamento de circunstâncias de relevo para tal estado, em políticas públicas inexistentes ou ineficazes ou mesmo na ausência de coordenação eficaz de ações tendentes a eliminar o quadro de violação dos referidos direitos; (iii) a necessidade de atuação conjunta e coordenada de órgãos e entidades públicas para a superação do quadro de inconstitucionalidades; e, (iv) o provável congestionamento judicial provocado pelo ajuizamento isolado de ações tendentes à preservação dos direitos fundamentais violados individualmente considerados”. Idem, p. 816.

³¹ Idem, p. 819.

³² MACHADO, Maíra Rocha. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 631-664, maio/ago. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i2.60692, p. 639.

audiências de custódia; que considerassem o quadro do sistema carcerário no momento da aplicação e execução das penas; que utilizassem o recurso das penas alternativas à prisão; que diminuíssem o lapso temporal para fruição de benefícios penais quando as condições de cumprimento de pena fossem degradantes; aos juízes de execução penal, que diminuíssem o tempo de prisão quando cumprida em estabelecimentos com condições degradantes; ao Conselho Nacional de Justiça, que coordenasse mutirão carcerário; e à União, que liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional³³. Ainda, em definitivo, pediu a elaboração de um plano nacional, pelo Executivo, para superação do ECI³⁴.

Apesar de apenas dois dos oito pedidos cautelares terem sido deferidos³⁵ (os relativos às audiências de custódia e ao Fundo Penitenciário Nacional), e não haver, até o momento, finalização do julgamento de mérito³⁶, o STF, cautelarmente, declarou o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário nacional, estabelecendo uma “nova modalidade de inconstitucionalidade no Direito brasileiro”³⁷.

Do ponto de vista do cabimento da declaração do ECI neste caso, o Ministro Marco Aurélio entendeu pela existência de bloqueios institucionais que impediam o avanço das soluções ao sistema carcerário brasileiro, em especial dois: a sub-representação parlamentar da população carcerária, impedida de votar, e a impopularidade deste grupo, minoria socialmente desprezada, ao qual não são destinados os gastos públicos prioritários. Nesse contexto, caberia a atuação excepcional da Corte³⁸.

Com relação aos pressupostos para declaração do ECI, Mamede, Leitão Neto e Rodrigues apontam que todos foram considerados cumpridos pelo STF. Quanto à existência de uma violação grave e massiva de direitos fundamentais, a documentação apresentada na ADPF demonstra as condições cruéis e degradantes vividas pela população carcerária. Sobre a omissão reiterada das autoridades públicas em resolver o problema, esta pode ser demonstrada pela ausência de coordenação institucional eficaz, pelo excesso de prisões provisórias decretadas e pelos cumprimentos de pena além do tempo previsto.

Quanto à necessidade de ação conjunta dos diferentes poderes de Estado, entendeu-se que a complexidade da questão era pautada na ausência de “fóruns interinstitucionais articulados de forma eficaz”³⁹. Por último, sobre o provável congestionamento do judiciário na ausência de uma decisão

³³ MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 2, 2019, e1916. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201916>, p. 7-8.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição Inicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347**. Rio de Janeiro, 26 de maio de 2015. Disponível em: www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf. Acesso em: 30 jul. 2023; MACHADO; op. cit., p. 644.

³⁵ Quanto aos pedidos indeferidos, há ressalvas dos Ministros pontuando a determinação legal, já existente, de que o judiciário tome medidas, por exemplo, de motivação de decisões; do cabimento de análise desses pedidos quando da decisão definitiva; bem como da impossibilidade de o judiciário fugir das prescrições legais (como no caso dos parâmetros para progressão de regime).

³⁶ O julgamento do mérito foi iniciado em maio de 2021, por meio de plenário virtual, com o voto do Relator, Ministro Marco Aurélio. Entretanto, logo foi paralisado, por um pedido de vistas do Ministro Roberto Barroso. LUIZ, Bruno. Pedido de vista do STF suspende julgamento sobre violações de direitos. **CNN**, mai. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/pedido-de-vida-suspende-julgamento-sobre-violacoes-de-direitos-em-penitenciaria/>. Acesso em: 12 jul. 2023. Até o momento de escrita deste artigo o julgamento segue suspenso.

³⁷ MAGALHÃES; op. cit., p. 5.

³⁸ Idem, p. 6.

³⁹ MAMEDE; LEITÃO NETO; RODRIGUES; op. cit., p. 820.

estrutural, considerou-se a grande quantidade de pessoas presas no Brasil em situação de violação de direitos.

Maíra Machado⁴⁰ entende que a declaração do ECI neste caso traz uma nova possibilidade de “impulsionar a concretização das normas que garantem os direitos fundamentais dos acusados e das pessoas em privação de liberdade”, através do reconhecimento da responsabilidade conjunta de diversos entes estatais e da necessidade de implementação de políticas complexas de curto, médio e longo prazo. Apesar disso, autores mensuram como tímidos os resultados da decisão, que ainda não teve seu mérito apreciado, bem como a criticam em diversos âmbitos.

4. Desdobramentos a partir do reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” brasileiro

A decisão proferida na ADPF 347 representa uma tendência ativista do judiciário e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à efetivação do “direito de minorias” e diante das omissões estatais. Essa posição é afirmada pelos ministros em seus votos, quando justificam sua atuação no caso, afastando eventual argumento de violação da separação entre poderes. Nesse sentido, os votos tratam da “falta de coordenação institucional”⁴¹ na gestão das políticas penitenciárias e na aplicação da lei, da necessidade de “tornar efetiva a implementação de políticas públicas”⁴², as quais necessitam da atuação de um poder contramajoritário que supere os “bloqueios políticos insuperáveis”⁴³.

Como característica dessa posição ativista, em situações como essa, o judiciário é chamado a decidir para além dos casos individuais, passando a pensar em estruturas. Para tanto, o poder de coerção do judiciário a partir das decisões é compatibilizado com a necessidade de diálogo entre as esferas públicas, com o objetivo de coordenação. Essa necessidade é reconhecida, por exemplo, no voto do Ministro Luiz Fux, quando ele trata da postura das cortes constitucionais em favor de um “ativismo judicial-dialógico”⁴⁴ para implementação de direitos fundamentais⁴⁶.

Nesse espaço de diálogo, os votos mencionam algumas das funções às quais o STF é chamado a assumir. Em respeito à separação dos poderes, não caberia ao tribunal definir o conteúdo das políticas carcerárias, mas sim coordenar os esforços, com o oferecimento de parâmetros e objetivos “a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente”⁴⁷. Para além disso, um dos papéis do STF afirmados por Fux é o de proferir decisões “pedagógicas”, em que constem textualmente “aquilo que os

⁴⁰ MACHADO; op. cit., p. 637.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. Publicado em: 19 fev. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 30 jun. 2023, p. 26.

⁴² Idem, p. 151.

⁴³ Idem, p. 35.

⁴⁴ Idem, p. 113.

⁴⁵ Mamede, Leitão Neto e Rodrigues, citam o conceito de constitucionalismo dialógico de Gargarella para discutir o tema. Este seria “uma releitura do sistema de freios e contrapesos [...] no sentido da institucionalização de um diálogo entre iguais a ser desenvolvido entre os poderes estatais”. Mamede, Leitão Neto e Rodrigues, op. cit., p. 824.

⁴⁶ Apesar desse reconhecimento, alguns autores, quando analisam a decisão, mencionam a ausência de autocritica do STF com relação ao papel do poder judiciário no problema, especialmente diante dos vários pedidos direcionados a este poder, e que foram negados pelos Ministros. Idem, p. 816; MACHADO, op. cit., p. 647-648.

⁴⁷ BRASIL, **Acórdão**, op. cit., p. 36.

juízes devem fazer e não estão fazendo”⁴⁸.

[...] nós deparamos diuturnamente, nas Turmas, com prisões sem fundamentação, prisões mal decretadas e todas essas perplexidades que foram narradas na ação de descumprimento de preceito fundamental. Então, o fato de haver uma lei que obriga o juiz a motivar, que o obriga a proceder dessa maneira, não esvazia a ação de descumprimento de preceito fundamental; pelo contrário, nós estamos reconhecendo esse "estado de coisas inconstitucional", exatamente porque os juízes não motivam, eles não fundamentam as suas prisões.

Por outro lado, no meu modo de ver, a jurisdição constitucional não se esgota só nas ponderações de valores e, às vezes, até na técnica de subsunção de um caso à lei. Eu entendo que a Suprema Corte, que é a última palavra do Judiciário - quer queira ou quer não, está previsto na Constituição - tem que ter um efeito pedagógico. Assim, por exemplo, nas Turmas, nós já chegamos a discutir sobre a necessidade de nós municiarmos a Justiça de um conhecimento técnico para que ela possa fundamentar suas decisões, para que ela possa aplicar as medidas alternativas, para que possa haver essa vigília constante em relação ao sistema penitenciário⁴⁹.

Essa fala, combinada com os desdobramentos posteriores da decisão, a serem analisados em seguida, bem como a repercussão alcançada pela proclamação do estado de coisas inconstitucional, evidencia o seu caráter simbólico. Maíra Machado⁵⁰ fala da “força comunicativa da declaração” do STF, ao nomear e reconhecer um problema complexo e negligenciado. Entretanto, como menciona o Ministro Teoria Zavascki, é importante que se ultrapasse o plano simbólico ou retórico para produzir efetividade prática⁵¹. Esta última, entretanto, parece não ter sido plenamente alcançada.

Segundo levantamento realizado no final de 2022 e publicado no 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública⁵², o Brasil possui aproximadamente 832.295 presos, sendo 25,3% desses provisórios. O perfil da população prisional segue composto predominantemente por jovens (43,1%) e negros (68,2%), reproduzindo padrões discriminatórios característicos do racismo estrutural⁵³.

No tocante às causas que ensejaram o reconhecimento do quadro de violação generalizada de direitos fundamentais relacionadas à “dignidade, higidez física e integridade psíquica” dos presos⁵⁴, pouco avançamos após a decisão cautelar do STF. A superlotação carcerária, a precariedade das instalações e a incipiência no acesso de presos a direitos como saúde, educação e trabalho persistem, caracterizando-se o cumprimento das penas privativas de liberdade no país como “tratamento degradante, ultrajante e indigno”⁵⁵.

Contudo, embora o cenário que ensejou o reconhecimento do ECI não tenha se alterado significativamente, alguns desdobramentos merecem a nossa atenção, pois, a partir do julgamento das cautelares pleiteadas na ADPF 347, observamos uma série de medidas que, embora tímidas, produziram impactos nas estatísticas de nosso sistema de justiça criminal.

No julgamento realizado pelo STF em setembro de 2015, o colegiado analisou oito pedidos. O

⁴⁸ Idem, p. 115.

⁴⁹ Idem, p. 114.

⁵⁰ MACHADO, op. cit., p. 633.

⁵¹ BRASIL, **Acórdão**, op. cit., p. 79.

⁵² FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; op. cit.

⁵³ ALMEIDA, Sílvia. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.

⁵⁴ BRASIL, **Acórdão**, op. cit., p. 24.

⁵⁵ BRASIL, **Acórdão**, op. cit., p. 25.

primeiro deles reivindicava a determinação de que todos os juízes e tribunais, no caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (CPP).

Em geral, a Corte entendeu que “não era necessário reforçar algo já previsto na legislação”⁵⁶, haja vista a existência do princípio da motivação das decisões judiciais. Posteriormente, com a entrada em vigor da lei 13.964/19 (Lei Anticrime), houve o acréscimo, na redação do art. 282 do CPP, de um parágrafo que prevê que

[...] a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

Assim, a necessidade de justificativa para a prisão preventiva, bem como para a não aplicação de medida cautelar diversa da prisão tornou-se regra taxativamente prevista na legislação processual penal.

Ainda no tocante às medidas cautelares, na petição inicial da ADPF requereu-se que o STF, ao reconhecer que a pena é “sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica”, determine que “os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão”⁵⁷. Ademais, que magistrados “considerem o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implementação de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal”⁵⁸. Tais pedidos também foram cautelarmente indeferidos pela Corte, sob o argumento de que “não era necessário reforçar algo já previsto na legislação, e que [o STF] não poderia criar novo critério de ação para o Judiciário”⁵⁹.

Embora tenha ocorrido um aumento na população prisional de 2015 a 2022 (de 698,6 mil para 832,2 mil), as estatísticas recentes sobre o sistema carcerário explicitam que “apenas um em cada cinco sentenciados cumpre penas alternativas” no país⁶⁰.

De acordo com o Painel do SEEU, que reúne cerca de 70% dos processos de execução penal do país (apenas São Paulo ainda não aderiu à plataforma), há registro de 268,4 mil sentenciados cumprindo penas alternativas dentre os 1,26 milhão de processos de execução penal ativos⁶¹.

Contudo, houve uma expansão no uso do monitoramento eletrônico, tido por parcela do judiciário como alternativa ao encarceramento apta a reduzir custos do Estado. Em 2017, cerca de 98,9% dos presos cumpriam pena em celas físicas e 0,1% em monitoramento eletrônico. Em 2022, as estatísticas saltaram para 88,9% (celas físicas) e 11,1% (monitoramento eletrônico)⁶². A nosso ver, a expansão dessa espécie deve ser problematizada, pois percebe-se que o aumento do uso de monitoração eletrônica não

⁵⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O sistema prisional brasileiro fora da Constituição** – 5 anos depois. Balanços e projeções a partir do julgamento da ADPF 347. Jun. 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf Acesso: 20 jul. 2023, p. 38.

⁵⁷ BRASIL, **Petição Inicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347**, op. cit., p. 69.

⁵⁸ Idem, p. 69.

⁵⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, op. cit., p. 38.

⁶⁰ Idem, p. 39.

⁶¹ Idem, p. 39.

⁶² Idem, p. 39.

interfere nas dinâmicas de redução da população prisional.

[...] ao mesmo tempo em que esse expediente eletrônico preserva da privação de liberdade degradante, essa modalidade de cárcere impõe uma rotina de sobrevivência que impacta diretamente na autonomia, trazendo marcas simbólicas que estigmatizam a condição da pessoa encarcerada. Thula Pires faz uma analogia dessa nova tecnologia com o ferro quente, que coisifica o sujeito marcado, colocando em relevo o controle racial dos corpos⁶³.

Em geral, as condições das instalações prisionais brasileiras foram descritas na ADPF como insalubres e inadequadas à existência humana. Destacou-se aspectos como o não fornecimento (ou fornecimento em quantidade insuficiente) de camas, colchões, água quente para banho e produtos de higiene pessoal. Ademais, há registros de torturas, de utilização abusiva de instrumentos de coação e de sanções disciplinares, de falhas graves em relação à separação de presos e de inobservância das especificidades dos grupos vulneráveis. Em termos estruturais, faltam espaços adequados para a prática esportiva, banho de sol e estudos⁶⁴. Para além da necessidade de aumentar a concessão de cautelares e a fixação de penas alternativas à prisão, tal cenário ensejou a formulação de outros dois pedidos cautelares. Requereu-se também que o STF:

[...] Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.

[...] Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção⁶⁵.

Ambos os pedidos foram negados cautelarmente, pois entendeu-se que o colegiado não poderia criar ou modificar critérios legais – como o abrandamento dos requisitos temporais e as compensações punitivas – sem previsão na Lei de Execução Penal.

As compensações punitivas partem da premissa fundamental de que o tempo de prisão em condições abusivas ou ilegais não é igual nem pode equivaler ao tempo de prisão sem abusos ou ilegalidades. Assim, no cumprimento de uma pena devem ser considerados não apenas aspectos quantitativos, tal como o tempo de cumprimento fixado e cumprido, mas também aspectos qualitativos, como as vivências no cárcere.

Para Eugênio Raúl Zaffaroni⁶⁶, ao constataremos que pessoas, por estarem presas, são submetidas a violações de direitos humanos, maus tratos, desaparecimentos forçados ou penas cruéis, desumanas e

⁶³ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, op. cit., p. 313.

⁶⁴ BRASIL, *Petição Inicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347*, op. cit., p. 36-37.

⁶⁵ BRASIL, *Petição Inicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347*, op. cit., p. 69.

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Las penas crueles y la double punición. In: VACANI, Pablo Andrés (coord.). *La medida del castigo: el deber de compensación por penas ilegales*. 1a ed. Buenos Aires: Ediar, 2012.

degradantes, o silenciamento em relação às possibilidades de compensação implicam em um maior sofrimento da pessoa vitimizada, bem como em uma banalização da situação de violência.

Em geral, o autor observa que argumentos como a ausência de previsão legal nos ordenamentos jurídicos nacionais são amplamente utilizados para interditar o debate sobre as compensações punitivas, devendo ser considerados inadmissíveis. Sobre a ausência de previsão nas legislações, Zaffaroni defende que devemos reconhecer também como fontes do direito os princípios constitucionais e as legislações internacionais sobre direitos humanos. Uma postura de indiferença frente a uma pena cruel ou uma tortura representa lesão aos direitos individuais da pessoa vitimizada, que passa a ser alvo de uma dupla punição.

Após o julgamento cautelar da ADPF, mesmo com o indeferimento dos pedidos, observamos decisões que abriram precedentes para viabilizar o reconhecimento das compensações punitivas no país em alguns estabelecimentos prisionais:

Em novembro de 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proibiu o ingresso de novos presos no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Complexo Penitenciário de Bangu, e no Complexo do Curado, bem como determinou o cômputo em dobro de cada dia de privação de liberdade cumprido nas referidas unidades prisionais — salvo para os casos de crimes contra a vida ou a integridade física e de crimes sexuais. Em recente e importante decisão, o STJ⁶⁷ aplicou a resolução da Corte IDH para determinar a contagem em dobro de todo o período de pena cumprida em situação degradante por um interno do IPPSC, a partir da interpretação mais favorável ao indivíduo⁶⁸.

Embora os precedentes jurisprudenciais possam ser considerados um avanço no tema — pois pela primeira vez o STJ determinou que penas fossem computadas em dobro em razão das condições objetivas de encarceramento —, destaca-se que as tendências político-criminais posteriores ao julgamento são de recrudescimento dos lapsos temporais para a progressão de regime e o acesso a outros benefícios da execução penal.

No legislativo, com a reforma ocorrida a partir da Lei Anticrime, houve o aumento do tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade de 30 para 40 anos e a alteração das regras para progressão de regime, chegando, em alguns casos, a aumentar para 70% o tempo necessário de cumprimento da pena para poder progredir.

A norma introduziu mudanças no artigo 112 da LEP e ampliou o rol taxativo trazido no artigo 1º da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), com efeitos na progressão de regime. Considerando o perfil da população prisional por tipo penal, segundo os dados do Infopen de 2020, cerca de 51,4% dos presos serão impactados por essas mudanças. Calcula-se que ela aumentará, em média, aproximadamente três anos do tempo para progressão de regime, com efeitos na ressocialização desses indivíduos e considerável impacto econômico⁶⁹.

Outro pedido cautelar formulado foi o de que o STF “determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de

⁶⁷ STJ. RHC nº 136.961, Decisão Monocrática, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 30/04/2021.

⁶⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, op. cit., p. 40.

⁶⁹ Idem, p. 55.

liberdade”⁷⁰. Sobre o tema, a Corte entendeu que o pedido estava prejudicado, pois já existe uma política consolidada do órgão sobre mutirões desde 2008. Ademais, a partir de 2019, com a expansão do Sistema Eletrônico de Execução Unificada (SEEU), tornou-se possível a realização de mutirões virtuais, bem como reduziu-se a frequência de processos “com penas e benefícios vencidos, uma vez que o sistema faz cálculos e alertas aos magistrados a partir da legislação em vigor”⁷¹.

Em termos práticos, os maiores desdobramentos da ADPF 347 até o momento estão relacionados com dois pedidos cautelares deferidos pelo STF, quais sejam: a implementação das audiências de custódia no país e o descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen).

As audiências de custódia começaram a funcionar gradualmente no país a partir de 2015, por meio de acordos firmados entre o CNJ, o Ministério da Justiça, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa e poderes públicos locais⁷². Trata-se de um projeto fundamental para a redução do encarceramento provisório e da violência institucional, uma vez que possibilita o contato direto do preso em flagrante com um juiz de direito logo após sua prisão, no prazo máximo de 24 horas. Tal iniciativa busca dar efetividade às disposições expressas do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos sobre o direito de toda pessoa presa de ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou de autoridade com poderes similares.

Em 2021, após 6 anos de funcionamento, estima-se que as audiências de custódia tenham sido um fator relevante para a redução em 11% da taxa de presos provisórios no país. Contudo, embora tal instituto seja de primordial importância para o enfrentamento do uso abusivo da prisão provisória e da persistência da tortura e de outras formas de tratamento degradante, alguns pontos problemáticos merecem ser enfrentados:

- a) Persistência de um elevado número de decisões que decretam prisão preventiva e que utilizam o argumento da garantia da ordem pública como base jurídica.
- b) Número diminuto de decisões que relaxam as prisões em flagrante, sugerindo baixa capacidade de controle da legalidade dessas prisões e, consequentemente, de parte da ação policial.
- c) A prevalência dos elementos escritos no auto de prisão em flagrante sobre aqueles discutidos em audiência sugere baixa adesão às potencialidades da oralidade impressa ao instituto.
- d) Quando o assunto é tortura, verifica-se que em muitos estados os Institutos Médico-Legais (IMLs) não conseguem garantir o envio imediato dos laudos traumatológicos às audiências de custódia; é frequente a presença de policiais dentro das salas de audiência; não existem protocolos interinstitucionais para garantir o registro e o encaminhamento dos casos em que custodiados narram terem sido torturados ou passado por outro tipo de tratamento degradante ou desumano. [...]
- e) O alto nível de vulnerabilidades a que está sujeita a maior parte dos custodiados demanda um maior envolvimento do Poder Judiciário com a Rede de Proteção Social e de Saúde, o que torna necessária a implementação de um atendimento psicossocial prévio às audiências, além do fortalecimento dos atendimentos realizados

⁷⁰ BRASIL, *Petição Inicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347*, op. cit., p. 71.

⁷¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, op. cit., p. 41.

⁷² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, op. cit., p. 27.

posteriormente pelas Centrais Integradas de Alternativas Penais.

f) É fundamental estabelecer espaços e fluxos específicos para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher⁷³.

Ademais, devido à pandemia de COVID-19, tais audiências passaram a ocorrer de forma virtual no país, o que intensificou as problemáticas acima expostas, pois virtualmente, não é possível ter acesso às comunicações não verbais do preso (gestos, posturas, olhares, etc.). Além de o acusado poder se sentir intimidado a falar sobre eventuais abusos, estudos empíricos evidenciam que o ângulo de uma câmera pode modificar substancialmente a percepção do receptor da mensagem⁷⁴. Em geral, empobrece-se a capacidade de comunicação do acusado e, conseqüentemente, a de percepção do julgador.

Considerando o encerramento do período pandêmico, a resolução nº 357/2020 do CNJ, que autorizava a realização virtual de tais audiências, foi revogada, e o órgão tem ordenado aos Tribunais que regulamentem o retorno das atividades de modo presencial⁷⁵. Contudo, faz-se necessário uma pesquisa mais aprofundada para obter informações sobre como o retorno tem se dado em cada localidade do país.

Por fim, na ocasião do julgamento da ADPF, observou-se a existência de um saldo de R\$ 2,2 bilhões do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) contingenciados no orçamento da União. Extrai-se por parte dos ministros uma crença de que “a aplicação da verba poderia ser um dos fatores para a superação do estado de coisas inconstitucional, tanto com a construção de mais vagas para o alívio imediato da superlotação, quanto para melhor desempenho do poder público na gestão das unidades prisionais”⁷⁶.

O Relatório Funpen e Prevenção à Tortura, elaborado pelo Ministério de Direitos Humanos⁷⁷ descreve que:

O descontingenciamento do FUNPEN desenvolveu-se rapidamente no final do ano de 2016. No espaço de 11 dias, uma Medida Provisória foi editada, uma portaria de regulamentação publicada, 25 entes federativos elaboraram e submeteram termos de adesão e cerca de 1,12 bilhão de reais foram repassados aos fundos penitenciários estaduais.

Embora tenha votado favoravelmente ao descontingenciamento, o Ministro Teori Zavaski realizou a seguinte ressalva em seu voto: “Não adianta liberar os recursos orçamentariamente, se não há como aplicá-lo por falta de projetos”⁷⁸. Em geral, a Corte evitou se posicionar sobre como os recursos deveriam ser aplicados, embora tenha aventado a possibilidade de construção de novos presídios, a

⁷³ VALENÇA, Manuela Abath. Audiências de custódia por videoconferência: um caso bem-sucedido? **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 19, e2325, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202325>. Acesso: 30 jul. 2023, p. 5-6.

⁷⁴ VALENÇA, op. cit.

⁷⁵ RODAS, Sergio. CNJ ordena que tribunais retomem audiências de custódia presenciais. In: <https://www.conjur.com.br/2022-set-20/cnj-ordena-tribunais-retomem-audiencias-custodia-presenciais>. **CONJUR**, 20 set. 2022. Acesso: 30 jul. 2023.

⁷⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; op. cit., p. 31.

⁷⁷ BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), 2017. **Relatório Temático: FUNPEN e Prevenção à Tortura - As ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil**. Disponível em: <https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2019/09/funpen.pdf> Acesso: 30 jul. 2023, p. 5.

⁷⁸ BRASIL, **Acórdão**, p. 97.

realização de reformas nas unidades prisionais e o fomento de projetos de “ressocialização”⁷⁹.

Na discussão sobre o dispêndio de recursos pelo Estado para resolução do “estado de coisas inconstitucional”, o Ministro Barroso fala, ainda, da configuração de um sistema “mais duro e eficiente”⁸⁰. Ao mesmo tempo, a resolução do problema, para outros ministros, perpassa discussões como a privatização de presídios, através de parcerias público-privadas, amplamente criticadas, entre outros motivos, por serem um projeto de mercantilização das pessoas presas⁸¹.

Nesse sentido, a eficiência que os Ministros buscam parece fomentar a lógica de superencarceramento, mantendo o projeto desumanizador que caracteriza o sistema penitenciário brasileiro. Como apresentam Thula Pires e Ana Flauzina⁸², o problema central do encarceramento é apenas contornado na decisão, pensando-se apenas em alternativas ao estado degradante dos presídios atuais, em favor de novas formas de privação de liberdade.

Pesquisas que analisaram a transferência dos recursos descontingenciados apontam que deixou-se “a cargo dos estados a definição da destinação dos recursos sem um acompanhamento mais detalhado por parte do órgão de repasse”⁸³. Nota-se que

[...] 63,1% dos recursos foram destinados à construção de vagas e ao aprimoramento de infraestrutura em estabelecimentos penais, enquanto 10,6% foram para o item ‘racionalização e modernização do sistema penal’. Apenas 9% desses recursos foram destinados, somados, a políticas de saúde, trabalho, egressos e alternativas penais – fundamentais para o enfrentamento imediato das causas do estado de coisas inconstitucional sob a perspectiva das pessoas privadas de liberdade, seus familiares e funcionários⁸⁴.

O entendimento de que a questão carcerária é ignorada pelos poderes por se tratarem os presos de “minorias políticas”, deixa escapar que este é um projeto de precarização de “vidas indesejáveis”⁸⁵, que não será superado com o maior e mais eficiente dispêndio de recursos.

A incapacidade do STF em lidar de forma imbricada com as violações sistemáticas que ocorrem nas unidades prisionais revela, entre outras coisas, a reprodução de um olhar institucional que reduz e reforça os estigmas sobre as pessoas que vivenciam os horrores do cárcere a partir de posicionalidades sociais que se distanciam do modelo de sujeito de direito eleito⁸⁶.

O STF, ao reconhecer e atribuir o status de “inconstitucional” ao sistema carcerário brasileiro, adota uma abordagem de jurisdição constitucional ativista sobre o tema. E se considerarmos o cenário

⁷⁹ Idem, p. 40.

⁸⁰ BRASIL, *Acórdão*, p. 70.

⁸¹ Dentre os documentos e publicações produzidos sobre o tema, destacamos a Nota Técnica sobre a Proposta de Privatização dos Presídios em São Paulo, escrita em conjunto por diversas entidades e que pode ser acessada através do link: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2019/05/NOTA-T%C3%89CNICA-PRIVATIZA%C3%87%C3%83O-DOS-PRES%C3%8DDIOS-EM-S%C3%83O-PAULO-final.pdf>.

⁸² FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. *Revista Direito e Práxis*, v. 11, n. 2, p. 1211-1237, 2020, p. 1223.

⁸³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; op. cit., p. 31.

⁸⁴ Idem, p. 32.

⁸⁵ CASARA, Rubens Roberto Rebello. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

⁸⁶ FLAUZINA; PIRES; op. cit., p. 1225.

de encarceramento em massa⁸⁷, bem como as massivas violações de direitos humanos em nossas prisões, é consensual a necessidade de políticas públicas de redução de danos. Contudo, a Corte segue reproduzindo a crença de que o sistema prisional - estruturalmente racista e seletivo - pode servir como instrumento de “ressocialização”, devendo para isso ser corrigido e melhorado.

A nosso ver, em vez de investir na expansão da incidência do sistema penal - pela criação de novas vagas, construção de mais presídios e da vigilância por meio de monitoramentos eletrônicos - urge a adoção de políticas de desencarceramento, pautadas em tópicos como a) suspensão de qualquer verba voltada para a construção de novas unidades prisionais ou de internação; b) exigência de redução massiva da população prisional e das violências produzidas pela prisão; c) alterações legislativas para a máxima limitação da aplicação de prisões preventivas; d) ampliação das garantias da Lei de Execução Penal; e) abertura do cárcere e criação de mecanismos de controle popular; f) proibição da privatização do sistema prisional; g) prevenção e combate à tortura; dentre outros⁸⁸.

4. Conclusão

A Constituição brasileira de 1988 apresenta um rol de direitos fundamentais (individuais e sociais) que esboçam os rumos de um projeto jurídico e político que se constrói com fundamento na dignidade da pessoa humana. Não é à toa que diversos julgados emblemáticos, especialmente nos tribunais superiores, utilizam desse pressuposto para fundamentar decisões que visam não apenas cessar violações de direitos, ou aplicar a norma constitucional, mas direcionar as políticas públicas de determinados setores.

A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 347 é um bom exemplo disso. Também pautada na dignidade humana dos agora mais de oitocentos mil presos brasileiros, reconhecendo as previsões constitucionais e convencionais que garantem direitos básicos a essa população, e evidenciando seu *status* de esquecimento, declara o estado de coisas inconstitucional de nosso sistema penitenciário.

Tal posicionamento, importado da Corte Constitucional Colombiana - a qual, anos antes, também reconheceu o mesmo estado de coisas para seu próprio sistema penitenciário - foi muito aplaudido e referenciado em pesquisas e documentos sobre o tema, uma vez que confirma aquilo que já era constatado há décadas pelas Ciências Criminais, dando caráter de “oficialidade” para esses discursos críticos.

A ADPF também é simbólica para demonstrar o protagonismo do judiciário - e do STF - nesse tema, tanto se levarmos em conta o conteúdo dos votos dos ministros, quanto se considerarmos os pedidos do impetrante, a maioria deles direcionados a esse poder. Em seus votos, os ministros tratam da necessidade de atuação do STF como o coordenador de um diálogo interinstitucional com os demais poderes, com a tarefa de definir as direções e os limites das políticas públicas para o sistema carcerário.

⁸⁷ BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?** Belo Horizonte: Letramento; Justificando, 2018.

⁸⁸ A descrição completa dos pontos sugeridos na Agenda Nacional pelo Desencarceramento pode ser consultada em: https://desencarceramento.org.br/wp-content/uploads/2018/06/AGENDA_PT_2017-1.pdf. Acesso: 28 jul. 2023.

Esse protagonismo assumido pela corte, bem como a função enunciada por seus ministros, no entanto, não parecem ter sido acompanhados de um diálogo profícuo com os demais poderes. Se o STF reconhece o estado de coisas inconstitucional e a necessidade de promoção de direitos à população presa, o legislativo tem respondido com leis de conotação mais punitivista, como é o caso das alterações promovidas pela Lei Anticrime à LEP, enrijecendo as frações de progressão de regime. Também se observa a postura do Executivo, de aplicação das verbas do Funpen para construção de mais penitenciárias, e do próprio Judiciário, ao burlar a obrigatoriedade das audiências de custódia no período pandêmico.

Por outro lado, a constatação genérica da realidade do sistema prisional nacional, por meio do rótulo da inconstitucionalidade, por mais poderoso que o termo possa ser em níveis simbólicos, não veio acompanhada de uma análise crítica sobre a estrutura do sistema e de sua existência enquanto um projeto de exclusão. As respostas trazidas pelos ministros, em favor de maior “eficiência e rigor”, do uso de tornozeleiras eletrônicas, da opção pela privatização, reforçam a aposta no encarceramento e no controle, em detrimento de projetos de desencarceramento e promoção de vias alternativas.

Questionamos, assim, se esse é o caminho que nos levará ao alcance dos objetivos constitucionais enunciados em 1988 e o consequente fim do estado de coisas inconstitucional de nosso sistema penitenciário. Os desdobramentos da ADPF 347, importante marco na discussão do tema, são dúbios, demonstrando avanços tímidos acompanhados de retrocessos, apontando um caminho ainda longo e tortuoso de manutenção do *status* declarado pelo STF.

Referências

- AGENDA NACIONAL PELO DESENCARCERAMENTO. 2016-2017. Disponível em: https://desencarceramento.org.br/wp-content/uploads/2018/06/AGENDA_PT_2017-1.pdf. Acesso: 30 jul. 2023.
- ALMEIDA, Sílvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.
- BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?** Belo Horizonte: Letramento; Justificando, 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. Publicado em: 19 fev. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 30 jun. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição Inicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347**. Rio de Janeiro, 26 de maio de 2015. Disponível em: www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf. Acesso em: 30 jul. 2023.
- BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), 2017. **Relatório Temático: FUNPEN e Prevenção à Tortura - As ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil**. Disponível em: <https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2019/09/funpen.pdf>. Acesso: 30 jul. 2023.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal. Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 13 dez. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 12 jul. 2023.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

- CASARA, Rubens Roberto Rebello. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois**. Balanços e projeções a partir do julgamento da ADPF 347. Jun. 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf Acesso: 20 jul. 2023.
- CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, p. 155-176, 2017.
- FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. **Revista Direito e Práxis**, v. 11, n. 2, p. 1211-1237, 2020.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública** [livro eletrônico] / Fórum Brasileiro de Segurança Pública. – São Paulo: FBSP, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/> Acesso: 30 jun. 2023.
- LUIZ, Bruno. Pedido de vista do STF suspende julgamento sobre violações de direitos. **CNN**, mai. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/pedido-de-vista-suspende-julgamento-sobre-violacoes-de-direitos-em-penitenciaria/>. Acesso em: 12 jul. 2023.
- MACHADO, Máira Rocha. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 631-664, maio/ago. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i2.60692.
- MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 2, 2019, e1916. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201916>.
- MAMEDE, Juliana Maria Borges; LEITÃO NETO, Helio das Chagas; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo enquanto instrumentos do constitucionalismo dialógico no Brasil: virtudes e limites. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 807-835, set./dez. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i3.72953.
- PÁEZ, Nicolás Augusto Romero. La doctrina del estado de cosas inconstitucional en Colombia: novedades del neoconstitucionalismo y “la inconstitucionalidad de la realidad”. **Derecho Público Iberoamericano**, nº 1, p. 243-264, octubre 2012.
- REYES, Manuel Aragón. Dos problemas falsos y uno verdadero: “neoconstitucionalismo”, “garantismo” y aplicación judicial de la Constitución. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n. 29, p. 3-25, julio-diciembre 2013.
- RODAS, Sergio. CNJ ordena que tribunais retomem audiências de custódia presenciais. In: <https://www.conjur.com.br/2022-set-20/cnj-ordena-tribunais-retomem-audiencias-custodia-presenciais>. **CONJUR**, 20 set. 2022. Acesso: 30 jul. 2023.
- ROSSI, Amélia Sampaio; PAMPLONA, Danielle Anne. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: democracia e constitucionalismo em oposição ou tensão produtiva? **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 33.2, p. 13-29, jul./dez. 2013.
- SOUZA FILHO, Ademar Borges de. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão**. 2019. 700 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. Las penas crueles y la double punición. In: **La medida del castigo: el deber de compensación por penas ilegales**. VACANI, Pablo Andrés (coord.). 1a ed. Buenos Aires: Ediar, 2012.

VALENÇA, Manuela Abath. Audiências de custódia por videoconferência: um caso bem-sucedido?
Revista Direito GV, São Paulo, v. 19, e2325, 2023. [https:// doi.org/10.1590/2317-6172202325](https://doi.org/10.1590/2317-6172202325).
Acesso: 30 jul. 2023.

A Colisão entre a palavra da vítima e a Presunção de Inocência nos crimes sexuais

The collision between the victim's word and the presumption of innocence in sexual crimes

Theuan Carvalho Gomes da Silva

Doutorando e Mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Especialista em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Penal Econômico pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF). Advogado criminalista.

Jamil Gonçalves do Nascimento Junior

Doutorando em direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio Mesquita Filho - Unesp. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Paulo, Largo São Francisco, USP. Advogado.

Augusto Fargoni Bergo

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade de Araraquara. Aluno especial no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP. Pesquisador científico do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Neti-USP)

Abstract: Sexual crimes have several peculiarities, especially in the probative scope. For a reflection on the importance of the word in this type of crime, the present work specifically focused on the criminal types of rape and rape of vulnerable person. The clipping of justifies why these two offenses appear more frequently in cases submitted to the Superior Courts. Due to the criminal *modus operandi*, in this type of crime there are enormous evidentiary difficulties, ranging from the beginning of the approach with the victim's own report - even for people of his trust - in the testimony given in the pre-procedural phase, to its assessment - here already in the judicial scope -, which deserve to be punctuated. Based on the theoretical framework of the psychology of testimony, in fact, the article proposes a reflection on the epistemological complexity that can be seen in the victim's testimony, especially in the face of the presumption of innocence that must always militate in favor of the one who is subjected to criminal proceedings. The question-problem that this article intends to work on, therefore, can be posed as follows: in crimes against sexual dignity, would only the victim's word be enough to supplant the presumption of innocence?

The conclusion, supported by the theoretical development based on the bibliographic review method, allows us to conclude that no.

Keywords: Sex crimes; Presumption of innocence; Epistemology; Psychology of testimony.

Resumo: Os crimes sexuais possuem diversas peculiaridades, principalmente no âmbito probatório. Para uma reflexão sobre a importância da palavra da vítima nesse tipo de delito, o presente trabalho se debruçou, especificamente, sobre os tipos penais de estupro e estupro de vulnerável. O recorte se justifica porque esses dois delitos aparecem em maior frequência nos casos submetidos aos Tribunais Superiores. Em razão do *modus operandi* delitivo, nesse tipo de criminalidade há enormes dificuldades probatórias, que vão desde o início da abordagem com o próprio relato da vítima – até mesmo para pessoas de sua confiança - no depoimento prestado na fase pré-processual, até a sua valoração – aqui já em âmbito judicial -, que merecem ser pontuadas. A partir do referencial teórico da psicologia do testemunho, com efeito, o artigo propõe questionamentos sobre a complexidade epistemológica que se pode deduzir do depoimento da vítima, especialmente diante da presunção de inocência que deve sempre militar em favor daquele que está submetido ao processo penal. A questão-problema que o presente artigo pretende trabalhar, portanto, pode ser assim colocada: em crimes contra a dignidade sexual, apenas palavra da vítima seria suficiente para suplantar a presunção de inocência? A conclusão, amparada pelo desenvolvimento teórico a partir do método da revisão bibliográfica, nos permite concluir que não.

Palavras-chave: Crimes sexuais; Presunção de inocência; Epistemologia; Psicologia do testemunho.

1. Introdução

Os crimes sexuais possuem diversas peculiaridades. Uma das questões processuais mais controvertidas talvez esteja no âmbito probatório desse tipo de delito. Como se sabe, a palavra da vítima muitas vezes é o único ou o principal elemento valorado pelo Poder Judiciário. Como consequência, a presunção de inocência acaba sendo superada de maneira menos rigorosa nesse tipo de caso. A questão-problema que o presente artigo pretende trabalhar, portanto, pode ser assim colocada: em crimes contra a dignidade sexual, apenas a palavra da vítima seria suficiente para suplantar a presunção de inocência?

Para uma reflexão sobre a importância da palavra da vítima nesse tipo de delito, o presente trabalho se debruçou, especificamente, sobre os tipos penais de estupro e estupro de vulnerável. O recorte se justifica porque esses dois delitos aparecem mais frequentemente nos casos submetidos aos Tribunais Superiores – aqui compreendidos como STF e STJ.

É inequívoco que, em razão do *modus operandi* delitivo, pois são crimes em regra praticados na clandestinidade, nesse tipo de criminalidade há enormes dificuldades probatórias. Em regra, não há testemunhas e as vezes tampouco materialidade. Assim, as dificuldades vão desde o início da abordagem com o próprio relato da vítima – até mesmo para pessoas de sua confiança – no depoimento prestado na fase pré-processual, até a sua valoração – aqui já em âmbito judicial -, que merecem ser pontuadas e questionadas. Por isso, o referencial teórico da psicologia do testemunho se justifica para melhor compreensão da questão à luz do princípio da presunção de inocência. A partir do referencial teórico da psicologia do testemunho, portanto, o artigo propõe uma reflexão sobre a complexidade epistemológica

que se pode constatar no depoimento da vítima como único elemento para sobrepujar, superar e/ou suplantar a presunção de inocência. O que se propõe, desse modo, é um confronto com o princípio da presunção de inocência, que, como se sabe, deve sempre militar em favor daquele que está submetido à perseguição.

O objetivo específico é refletir como valorar a palavra da vítima nos delitos sexuais e qual seria o impacto desse elemento diante da presunção de inocência, que funciona como um importante filtro garantidor no processo penal. Dentre as funcionalidades da presunção de inocência, a que mais interessa a este estudo é a de se discutir a regra de juízo fático e a avaliação probatória da sentença, para o fim de se identificar em qual circunstância a palavra da vítima é valorada, pois o cenário de dificuldade probatória acaba por desenvolver um dilema político-moral: de um lado, está a palavra da vítima e a pretensão de construirmos uma sociedade que deve constituir um sistema de justiça criminal preparado para ouvir mulheres e outras vítimas de graves crimes contra dignidade sexual, acolhê-las e levar em consideração o que elas alegam; de outro lado, está a promessa de proteger garantias procedimentais fundamentais à democracia, uma vez que o estado de inocência é algo sobre o qual não se pode negociar¹.

A questão se revela importante especialmente porque recentes pesquisas indicam que a palavra da vítima foi o principal – se não o único – elemento valorado para sustentar um juízo condenatório contra a pessoa acusada de crime sexual. Recentemente, em 114 acórdãos, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento que, nos crimes de natureza sexual, a palavra da vítima já seria o suficiente para fundamentar a condenação². Tais acórdãos sugerem que o Superior Tribunal de Justiça encontrou uma saída para remediar a impunidade e o sentimento social da falta de proteção às vítimas de crimes sexuais. Entretanto, embora possa haver alguma motivação extrajurídica na defesa desse entendimento, é necessário pontuar a existência de debilidades epistêmicas que deveriam ser reduzidas por meio de uma racionalidade dogmática³.

Para a abordagem pretendida, optou-se pelo método da revisão bibliográfica, com o objetivo de refletir, mais especificamente, sobre (i) o contexto que norteia a palavra da vítima, enquanto produção da prova oral, tanto na fase pré-processual, como durante o trâmite do processo; (ii) o modo com o qual a palavra da vítima é valorada, diante de possíveis crimes sexuais; (iii) se a presunção de inocência pode ser superada, nesses casos, sem outros elementos a corroborar a palavra da vítima.

1. Aportes sobre o valor da palavra da vítima em crimes sexuais

Diante do importante debate sobre o problema da verdade no processo penal, dado o limite dessa proposta, adota-se como premissa teórica que “em que pese a existência de procedimentos de otimização do processo de reconstrução histórica de fatos, o julgador e os demais atores jurídicos não podem ignorar a impossibilidade humana de descobrir a verdade.”⁴ A reconstrução histórica dos fatos, por meio do

¹ MATIDA, Janaina Roland. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero. Em Violência de Gênero.** André Nicolitt; Cristiane Brandão Augusto (org.). Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 88-89.

² MATIDA, Janaina Roland. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero. Em Violência de Gênero.** André Nicolitt; Cristiane Brandão Augusto (org.). Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 103.

³ MATIDA, Janaina Roland. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero. Em Violência de Gênero.** André Nicolitt; Cristiane Brandão Augusto (org.). Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 103.

⁴ CASARA, Rubens R. R., **Mitologia processual penal.** São Paulo: Saraiva, 2015, p. 178.

processo penal, permite, quando muito, o descortinamento de certos aspectos da verdade⁵. Por isso, conforme CASARA sustenta a partir das lições de TARUFFO, “o apropriado seria falar tanto em ‘verdade relativa’ quanto em ‘verdade objetiva’”⁶.

Nesse sentido, conforme a perspectiva de LAGIER, um enunciado X é uma verdade processual quando, por meio dos meios processuais previstos no Direito, com suas exigências e limitações, um órgão judicial chegou ao convencimento de que é altamente provável que esse enunciado descreva um fato realmente ocorrido⁷.

Como o processo penal tem, por finalidade, legitimar o exercício do poder estatal de punir, sendo a decisão condenatória sobre a imputação penal⁸ somente possível se o conjunto probatório, constatado nos autos, for compatível com os fatos narrados no enunciado, os fatos concretos que serão objeto da prova ingressam no processo por meio da imputação⁹.

Desse modo, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, ou o querelante, ao aforar a queixa, está exercendo o direito de ação com a formulação da pretensão processual penal, pedindo ao Poder Judiciário que se pronuncie sobre os fatos e sobre a sua qualificação jurídica, em caso de juízo positivo, para que aplique a sanção adequada. Assim, quando se fizer menção à decisão sobre os fatos ou ao juízo de fato, tratar-se-á do resultado da atividade probatória que permitirá o conhecimento de fatos passados, em sua delimitação jurídico-penal¹⁰.

Impossível, nesse sentido, deixar de lado a complexidade de se atribuir certo valor (absoluto?) à palavra da vítima de crimes sexuais a partir da reconstrução do fato, durante o processo (e também antes dele) até a valoração da palavra da vítima para o fim de uma eventual condenação e a consequência disso ante o princípio da presunção de inocência.

Diante desse panorama, SZESZ assevera que o estupro é um relevante problema social, há décadas discutido no âmbito acadêmico, mas que especialmente nos últimos anos vem tendo seu interesse jornalístico aumentado e vem ganhando mais espaço nos debates públicos. Diversas pesquisas recentes têm demonstrado a dimensão social do estupro, que, por um lado, está inserido num contexto de violência física, psicológica e simbólica de gênero¹¹; e, por outro, demonstra ser um problema inserido na esfera da segurança pública.

Em estudo recente, após a análise de boletins de ocorrência das Polícias Cíveis das 27 Unidades

⁵ KIRCHNER, Felipe. A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 80/2009, p. 119-149, 2009, p. 12.

⁶ CASARA, Rubens R. R., **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 178.

⁷ BADARÓ, Gustavo H. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 125.

⁸ BADARÓ, Gustavo H. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 21.

⁹ Como assevera BADARÓ, dois esclarecimentos conceituais sobre os fatos no processo são necessários para maior precisão e correção do raciocínio a ser desenvolvido sobre a epistemologia judiciária. Os fatos que interessam ao processo não são os acontecimentos da natureza ou mesmo um agir humano sem qualquer conexão com o mundo jurídico. Um mero bocejo não interessa ao direito penal e não integrará o objeto do processo penal. Os fatos que importam para o processo penal são ações ou omissões concretas, delimitadas abstratamente por tipos penais. A dicotomia entre questões de fato em antagonismo com as questões de direito é por demais simplista, para não se dizer equivocada. Toda questão jurídica envolve matéria fática e matéria de direito. O que existe são, portanto, questões predominantemente de fato e questões predominantemente de direito. BADARÓ, Gustavo H. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 69.

¹⁰ BADARÓ, Gustavo H. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 69.

¹¹ SZESZ, André. O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade?. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 8, n. 2, p. 1007-1041, mai./ago. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.705>, p. 1.014. Acesso em: 22 mai. 2023.

da Federação, houve a constatação de um recuo nos registros de feminicídios em 2021, ao mesmo tempo em que se elevou o número de registros de estupro e estupro de vulnerável no mesmo ano. O Fórum de Segurança Pública apresentou dados em que se contabilizou 1.319 mulheres como vítimas de feminicídio no último ano, o que representa um decréscimo de 2,4% no número de vítimas, em relação aos dados de 2020, e 56.098 registros de ocorrências do crime de estupro (incluindo vulneráveis), apenas do gênero feminino, que equivalem a um crescimento de 3,7% em relação ao ano anterior¹².

Destarte, ao considerar o início da pandemia de Covid-19, em março de 2020, e os dados disponíveis até dezembro de 2021, ao menos 100.398, dentre meninas e mulheres, registraram casos de estupro e estupro de vulnerável em delegacias de polícia de todo o país.¹³

Há que se considerar, também, a extensa cifra oculta, pois segundo estimativa do IPEA¹⁴, apenas 10% dos estupros consumados chegam ao conhecimento das autoridades policiais. Por analogia aos estudos de cifra oculta já realizados, com relação a outros tipos de crime, pode-se afirmar que desses 10%, apenas uma fração chega a ter investigação instaurada e uma parcela ainda menor chega ao resultado de se ter uma denúncia oferecida¹⁵. No nível mundial, o estupro é o crime com o maior índice de subnotificação, pois somente entre 10% a 35% das vítimas de violência sexual denunciam as agressões sofridas¹⁶.

É por isso que, pela perspectiva da dogmática do Direito Penal, houve uma adaptação para se compreender o que se entende por ato libidinoso para fins de caracterização do crime de estupro, pois, quando o Código Penal entrou em vigência, compreendia-se como agressão sexual apenas a conjunção carnal e os atos análogos¹⁷, sendo que, atualmente, a jurisprudência aceita como estupro ações bem menos invasivas, mas que também são praticadas com a pretensão de satisfação da lascívia¹⁸, inclusive havendo precedentes que dispensam o contato físico do agressor com a vítima para se considerar

¹² Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/violencia-contra-mulher-2021-v5.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

¹³ Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/violencia-contra-mulher-2021-v5.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

¹⁴ CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro; COELHO, Danilo Santa Cruz. Nota Técnica n. 11 (Diest): **Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar)**, 2014, p. 6. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5780/1/NT_n11_Estupro-Brasil-radiografia_Diest_2014-mar.pdf. Acesso em 24. set 2022.

¹⁵ CAETANO, Fábio Masaúd; RIBEIRO, Felipe Garcia; YEUNG, Luciana; GHIGGI, Marina Portella. Determinantes da cifra oculta do crime no Brasil: uma análise utilizando os dados da PNAD 2009. **Estud. Econ.**, São Paulo, vol. 50, n.º 4, p. 647-670, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0101-41615043fflm>. Acesso em: 30 set. 2022.

¹⁶ MENDES, Soraia da Rosa. **Processo penal feminista**. 2. Ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2021, p. 96.

¹⁷ SZESZ, André. O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade?. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 8, n. 2, p. 1007-1041, mai./ago. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.705>, p. 1.025. Acesso em: 23 mai. 2023

¹⁸ Sobre a lascívia, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento que: “o beijo lascivo ingressa no rol dos atos libidinosos e, se obtido mediante violência ou grave ameaça, importa na configuração do crime de estupro. Evidentemente, não são lascivos os beijos rápidos lançados na face ou mesmo nos lábios, sendo preciso haver beijos prolongados e invasivos, com resistência da pessoa beijada, ou então dos beijos eróticos lançados em partes impudicas do corpo da vítima. Por conseguinte, verificar-se-á estupro mediante violência caso a conduta do beijo invasivo busque a satisfação da lascívia, desde que haja o intuito de subjugar, humilhar, submeter a vítima à força do agente, consciente de sua superioridade física”. (STJ, **RHC n. 93.906/PA**, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/03/2019, DJe 26/03/20190).

consumado o estupro¹⁹.

Realmente, os crimes sexuais fazem parte do grupo dos delitos difíceis de serem comprovados. Essa dificuldade está principalmente relacionada ao seu usual *modus operandi*, que frequentemente não deixa qualquer vestígio ou testemunha. Por outro lado, uma redução dos níveis de prova exigidos como suficientes para uma condenação, como já parece ocorrer na jurisprudência nacional, leva a um conflito com a presunção de inocência e com as pretensões epistêmicas do processo penal, o que aumenta o risco de condenações equivocadas²⁰. É diante desse contexto que o presente estudo apresenta uma reflexão sobre o princípio da presunção de inocência diante da prática de crimes sexuais.

2. Palavra da vítima: reflexão e complexidade enquanto prova oral

Como ressaltado anteriormente, reconhece-se que o crime de estupro dificilmente deixa algum vestígio, capaz de, pelo menos, caracterizar os indícios que embasem a possível denúncia. Isso, como aponta SZESZ, pode acontecer por diversas razões, como, por exemplo, quando a vítima, em razão de coação, física ou psicológica, ou por um estado de embriaguez, não ofereceu resistência física; ou porque o modo com o qual o crime teria sido praticado não seria mediante violência física; ou, porque diante da conduta praticada não houve qualquer resquício, como nos casos em que o agressor apenas toca superficial ou oralmente a genitália da vítima ou esta é forçada a tocar na genitália do agressor²¹. Não à toa, portanto, os delitos dessa natureza são caracterizados como clandestinos, pois são praticados às escondidas, muitas vezes sem o alcance de testemunhas ou vestígios²², o que dificulta ainda mais qualquer hipótese de se encontrar elementos probatórios que corroborem com a palavra da vítima.

Nessa direção, caso seja constatada a presença de algum indício, deve haver exame de corpo de delito²³, por meio do qual se buscará provas do ato libidinoso, como a existência de esperma, a ruptura do hímen ou a demonstração de lesões corporais²⁴, conforme prevê o artigo 158, do Código de Processo

¹⁹ Exemplo a ser citado refere-se ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao dispor que: " [...] *cuidando-se de vítima de dez anos de idade, conduzida, ao menos em tese, a motel e obrigada a despir-se diante de adulto que efetuara pagamento para contemplar a menor em sua nudez, parece dispensável a ocorrência de efetivo contato físico para que se tenha por consumado o ato lascivo que configura ofensa à dignidade sexual da menor. Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena, na hipótese de eventual procedência da ação penal*". (STJ, **RHC 70.976/MS**, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016).

²⁰ SZESZ, André. O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade?. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 8, n. 2, p. 1007-1041, mai./ago. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.705>, p. 1009.

²¹ SZESZ, André. O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade?. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 8, n. 2, p. 1007-1041, mai./ago. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.705>, p. 1.026.

²² VIANA, Caroline Navas. A falibilidade da memória nos relatos testemunhais: implicações das falsas memórias no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, no 2, 2018, p. 1.039.

²³ E, ainda que presentes, esses vestígios frequentemente não bastam para se comprovar o crime, pois, por força normativa do artigo 182, do Código de Processo Penal, o juiz possui discricionariedade para, ao tomar sua decisão, não ficar adstrito ao laudo desse exame, podendo, inclusive, rejeitá-lo no todo ou em parte, haja vista que ele possui liberdade para valorar as provas ao realizar seu julgamento, sempre motivando seu entendimento.

²⁴ De acordo com alteração promovida pelo advento da Lei nº. 13.721/2018 deverá ser dada prioridade para a realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva violência doméstica e familiar contra mulher ou violência

Penal²⁵. Contudo, ainda que o referido artigo disserte sobre a possível indisponibilidade da vítima ser submetida a tal exame, MENDES ressalta que múltiplas causas podem inviabilizar a sua realização, na qual, por exemplo, o desaparecimento dos vestígios é um deles, muito comum, em casos de crimes sexuais e, em especial, o de estupro, quando permite a visualização de algum vestígio, exige-se que a vítima, antes de qualquer avaliação médica, não troque a roupa, não se lave, não tome banho, não use ducha, não corte as unhas, não escove os dentes ou use desinfetantes bucais, tudo sob o risco de, com isso, destruir a possível prova da materialidade do delito. Ou seja, exige-se da vítima um comportamento avesso a tudo o que sabidamente o trabalho imediato de sua psique lhe ordena fazer: tentar limpar-se, depurar-se, tirar de si a sujeira de um ato de violência²⁶. Além disso é possível que a perícia não seja feita porque exames dessa natureza não estejam disponíveis na comarca, seja por falta de equipamentos, seja por falta de peritos²⁷. Daí se pode concluir o porquê de, não raras vezes, a única prova que atesta, diretamente, o fato seja a palavra da vítima²⁸, por isso considerada como o vértice das provas nos crimes sexuais²⁹.

Além dessas circunstâncias apresentadas, como a ausência de testemunha e a dificuldade de se realizar o exame de corpo de delito, o depoimento da vítima ainda é permeado de obstáculos, como afirma SZESZ, visto que, além da violência sofrida, as vítimas são obrigadas a conviver com o descrédito das pessoas, inclusive de familiares³⁰, e até mesmo a complexidade do modo de como os órgãos de investigação se posicionam a respeito.

Sobre essa perspectiva, MATIDA aponta os resultados de pesquisas realizadas com policiais do Departamento de Polícia, em Miami e em Londres, que demonstraram que os policiais realizam uma comunicação deficiente com as partes, bem como com as testemunhas, o que acaba contaminando a determinação dos fatos. Assim, circunstâncias como: a) a não criação de um ambiente acolhedor; b) o uso de perguntas sugestivas/confirmatórias; c) e o uso de perguntas fechadas, com a interrupção do declarante, etc., foram apontados como os principais erros. Há ainda que se acrescentar o natural fenômeno das falsas memórias³¹, que prejudicam o entendimento primário sobre os fatos., e, no caso de um grande lapso temporal, entre a data do evento que se quer reconstruir e a coleta da declaração,

contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência. Nesse sentido dispõe o art. 158, parágrafo único, incisos I e II, do Código de Processo Penal. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

²⁵ Art. 158: *Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 27 set 2022.

²⁶ MENDES, Soraia da Rosa. **Processo penal feminista**. 2. Ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2021, p. 105.

²⁷ CRUZ, Rúbia Absda. A prova material nos crimes sexuais. **Revista do Ministério Público**. No. 53. Porto Alegre, 2004, p. 187.

²⁸ SZESZ, André. O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade?. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 8, n. 2, p. 1007-1041, mai./ago. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.705>, p. 1.026.

²⁹ PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore; PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro: crime ou cortesia. Abordagem sociojurídica de gênero**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 64.

³⁰ Aqui, o autor aponta que a pessoa acusada é tão julgada quanto a vítima. Aquela, pela prática do eventual crime, e, esta, pelo seu comportamento sexual, pela forma como reagiu à agressão sofrida e pela sua vida pregressa. SZESZ, André. O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade?. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 8, n. 2, p. 1007-1041, mai./ago. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.705>, p. 1.026

³¹ MATIDA, Janaina Roland. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero. Em Violência de Gênero**. André Nicolitt; Cristiane Brandão Augusto (org.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 94.

eventuais contaminações³² ocorrem e muitas vezes desqualificam os depoimentos. A consequência desse tipo defeituoso de coleta de narrativa, segundo MATIDA, é que, a partir da construção de uma hipótese fática menos acurada, não tão extensa em detalhes, embora distorça o fato narrado pela vítima, pode ser tomada como satisfatória e relevante pelo magistrado, em eventuais juízos condenatórios³³.

Além disso, ao examinar os artigos 203³⁴, 210³⁵ e 211³⁶, do Código de Processo Penal, nota-se a ausência de qualquer tratamento diante da problemática do relato falso. Em relação a ele, sabe-se que, mesmo sem o intuito e a manifesta vontade da vítima de relato apócrifo, é perfeitamente possível que se afirme algo falso com a sinceridade de quem afirma algo que crê ser verdadeiro. E os três artigos mencionados acima tratam a afirmação falsa como se tivesse sido gerada por deliberada vontade da vítima, cuja natureza tende, quase sempre, a reduzir tudo à mentira³⁷. Ou seja, a fiabilidade da memória não é tratada pelo Código de Processo Penal com o rigor e a atenção necessária. Desse modo, de um lado, percebe-se que não apenas se desperdiça a oportunidade de se conhecer os fatos passados, mesmo que informações inconscientes, tácitas, permeiem a narrativa e, de outro, (ainda mais preocupante) o fato de os próprios policiais acabarem auxiliando a construção de falsas memórias por parte da vítima/testemunha³⁸.

Como aponta MATIDA, estudos realizados no âmbito da psicologia cognitiva confirmam a existência de fatores que contaminam a memória no primeiro momento do relato. Assim, ainda com MATIDA, o declarado não corresponde à realidade objetiva, em razão de erros de percepção, que ocorrem mesmo quando a intenção da vítima/entrevistado/testemunha seja de, sinceramente, colaborar com a verdade, fato de que pode resultar um conteúdo declarado incompatível com a reconstrução

³² MATIDA, Janaina Roland. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero. Em Violência de Gênero**. André Nicolitt; Cristiane Brandão Augusto (org.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 102.

³³ Nesse sentido, em recente estudo que discutiu a frequência de utilização do inquérito policial enquanto parte da fundamentação de sentenças judiciais provenientes das Varas Criminais Residuais da cidade de Maceió – Alagoas, após profunda investigação, restou demonstrado que em 80,6% dos casos (correspondente a 369 processos), o magistrado se utilizou expressamente de algum elemento informativo produzido durante as investigações preliminares, sendo, deste total, cerca de 91% (336) dos processos referentes a sentenças condenatórias. RIBEIRO, Marcelo H. M.; SAMPAIO, André R.; FERREIRA, Amanda A. A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 175-210, jan./abr. 2020, p. 205. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.299>. Acesso em: 02 nov. 2022.

³⁴ Art. 203. *A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 29 out. 2022.

³⁵ Art. 210. *As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 29 out. 2022.

³⁶ Art. 211. *Se o juiz, ao pronunciar a sentença final, reconhecer que alguma testemunha fez afirmação falsa, calou ou negou a verdade, remeterá cópia do depoimento à autoridade policial para a instauração de inquérito*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 29 out. 2022.

³⁷ Nesse ponto, MATIDA afirma que os fatores que podem corromper a memória ainda no momento da sua formação são solenemente ignorados pelo nosso desenho institucional, o qual, por outro lado, parece ter seus contornos pautados no excessivo valor atribuído à imediação entre juiz, partes e testemunha. MATIDA, Janaina Roland. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero. Em Violência de Gênero**. André Nicolitt; Cristiane Brandão Augusto (org.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 101.

³⁸ MATIDA, Janaina Roland. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero. Em Violência de Gênero**. André Nicolitt; Cristiane Brandão Augusto (org.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 94.

acurada dos fatos³⁹.

Daí a autora entender que há necessidade de se lançar mão da entrevista cognitiva, durante o contato com a vítima (testemunha ou até mesmo o entrevistado), a fim de se produzir um relato sem a contaminação do conteúdo, observando o cumprimento de etapas como: (i) construção de um ambiente receptivo e empático durante todo o relato; (ii) liberdade e estimulação para o entrevistado descrever todos os detalhes em seu relato, de modo a não editá-lo e desenvolvê-lo no seu ritmo; (iii) esclarecimento sobre o direito e o dever do entrevistado de dizer “não sei, “não entendi”; (iv) e ainda esclarecer ou corrigir o entrevistador quando oportuno⁴⁰. Por isso, é necessário que alguns cuidados sejam tomados com relação à coleta do depoimento da vítima, a fim de que, tanto a produção (fase pré-processual e/ou processual), como a valoração probatória sejam contundentes para explicitar uma correta determinação dos fatos. Tais procedimentos evitam situações diagnosticadas por BRITO e PEREIRA que identificaram, na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, casos em que se presumia a veracidade do depoimento de uma criança, com o argumento de que o testemunho seria crível e a criança supostamente não teria razões para incriminar o acusado⁴¹.

É por isso que há necessidade de que sejam efetivados instrumentos processuais de proteção ao valor probante da palavra da vítima de uma agressão – como é a sexual – pelo mais do que conhecido contexto de depreciação do(a) molestado(a), que vivencia pechas oriundas da cultura patriarcal, que o sistema de justiça não está imune. Para tanto, é preciso garantir que a pessoa (homem ou mulher) não seja submetida a expedientes vexatórios de julgamento moral. Tais procedimentos – como é corriqueiro ver-se durante o processo penal, especialmente durante a tomada do depoimento da ofendida – mostra a importância de se oferecer à vítima o direito de depor em local especial, apartada da presença do suposto agressor e de qualquer outra pessoa ou circunstância que lhe possa gerar medo, constrangimento, vergonha ou autculpabilização⁴².

A jurisprudência entende que, nesses tipos de crime, a autoridade e a materialidade são confirmadas pela palavra da pessoa ofendida, cabendo ao juiz analisar a sua credibilidade⁴³. Nos crimes de estupro, por exemplo, entende-se que o testemunho se apresente como viga mestre das provas, devendo a vítima mostrar suas imputações de forma firme, segura e concernente com os outros fatos comprobatórios do processo, para conseguir sustentar a condenação do agressor⁴⁴.

Embora se reconheça que, na prática judicial, a busca pelo convencimento e pela persuasão do julgador tenha um papel fundamental na orientação da atuação das partes processuais, não se pode negar que, em certa medida, o processo procura comprovar uma hipótese acusatória, para que se autorize a

³⁹ Entre esses fatores, MATIDA se refere ao a) tempo de exposição, distância e iluminação, que significa que quanto maior o tempo de exposição da vítima/testemunha ao ofensor, mais provável a acurácia de identificação e exposição rápidas incrementam o risco de imprecisão; b) presença de arma, em que tende a capturar a atenção da vítima e comprometer a identificação do ofensor; c) disfarce, a fim de modificar a aparência e obstruir a identificação do ofensor; d) lapso temporal, em que se observa que quanto maior o tempo entre o evento criminoso e a identificação ou tomada do depoimento, maior o risco de imprecisão. MATIDA, Janaina Roland. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero. Em Violência de Gênero**. André Nicolitt; Cristiane Brandão Augusto (org.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 97-98.

⁴⁰ MATIDA, Janaina Roland. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero. Em Violência de Gênero**. André Nicolitt; Cristiane Brandão Augusto (org.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 95.

⁴¹ BRITO, Leila Maria Torraca de; PEREIRA, Joyce Barros. Depoimentos de crianças: um divisor de águas nos processos judiciais?. **Psico-USF**, Bragança Paulista, n. 17, 2012, p. 285-293.

⁴² MENDES, Soraia da Rosa. **Processo penal feminista**. 2. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2021, p. 97-98.

⁴³ MATIDA, Janaina Roland. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero. Em Violência de Gênero**. André Nicolitt; Cristiane Brandão Augusto (org.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 103.

⁴⁴ VIANA, Caroline Navas. A falibilidade da memória nos relatos testemunhais: implicações das falsas memórias no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, no. 2, 2018, p. 1.039.

imposição de uma sanção punitiva pelo Estado, somente nos casos em que tenha ocorrido um fato criminoso, cuja autoria e materialidade restem provadas no processo⁴⁵. Acredita-se que a palavra da vítima, coerente e firme, pode basear uma condenação, em especial nesses crimes realizados sem a presença de outros meios probabilísticos, demonstrando ser tamanha sua relevância, a ponto de poder mudar o destino de um processo criminal⁴⁶. Contudo, muito embora a jurisprudência se oriente no sentido de que a palavra da vítima precise ser corroborada por outros elementos de prova⁴⁷, na prática, há uma centralização do julgamento na valoração de palavra da vítima⁴⁸ - com frequência afirmada como suficiente, que pode ir de encontro com o princípio da presunção de inocência.

3. A presunção de inocência diante da valoração da palavra da vítima nos crimes sexuais

A presunção de inocência⁴⁹, segundo CARRARA e TAVARES, pode ser compreendida como um direito fundamental de dimensão constitucional⁵⁰. Para GIACOMILLI, o estado de inocência é um princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico do processo penal⁵¹; enquanto na visão de CARVALHO, esse princípio exige a adoção de uma postura ativa (e não meramente passiva) da agência judicial, a saber: deve o juiz entrar no feito convencido de que o cidadão é inocente e só prova forte em contrário, destruidora da convicção inicial, é que levará ao resultado da condenação⁵².

Diante disso, BADARÓ fundamenta que não seria exagero considerar tal princípio pressuposto de todas as outras garantias do processo penal, visto que se trata de uma garantia, que marca a posição do acusado como sujeito de direito no processo penal. Embora a presunção de inocência seja uma presunção preliminar, o depoimento envolve uma força da qual a verdade deve ser extraída, ou, para não dizer, extorquida, mediante tortura, para obter a confissão *ex ore rei*. O acusado, presumido inocente, é um sujeito de direito, a quem se assegura a ampla defesa, com o direito de produzir provas aptas a demonstrar sua versão defensiva, ressaltando que a prova da imputação cabe à acusação, e,

⁴⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020, e1961. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201961>, p. 4.

⁴⁶ GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. **Tortura e prova no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 96.

⁴⁷ “[...]4. Assim, a palavra da vítima mostra-se suficiente para amparar um decreto condenatório por delito contra a dignidade sexual, desde que harmônica e coerente com os demais elementos de prova carreados aos autos e não identificado, no caso concreto, o propósito de prejudicar o acusado com a falsa imputação de crime.” (STJ, **AgRg no AREsp 1211243/CE**, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018).

⁴⁸ “[...]3. Nos crimes sexuais, a palavra da vítima possui especial relevo, tendo em vista sobretudo o *modus operandi* empregado na prática desses delitos, cometidos, via de regra, às escondidas”. (STJ - **AgRg-AG-REsp. 1.917.506/CE** - (2021/0202882-3) - 6ª T. - Rel. Min. Olindo Menezes - DJe 02.03.2022).

⁴⁹ O princípio da presunção de inocência pode ser observado no artigo 5º, inciso LVII, da CF/88. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 de set. 2022. Na Convenção Americana de Direitos Humanos, no item 2, do artigo 8º, ao dispor que: “*toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*”. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 28 set. 2022. Na Declaração Universal de Direitos Humanos que, em seu art. 11º, estabelece que: “*tudo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa*”. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 28 set. 2022.

⁵⁰ CASARA, Rubens; TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade**. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2020, p. 102.

⁵¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de San José da Costa Rica**, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 120.

⁵² CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito alternativo em movimento**. Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 104-105.

integralmente, à acusação⁵³. O estado de inocência, quando estruturado, interpretado e aplicado, há de seguir o signo da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana, afastando-se das bases inquisitoriais⁵⁴, que partem do pressuposto contrário, qual seja: o da presunção de culpabilidade⁵⁵. Nessa esteira, GIACOMOLLI adverte que a formalização de uma imputação criminal, no máximo, poderá criar um estado de incerteza, mas não de culpabilidade. O estado de incerteza não afasta a presunção de inocência, uma vez que somente a consistência a probatória e a necessidade do juízo de censurabilidade terão pressuposto suficiente para afastar o estado de inocência, que exige do acusador a descrição clara, específica, individualizada e objetiva dos fatos na imputação criminal de cada sujeito⁵⁶.

No ponto de vista da sua eficácia, é possível observar a presunção de inocência diante de três dimensões constituídas das seguintes formas: (i) a norma de tratamento, na medida em que se exige que o réu seja tratado como inocente, que atua em duas esferas: (a) interna ao processo e (b) exterior a ele. A posição interna é a imposição de tratar o acusado como efetivamente inocente até que sobrevenha eventual sentença penal condenatória transitada em julgado. Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência exige proteção à publicidade abusiva, que pode levar à estigmatização do(a) réu (ré); isso significa que a presunção de inocência deve ser utilizada como verdadeiro limite democrático à exploração midiática, em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. Além disso, ela também colabora para repudiar todas as formas de tratamento análogas ao de culpado, para alguém que ainda sequer foi condenado definitivamente⁵⁷; (ii) a norma probatória, no processo penal, não envolve a distribuição de cargas probatórias, como no processo civil, de modo que a carga da prova é inteiramente do acusador; (iii) e a norma de julgamento, que é a “norma de juízo”, diretamente relacionada à definição e observância do “standard probatório”, atua no nível de exigência de suficiência probatória para um decreto condenatório.

ZANOIDE DE MORAES explica que a presunção de inocência, como norma de julgamento, exige a concretização do *in dubio pro reo* e do *favor rei*, enquanto preceitos tradicionais da cultura jurídica⁵⁸. Ou seja, está inserida não apenas no julgamento, em sentido estrito, mas ao longo de toda a persecução criminal, desde a fase do inquérito policial até o trânsito em julgado da sentença, que se caracteriza com respeito à suficiência probatória e constitui, assim, standard probatório⁵⁹.

De modo semelhante, VEGAS TORRES aponta para as três principais manifestações da presunção de inocência – que, diga-se: são integradas e não excludentes –, sendo: a) princípio fundante, em que é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo, essencialmente, garantias para o

⁵³ BADARÓ, Gustavo H. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 44.

⁵⁴ Nesse ponto, GLOECKNER recorda o impacto que ainda hoje traz consequências na abordagem do princípio da presunção de inocência, visto que o código de processo penal de 1941 tenha se caracterizado pela sua completa aversão – até porque sequer o código de processo penal de 1941 consagra algum dispositivo jurídico à presunção de inocência –, pois, do ponto de vista doutrinário, a presunção de inocência era tratada pelo tecnicismo jurídico brasileiro como inadequada. Desde o aspecto da crítica orientada por um padrão técnico, a presunção de inocência restava interpretada na mesma lógica do pensamento de Vincenzo Manzini, invocado inúmeras vezes para emprestar suporte de autoridade às conclusões dos juristas brasileiros. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 424.

⁵⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de San José da Costa Rica**, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 120.

⁵⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de San José da Costa Rica**, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 125.

⁵⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**, 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 109-110.

⁵⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **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. 538.

⁵⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**, 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 111.

imputado frente à atuação punitiva estatal; b) um tratamento do imputado durante todo o processo penal, segundo o qual deve partir-se do entendimento de que o acusado é inocente, e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (também se inclui a fase pré-processual); c) uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz, sendo uma incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se, assim, a absolvição do imputado, se a culpabilidade não restar suficientemente demonstrada⁶⁰.

Sobre a regra probatória, BORGES DE SOUSA FILHO afirma que, por estar contida no princípio da presunção de inocência, impõe uma série de requisitos procedimentais para a superação do estado de inocência do acusado, sem a observância dos quais tem-se como violada essa garantia constitucional: o acusado só pode ser declarado culpado ao final de um processo cercado de plenas garantias processuais em que se tenha demonstrado sua culpabilidade, cujo ônus da comprovação compete à acusação⁶¹.

Desse modo, quando, da propositura da ação penal, o acusador (em regra, o Ministério Público) tem que demonstrar a materialidade e os indícios pré-processuais de autoria (em suma, o suporte mínimo à comprovação da seriedade da acusação, isto é, a “justa causa”), na fase processual, cabendo a ele construir, sob o crivo do contraditório, um contexto probatório que autorize a condenação⁶². Portanto, o que se entende é que um dos principais aspectos do princípio da presunção de inocência, como regra probatória, reside na atribuição à acusação do ônus de comprovar a culpabilidade do acusado⁶³.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem enunciado que não cabe ao réu provar sua inocência, mas sim, ao órgão acusador demonstrar, para além de qualquer dúvida razoável, a prática da conduta criminosa e a culpabilidade a ele imputada⁶⁴. Apesar de o acusado não ser obrigado a demonstrar a sua inocência, ele tem o direito de fazê-lo. Pois, como recorda GIACOMOLLI, o acusado poderá ter interesse em provar; no entanto, um direito de provar, não é um dever, uma obrigação, um encargo ou qualquer ônus. Esse interesse defensivo será atingido com a criação da dúvida razoável (*reasonable doubt*), em tornar crível a sua alegação⁶⁵. O acusado poderá, por exemplo, produzir provas para introduzir uma dúvida razoável sobre a hipótese acusatória, ou mesmo demonstrar a ocorrência de um elemento negativo do tipo, como a legítima defesa⁶⁶.

Muito embora se reconheça a relevância constitucional em relação às outras duas dimensões inerentes ao princípio da presunção de inocência, para o fim da análise do presente artigo, a presunção de inocência é abordada a partir da dimensão da regra de juízo. Tal escolha permite o entendimento de que a condenação criminal é fundada em certo nível de certeza probatória, ao valorar a palavra da vítima, em casos de crimes sexuais, pois, como afirma BORGES DE SOUSA FILHO, o aspecto mais importante

⁶⁰ VEGAS TORRES, Jaime. **Presunción de Inocencia y Prueba em el Proceso Penal**, Madrid: La Ley, 1993, p. 53.

⁶¹ BORGES DE SOUSA FILHO, Ademar. Presunção de inocência e a doutrina da prova além da dúvida razoável na jurisdição constitucional. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 8, n. 1, p. 189-234, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.685>. Acesso em: 28 set. 2022, p. 199.

⁶² CASARA, Rubens; TAVARES, Juarez. *Prova e Verdade*. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2020, p. 103.

⁶³ BORGES DE SOUSA FILHO, Ademar. Presunção de inocência e a doutrina da prova além da dúvida razoável na jurisdição constitucional. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 8, n. 1, p. 189-234, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.685>. Acesso em: 28 set. 2022, p. 199.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **AP n. 512**, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJE 27/04/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10810152>. Acesso em: 29 set. 2022.

⁶⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de San José da Costa Rica**, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 122.

⁶⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica**, 3ª ED. São Paulo: Atlas, 2016, p. 121-123.

da presunção de inocência é a regra de juízo a ela inerente, que opera no momento da valoração das provas produzidas na instrução criminal⁶⁷.

Isso posto, compreende-se que o processo determina uma reconstrução histórica dos fatos a partir de rastros do passado, de maneira que a versão adotada refletirá tal história de um modo analógico, mas nunca integral, abrangente e inquestionável⁶⁸. Ou seja, a função essencial do processo não pode ser concebida como a busca pela verdade, muito menos isso pode influenciar a postura do julgador⁶⁹. BADARÓ, ao citar IACOVIELLO, aponta que o processo é o típico ambiente do conhecimento incerto, pois tudo o que a reconstrução da história do fato pode permitir é um resultado em termos de probabilidade e não de certeza⁷⁰. Afinal, como bem cita COUTINHO, a verdade está no todo, não na parte, e o todo é demais para nós⁷¹.

Desse modo, BADARÓ nos alerta para o entendimento de que os fatos não são verdadeiros ou falsos, eles simplesmente existiram ou não, pois o que se prova são as alegações dos fatos feitas pelas partes, como fundamentos da acusação e da defesa. O que pode ser verdadeiro ou falso, verídico ou inverídico, ou “probo”, portanto, são as alegações sobre o fato, sustentadas por provas. No processo, os fatos entram sob a forma de enunciados ou de conjunto de enunciados que descrevem as circunstâncias que foram verificadas⁷². Aquilo que existe na realidade não pode ser verdadeiro ou falso; simplesmente existe. Verdadeiros ou falsos só podem ser nossos conhecimentos, nossas percepções, nossas opiniões, nossos conceitos ou nossos juízos a respeito de um objeto⁷³.

Quando se imputa um fato a alguém, isso não quer dizer que esse fato efetivamente tenha existido. O que se tem como “fato”, no processo, é algo hipotético, no sentido de que poderá ou não ter ocorrido. O fato processual é um concreto acontecimento histórico, tido por existente, mas que pode não ter efetivamente existido. No momento em que são formulados esses enunciados fáticos, de natureza hipotética, têm um *status* epistemológico de incerteza, podendo ser reais ou não. Isso é fundamental para se compreender que o “fato”, objeto do processo, não é o fato enquanto trecho da realidade, mas a afirmação sobre o fato, feita pelas partes. Os fatos, em si mesmos, são acontecimentos que têm existência no mundo real⁷⁴.

Mediante as versões dos fatos de cada um dos atores processuais, bem como a produção de provas correspondentes (quando possível), os interessados em provar a sua versão e demonstrar a falsidade ou, ao menos, enfraquecer o suporte probatório das alegações da outra parte, o juiz tem um material probatório amplo para verificar qual hipótese fática é a mais verossímil. Nesse confronto de perspectivas diversas, a verdade se sobressai como o resultado do paralelograma de forças que interagem no desenvolvimento do processo⁷⁵, entendimento que converge com o conceito inicialmente apresentado

⁶⁷ BORGES DE SOUSA FILHO, Ademar. Presunção de inocência e a doutrina da prova além da dúvida razoável na jurisdição constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 1, p. 189-234, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.685>. Acesso em: 28 set. 2022, p. 201.

⁶⁸ KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 591.

⁶⁹ IACOVIELLO, Francesco M. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 12.

⁷⁰ BADARÓ, Gustavo H. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 20.

⁷¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações sobre a propedêutica processual penal*. Curitiba: Observatório de mentalidade criminal, 2019, p. 161.

⁷² BADARÓ, Gustavo H. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 71-72.

⁷³ BADARÓ, Gustavo H. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 71.

⁷⁴ BADARÓ, Gustavo H. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 70-71.

⁷⁵ BADARÓ, Gustavo H. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 40.

sobre a verdade processual, na perspectiva de LAGIER. Logo, toda hipótese é um enunciado sujeito à verificação. Ao se verificar uma hipótese, coloca-se à prova o seu valor explicativo.

Para que a hipótese acusatória possa ser considerada válida, no sentido de serem muito prováveis os fatos nela enunciados, ela precisa, em primeiro lugar, ser confirmada por provas que lhe deem suporte e, ainda, resistir às hipóteses contrárias, apresentadas pela defesa. É diante dessa perspectiva que LOPES JR. afirma que a presunção de inocência deve conduzir a uma pré-ocupação dos espaços mentais decisórios do juiz, gerando uma respectiva preocupação, da sua parte, em blindar o acusado, até que a acusação, em derrubando a presunção de inocência, comprove a autoria e a materialidade do crime⁷⁶. Como alerta ANDRÉS IBAÑEZ, ao relembrar as disposições de FERRAJOLI, o que o juiz experimenta não são os fatos delitivos objeto do processo, senão suas provas⁷⁷. O que significa que a determinação dos fatos ocorridos no passado será analisada por fatos probatórios do presente.

Nesse passo, quando se trata de crimes sexuais, em que se reconhece que a palavra da vítima é de vital importância e, muitas vezes, a única prova que permite a devida compreensão do fato ocorrido, as declarações deverão ser analisadas com cautela, de modo a não se mostrarem discrepantes, quanto às circunstâncias fáticas da conduta delitiva e apresentarem importantes contradições, em relação ao restante da prova colhida ou, ainda, nos casos em que se comprova a existência de motivos para a falsa imputação⁷⁸.

Frente a isso, é importante recordar que, para FERRAJOLI, o modo com que o juiz valoriza a prova envolve pelo menos os três aspectos seguintes: (i) inferência indutiva, que tem como premissa o resultado da atividade probatória e permite afirmar, por exemplo, que Fulano causou a morte de Beltrano; (ii) inferência dedutiva, que tem como premissa a anterior afirmação de fato e um preceito, neste caso do Código Penal, que permite afirmar, como conclusão que Fulano cometeu um delito de homicídio; e (iii) silogismo prático, que integra a parte dispositiva, cujas premissas são normativas (Fulano cometeu um homicídio; ao homicídio corresponde tal pena) e cuja conclusão é também uma norma para o caso concreto: Fulano deve ser condenado a tal pena⁷⁹.

Quando, ao final do processo de conhecimento, o juiz, ao aventar fatos como provados, terá formulado, por sua vez, uma hipótese calcada na inferência indutiva, cuja conclusão vai além das premissas, apresentando algo que não está, necessariamente, nelas contido. Nesse sentido, tal procedimento dá um salto à frente, no sentido epistemológico, quanto às garantias processuais, que

⁷⁶ O autor recorda que no processo penal não existe distribuição de cargas probatórias, senão atribuição, exclusiva, ao acusador, não havendo, aqui, analogias com o processo civil. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**, 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 407.

⁷⁷ ANDRÉS IBAÑEZ, P. **Valoração da Prova e Sentença Penal**. Lédio Rosa de Andrade (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 82.

⁷⁸ Inclusive, assim já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da ACr 70054782339, pois: “[...] os crimes sexuais, a palavra da vítima reveste-se de vital importância, sendo, muitas vezes, a única prova que permite a devida compreensão do fato ocorrido. Pela sua natureza, tais infrações normalmente são cometidas de forma clandestina, longe dos olhos de testemunhas. No entanto, tais declarações deverão ser analisadas com as devidas reservas quando se mostrarem discrepantes em relação às circunstâncias fáticas da conduta delitiva e forem dotadas de importantes contradições com o restante da prova colhida ou, ainda, nos casos em que comprovada a existência de motivos para a falsa imputação. No caso em apreço, a prova oral colhida no curso da instrução não permite a reconstrução processual do fato, havendo importantes dissonâncias entre o que foi afirmado pelo menor na etapa policial e em Juízo, prejudicando a compreensão quanto à própria ocorrência do crime. Não sendo possível extrair do acervo probatório a certeza necessária para proclamação de édito condenatório, cumpre ratificar a absolvição do denunciado”. (TJRS - ACr 70054782339 - 8ª C.Crim.-RegExc - Relª Joni Victoria Simões - J. 28.11.2018).

⁷⁹ ANDRÉS IBAÑEZ, P. **Valoração da Prova e Sentença Penal**. Lédio Rosa de Andrade (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, págs. 94-95.

configuram um marco normativo, regido pelos princípios da presunção de inocência, no qual a indução judicial há de se desenvolver⁸⁰. A regra de juízo, intrínseca ao princípio da presunção de inocência, obriga a resolver contra a própria convicção moral, quando, depois de uma cuidadosa análise de prova, aquela não encontra confirmação plausível nesta⁸¹.

Conforme visto acima, a partir das pesquisas empíricas já delineadas em mais de 114 acórdãos do STJ, a palavra da vítima, com efeito, foi o principal (quando não o único) elemento valorado para condenação da pessoa acusada.

Não à toa, a cultura jurídica espanhola estabelece três critérios para a verificação da credibilidade do depoimento/testemunho da vítima, que deve envolver as seguintes análises: i) a da credibilidade subjetiva da vítima, que consiste na avaliação das características psíquicas da vítima (idade ou alguma incapacidade), das relações emocionais com o(a) acusado(a) (ódio, ressentimento, vingança ou inimizade) ou a existência de interesses de outras naturezas (como a intenção de proteger terceiros); ii) a da verissimilitude do testemunho, que consiste na avaliação das coerências: interna (lógica e plausibilidade) e externa (dados objetivos externos) do relato; e iii) a da persistência da incriminação no depoimento, que consiste na avaliação da coerência entre os vários depoimentos da mesma pessoa (ausência de modificações essenciais, de nebulosidades e de contradições)⁸². É oportuno ressaltar também, o fato de que, mesmo quando integrados, ainda assim, não há garantia de que os depoimentos sejam verossímeis, pois, como bem aponta ANDRÉS IBAÑEZ, para que a hipótese acusatória possa se considerar válida, é necessário que haja uma pluralidade de confirmações e que, é preciso assim mesmo que a hipótese (acusatória) seja resistente às contraprovas apresentadas pela defesa. Uma só contraprova eficaz basta para que seja derrubada a hipótese⁸³.

Sobre a credibilidade da(o) declarante, o magistrado não deve se atentar aos preceitos do senso comum, porque: hábitos sexuais, número de parceiros, roupa que a vítima usa etc. são completamente irrelevantes para agravar ou atenuar o fato ocorrido e, portanto, desnecessários para a construção do requisito da ausência de incredibilidade⁸⁴.

Sobre a verossimilhança, é importante atentar para a sua conceituação, segundo a qual, uma declaração verossímil deve apresentar coerência, sem contradições. Além disso, deve-se observar se o depoimento da vítima foi firme ao longo do processo, tendo em vista que, a mera imprecisão, quanto aos aspectos secundários, não deve ser considerada suficiente para que o magistrado se desfaça do que havia sido afirmado. É preciso que isso seja demonstrado em todas as declarações prestadas – desde a fase pré-processual até as declarações prestadas em juízo.

E, por fim, o requisito de a declaração ser corroborada por dados externos objetivos tem a finalidade de se evitar condenações com base em narrativas falsas. Nesse aspecto, os tribunais espanhóis

⁸⁰ ANDRÉS IBAÑEZ, P. **Valoração da Prova e Sentença Penal**. Lédio Rosa de Andrade (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 97.

⁸¹ ANDRÉS IBAÑEZ, P. **Valoração da Prova e Sentença Penal**. Lédio Rosa de Andrade (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 106.

⁸² RAMÍREZ ORTIZ, José Luís. El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. Em *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, Madri, n. 1, 2020, p. 211.

⁸³ ANDRÉS IBAÑEZ, P. **Valoração da Prova e Sentença Penal**. Lédio Rosa de Andrade (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 97.

⁸⁴ Nesse ponto, MATIDA alerta que o magistrado tenha cuidado com o ingresso de estereótipo e preconceitos tanto no momento da produção probatória como quando for valorar o conjunto probatório, pois a credibilidade não deve ser interpretada a partir de uma lógica patriarcal. MATIDA, Janaina Roland. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero. Em Violência de Gênero**. André Nicolitt; Cristiane Brandão Augusto (org.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 104.

entendem que o fato relatado por uma parte seja corroborado por uma fonte independente dela⁸⁵. Compreende-se, por isso, que outros elementos probatórios anexados ao processo são capazes de dar suporte à narrativa dos fatos relatada pela vítima que embasam a peça acusatória.

Nesse contexto, MATIDA aponta que se a vítima declara ter saído do trabalho a uma determinada hora, e que depois foi abordada por um sujeito, quando voltava para casa, isso seria a corroboração objetiva e externa à sua declaração, integrada ao ponto de trabalho (indicando a hora de saída); o vídeo de segurança da calçada do restaurante (que registra que por lá passou, atordoada, dando sinais de que se sentia seguida); a testemunha que subiu de elevador com ela e, portanto, possa ter tido alguma percepção sobre a vítima; o laudo pericial; etc. No contexto de crimes realizados na clandestinidade – como os sexuais –, mesmo que não existam elementos probatórios que corroborem, exatamente, à ocorrência da conduta típica, é importante cercar, ao máximo, a narrativa apresentada de elementos confirmatórios, realizando, assim, tantas quantas inferências probatórias forem possíveis, cuja soma de uma à outra, oferece maior plausibilidade à hipótese de acusação diante de tantas corroborações⁸⁶.

A prova suficiente, para dar suporte a um juízo condenatório, afasta a dúvida razoável acerca da existência do crime, de elementos relativos à autoria, a fim de que forneça um conjunto sólido que satisfaça a pretensão acusatória, de atribuir razão ao direcionamento afirmado pela acusação. Desse modo, cada elemento fático ou circunstancial que interfira nos componentes do delito (autoridade / materialidade / culpabilidade) comporta enfrentamento suficiente⁸⁷.

Há suficiência quando os seguintes elementos se manifestam. i) - o exame das provas, em conjunto, tiver a capacidade para afastar, de forma bastante contundente, hábil, em grau superior e racional, o estado de inocência; ii) - a remoção do estado de inocência do sujeito, na situação concretizada e discutida no processo, seja feita de modo que não reste argumento adequado à sua manutenção. iii) - o conjunto probatório não forneça lastro idôneo à quebra do estado de inocência (escassez), improcedendo o juízo condenatório. No âmbito do processo penal, há uma exigência máxima de adequação probatória para afastar o estado de inocência, sem que nenhuma mínima ou duvidosa idoneidade possa atingi-lo. A suficiência não se infere da quantidade probatória, mas dos seus elementos qualitativos, de sua adequação factível à universalidade do que consta nos autos, bem como de sua filtragem constitucional e convencional. Sem isso, não haverá juízo condenatório válido e nem tutela jurisdicional efetiva⁸⁸.

Portanto, por mais que a palavra da vítima, no âmbito dos crimes sexuais, tenha especial relevância probatória, é preciso se atentar para o fato de que, na falta de outros elementos capazes de produzir um juízo probante, apto a maximizar a hipótese acusatória, há o confronto com o princípio da presunção de inocência⁸⁹ que deve prevalecer como regra básica, para respaldar a narrativa fática

⁸⁵ MATIDA, Janaina Roland. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero. Em Violência de Gênero.** André Nicolitt; Cristiane Brandão Augusto (org.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 105.

⁸⁶ MATIDA, Janaina Roland. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero. Em Violência de Gênero.** André Nicolitt; Cristiane Brandão Augusto (org.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 105.

⁸⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica.** 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 124.

⁸⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica.** 3ª ED. São Paulo: Atlas, 2016, p. 124.

⁸⁹ Importante observar o conhecimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que reconheceu o seguinte: *“Nos crimes de violência doméstica, a palavra da vítima tem especial relevância probatória quando se encontra em consonância com as demais provas existentes nos autos. À míngua de outras provas aptas a corroborar o depoimento da vítima*

relatada na peça acusatória. Assim, a hipótese acusatória deve ser considerada não provada⁹⁰ e, por conseguinte, a absolvição do(a) acusado(a) será medida de rigor, em consonância com o que dispõe o artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, que estabelece tal medida, caso não exista prova suficiente para a condenação⁹¹, o que significa dizer que se a prova produzida nos autos não confirmar a hipótese acusatória, no grau exigido pelo *standard*, deve-se absolver o réu porque o prejuízo por uma condenação injusta é maior do que o prejuízo por uma absolvição injusta⁹², pois como bem aponta BADARÓ, o que se deve mensurar não é o convencimento do julgador sobre a hipótese fática, mas o grau de suporte que as provas dão à hipótese fática posta em julgamento⁹³.

Considerações Finais

O que se pretendeu demonstrar é que a palavra da vítima, no caso de crimes sexuais, assume fulcral importância para convicção dos julgadores. Sim, pois, conforme mais de 114 julgadores do Superior Tribunal de Justiça, a palavra da vítima já seria suficiente para a condenação. Todavia, a simples palavra da vítima, dissociada de outros elementos e colhida de modo pouco rigoroso, sem a observância de protocolos inerentes à psicologia do testemunho, é insuficiente para o juízo condenatório, sob pena de grave violação à presunção de inocência, que é pressuposto basilar do processo penal.

Isso porque (i) os crimes sexuais normalmente são cometidos na clandestinidade, o que obsta que um conjunto probatório seja capaz de contribuir para o método aplicado quando houver a valoração da palavra da vítima; (ii) com isso, existe o comprometimento da abordagem da epistemologia jurídica, uma vez que, como foi apontado, todo o contexto e as circunstâncias em que a vítima é submetida para prestar declarações ou exame do próprio do corpo, por exemplo, são produzidos de um modo que, além de desestabilizá-la, ainda dificulta a reconstrução dos fatos e impossibilita o entendimento de algo que aconteceu no passado e precisa ser discutido no presente; (iii) diante do comprometimento da reconstrução histórica dos fatos em razão das tradicionais falhas de abordagem de quem sofreu um gravíssimo crime sexual, apenas a palavra da vítima (precariamente colhida), dissociada de um conjunto probatório que corrobore elementos centrais do fato, resta impossível superar o estado de inocência que milita em favor do acusado, de modo que a absolvição é medida que se impõe.

Entretanto, o diagnóstico da realidade prática é outro. O quadro de aplicação do direito vai de

prestado na fase investigativa, a absolvição do réu é medida que se impõe. 2- A condenação do réu com base exclusivamente em depoimento da vítima, não confirmado por qualquer elemento probatório produzido em Juízo, fere não apenas a presunção de inocência prevista na Constituição Federal e em Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, mas também a regra de divisão do ônus da prova prevista pelo art. 156 do CPP, o Princípio do in dubio pro reo, bem como o dever de motivação, transparência e controle social a que os julgamentos do Poder Judiciário estão submetidos, por força do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal". (TJDFT - Proc. 07505212420198070016 - (1429420) - 2ª T.Crim. - Rel. Robson Barbosa de Azevedo - J. 16.06.2022).

⁹⁰ SZESZ, André. O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade?. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 8, n. 2, p. 1007-1041, mai./ago. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.705>, p. 1.012.

⁹¹ Artigo 386, do Código de Processo Penal: O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VII – não existir prova suficiente para a condenação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 27 set. 2022.

⁹² SZESZ, André. O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade?. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 8, n. 2, p. 1007-1041, mai./ago. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.705>, p. 1.012.

⁹³ BADARÓ, Gustavo H. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 261.

encontro com aquilo que ensina a moderna psicologia cognitiva do testemunho. É que, muitas vezes, a vítima acaba dando múltiplos depoimentos, para diferentes pessoas, sem qualquer tipo de protocolo de inquirição. Pode-se concluir, assim, que a condenação calcada exclusivamente na palavra da vítima, ainda que em crimes sexuais, permite possíveis condenações com o intuito de se fazer “justiça” em detrimento da presunção de inocência. Portanto, assume-se o risco de se condenar alguém apesar da insuficiência de provas ou em razão de seu baixo comprometimento epistemológico jurídico, pois não há elementos suficientes para uma reconstrução da narrativa de um do fato passado de modo adequado, o que culmina, assim, numa maior leniência para adimplemento pelo Órgão de Acusação de seu ônus probatório em casos de estupro e/ou estupro de vulnerável.

Referências bibliográficas

- ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v-1-interativo.pdf>. Acesso em: 24 set. 2022.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Valoração da Prova e Sentença Penal**. Lédio Rosa de Andrade (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BADARÓ, Gustavo H. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- BORGES DE SOUSA FILHO, Ademar. Presunção de inocência e a doutrina da prova além da dúvida razoável na jurisdição constitucional. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 8, n. 1, p. 189-234, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.685>. Acesso em: 20 set. 2022.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 27 set. 2022.
- BRITO, Leila Maria Torraca de; PEREIRA, Joyce Barros. Depoimentos de crianças: um divisor de águas nos processos judiciais?. **Psico-USF**, Bragança Paulista, n. 17, 2012.
- CAETANO, Fábio Masaúd; RIBEIRO, Felipe Garcia; YEUNG, Luciana; GHIGGI, Marina Portella. Determinantes da cifra oculta do crime no Brasil: uma análise utilizando os dados da PNAD 2009. **Estud. Econ.**, São Paulo, vol. 50, nº 4, p. 647-670, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0101-41615043fflm>. Acesso em 19 set. 2022.
- CASARA, Rubens; TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade**. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2020.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito alternativo em movimento**. Rio de Janeiro: Luam, 1997.
- CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro; COELHO, Danilo Santa Cruz. Nota Técnica n. 11 (Diest): **Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar)**, 2014. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5780/1/NT_n11_Estupro-Brasil-radiografia_Diest_2014-mar.pdf. Acesso em: 24 set. 2022.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre a propedêutica processual penal**. Curitiba: Observatório de mentalidade criminal, 2019.
- CRUZ, Rúbia Absda. A prova material nos crimes sexuais. **Revista do Ministério Público**, n. 53. Porto Alegre, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. **O direito como sistema de garantias**. In O novo em direito e política, org. José Alcebiades Oliveira Junior. Porto Alegre: Editora do Advogado, 1997.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. Los estándares de prueba en el proceso penal español. **Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho**, n. 15, 2007.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 4, n. 1, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.13>. Acesso em: 20 set 2022.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. **Violência contra as mulheres em 2021**. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/violencia-contra-mulher-2021-v5.pdf>. Acesso em: 24 set. 2022.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. **O problema de provar**. 1. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.

- GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica**. 3a ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- GONZÁLEZ MONJE, Alicia. La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre**, vol. 6, n. 3, p. 1627-1660, set./dez. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.377>. Acesso em: 19 out. 2022.
- GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. **Tortura e prova no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2002.
- IACOVIELLO, Francesco M. **La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione**. Milano: Giuffrè, 1997.
- IMPROVÁVEL Ep. 30 – **O valor probatório da palavra da vítima nos crimes sexuais**. Improvável Podcast. MATIDA, Janaina, 2020. Disponível em: <https://soundcloud.com/improvavel-podcast/improvavel-ep-30-o-valor-probato-rio-da-palavra-da-vitima-nos-crimes-sexuais>. Acesso em: 26 set. 2022.
- KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.
- KIRCHNER, Felipe. A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 80/2009, p. 119-149, 2009.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**, 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**, 7. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- MATIDA, Janaina Roland. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero**. Em **Violência de Gênero**. André Nicolitt; Cristiane Brandão Augusto (org.). Belo Horizonte: D'Plácido, p. 87-110, 2019.
- MATIDA, Janaina Roland; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além da dúvida razoável” no processo penal brasileiro. **RBCCRIM**, São Paulo, vol. 156, p. 221-248, jun. 2019.
- MENDES, Soraia da Rosa. **Processo penal feminista**. 2. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2021.
- PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore; PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro: crime ou cortesia. Abordagem sociojurídica de gênero**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998^a.
- RAMÍREZ ORTIZ, José Luís. El testimonio único de la víctima em el proceso penal desde la perspectiva de género. Em *Quaestio Facti*. **Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio**, Madri, n. 1, 2020.
- RIBEIRO, Marcelo H. M.; SAMPAIO, André R.; FERREIRA, Amanda A. A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 175-210, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.299>. Acesso em: 02 nov. 2022.
- SZESZ, André. O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade?. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 8, n. 2, p. 1007-1041, mai./ago. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.705>. Acesso em: 19 set. 2022.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. A prova no processo penal: a importância da valoração do lastro probatório e de seu controle por meio recursal. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 13, n. 2, p. 695-721, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5902/1981369430012>. Acesso em: 21 set. 2022.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020, e1961. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30012>. Acesso em: 27 set. 2022. doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369430012>. Acesso em: 27 set. 2022.
- VEGAS TORRES, Jaime. **Presunción de Inocencia y Prueba em el Proceso Penal**. Madrid: La Ley, 1993.
- VIANA, Caroline Navas. A falibilidade da memória nos relatos testemunhais: implicações das falsas memórias no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, no 2, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpb.v8i2.5318>. Acesso em: 20 set. 2022.
- ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **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.