

REVISTA DE
**ESTUDOS
CRIMINAIS**

Nº 94 - JULHO/SETEMBRO 2024

**tirant
lo blanch**



**ESCOLA DE
DIREITO**

REVISTA DE
**ESTUDOS
CRIMINAIS**

Nº 93 - ABRIL/JUNHO 2024



ESCOLA DE
DIREITO

Copyright© Tirant lo Blanch Brasil

Editor Responsável: Aline Gostinski

Capa, Projeto Gráfico e Diagramação: Analu Brettas

Publicação do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais e do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Escola de Direito da PUCRS publicada pela Editora Tirant lo Blanch Brasil.

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores. Os originais não serão devolvidos, embora não publicados. Os artigos são divulgados no idioma original ou traduzidos.

Os acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias dos originais obtidas na Secretaria do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais.

Proibida a reprodução parcial ou total, sem autorização dos editores.

REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS – ANO XXIV – Nº 94

ISSN 1676-8698

Periodicidade trimestral

ASSINATURAS:

São Paulo: (11) 2894-7330 - (48) 9 9914-0685

comercial2@tirant.com / atendimento@tirant.com

editoratirantbrasil@tirant.com

www.itecrs.org/rec

tirant.com/br - editorial.tirant.com/br/

DOI: 10.53071/jou-2023-04-15-643ac31e48f30

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com

tirant.com/br - editorial.tirant.com/br/

REVISTA DE
**ESTUDOS
CRIMINAIS**

Nº 94 - JULHO/STEMBRO 2024



ESCOLA DE
DIREITO

REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS

ANO XXIV – 2024 – Nº 94

Editores-chefes

Prof. Dr. Daniel Achutti
Prof. Dr. Rodrigo Moraes de Oliveira

Editores-assistentes

Mestre Alberto Rutke
Doutora Maria Eduarda Azambuja Amaral
Mestranda Vitória Battisti da Silva

Consultores

Prof. Dr. Alexandre Wunderlich
Prof. Dr. Nereu Giacomolli

Conselho Editorial Nacional

Profa. Dra. Ana Cláudia Bastos de Pinho (Universidade Federal do Pará)
Prof. Dr. Augusto Jobim do Amaral (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. Aury Celso Lopes Júnior (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt (Faculdade Damas da Instrução Cristã/PE)
Profa. Dra. Clarice Beatriz Sohngen (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. Davi Tangerino (Universidade do Estado do Rio de Janeiro)
Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato (Universidade Federal da Paraíba)
Prof. Dr. Geraldo Prado (Universidade Autónoma de Lisboa)
Profa. Dra. Helena Regina Lobo da Costa (Universidade de São Paulo)
Profa. Dra. Heloisa Estellita (Fundação Getúlio Vargas)
Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Universidade Federal do Paraná)
Prof. Dr. Luiz Eduardo Soares (Universidade Federal do Rio de Janeiro)
Prof. Dr. Marcelo de Almeida Ruivo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder Souza (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello (Universidade Federal da Bahia)
Prof. Dr. Salo de Carvalho (Universidade Federal do Rio de Janeiro)

Endereço para correspondência:

Prof. Dr. Alexandre Wunderlich – Direção da Revista de Estudos Criminais
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais – PPGCCRIM
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS
Av. Ipiranga, 6681 – Porto Alegre/RS
CEP 90619-900 – E-mail: rec@itecrs.org

REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS

ANO XXIV – 2024 – Nº 94

Conselho Editorial Internacional

- Prof. Dr. Adem Sözüer (Universidade de Istambul)
Prof. Dr. Arndt Sinn (Universidade de Osnabrück)
Prof. Dr. Byung-Sun Cho (Universidade Cheongju)
Profa. Dra. Clelia Iasevoli (Universidade de Nápoles)
Prof. Dr. David Sanchez Rúbio (Universidade de Sevilha)
Prof. Dr. Fernando Machado Pelloni (Universidade de Buenos Aires)
Prof. Dr. Luis Greco (Universidade Humboldt de Berlim)
Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente (Universidade Autónoma de Lisboa)
Prof. Dr. Manuel Jesus Sabariego Gómez (Universidade de Sevilha)
Profa. Dra. Maria João Antunes (Universidade de Coimbra)
Prof. Dr. Rui Cunha Martins (Universidade de Coimbra)
Prof. Dr. Stefano Ruggieri (Università deli Studi di Messina)
Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Bolonha)

Professores pareceristas

Adrian Silva. Adriano Teixeira. Alaor Leite. Alexis Couto de Brito. André Machado Maya. Ângelo Roberto Ilha da Silva. Antônio Martins. Antonio Tovo. Antônio Vieira. Bruno Tadeu Buonicore. Bruno Rotta de Almeida. Caique Ribeiro Galicia. Camila Hernandez. Carolina Stein. Camile Eltz de Lima. Carlo Velho Masi. Chiavelli Fazenda Falavigno. Christiane Russomano Freire. Conrado Gontijo. Daniel Brod Rodrigues de Sousa. Denis Andrade Sampaio Junior. Denise Luz. Eduardo Baldissera Carvalho Salles. Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa. Eduardo Saad-Diniz. Eduardo Viana. Fabiane da Rosa Cavalcanti. Fábio D'Avila. Felipe De-Lorenzi. Felipe Faoro Bertoni. Felipe Mrack Giacomolli. Frederico Horta. Gabriel Divan. Gamil Föppel. Giovanni Saavedra. Guilherme Michelotto Bôes. Guilherme Lucchesi. Gustavo Noronha de Ávila. Henrique Saibro. Jacqueline Sinhoretto. Jader Marques. Jádía Timm dos Santos. Janaina Roland Matida. Jhonatas Pérciles Oliveira de Melo. João Daniel Rassi. João Paulo Orsini Martinelli. Jorge Trindade. José Carlos Porciúncula. José Linck. Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya. Laura Gigante Albuquerque. Laura Girardi Hypolito. Leonardo Schmitt de Bem. Luiz Antônio Bogo Chies. Luiza Farias Martins. Marçal Luis Ribeiro Carvalho. Marcella Alves Mascarenhas Nardelli. Marcelo Almeida Ruivo dos Santos. Marcelo Azambuja Araújo. Marcelo Buttelli Ramos. Marcelo Mayora Alves. Marco Scapini. Marcos Eduardo Eberhardt. Mariana Gastal. Marina Pinhão Coelho Araújo. Mariana Weigert. Moysés Pinto Neto. Michelle Karen Batista dos Santos. Nestor Araruna Santiago. Patricia Carraro Rossetto. Paulo César Busato. Paulo Vinicius Sporleder de Souza. Raffaella Pallamolla. Ramiro Gomes Von Saltiel. Raphael Boldt. Raquel Lima Scalcon. Renata Machado Saraiva. Romulo Fonseca Morais. Rowana Camargo. Ruth Maria Chittó Gauer. Thiago Allisson Cardoso de Jesus. Thiago Bottino do Amaral. Victor Gabriel Rodríguez. Twig Lopes. Vinicius Gomes de Vasconcellos.

REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS

ANO XXIV – 2024 – Nº 94

PUCRS
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais

Decano da Escola de Direito
Prof. Dr. Fabricio Dreyer de Avila Pozzebon

Decana Associada
Profa. Dra. Regina Linden Ruaro

Coordenador do PPGCCRIM
Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

ITEC
Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais

Diretoria
Presidente Rodrigo Moraes de Oliveira
Vice-Presidente Camile Eltz de Lima
Secretário Alberto Ruttke
Tesoureira Helena Costa Franco

Conselho Permanente
Alexandre Wunderlich
Andrei Zenkner Schmidt
Antonio Tovo
Bruna Aspar Lima
Camile Eltz de Lima
Daniel Achutti
Fabio Roberto D' Avila
Felipe de Oliveira
Fernanda Osório
Giovani Saavedra
Helena Costa Franco
Jader Marques
Lilian Reolon
Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin
Marcelo Almeida Ruivo
Paulo Vinícius Sporleder de Souza
Rafael Braude Canterji
Rodrigo Moraes de Oliveira
Salo de Carvalho

NOTAS DOS EDITORES

A presente edição da Revista de Estudos Criminais brinda o público com uma combinação muito especial.

Para além da costumeira seleção de ótimos artigos, que percorre uma gama de temas relevantes, como inteligência artificial, execução penal, teoria do crime, criminologia, processo penal e direito penal econômico, nesse volume temos a grata satisfação de também contar com um magnífico dossiê.

Trata-se de um trabalho de fôlego, de alcance interinstitucional e nacional, que mostra toda a importância e a força da pesquisa no âmbito das ciências criminais, cuja apresentação deixamos aos cuidados dos queridos Professores Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e Roberto Kant de Lima, coordenadores da obra, a quem agradecemos a oportunidade dessa publicação.

Outrossim, aproveitamos para registrar o nosso agradecimento a todos autores e autoras que submeteram seus artigos e pareceres ao longo de 2023, bem assim aos nossos fiéis leitores e leitoras, na certeza de que 2024 reserva muitas novidades para todos.

Votos de uma excelente leitura!

Prof. Dr. Rodrigo Moraes de Oliveira

Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
- PPGCCrim/PUCRS

Prof. Dr. Daniel Silva Achutti

Instituto Transdisciplinar
de Estudos Criminais - ITEC

SUMÁRIO

- 11 **A (in)convencionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) no cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil**
Salo de Carvalho
- 62 **A teoria neo-retributiva da pena de fundamento onto-antropológico, de José de Faria Costa: contornos e potencialidades no Brasil**
Rodrigo Moraes de Oliveira
- 85 **Responsabilidade penal: uma contraposição entre o sentido das ações de pessoas coletivas e a produção de resultados por *artificial intelligence***
Paulo César Busato
- 113 **Responsabilidade penal da pessoa jurídica após a extinção ou sucessão da empresa**
Leandro Oss-Emer e Pedro Henrique Nunes
- 141 **Lei penal no tempo e parcelamento tributário**
José Raul Gavião de Almeida, Matheus Barbosa Melo e Caio Cesar Tomioto Mendes
- 159 **Criciúma: uma história de todos? Considerações sobre o encobrimento das instituições penais em Criciúma/SC**
Felipe Alves Goulart e Jackson da Silva Leal

SUMÁRIO

- 180** **Crisi ed emergenza nel diritto processuale penale**
Jamilla Monteiro Sarkis e Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Morais
- 206** **O emprego do dolo eventual pela comissão de valores mobiliários**
Thiago Bottino e Egmon Henrique de Oliveira Costa
- 234** **Direito penal do inimigo e a possível influência da sua racionalidade sobre as políticas migratórias europeias e sobre a integridade do estado de direito**
Pablo Rodrigo Alflen e Ricardo Strauch Aveline

A (IN)CONVENCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD) NO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL

THE (UN)CONVENTIONALITY OF THE DIFFERENTIATED DISCIPLINARY REGIME (RDD) IN THE ENFORCEMENT OF PRISON SENTENCES IN BRAZIL

SALO DE CARVALHO¹

RESUMO: Trata-se de perícia técnica apresentada no caso 12.835 (Mauricio Hernández Norambuena *versus* Brasil), em julgamento na Corte Interamericana de Direitos Humanos, e que versa sobre a (in)convencionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). O parecer analisa a (in)compatibilidade dos estatutos jurídicos do Regime Disciplinar Diferenciado e do Regime Federal frente as normas que disciplinam os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade (dimensão dogmático-normativa). Discute o estado de coisas inconvençional da execução dos regimes diferenciado e federal no sistema carcerário brasileiro (dimensão criminológica). Ao final, apresenta recomendações e medidas compensatórias para redução dos danos derivados da aplicação de formas cruéis de encarceramento.

PALAVRAS-CHAVE: Regime Disciplinar Diferenciado (RDD); Regime Federal; Estado de Coisas Inconvençional; Sistema Penitenciário; Direitos Humanos dos presos

ABSTRACT: This article is a technical report presented in case 12,835 (Mauricio Hernández Norambuena *versus* Brazil), under trial at the Inter-American Court of Human Rights, which deals with the (un)conventionality of the Differentiated Disciplinary Regime (RDD). The legal opinion analyzes the (in)compatibility of the legal statutes of the Differentiated Disciplinary Regime and the Federal Regime in light of the norms that regulate the human rights of people deprived of liberty (normative dimension). It discusses the unconventional state of affairs of the application of the differentiated and federal regimes in the Brazilian prison system (criminological dimension). Finally, it presents recommendations and compensatory measures to reduce the harm resulting from the application of cruel forms of incarceration.

KEYWORDS: Differentiated Disciplinary Regime (RDD); Federal Regime; Unconventional State of Affairs; Penitentiary System; Human Rights of prisoners

1 Professor de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito. Pós-Doutor em Direito Penal (Universidade de Bolonha). Autor, dentre outros, de "Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro" (3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020). Advogado.

SUMÁRIO: 1 Breve Relatório; 1.2 Objeto da demanda; 2 Parecer; 2.1 Questão preliminar: as diretrizes formais e as violações materiais de direitos na execução penal brasileira; 2.2. Sobre o Regime Disciplinar Diferenciado; 2.3 Sobre o Regime Federal; 2.4 Discussão; 2.5 Considerações finais: o estado de coisas inconveniente do sistema penitenciário brasileiro; Referências bibliográficas.

1 Breve Relatório

1.2 Objeto da demanda

1.2.1. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foi demandada por Cecilia Adriana Hernández Norambuena para fins de responsabilização da República Federativa do Brasil em razão de alegados danos provocados ao cidadão chileno Mauricio Hernández Norambuena, submetido à prisão em Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) no país. Segundo a petionária, o referido regime carcerário seria violador dos direitos e garantias fundamentais previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporados ao direito interno brasileiro pelo Decreto 678 de 1992.

O pedido foi admitido pela Comissão (informe de admissibilidade 143/11) e, após o devido processamento junto à Corte, encontra-se em fase de instrução. Para auxiliar na formação do juízo, a Comissão indicou-me como perito, em razão da expertise no campo da aplicação e da execução das penas no sistema penal brasileiro.

Nesse contexto, apresento os argumentos normativos (dogmáticos) e empíricos (criminológicos) sobre a (in)convencionalidade da Lei 10.792/03, que alterou a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) para instituir e regulamentar o RDD no sistema carcerário brasileiro.

1.2.2. A petição apresentada à Comissão informa que o Sr. Mauricio Hernández Norambuena foi condenado à pena de 30 (trinta) anos de prisão pelo delito de extorsão mediante sequestro praticado contra o publicitário Washington Olivetto. Após a confirmação da sentença condenatória pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em razão da apresentação de recurso de apelação, o Sr. Hernández Norambuena teria deixado de recorrer aos Tribunais Superiores para fins de extradição e cumprimento da pena em seu país em razão de condenações anteriores no Chile que lhe haviam imposto prisão perpétua.

Segundo a acusação apresentada à Comissão, o Sr. Hernández Norambuena teria sofrido, desde a prisão realizada pela polícia brasileira, inúmeras violações de direitos, sobretudo torturas durante os interrogatórios, fatos não denunciados naquela ocasião em razão do temor de represálias.

O objeto central do pedido, porém, é relacionado ao submetimento do Sr. Hernández Norambuena, por mais de 17 (dezessete) anos, ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), criado em 2001 por Resolução da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. Conforme narra, após a detenção ocorrida no dia 1º de fevereiro de 2002, na cidade de Serra Negra, Estado de São Paulo, o condenado foi encaminhado à Penitenciária de Taubaté, permanecendo em isolamento absoluto, conforme determinava o RDD, durante várias semanas, com direito apenas a saídas ao pátio uma vez por semana, por 30 (trinta) minutos. Refere, igualmente, as péssimas condições de higiene do ambiente carcerário.

Destaca que no dia 22 de março de 2003, o Sr. Norambuena foi transferido para o Presídio de Presidente Bernardes, no qual foi mantido em regime diferenciado até a entrada em vigor da Lei 10.792/03, em 02 de dezembro, quando, por determinação judicial, permaneceu no referido regime por 360 (trezentos e sessenta) dias, prorrogados por igual período a partir de 1º de dezembro de 2004. Em janeiro de 2005, nova decisão reiterou o regime diferenciado na mesma instituição.

Em novembro de 2006, o Sr. Hernández Norambuena foi transferido para a Penitenciária de Avaré, Estado de São Paulo, permanecendo preso até março de 2007, quando foi encaminhado para o Presídio Federal de Catanduvas, Estado do Paraná. No Presídio de Catanduvas, no qual permaneceu até julho de 2010, teria sido submetido a um regime similar ao regime disciplinar diferenciado (regime federal), mediante a imposição de isolamento prolongado, restrição de comida e livros e condições inadequadas, inclusive falta de assistência médica em razão do diagnóstico de um tumor na garganta.

Na sequência, foi transferido para a Penitenciária Federal de Campo Grande, Estado do Mato Grosso do Sul (de julho de 2010 a março de 2015); Penitenciária Federal de Porto Velho, Estado de Rondônia (de março de 2015 a maio de 2016); Penitenciária Federal de Mossoró, Estado do Rio Grande do Norte (de maio de 2016 a janeiro de 2019); e Penitenciária de Avaré, Estado de São Paulo (de janeiro a agosto de 2019), quando foi encaminhado para a carceragem da Polícia Federal de São Paulo para extradição. Na Penitenciária de Avaré, o Sr. Hernández Norambuena teria igualmente sido submetido a um regime de isolamento similar ao previsto no RDD.

Conclui, pois, que o Sr. Hernández Norambuena foi mantido ilegalmente a isolamento celular no sistema federal brasileiro de fevereiro de 2002 a janeiro de 2019. A ilegalidade estaria demonstrada no fato de que seria requisito para manutenção no sistema federal a comprovação de o condenado ser membro de organização criminal. Refere, igualmente, que os demais autores e partícipes do sequestro nunca foram submetidos ao regime diferenciado ou aos cárceres federais.

1.2.3. Em réplica, a República Federativa do Brasil informou os termos da condenação à privação de liberdade pelo referido crime de extorsão mediante sequestro e o posterior procedimento de extradição do Sr. Hernández Norambuena para o Chile, sob a condição de não ser imposta a pena de prisão perpétua, vedada pela Constituição nacional.

Em relação ao objeto da denúncia, reconheceu a manutenção no regime diferenciado de cumprimento de pena, “em virtude de o senhor Hernández apresentar alto risco para a ordem pública e a segurança do estabelecimento carcerário.”² Acrescentou que a necessidade da imposição do RDD deveu-se ao fato de o condenado ser “considerado um preso de difícil contenção e com histórico de fuga ‘espetacular’ de uma prisão de segurança máxima no Chile, e não por ser chileno.”³

Informou que a determinação do regime diferenciado ocorreu inicialmente no período de 04 de fevereiro de 2002 e, posteriormente, com a promulgação da Lei 10.792/03, foi mantida até 23 de novembro de 2006, em cumprimento à determinação do juiz das execuções penais (decisão de 20 de novembro de 2005). Destaca, ainda, que, a partir de fevereiro de 2007, o Sr. Hernández Norambuena permaneceu cumprindo sua pena em regime de detenção federal.

Ademais, justifica que o RDD é um regime de cumprimento de pena privativa de liberdade regulado em lei e que não seria incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos ou outras diretrizes internacionais de direitos humanos que regulam o tratamento de pessoas presas.

Passo ao parecer.

2 Parecer

2.1 Questão preliminar: as diretrizes formais e as violações materiais de direitos na execução penal brasileira

(a) A Lei de Execução Penal e os direitos dos presos

2.1.1. Apesar de o Informe 294/21 da Comissão (CIDH), item III.A. (§18-24), apresentar o contexto no qual o “Regime Disciplinar Diferenciado” ingressou na estrutura normativa brasileira, entendo pertinente destacar alguns dados para a análise do caso posto em julgamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

2 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório 294/21, Caso 12.835, Mauricio Hernández Norambuena versus Brasil, 29 de outubro de 2021, p. 09.

3 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório 294/21, Caso 12.835, Mauricio Hernández Norambuena versus Brasil, 29 de outubro de 2021, p. 09.

A primeira consideração é referente à mudança de eixo que o RDD impõe na execução das penas privativas de liberdade no Brasil, ou seja, ao câmbio que provoca na Lei de Execução Penal e à crise que estabelece frente aos parâmetros humanitários da pena delineados pela Constituição de 1988 e pelo Decreto 687/92 (Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica).

2.1.2. Desde o início da década de 1970, inúmeros penalistas e criminólogos passaram a denunciar a justificativa retributivista da pena privativa de liberdade e, através de pesquisas empíricas, demonstrar a profunda afluência da sua execução nos cárceres brasileiros.

“A Questão Penitenciária” (1976), relato da experiência de Augusto Thompson⁴ na Superintendência do Sistema Penal da Guanabara, redigida no início dos anos 1970, junto com “Atitudes e Percepções da Mulher Detenta no Rio de Janeiro” (1973), de Tereza Miralles⁵, e “Cemitério dos Vivos” (1983), investigação iniciada em 1976 por Julita Lemgruber⁶, constituem documentos históricos fundamentais para compreender a dinâmica violenta dos presídios no Brasil. São trabalhos de referência do ponto de vista teórico e metodológico e que demonstram, desde o empírico, as disfunções históricas da forma carcerária de execução da pena de prisão em nosso país, indícios já presentes na década de 1950 com o manifesto “Penitência de um Penitenciário” (1957), de Roberto Lyra.⁷

Neste cenário, no qual já não havia margem de dúvidas quanto à violência da prisionalização ser uma realidade no Brasil, a Reforma Penal de 1984, após inúmeras iniciativas legislativas na década anterior, apresentou uma possibilidade de real humanização do sistema punitivo brasileiro. Na “Notícia Histórica” apresentada pelos reformadores, o novo sistema de penas proposto pela Lei 7.209/84 (Parte Geral do Código Penal) e pela Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) “(...) traduz o ponto alto de um grande movimento que visa ajustar o nosso ordenamento positivo às contemporâneas exigências de proteção aos valores fundamentais à comunidade, de respeito ao patrimônio jurídico do Homem de modernidade científica.”⁸

Na formulação das guias orientadoras da execução da pena, os elaboradores da Lei 7.210/84 destacaram que “o reconhecimento dos direitos da pessoa presa constitui nos dias presentes uma das exigências fundamentais para orientar a re-

4 Thompson, Augusto. *A Questão Penitenciária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

5 Miralles, Tereza. *Atitudes e Percepções da Mulher Detenta no Rio de Janeiro: relatório de pesquisa*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 1973.

6 Lemgruber, Julita. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

7 Lyra, Roberto. *Nôvo Direito Penal*. v. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

8 Reale Jr., Miguel; Dotti, René Ariel; Andreucci, Ricardo; Pitombo, Sergio de Moraes. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. São Paulo: Forense, 1985, p. 01.

visão dos métodos e meios da execução penal. A consagração das regras mínimas instituídas pela ONU (1955) teve como antecedentes a reunião de Berna (1926) e o Congresso de Londres de 1872.”⁹

É exatamente com base nas pesquisas realizadas nos cárceres brasileiros, que demonstraram como “a crise manifesta da execução penal tem, sistematicamente, negado princípios e regras fundamentais ao repertório dos direitos do condenado e do internado como também do preso provisório”¹⁰, que a Lei de Execução Penal elencou, nos artigos 40 e 41, os direitos do condenado, do preso provisório e do internado. Dentre os que se aplicam no caso, “I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração (...); V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados (...); XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes” (art. 41, Lei 7.210/84). A Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal refere, inclusive, a técnica utilizada no Projeto, para “indica[r] com clareza e precisão o repertório dos direitos do condenado, a fim de *evitar a fluidez e as incertezas resultantes de textos vagos ou omissos (...)*” (item 75, Exposição de Motivos, Lei 7.210/84, grifei).

2.1.3. Segundo o estatuto de 1984, os direitos previstos nos incisos V (trabalho), X (visitação) e XV (contato com o mundo exterior) poderiam ser suspensos ou restringidos por ato motivado do diretor do estabelecimento (art. 41, parágrafo único).

No ponto, é precisa a crítica de Rodrigo Roig de ser “questionável a limitação trazida pelo art. 41, parágrafo único, da LEP [Lei de Execução Penal], que entrega ao arbítrio administrativo o poder de suspender ou restringir direitos. A delegação à autoridade administrativa do poder de decretar um *estado de exceção* à lei nada mais é do que expressão de um Estado de Polícia, diametralmente oposto ao Estado de Direito.”¹¹ Sobretudo após a Constituição de 1988¹² e o Decreto

9 Reale Jr., Miguel; Dotti, René Ariel; Andreucci, Ricardo; Pitombo, Sergio de Moraes. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. São Paulo: Forense, 1985, p. 99.

10 Reale Jr., Miguel; Dotti, René Ariel; Andreucci, Ricardo; Pitombo, Sergio de Moraes. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. São Paulo: Forense, 1985, p. 101.

11 Roig, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 121.

12 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (...); LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime

678/92¹³, parece evidente a carência de conformidade com os direitos humanos essa limitação de direitos dos presos por ato administrativo.

Não por outra razão, a compreensão de ser este tipo de decisão ato tipicamente judicial¹⁴, pois restringe substancialmente direitos fundamentais. Compreensão que decorre da própria determinação de jurisdicionalização da execução penal¹⁵ (art. 65 e art. 66). Por isso a imposição do *regime disciplinar diferenciado* (art. 53, V) deve ser precedida não apenas de ato motivado do diretor do estabelecimento carcerário, como também de decisão prévia e fundamentada do juiz competente da Vara de Execuções Penais.

(b) O modelo progressivo, a Lei dos Crimes Hediondos e o estado de coisas inconstitucional: a permanente violação aos direitos dos presos no Brasil

2.1.4. Os direitos elencados na Lei de Execução Penal procuram materializar a justificativa preventivo especial apresentada no seu art. 1º: “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e *proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*” (grifei). Assim, o *caput* do art. 3º determina que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”; e o seu parágrafo único veda qualquer tipo de tratamento discriminatório: “não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.”

A literatura especializada confirma que a maioria das reformas penais no Ocidente, notadamente aquelas realizadas nos países de tradição jurídica romano-germânica no pós-Segunda Guerra, foi conduzida pelo movimento da “Défense

propriamente militar, definidos em lei; LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.”

- 13 Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 7, “(...) 3. Ninguém pode ser submetido à detenção ou encarceramento arbitrários (...). 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais (...)” Art. 8, “1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”
- 14 Neste sentido, Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 121; Scapini, Marco Antonio Bandeira. *Prática de Execução das Penas Privativas de Liberdade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 23-26; Schmidt, Andrei Zenkner. *Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal*. In: Carvalho, Salo (coord.). *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 207-267.
Disponibilizo os links de acesso público das edições, esgotadas, das obras Carvalho, Salo (coord.). *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 [https://www.researchgate.net/publication/334898621_Carvalho_org_-_Critica_a_Execucao_Penal_2007_2a_edicao_revisada_e_ampliada]; e Carvalho, Salo (coord.). *Crítica à Execução Penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002 [https://www.researchgate.net/publication/334898474_Carvalho_org_-_Critica_a_Execucao_Penal_2002_1a_edicao], citadas ao longo do parecer.
- 15 Neste sentido, Beneti, Sidnei Agostinho. *Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 59ss; Castilho, Ela Wiecko V. *Controle da Legalidade na Execução Penal*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 39ss.

Sociale Nouvelle.”¹⁶ O eixo central deste modelo político-criminal foi o da ressocialização dos condenados.¹⁷ Ao seguir os rumos definidos pelo movimento europeu, a reforma penal brasileira de 1984 incorporou a pedagogia ressocializadora e seu instrumental normativo, baseado fundamentalmente (*primeiro*) na análise individual (diagnóstico) e definição do tratamento (prognóstico) ao condenado; e (*segundo*) na lógica da disciplina carcerária (meritocracia). A adesão ao projeto foi identificada pela doutrina penal brasileira¹⁸ e assumida pelos próprios reformadores.¹⁹

Assim, se nos modelos tradicionais (retributivos e dissuasórios) o julgamento do caso estava concentrado no fato e a pena direcionada para a justa retribuição, no modelo ressocializador o que se procura é “restituição do ato à pessoa ou, mais precisamente, esse relacionamento existencial entre o fato e o seu autor, que as categorizações jurídicas impediam perceber (...).”²⁰

Os princípios do correccionalismo foram introduzidos em inúmeros institutos da Lei de Execução Penal brasileira: (*primeiro*) exigência de classificação dos condenados (arts. 5º ao 10º); (*segundo*) previsão de exames gerais e criminológicos (arts. 96 ao 98); (*terceiro*) definição das sanções e recompensas disciplinares (arts. 53 a 56); e (*quarto*) regulamentação do sistema progressivo de penas baseado na transferência para regimes menos rigorosos (art. 112), concessão de saídas temporárias (art. 120 a 125), livramento condicional (art. 131 a 146) e substituição da pena prisional por restritivas de direito (art. 148). Em relação à *qualidade de vida prisional*, a Lei previu (*quinto*) atendimento às necessidades básicas de alimentação, vestuário e higiene (art. 12); (*sexto*) suporte médico, farmacêutico e odontológico (art. 14); (*sétimo*) assessoramento jurídico (art. 15); (*oitavo*) atividades de instrução e de formação profissional (art. 17); e (*nono*) direitos previdenciários (art. 23), religiosos (art. 24) e trabalhistas (arts. 28 ao 37). Em termos processuais, a reforma (*décimo*) determinou o controle judicial dos atos da administração carcerária e (*décimo primeiro*) alterou o *status* jurídico do preso, compreendido, desde então, como sujeito

16 Baratta, Alessandro. *Introduzione alla Sociologia Giuridico-Penale: criminologia critica e critica del diritto penale*. Bolonha: Universidade de Bolonha, 1980, pp. 43-50; Baratta, Alessandro. *Resocialización o Control Social: por un concepto crítico de ‘reintegración social’ del condenado*. In: *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires: BdeF, 2004, pp. 376-393; Bitencourt, Cezar R. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 121-131.

17 Bitencourt, Cezar R. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 270.

18 Shecaira, Sergio Salomão; Corrêa Jr., Alceu. *Teoria da Pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 142ss; Mirabete, Julio Fabrini. *Execução Penal: comentários à Lei 7.210/84*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995, pp. 37-38.

19 Dotti, Rene Ariel. *Bases Alternativas para o Sistema de Penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998; Dotti, Rene Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 818ss. *Sobre o processo de reforma, conferir Toledo, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 66-78; e Reale Jr., Miguel; Dotti, René Ariel; Andreucci, Ricardo; Pitombo, Sergio de Moraes. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. São Paulo: Forense, 1985.

20 Ancel, Marc. *A Nova Defesa Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 283

de direitos (e não mero objeto de intervenção punitiva, posição típica dos sistemas penitenciários de natureza administrativa).

2.1.5. A conformação normativa da execução penal brasileira proposta na reforma de 1984 – com avanços significativos, sobretudo em termos de garantia de direitos fundamentais e assistência básica – restou, porém, inviabilizada. Isto porque a validade das normas jurídicas não garante, *per se*, eficácia. Ademais, a própria implementação do Estado social brasileiro apresentou carências significativas. A falta de compromisso de distintos Governos (Poder Executivo) e as omissões no controle judicial em relação à efetividade dos direitos econômicos sociais e culturais, sobretudo após a Constituição de 1988 e notoriamente no campo da execução penal²¹, tornaram o Estado social brasileiro (e o seu projeto correcionalista, em consequência) um simulacro.²² Na leitura de Neves, nos países periféricos como o Brasil predomina uma “desconstitucionalização fática” voltada à manutenção do *status quo* social e que “serve à permanência das estruturas reais de poder, em desacordo com o modelo textual de Constituição, cuja efetivação relevante importaria profundas transformações sociais.”²³

A análise criminológica da realidade penitenciária no Brasil evidencia essa histórica postura omissiva dos poderes constituídos em efetivar as diretrizes legais (Lei de Execução Penal), constitucionais e convencionais relativas à humanidade das penas, vedação de penas cruéis e garantia da integridade física e moral dos presos. As evidências não são apresentadas apenas por especialistas²⁴, centros de pesquisa²⁵ e organizações de direitos humanos²⁶, pois a violação sistemática da própria legalidade foi reconhecida pela Suprema Corte ao declarar o *estado de coisas inconstitucional da execução penal* no país: “a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamen-

21 Dotti, Rene Ariel. Curso de Direito Penal: parte geral. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 845; Bitencourt, Cezar R. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 142-145.

22 Streck, Lenio. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica na construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 237ss; Streck, Lenio. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. Novos Estudos Jurídicos, v. 08, n. 02, 2003; Streck, Lenio. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 659ss.

23 Neves, Marcelo. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. Revista Trimestral de Direito Público, n. 12, 1995, p. 158.

24 Batista, Vera Malaguti. Introdução Crítica à Criminologia Brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2012; Bitencourt, Cezar R. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 142-210; Bitencourt, Cezar R. Tratado de Direito Penal: parte geral. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, pp. 1.313-1.323; Carvalho, Salo. A Estrutura Lógica e os Fundamentos Ideológicos do Sistema de Penas no Projeto de Lei Anticrime. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 64, n. 3, 2019; Pavarini, Massimo; Giamberardino, Andre. Curso de Penologia e Execução Penal. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

25 Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: FBSP, 2024, p. 329ss.

26 Anistia Internacional. O Estado dos Direitos Humanos no Mundo (Informe 2017/18), Rio de Janeiro, 2018; Human Rights Watch. World Report: events of 2018, United States of America, 2019, pp. 91-101.

tais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas.”²⁷

É consenso, inclusive em nível institucional, que as condições materiais da execução penal no Brasil inviabilizaram qualquer tentativa de implementação de efetivas políticas ressocializadoras. Exatamente por isso, fundamental sejam vedadas políticas públicas, nas distintas esferas (legislativa, administrativa e judicial), que ampliem a dessocialização e agudizem os danos provocados pela mera permanência do condenado no sistema penitenciário.

Assim, dois problemas parecem ser centrais nesse contexto que reflete não apenas a permanente crise penitenciária brasileira, mas a de toda a América Latina: (*primeiro*) do ponto de vista empírico (criminológico), as condições degradantes impostas aos apenados e a impossibilidade material de se pensar, nesse cenário, quaisquer políticas de reintegração social²⁸; e (*segundo*) do ponto de vista normativo (jurídico-penal), a inconstitucionalidade e a inconveniência de institutos que agravam a dessocialização, como, p. ex., a vedação da progressão de regime e, no caso, a execução da pena em regime disciplinar diferenciado.

A diretriz humanitária foi traçada pela Constituição brasileira de 1988 ao não adotar explicitamente como finalidade das penas a ressocialização; mas, abdicando dos idealismos, projetar ações com base na *redução de danos* – excepcionalidade da pena de prisão; vedação de penas cruéis e degradantes; garantia da individualização das penas e dignidade dos apenados.²⁹

2.1.6. As reformas político-criminais da década de 1990 agregaram às omissões históricas de déficit de vagas prisionais e de condições degradantes dos cárceres um aumento superlativo da população carcerária brasileira – de 51,1 presos por cem mil habitantes no ano da publicação da Lei de Execução Penal (1984) para 419,5 em 2023 (eram 409,8, em 2022). Hoje são 852.010 pessoas privadas de liberdade no sistema penitenciário, em números absolutos, considerada a população carcerária em regime fechado, semiaberto e aberto, em medida de segurança de

27 Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/Distrito Federal, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. em 09/09/2015, pp. 06-07 (grifei).

28 Bitencourt, Cezar R. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 124-132; Bitencourt, Cezar R. Tratado de Direito Penal: parte geral. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, pp. 1.328-1.331; Pavarini, Massimo; Giamberardino, Andre. Curso de Penologia e Execução Penal. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 207-233.

29 Carvalho, Salo. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 279ss; Shecaira, Sergio Salomão; Corrêa Jr., Alceu. Teoria da Pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 109-123.

internação e tratamento ambulatorial; segregados em celas físicas ou em prisão domiciliar (seja em monitoramento eletrônico ou não).³⁰

O descaso com os direitos humanos e a naturalização da barbárie no sistema carcerário brasileiro são marcas que atravessam distintos governos, de distintas perspectivas políticas e ideológicas.³¹

Nesse cenário, o debate sobre a Lei 8.072/90 parece servir como paradigma e critério de referência para o enfrentamento das questões relacionadas ao regime disciplinar diferenciado.

Em 1990, como resposta contingente a uma série de crises na segurança pública no país – fato igualmente percebido na Resolução estadual de São Paulo ao inaugurar a forma diferenciada de regime disciplinar em 2001, em antecipação à Lei 10.792/03 –, foi publicada a Lei 8.072, intitulada Lei dos Crimes Hediondos.³² O novo estatuto representou um marco na agenda do populismo punitivo brasileiro e tem, como efeito direto, o ingresso do país no cenário internacional do grande encarceramento. A Lei, além de elevar as penas em abstrato e vedar liberdade provisória, alterou significativamente a forma de execução ao determinar o fim da progressão de regime e a impossibilidade de anistia, graça e indulto àquelas condutas qualificadas como hediondas. Especificamente em relação ao sistema progressivo, o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 determinava que “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.”

A doutrina nacional, em sua grande maioria, desde os primeiros momentos de vigência da Lei apontou que a vedação à progressão de regime era ofensiva aos princípios constitucionais da individualização (art. 5º, XLVI) e da humanidade (art. 5º, XLVII) das penas. Em realidade, a Lei dos Crimes Hediondos afastava importantes avanços promovidos pela Reforma de 1984 e que permitiam ao condenado tornar menos aflitivo o cumprimento da pena privativa de liberdade de longa duração. Contrariava, pois, de forma substancial, a ideia básica de desprisonalização gradual, com o retorno controlado do preso à sociedade, conforme a diretriz de reinserção social. Além disso, não é menos importante perceber que a progressão da pena privativa de liberdade representou, no histórico estado de coisas inconstitucional dos presídios brasileiros, um importante mecanismo de redução dos danos do encarceramento em massa.

30 Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: FBSP, 2024, p. 329.

31 Carvalho, Salo. A Estrutura Lógica e os Fundamentos Ideológicos do Sistema de Penas no Projeto de Lei Anticrime. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 64, n. 3, 2019, pp. 161-192.

32 Franco, Alberto Silva; Lira, Rafael; Felix, Yuri. Crimes Hediondos. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 142ss.

O Supremo Tribunal Federal, somente após 15 (quinze) anos de vigência da Lei 8.072/90, declarou inconstitucional o dispositivo que obrigava o preso condenado por crimes hediondos ou equiparados ao cumprimento integral da pena no regime fechado. A Suprema Corte, em 2006, no julgamento plenário do *Habeas Corpus* 82.959³³, em um “verdadeiro despertar cívico”³⁴, nas palavras de Bitencourt, afastou a vedação ao entender que o dispositivo violava o princípio da individualização das penas. Bitencourt apontou um aspecto fundamental enfatizado no julgamento: “o reconhecimento do sistema progressivo e da individualização da pena como direitos e garantias fundamentais”³⁵, não sendo autorizado ao legislador excluir ou impedir quaisquer etapas.

Apesar de a Lei 13.964/19, ao alterar o art. 112 da Lei de Execução Penal, estabelecer novos óbices ao direito de progressão de regime e recolocar em pauta a necessidade de preservação integral do princípio constitucional da individualização da pena, a Suprema Corte, no julgamento da Lei dos Crimes Hediondos, definiu importantes limites ao Poder Legislativo, vedando quaisquer interferências abusivas na individualização das penas e preservando o seu sentido humanitário.

2.2 Sobre o Regime Disciplinar Diferenciado

(c) Os antecedentes do Regime Disciplinar Diferenciado

2.2.1. É correta a informação apresentada pela CIDH, no Informe 294/21, de que antes da promulgação da Lei 10.792/03, o Estado de São Paulo, através de um ato administrativo da Secretaria Estadual de Administração Penitenciária, instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). A informação é extremamente importante porque impacta diretamente a análise do caso.

Envolto em uma crise no sistema de segurança pública por força de inúmeras rebeliões deflagradas por organizações criminosas nos presídios de São Paulo³⁶, o Governo do Estado editou a Resolução 26, publicada em 05/05/2001, que

33 “Pena. Regime de cumprimento. Progressão. Razão de ser. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. Pena. Crimes hediondos. Regime de cumprimento. Progressão. Obice. Art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Inconstitucionalidade. Evolução jurisprudencial - Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90” (Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, j 23/02/2006, DJ 01/09/2006).

34 Bitencourt, Cezar R. Tratado de Direito Penal: parte geral. v. 1. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 626.

35 Bitencourt, Cezar R. Tratado de Direito Penal: parte geral. v. 1. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 626.

36 Os fatos são conhecidos e amplamente relatados em importantes pesquisas acadêmicas, como, dentre outras, Carvalho, Salo; Freire, Christiane Russsomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, v. 4, n. 1, 2005, pp. 07-26; Dias, Camila Caldeira Nunes. Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista. Tese de Doutorado em Sociologia,

implementou o RDD em alguns presídios para *contenção* de “líderes e integrantes de facções criminosas, bem como aos presos que exijam tratamento específico” (art. 1º). O regime diferenciado consistia no isolamento celular por 180 (cento e oitenta) dias, na primeira inclusão; nas demais, por 360 (trezentos e sessenta) (art. 3º). O procedimento consistia na formalização do pedido pelo Diretor Técnico da unidade carcerária ao Coordenador Regional, que, se estivesse de acordo, o encaminharia para o Secretário Adjunto para decisão (art. 2º).

Em julho de 2002, foi editada a Resolução 49, que restringia o direito de visita e as entrevistas dos presos em regime disciplinar com seus advogados. Dentre as limitações impostas, o isolamento total do preso, com direito a banho de sol por apenas uma 01 (hora) por dia, o recebimento de visitas uma vez por semana, limitado a 02 (duas) horas, e a restrição na entrega de alimentos, vestuário e materiais de higiene pelos familiares (art. 2º Resolução 49/02) – lembro que o suprimento de produtos de higiene, vestuário e alimentação pelas famílias dos presos é fundamental no sistema penitenciário brasileiro tendo em vista os expressivos déficits e as omissões das administrações carcerárias. Em relação ao contato com advogado, o art. 5º fixava que as entrevistas deveriam ser previamente agendadas, mediante requerimento à Direção do estabelecimento, que designaria data e horário para atendimento reservado nos 10 (dez) dias subsequentes.

Em agosto do mesmo ano, a Secretaria de Assuntos Penitenciários (SAP) de São Paulo editou a Resolução 59, que ampliou o RDD para o Complexo Penitenciário de Campinas (Hortolândia). A Resolução previa aplicação do regime especial não somente para os condenados, mas também aos presos provisórios acusados de prática de crime doloso ou que representassem alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal. A nova regulamentação elencava uma série de condutas que permitiria a transferência ao regime diferenciado: (a) incitamento ou participação em movimento para subverter a ordem ou disciplina; (b) tentativa de fuga; (c) participação em facções criminosas; (d) posse de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem ou de estabelecer comunicação proibida com organização criminosa; e (e) prática de fato previsto como crime doloso que perturbe a ordem do estabelecimento (art. 2º). O tempo máximo de permanência no regime foi fixado em 360 dias. Registro que parte substancial das condutas que

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 313ss; Freire, Christiane Russomano. A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado). Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 125ss; Haber, Carolina Dzimidas. A eficácia da lei penal: análise a partir da legislação penal de emergência (o exemplo do Regime Disciplinar Diferenciado). Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 75ss; Santana, Aline Passos de Jesus. A disciplina carcerária na sociedade de controle: uma análise genealógica do Regime Disciplinar Diferenciado. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 128ss.

admitia aplicação do RDD já estava prevista no art. 50 da Lei de Execução Penal como falta grave.

2.2.2. Embora o RDD também tenha sido aplicado, através de atos administrativos, antes da legislação federal, no Estado do Rio de Janeiro³⁷, a revisão dos estatutos paulistanos é relevante porque o Sr. Hernández Norambuena permaneceu em regime diferenciado de dezembro de 2002 até fevereiro de 2007. Significa dizer: (*primeiro*) um ano por determinação da Secretaria de Estado de São Paulo, antes da entrada em vigor da Lei 10.792/03; e (*segundo*) por cerca de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses, por determinação judicial.

No período subsequente, de fevereiro de 2007 a janeiro de 2019 (aproximadamente 12 anos), esteve submetido ao regime especial de execução determinado pela Lei 11.671/08, que regula a execução penal nos presídios federais.

(d) A disciplina na Lei de Execução Penal: legalidade, humanidade, pessoalidade e jurisdicionalidade

2.2.3. Em dezembro de 2003, o RDD é institucionalizado em todo o território nacional pela Lei Federal 10.792. Embora a Lei 10.792/03 tenha alterado distintos institutos do direito penal e do direito processual penal brasileiros, a mudança relacionada ao RDD concentra-se na nova redação do art. 52 da Lei de Execução Penal (LEP).

A Seção III da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), do art. 44 ao art. 60, trata “Da Disciplina”. A premissa posta no art. 44 é a de que a *disciplina carcerária*, imposta aos condenados à pena privativa de liberdade e aos presos provisórios, “consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho”.

Em conformidade com os preceitos constitucionais e convencionais, o regime disciplinar deve se submeter ao *princípio da legalidade* (“não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”, art. 45, *caput*); ao *princípio da humanidade* (“as sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado; é vedado o emprego de cela escura”,

37 No Rio de Janeiro, experiência análoga ao RDD ocorreu a partir de dezembro de 2002, após rebelião ocorrida no Presídio de Bangu I. Cessada a rebelião, os líderes foram isolados e, junto com os demais participantes, colocados em Regime Disciplinar Especial de Segurança (RDES). No dia 30 de outubro, o Diário Oficial do Estado havia publicado a Resolução 572, da Secretaria de Estado de Segurança Pública, que restringia inúmeros direitos dos presos de Bangu 1 (uso obrigatório de uniformes de detentos, restrição do número de advogados e de visitas). Caldeira apresenta a sucessão de regulamentos do referido regime: “(...) o secretário Astério reeditou o RDES, através da Resolução SEAP/GAB no 8 (número 8) de 7 de março de 2003. A Resolução SEAP no 13 (número 13) de 28 de março de 2003 disciplinou o ingresso de pessoas e de veículos no interior dos estabelecimentos. A Resolução SEAP no 14 (número 14) de 7 de abril de 2003 estabeleceu normas para organizar e garantir o acesso de advogados aos seus clientes presos em Bangu 1. A Resolução no 26 (número 26) de 7 de julho de 2003 disciplinou a entrada de alimentos e objetos trazidos pelos familiares e por via postal, nas visitas às unidades prisionais.” (Caldeira, Cesar. A Política do Cárcere Duro: Bangu 1. Revista São Paulo em Perspectiva, v. 18, n. 1, 2004, p. 93)

art. 45, §§ 1º e 2º, respectivamente) e ao *princípio da pessoalidade* (“são vedadas as sanções coletivas”, art. 45, § 3º). Além disso, em relação às faltas graves, vigora o *princípio da jurisdicionalidade*, pois a decisão administrativa deverá, necessariamente, ser submetida ao controle de legalidade do juiz da execução penal (art. 48, parágrafo primeiro).

2.2.4. As faltas disciplinares são classificadas em leves, médias e graves, sendo apenas de competência da legislação local a regulamentação das leves e médias, nos termos do art. 49, *caput*. Significa dizer, em respeito ao princípio da legalidade, que *as faltas graves e as suas respectivas sanções só podem ser disciplinadas pela Legislação Federal*. O art. 24, inciso I, da Constituição prevê a competência concorrente entre União e Estados para legislar sobre direito penitenciário, mas no que tange às faltas e sanções graves a reserva é de Lei Federal em razão da exceção posta no *caput* do art. 49 da LEP.

Não por outra razão, a LEP arrola apenas as faltas graves em seu art. 50. Regulamentos penitenciários estaduais disciplinam os demais atos de indisciplina e suas sanções.

“Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II - fugir; III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV - provocar acidente de trabalho; V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei. VII - tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. (Incluído pela Lei nº 11.466, de 2007) Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.” (Lei de Execução Penal)

Nos incisos do art. 53, as sanções disciplinares: a advertência verbal; a repressão; a suspensão ou restrição de direitos; o isolamento na própria cela ou em local adequado nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo.

(e) A regulamentação jurídica do Regime Disciplinar Diferenciado

2.2.5. A Lei 10.792/03 alterou as redações originais dos arts. 52 e 53 (que tratam das faltas graves e suas respectivas sanções); do art. 54 (que trata do procedimento); dos arts. 57 e 58 (que tratam da aplicação das sanções); e do art. 60 (que trata da forma de execução da sanção disciplinar), da LEP para implementar e regulamentar o RDD.

A nova redação do art. 52 (*caput* e incisos) estabelece que a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e submeterá o faltoso, preso condenado ou provisório, ao regime diferenciado quando *ocasiona subversão da ordem ou disciplina internas*. As características do regime são: (*primeira*) duração de até

trezentos e sessenta dias, podendo ser renovado em decorrência de nova falta grave de mesma espécie, limitado ao tempo de um sexto da pena aplicada; (*segunda*) recolhimento em cela individual; (*terceira*) restrição de visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; (*quarta*) saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol.

Em seus parágrafos, o art. 52 amplia o RDD: (primeiro) aos “que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” (§ 1º); e (segundo) aos presos sobre os quais “recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando” (§2º).

Presentes os “requisitos legais”, a aplicação da sanção do art. 53, inciso V (“regime disciplinar diferenciado”) depende de prévia e circunstanciada requisição do Diretor do estabelecimento (art. 54, § 1º), manifestação do Ministério Público e da Defesa (art. 54, § 2º) e decisão fundamentada do juiz da Vara de Execuções Penais (art. 54, *caput*). Ao impor o RDD, o juiz deverá, nos termos do art. 57, *caput*, observar circunstâncias de ordem *objetiva* (natureza, circunstâncias e consequências do fato e tempo de prisão) e *subjetiva* (motivos e dados sobre “a pessoa do faltoso”).

Para além do procedimento de reconhecimento e sancionamento pela falta disciplinar, o art. 60, *caput*, da LEP prevê uma modalidade de regime diferenciado cautelar, a ser determinada pela autoridade administrativa com posterior homologação judicial, pelo prazo de até 10 (dez) dias “no interesse da disciplina e da averiguação do fato”. O parágrafo único do art. 60 determina a detração do tempo de inclusão preventiva no RDD no período de cumprimento da sanção disciplinar.

2.2.6. No final do ano de 2019, por força do denominado “Pacote Anticrime” (Lei 13.964/19), houve nova alteração no art. 52 da LEP, na qual são *ampliados* os requisitos de aplicação do regime diferenciado e *enrijecidas* as formas de cumprimento da sanção.

Dentre os requisitos do RDD, o novo § 1º, inciso II, do art. 52 permite sua imposição, para além dos casos já previstos no inciso I (presos que “apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”); àqueles “sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave.”

Em relação à *sanção disciplinar*, a nova Lei (*primeiro*) fixa o período de duração do RDD em 02 (dois) anos e exclui o teto máximo de 1/6 da pena em caso de renovação da medida (art. 52, I); (*segundo*) restringe as visitas, aumentando o prazo para o período quinzenal e impedindo qualquer contato físico (art. 52, III);

(*terceiro*) permite a saída da cela pelo mesmo período diário, inclusive em grupos, desde que não haja contato com “presos do mesmo grupo criminoso” (art. 52, IV); (*quarto*) determina monitoramento das entrevistas, exceto as realizadas com o defensor (art. 52, V); (*quinto*) impõe a fiscalização da correspondência (art. 52, VI); (*sexto*) prevê a participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência (art. 52, VII).

O art. 52, § 3º refere que “existindo indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em 2 (dois) ou mais Estados da Federação, o regime disciplinar diferenciado será obrigatoriamente cumprido em estabelecimento prisional federal.” Nestes casos, o § 4º permite a prorrogação sucessiva por períodos de 1 (um) ano, desde que haja indícios de que o preso (*primeiro*) continue apresentando alto risco para a ordem e a segurança do presídio ou da sociedade; (*segundo*) mantenha vínculos com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, considerados o seu perfil criminal, a função desempenhada, o tempo de atuação no grupo, a superveniência de novos processos e os resultados do tratamento penitenciário. Além disso, são determinadas medidas de reforço do isolamento como em relação a eventuais contatos com membros de grupos criminosos (§ 5º) e gravação de visitas (§ 6º).

(f) Natureza jurídica e controle da legalidade do Regime Disciplinar Diferenciado

2.2.7. Sob o ponto de vista normativo, necessário diferenciar a natureza jurídica das formas de regime diferenciado previstas na LEP. A Lei prevê modalidades próprias de RDD, para situações autônomas, o que permite possam ser discutidos os déficits de convencionalidade e de constitucionalidade sob a correta perspectiva técnico-jurídica. Em realidade, são duas possibilidades de determinação do RDD na legislação brasileira.

A primeira é a da previsão do regime diferenciado como *sanção* decorrente de falta grave. Trata-se, portanto, de uma medida de *natureza punitivo-disciplinar* em razão do cometimento de crime doloso que subverta a ordem ou a disciplina da instituição carcerária. Exige-se, portanto, a instauração do procedimento administrativo disciplinar a partir de uma descrição precisa das condutas pela autoridade sindicante. Neste sentido, para que, ao final, o juiz competente possa decidir, deve ser garantido o contraditório e a ampla defesa através de manifestações prévias do Ministério Público e da defesa do sindicado, de acordo com o rito estabelecido no art. 54 da LEP.

Para a configuração da falta grave não basta simplesmente a prática de crime doloso, pois o fato deve provocar a “subversão da ordem ou disciplina” prisio-

nais (art. 52, *caput*). O efeito deve ser cumulativo ao delito. Ainda assim, a aplicação não é automática, pois o juiz deve fazer uma análise de adequação e suficiência para verificar a necessidade do regime diferenciado.

Segundo as lições de Bitencourt, “a prática de crime doloso e a consequente subversão da ordem ou disciplina não bastam para impor o regime disciplinar diferenciado, que é, em última instância, uma sanção cruel, degradante e violadora do princípio da humanidade da pena. Com efeito, em cada caso concreto, o juiz deverá examinar, num segundo momento, isto é, superadas as questões de adequação típica, a real necessidade da adoção dessa monstruosidade – que é o regime disciplinar diferenciado (...)”³⁸

2.2.8. Questão relevante, contudo, é a do significado da circunstância elementar “subversão da ordem ou disciplina”. Trata-se, inequivocamente, de uma estrutura típica aberta, carente de precisão semântica e que, no contexto do cumprimento de pena em regime carcerário, permite um amplo espaço de discricionariedade. Aliás, em locais de alta constrição de liberdade sob a regência da lógica disciplinar (ideologia da segurança), a tendência é a da prevalência dos poderes em detrimento dos direitos, ou seja, a da ruptura da legalidade por atos arbitrários.

Na legislação penal do continente, a previsão de sanções penais ou administrativas para atos de “subversão da ordem ou disciplina” foi uma das marcas do direito penal de emergência que se instaurou nas Ditaduras. O uso da categoria não é novo quando se pretende neutralizar dissidentes ou inimigos políticos. Não por outro motivo, Fragoso, Batista, Wunderlich e parte significativa da doutrina nacional já apontavam a inconstitucionalidade de estruturas normativas desta natureza, visto a expressa violação da taxatividade penal, como os tipos de “incitação à subversão da ordem política ou social” do art. 23, I, da revogada Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83) – “a definição vaga, em última análise, torna indeterminado o conteúdo da proibição, favorecendo o arbítrio e criando uma área de insegurança para o direito de liberdade, incompatível com a lei penal”, conforme Fragoso, em referência ao tipos do Decreto 898/69³⁹; “tais elementos normativos não dispõem de um sistema de referência que permita um nível aceitável de certeza típica (...)”, segundo Batista, sobre os tipos da Lei 7.170/83⁴⁰; “em ambos os momentos houve o recurso aos conceitos vagos e indeterminados na construção de modelos legais, na suposta busca de preservação dos elementos essenciais do

38 Bitencourt, Cezar R. Tratado de Direito Penal: parte geral. v. 1. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 652.

39 Fragoso, Heleno C. Lei de Segurança Nacional. Revista de Informação Legislativa, n. 59, 1978, p. 77.

40 Batista, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 82.

Estado, em ‘defesa da nação’ e dos ‘objetivos nacionais’”, refere Wunderlich ao questionar a Lei 7.170/83 sob o prisma da Constituição de 1988.⁴¹

Nesse quadro, as indagações propostas por Bitencourt são relevantes: “a questão mais complexa, sem dúvida alguma, é a definição teórica do que seja subversão da ordem ou disciplina internas, e especialmente a sua aplicação casuística, quando for o caso. Afinal, o que se entenderá por subversão da ordem ou disciplina internas? Em que isso consiste?”⁴²

Problemas que serão enfrentados posteriormente na discussão do caso.

2.2.9. A segunda modalidade de regime diferenciado prevista no ordenamento jurídico brasileiro é de natureza eminentemente *cautelar*. Significa dizer que a imposição do regime diferenciado não é consequência jurídica de uma infração administrativa, mas uma medida de urgência precária adotada em razão de o preso (*primeiro*) apresentar alto risco para a ordem e a segurança da prisão ou da sociedade (art. 52, § 1º, inciso I); e (*segundo*) mostrar indícios (“fundadas suspeitas”) de participação em organizações criminais (art. 52, § 1º, inciso I). A cautelaridade da medida pode ser verificada na parte final (art. 51, § 1º, inciso II), quando o dispositivo refere a submissão ao RDD *independentemente da prática de falta grave*.

Nos termos da LEP, havendo “urgência” e “risco”, o magistrado poderia aplicar o regime diferenciado independente do Ministério Público e da defesa. Para além da evidente crítica à reprodução da tipicidade aberta, com preponderância de circunstâncias normativas e fáticas altamente porosas – (*primeiro*) ausência de delimitação semântica do que poderia configurar “risco para a ordem e a segurança” (ofensa à legalidade); e (*segundo*) falta de controle epistêmico de decisão baseada em indícios (ofensa à ampla defesa e ao estado de inocência) –, a imposição de medida cautelar sem manifestação das partes (Ministério Público e da defesa) reveste o ato de natureza policialesca.

A inconveniência e a inconstitucionalidade da medida só seriam mitigadas se fossem exigidos os requisitos gerais e o respeito ao rito previsto para as medidas cautelares pessoais do Código de Processo Penal (art. 312). De forma objetiva: (*primeiro*) demonstração empírica de um perigo concreto à ordem ou à segurança da prisão ou da sociedade; (*segundo*) risco gerado pelo estado de encarceramento ordinário do preso; (*terceiro*) indícios suficientes de que ações do apenado são fonte direta do perigo; (*quarto*) demonstração judicial da adequação da medida (motivação da decisão).

41 Wunderlich, Alexandre. Crime Político, Segurança Nacional e Terrorismo. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 117.

42 Bitencourt, Cezar R. Tratado de Direito Penal: parte geral. v. 1. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 653.

Bitencourt, ao questionar o alcance dos elementos normativos do art. 52 da LEP, indaga: “afinal, o que se entenderá por subversão da ordem ou disciplina internas? Em que isso consiste?” Em um esforço teórico para delimitar o sentido, responde: “necessariamente deverá, a nosso juízo, ocasionar concretamente, no interior do estabelecimento prisional, profunda alteração da ordem ou da disciplina, de molde a substituir os monitores, coordenadores e guardas penitenciários, a ponto de os detentos estarem obtendo o controle da penitenciária. É, digamos, um estado de emergência, pois somente excepcionalidade dessa natureza poderia justificar uma violência tão absurda como o questionado RDD.”⁴³

Isso porque, em um Estado de direito, não se admite qualquer privação de liberdade – e, no caso, o isolamento do sujeito que já se encontra preso – sem que a acusação impute um *fato determinado*. Trata-se de premissa elementar de qualquer sistema de garantias: *nullum crimen nulla poena sine actione* (princípio da materialidade da ação) – “nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação. Em consequência, os delitos, como pressupostos da pena, não podem consistir em atitudes ou estados de ânimo interiores, nem sequer, genericamente, em fatos, senão que devem se concretizar em ações humanas – materiais, físicas ou externas, quer dizer, empiricamente observáveis – passivas de serem descritas, enquanto tais, pela lei penal.”⁴⁴

A restrição de liberdade, como efeito de condenação ou como medida cautelar, em procedimento penal ou administrativo, não pode ter como fato gerador uma condição pessoal (“apresentar risco” ou “integrar grupo criminoso”). Tais consequências são justificadas apenas se materializadas em condutas reais ou potencialmente ofensivas (dano ou perigo concreto de dano). Do contrário, estabelece-se um *modelo penal de autor*, fundado no ânimo ou na condição em abstrato do sujeito; uma orientação repressiva que se direciona a estados pessoais identificados por circunstâncias genéricas e indemonstráveis como “periculosidade”, “capacidade de delinquir”, “caráter do réu”, “tipo criminal”, “infidelidade ao direito” ou semelhantes que marcaram o que de mais autoritário se experimentou nas práticas punitivas no século passado, como aponta Ferrajoli.⁴⁵

A *substancialização da infração* em razão da ausência de um fato específico a ser julgado é reforçada por um correlato processual vinculado à suficiência de indícios para a determinação da medida: o *decisionismo* (ou *inquisitorialismo*) *judicial*. A caracterização é feita igualmente por Ferrajoli, quando refere que o decisio-

43 Bitencourt, Cezar R. Tratado de Direito Penal: parte geral. v. 1. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 653.

44 Ferrajoli, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 384.

45 Ferrajoli, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 386.

nismo processual ou subjetivismo inquisitorial prescindem de “referências fáticas determinadas com exatidão, resulta mais de valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que de provas de fato”, situação que “degrada a verdade processual, de verdade empírica, pública e intersubjetivamente controlável, em convencimento intimamente subjetivo e, portanto, irrefutável do julgador.”⁴⁶

Em síntese: (*primeiro*) hipótese cautelar prevista por termos imprecisos (ofensa à legalidade); (*segundo*) medida restritiva de liberdade sem necessidade de demonstração de conduta (déficit de materialidade da conduta); (*terceiro*) decisão fundamentada em elementos indiciários (degradação da prova e da presunção de inocência); (*quarto*) decisão sem prévia manifestação da acusação e da defesa (carência de contraditório e ampla defesa).

A denúncia da carência de constitucionalidade na aplicação do regime diferenciado cautelar não é recente e muito menos episódica. É compartilhada por parte substancial da doutrina brasileira desde a edição dos atos administrativos estaduais de São Paulo e do Rio de Janeiro, que precederam a Lei 10.792/03.⁴⁷

2.3 Sobre o Regime Federal

2.3.1. Em fevereiro de 2007, o Decreto 6.049 regulamentou o Sistema Penitenciário Federal, subordinado ao então Departamento Penitenciário Nacional, órgão do Ministério da Justiça. O Decreto refere que “os estabelecimentos penais federais têm por finalidade promover a execução administrativa das medidas restritivas de liberdade dos presos, provisórios ou condenados, cuja inclusão se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso” (art. 3º). No art. 4º, a referência de que tais unidades prisionais abrigarão presos, provisórios ou condenados, sujeitos ao RDD.

Dos dados de encarceramento apresentados anteriormente, tendo como referência o ano de 2023 (419,5 presos por 100.000 habitantes; 852.010 encarcerados,

46 Ferrajoli, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

47 Nesse sentido, de forma meramente exemplificativa, Bitencourt, Cezar R. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 653ss; Busato, Paulo César. *Regime Disciplinar Diferenciado como Produto de um Direito Penal do Inimigo*. In: Carvalho, Saló (org.). *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 293ss; Carvalho, Saló. *Tântalo no Divã: novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 50, 2004; Carvalho, Saló; Freire, Christiane Russomano. *O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro*. In: Carvalho, Saló (org.). *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 269ss; Hireche, Gamil Föppel. *Das Penas*. In: Souza, Luciano Anderson (org.). *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 234ss; Moura, Maria Thereza Rocha de Assis. *Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei 10.792/03, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado*. In: Carvalho, Saló (org.). *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 283ss; Pavarini, Massimo; Giamberardino. *Curso de Penologia e Execução Penal*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 266ss; Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 232ss; Santos, Juarez Cirino. *Direito Penal: parte geral*. 7. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2017, p. 493ss.

em números absolutos), encontravam-se em unidades federais 517 pessoas (eram 499, em 2022). As prisões referidas são a Penitenciária Federal de Brasília (DF), Penitenciária Federal de Campo Grande (MS), Penitenciária Federal de Catanduvas (PR), Penitenciária Federal de Mossoró (RN) e Penitenciária Federal de Porto Velho (RO).⁴⁸

Pavarini/Giamberardino lembram a justificativa apresentada, na época, pelo Ministério da Justiça, para a criação do sistema federal: “foi concebido para ser um instrumento contributivo no contexto nacional da segurança pública, a partir do momento que isola os presos considerados mais perigosos do País. Isso significa que tal institucionalização veio ao encontro sociopolítico da intenção de combater a violência e o crime organizado por meio de uma execução penal diferenciada.”⁴⁹

Para além da estrutura, pessoal, órgãos de fiscalização, direitos e disciplina carcerária, o Decreto 6.049/07, ao tratar da assistência do preso, reconhece a alta potencialidade de danos psicológicos decorrentes da *reclusão severa* imposta pelo regime diferenciado: “aos presos submetidos ao regime disciplinar diferenciado serão assegurados *atendimento psiquiátrico e psicológico*, com a finalidade de: (...) II - acompanhar, durante o período da sanção, os eventuais *efeitos psíquicos de uma reclusão severa*, cientificando as autoridades superiores das eventuais ocorrências advindas do referido regime.” (art. 24, grifei)

2.3.2. No ano seguinte, a Lei 11.671/07 regulou o procedimento de transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima. O art. 3º da Lei 11.671/07, na linha do art. 3º do Decreto 6.049/06, confere a natureza cautelar da medida de transferência do preso às unidades federais. Isso porque, para além dos presos sancionados disciplinarmente com o RDD, há previsão de transferência de quaisquer apenados ao sistema federal sob a justificativa do “interesse da segurança pública”. Significa dizer: independente da prática de ato qualificado como falta grave. Natureza cautelar reforçada no art. 10, que refere ser a inclusão do preso nesse regime especial “excepcional e por tempo determinado.” A decisão que determina a transferência do preso deve ser prolatada pelo juiz

48 Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: FBSP, 2024, p. 329.

A Secretaria Nacional dos Serviços Penitenciários informa um número maior de presos no Sistema Penitenciário Federal: 530, assim distribuídos: “DF: 47, MS: 125, RO: 143, RN: 79, PR: 136” (Secretaria Nacional dos Serviços Penitenciários. **Relatório Preliminar de Informações Penais**. Brasília: SENAPPEN, 2023, p. 2ss) Utiliza-se, no parecer, os números apresentados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública em razão de a SENAPPEN excluir dos dados oficiais de encarceramento as pessoas em prisão domiciliar, com ou sem monitoramento. A nova metodologia da SENAPPEN é o que tem justificado o discurso de o Brasil ter reduzido o número de presos nos últimos anos.

49 Ministério da Justiça apud Pavarini; Massimo; Giamberardino. Curso de Penologia e Execução Penal. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 267.

competente e deve ser fundamentada, ouvidos previamente o Ministério Público, a defesa e o DEPEN (art. 5º).

Na linha da Lei 10.792/03, o art. 10, § 1º, da Lei 11.617/08, estabelecia prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias de permanência nos presídios federais, prorrogáveis por igual período. No entanto, o “Pacote Anticrime” (Lei 13.6964/19) alterou-o (artigo 10) significativamente, dando nova redação ao dispositivo, ao permitir a permanência do apenado por 3 (três) anos, renovável por iguais períodos (no plural), enquanto persistirem os motivos que justificaram a transferência do preso.

No § 1º do art. 3º, as características dos estabelecimentos federais de segurança máxima: “I – recolhimento em cela individual; II – visita do cônjuge, do companheiro, de parentes e de amigos somente em dias determinados, por meio virtual ou no parlatório, com o máximo de 2 (duas) pessoas por vez, além de eventuais crianças, separados por vidro e comunicação por meio de interfone, com filmagem e gravações; III – banho de sol de até 2 (duas) horas diárias; e IV – monitoramento de todos os meios de comunicação, inclusive de correspondência escrita.” No § 4º, a autorização para que o Diretor do estabelecimento suspenda o direito de visitas por ato fundamentado.

Estabelecidos os critérios gerais de inclusão e transferência do apenado ao regime federal e dadas as condições de encarceramento, é possível apontar os princípios norteadores da medida: *cautelaridade, isolamento e monitoramento*.

Uma questão fundamental a ser discutida no caso, notadamente pelo período que o denunciante permaneceu em presídios federais, é (primeiro) se e (segundo) como diferenciar, formal e materialmente, o regime disciplinar diferenciado do regime de cumprimento de pena nos estabelecimentos federais de segurança máxima?

2.3.3. A primeira percepção que se deve ter é a de que as normas estabelecidas no Decreto 6.049/06 e na Lei 11.671/07 regulamentam o cumprimento em regime fechado *ordinário* no sistema federal. Assim, quando refere que os presos devem permanecer isolados, em suas celas, por 22 (vinte e duas) horas diárias, com saída apenas para banho de sol, a legislação regula a execução comum da pena. Independente de o preso estar ou não em RDD. Se cometer falta grave ou, por qualquer outro motivo, estiver dentro das hipóteses previstas na Lei 10.792/03, as restrições serão ainda maiores.

Neste sentido, é precisa a pesquisa de Castro ao referir três distintas formas de cumprimento de pena nas unidades federais: (*primeira*) o regime disciplinar

ordinário da pena privativa de liberdade; (*segunda*) o regime disciplinar diferenciado; e (*terceira*) o regime disciplinar de inclusão, não regulado pela Lei.⁵⁰

No *regime disciplinar ordinário*, conforme referido, há previsão de isolamento celular por tempo idêntico ao previsto no RDD: 22 (vinte e duas) horas diárias, com 2 (duas) horas para pátio (banho de sol). São permitidas sessões mensais de filmes (art. 34, I, Decreto 6.049/07) e, durante o pátio, algumas atividades físicas, como futebol. Também são permitidas “outras atividades físicas, mas sem utilizar equipamentos e sem ajuda de outros presos.” Na descrição de Castro, “nesse regime, o preso sai da cela para assistência religiosa e visita social – em raros casos para visita íntima. Há ainda a possibilidade de sair para atendimento de saúde, para atividades educacionais e laborais. As possibilidades para sair do presídio são remotas e acontecem em casos específicos.”⁵¹

No *regime diferenciado* há um controle maior da circulação do preso, sempre realizada com algemas nas movimentações internas e externas, além da constante submissão aos procedimentos de revista pessoal e em sua cela. A maior diferença entre o regime ordinário e o diferenciado seria em relação ao banho de sol, realizado na própria cela: “o solário do RDD é um espaço contíguo à cela, aproximadamente de 1m² e a iluminação é indireta.”⁵²

Narrativas idênticas são realizadas pela Defensoria Pública da União, em seus relatórios de inspeção nas unidades federais:

“No ano seguinte, no mesmo PF [Presídio Federal] em Catanduvas, foi novamente observado, em relação aos internos que estavam cumprindo pena no RDD, naquele ano que o banho de sol vinha sendo realizado na própria cela, que conta com estrutura com compartimento em que há entrada de luz solar, chamado de solário, que, embora possa ficar fechado e ser aberto em determinado horário do dia, fica constantemente disponível para o preso e a unidade entende que o banho de sol dentro do solário da cela de RDD é suficiente, mesmo após a decisão do STF (...). Já na Penitenciária Federal de Mossoró, do momento da inspeção realizada nesse mesmo ano, 7 (sete) internos estavam cumprindo pena no RDD. O banho de sol seguia sendo realizado na própria cela. Nesse ponto os defensores registram que a direção da unidade entende que o banho de sol

50 Castro, Karolina Alves Pereira. Sistema Penitenciário Federal: estudo sobre regimes disciplinares e confinamento solitário. Dissertação de Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania, Universidade de Brasília, Brasília, 2019, p. 86ss.

51 Castro, Karolina Alves Pereira. Sistema Penitenciário Federal: estudo sobre regimes disciplinares e confinamento solitário. Dissertação de Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania, Universidade de Brasília, Brasília, 2019, p. 86.

52 Castro, Karolina Alves Pereira. Sistema Penitenciário Federal: estudo sobre regimes disciplinares e confinamento solitário. Dissertação de Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania, Universidade de Brasília, Brasília, 2019, p. 87.

dentro do solário da cela de RDD é suficiente, mesmo após a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a temática.”⁵³

.....

“Sobre o banho de sol na PFMOS [Penitenciária Federal de Mossoró], no ano de 2023, destacamos que no momento da inspeção 22 internos estavam cumprindo pena em RDD, sendo 8 que já eram da unidade e 14 que foram transferidos recentemente do Acre, em razão de uma rebelião. Na oportunidade, houve muita reclamação quanto à incidência de sol no solário das celas de isolamento, informando os internos que a presença de sol ocorre somente em outubro e novembro, nos demais meses incidindo apenas na parede, não conseguindo ter acesso às duas horas diárias de banho de sol.”⁵⁴

O banho de sol no RDD das unidades federais é realizado no próprio espaço de cumprimento da pena, o que significa, do ponto de vista material, que o preso fica confinado 24 (vinte e quatro) horas diárias. Há importantes descritivos que confirmam ser o regime de isolamento integral: “o preso permanece 24 horas dentro da cela, sem contato com nenhuma outra pessoa.”⁵⁵

Ademais, é normalmente nesse intervalo de banho de sol que a assistência é disponibilizada pela administração carcerária, o que reduz ainda mais esse momento de descompressão. Em muitos casos, é “(...) durante esse período que são realizados os atendimentos médicos, jurídicos e outros.”⁵⁶

Ao *regime disciplinar de inclusão* é submetido o preso recentemente transferido para as unidades federais. Conforme Castro, “na inclusão, o preso é alocado em cela do RDD durante 20 dias, nos quais são passados os direitos e deveres do preso, as regras da unidade, é feito exame de saúde inicial, recolhem os pertences pessoais do preso.”⁵⁷ Essa forma de recepção do preso no regime federal é igualmente descrita pela Defensoria Pública da União: “na prática, para o preso, a triagem equivale ao RDD, já que ele ficará em um local reservado especificamente para tal fim, afastado das quatro vivências, em uma cela isolada dos demais presos, sem

53 Defensoria Pública da União. Inspeções aos Estabelecimentos Penais Federais (2017 a 2023). Brasília: DPU, 2023, p. 15.

54 Defensoria Pública da União. Inspeções aos Estabelecimentos Penais Federais (2017 a 2023). Brasília: DPU, 2023, p. 62.

55 Manso, Bruno Paes; Dias, Camila Nunes. A Guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil. São Paulo: Todavia, 2018, p. 225.

56 Defensoria Pública da União. Inspeções aos Estabelecimentos Penais Federais (2017 a 2023). Brasília: DPU, 2023, p. 62.

57 Castro, Karolina Alves Pereira. Sistema Penitenciário Federal: estudo sobre regimes disciplinares e confinamento solitário. Dissertação de Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania, Universidade de Brasília, Brasília, 2019, p. 88.

direito a banho de sol coletivo ou a outras atividades, como visita de familiares, estudo ou trabalho.”⁵⁸

A questão central que envolve o regime de inclusão é a absoluta ausência de regulamentação, ou seja, trata-se de procedimento extraoficial, extralegal.

2.4 Discussão

(a) A identidade (formal e material) entre o Regime Disciplinar Diferenciado e o Regime Federal

2.4.1. Rodrigo Roig, ao tratar da inclusão de presos em estabelecimentos penais federais refere que esta modalidade de execução penal está *atrelada* ao regime disciplinar diferenciado.⁵⁹ O vínculo e a identidade não são acidentais e muito menos relacionados ao fato de ser possível a transferência de presos em regime disciplinar aos estabelecimentos federais. Entendo, s.m.j., que o regime federal configura, formal e materialmente, um regime de cumprimento de pena análogo ao disciplinar diferenciado, notadamente por suas características de cautelaridade, isolamento e de monitoramento.

A determinação deste vínculo, porém, só pode ser realizada se devidamente compreendidas as regras do regime fechado previstas na legislação penal brasileira (Código Penal e Lei de Execução Penal).

O art. 33 do Código Penal prevê que a pena privativa de liberdade (reclusão e detenção) deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. No regime fechado a pena se executa em estabelecimento de segurança máxima ou média (art. 33, § 1º, ‘a’, Código Penal); no regime semiaberto, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 33, § 1º, ‘b’, Código Penal); e, no regime aberto, em casa de albergado ou estabelecimento adequado (art. 33, § 1º, ‘c’, Código Penal). A determinação judicial do regime segue critérios objetivos (tempo de pena) e subjetivos (circunstâncias pessoais, sobretudo a reincidência).⁶⁰

O art. 34 do Código Penal fixa as regras gerais do regime fechado, destacando, sobretudo, a função do trabalho (laborterapia) no processo de reinserção

58 Defensoria Pública da União. Inspeções aos Estabelecimentos Penais Federais (2017 a 2023). Brasília: DPU, 2023, p. 16.

59 Roig, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 241.

60 “§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. § 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.” (art. 33, Código Penal)

social, conforme as finalidades declaradas do art. 1º da Lei de Execução Penal. Assim, o seu § 1º estabelece que “o condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.” Nos §§ 2º e 3º estão previstos os trabalhos interno (dentro da instituição) e, também, o trabalho externo, que é admissível não apenas em obras públicas, mas também em instituições de natureza privada – “o trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina” (art. 36, Código Penal).

A previsão do trabalho (interno e externo) ao preso, mesmo em regime fechado, decorre da compreensão legal de que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral” (art. 38, Código Penal). O trabalho do condenado adquire centralidade na Lei de Execução Penal: “o trabalho do condenado, como dever social e *condição de dignidade humana*, terá finalidade educativa e produtiva” (art. 28, Lei de Execução Penal, grifei).

Para além de um direito, de expressar a condição de dignidade humana e a função educativa, o trabalho do preso é remunerado e serve para atender: a) à indenização dos danos causados pelo crime; b) à assistência à família; c) as despesas pessoais; e d) ao ressarcimento ao Estado (art. 29, § 1º, Lei de Execução Penal). Mais: opera na execução da pena de prisão como mecanismo de redução do tempo de encarceramento, através do instituto da remição – “o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena” (art. 126, Lei de Execução Penal).

2.4.2. Em geral, as instituições de cumprimento de pena privativa de liberdade no Brasil apresentam déficit de vagas de trabalho. De qualquer modo, a remição da pena pelo trabalho foi ampliada para as atividades educacionais. A Lei 12.433/11 alterou o texto original do art. 126 da Lei de Execução Penal e inseriu a educação como atividade capaz de reduzir o tempo de pena – “o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.” Prevê, inclusive, tempo suplementar de remição em caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena (5º).

Ocorre que se no regime fechado ordinário já não há vagas de trabalho e de estudo para todos os presos, no regime diferenciado e no regime federal, sustentados na lógica do isolamento, tais atividades são totalmente inviabilizadas, formal e/ou materialmente. E se no regime fechado comum essa carência material é compensada pela socialização com os outros presos no convívio diário e na realização de atividades lúdicas e esportivas e com as visitas regulares dos familiares

e amigos, o isolamento radical imposto nos regimes diferenciado e federal acaba agravando severamente a condição do sujeito.

2.4.3. O impedimento da atividade laboral, bem como a obstaculização de atividades de ensino e esportivas, é central na análise dos efeitos do isolamento prolongado. Isto porque, como visto, o art. 38 do Código Penal *impede que sejam restringidos direitos não atingidos pela perda da liberdade*, devendo as autoridades públicas respeitar a *integridade física e moral* do preso. Trabalho, educação, saúde e lazer são direitos sociais, previstos no art. 6º da Constituição, não atingidos pela sentença penal condenatória. Não por outra razão, o art. 41, inciso V, da Lei de Execução Penal determina, como direito do preso, a “proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação.”

Em razão do número restrito de dados empíricos sobre as condições de cumprimento de pena nos regimes federal e disciplinar diferenciado, os relatórios de inspeção da Defensoria Pública da União, realizados entre 2017 e 2023, são documentos fundamentais para avaliação da real situação dos apenados nestas unidades.

Na inspeção no Presídio Federal de Campo Grande, em 2017, a Defensoria descreve situação similar à encontrada em 2015: “(...) absoluta ausência de qualquer iniciativa, ou até mesmo tentativa, de disponibilização de postos de trabalho intramuros na Unidade Prisional (Recomendação nº 12/2015).” Carência que era compartilhada por todos os Presídios Federais do país: “nesse período, a inexistência de tal oportunidade educativa e produtiva se replicava em todas as quatro unidades do Sistema Penitenciário Federal. Além da PFCG, nas penitenciárias federais de Catanduvas, Mossoró e Porto Velho constatou-se a ausência de atividades laborativas. O cenário permaneceu inalterado no ano de 2018.”⁶¹ Situação que perdurou até o ano de 2021, quando, embora ainda constatada a ausência de oficinas de trabalho, as Penitenciárias de Brasília e Catanduvas teriam implementado programas profissionalizantes. Ocorre que, segundo o informe, toda discussão no Departamento Penitenciário Nacional é relativa à implementação de “trabalho intramuros individual em cela”, ou seja, mantido o total isolamento.

Os dados históricos apresentados nos relatórios da Defensoria Pública da União corroboram com as inspeções mais recentes, inclusive com o diagnóstico apresentado no *amicus curiae* no presente caso, elaborado em coautoria com a Defensoria do Estado de São Paulo: falta de estrutura adequada das celas, restrição ao convívio familiar, restrição ao banho de sol, ausência de trabalho, estudo, ativi-

61 Defensoria Pública da União. Inspeções aos Estabelecimentos Penais Federais (2017 a 2023). Brasília: DPU, 2023, p. 38.

dades de esporte, cultura e lazer; insuficiência nos serviços de saúde e alta medicalização dos presos.

Em nome da disciplina e da segurança, invocadas quase sempre de forma genérica e abstrata, os direitos básicos dos apenados são anulados. Em especial direitos sociais como trabalho, educação e lazer. Assim, não é alegórica a assertiva de que tais espaços constituem “territórios de vácuo jurídico em termos de validade e eficácia constitucional.”⁶²

Em relação ao caso concreto, duas conclusões parecem evidentes: (*primeira*) o período de encarceramento do Sr. Norambuena abrange o dos relatórios da Defensoria, o que valida o relato do absoluto isolamento e da restrição integral de direitos (individuais e sociais) não atingidos pela sentença condenatória; e (*segunda*) as condições de isolamento do Sr. Norambuena permaneceram inalteradas durante todo o período, o que atesta a identidade material entre o regime disciplinar diferenciado e o regime federal ordinário.

As informações oficiais prestadas pela Secretaria Nacional de Assuntos Penitenciários (SENAPPEN), notadamente aquelas encaminhadas à Defensoria Pública da União, sobre o *tempo de permanência* de pessoas presas no sistema federal permitem a conclusão, fundada em dados oficiais, dessa *identidade formal e material entre os regimes diferenciado e federal*: em 2023, 243 (duzentos e quarenta e três) dos 481 (quatrocentos e oitenta e um) presos estavam há mais tempo nas unidades federais do que o limite máximo estabelecido de permanência no regime disciplinar diferenciado, dos quais 19 (dezenove) há mais de 10 (dez) anos ininterruptos.⁶³

(b) A ausência de conformidade do Regime Disciplinar Diferenciado e do Regime Federal Ordinário com as normas de proteção dos direitos dos presos: análise normativa

2.4.4. A Convenção Americana de Direitos Humanos e a Constituição da República Federativa do Brasil fixam regras claras acerca da vedação de penas degradantes e cruéis e da prática de tortura. O art. 5º, 2, do Pacto de São José prescreve que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”; o art. 5º, XLVII, “e”, da Constituição brasileira refere que “não haverá penas: (...) e) cruéis”.

Em paralelo, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (Regras de Mandela), determinam:

62 Carvalho, Salo. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 169.

63 Defensoria Pública da União; Defensoria Pública do Estado de São Paulo. *Memorial em Amicus Curiae*. Brasília: DPU/DPE-SP, 2023, p. 57.

“Regra 43: 1. Em nenhuma hipótese devem as restrições ou sanções disciplinares implicar em tortura ou outra forma de tratamento ou sanções cruéis, desumanas ou degradantes. As seguintes práticas, em particular, devem ser proibidas: (a) Confinamento solitário indefinido; (b) Confinamento solitário prolongado; (c) Encarceramento em cela escura ou constantemente iluminada; (d) Castigos corporais ou redução da dieta ou água potável do preso; (e) Castigos coletivos (...).

3. Sanções disciplinares ou medidas restritivas não devem incluir a proibição de contato com a família. O contato familiar só pode ser restringido por um prazo limitado e quando for estritamente necessário para a manutenção da segurança e da ordem.

Regra 44: Para os objetivos destas Regras, o confinamento solitário refere-se ao confinamento do preso por 22 horas ou mais, por dia, sem contato humano significativo. O confinamento solitário prolongado refere-se ao confinamento solitário por mais de 15 dias consecutivos.”

Os dispositivos referidos constituem os parâmetros elementares para análise das regras que autorizam o confinamento do preso em RDD ou no regime federal ordinário.

Conforme referido ao longo da perícia, a Lei 10.792/03 (que regula o regime disciplinar diferenciado – RDD) e a Lei 11.671/07 e os Decretos 6.049/06 e Decreto 6.049/07 (que regulam o cumprimento de pena no regime federal) estabelecem que os presos submetidos aos regimes diferenciado e federal devem permanecer *isolados em celas por 22 (vinte e duas) horas diárias*. No caso do RDD, o prazo de duração inicial era de 360 (trezentos e sessenta) dias, prorrogáveis por igual período, sendo alterado pela Lei 13.6964/19, que permite a permanência em regime diferenciado por 03 (três) anos, renovável por iguais períodos (no plural). E apesar do prazo extremamente elástico quanto ao RDD, o regime federal sequer fixa limites, ou seja, o condenado pode cumprir toda a sua pena nestas condições.

2.4.5. A questão é objetiva e não parece haver margem para desvio interpretativo: o regime disciplinar diferenciado e os regimes federais (ordinário, diferenciado e de inclusão) configuram regimes de confinamento solitário prolongado, em oposição à Regra de Mandela número 44, dado (*primeiro*) ao *tempo de restrição diário* (22 horas); (*segundo*) à *ausência de contato humano significativo*; e (*terceiro*) à *prorrogação por período superior a 15 (quinze) dias consecutivos*.

Ademais, a Declaração de Istambul sobre o Uso e Efeitos do Regime de Isolamento definiu *regime de isolamento* como o *isolamento físico e social de indivíduos confinados a suas celas por 22 a 24 horas ao dia*. No ponto, os elementos trazidos no parecer do Relator Especial das Nações Unidas sobre tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, prof. Dr. Juan E. Méndez são definitivos: “O RDD brasileiro, que prevê o recolhimento em uma cela individual por até 360 dias, sem prejuízo de

repetição da mesma sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada, se enquadra nesta definição (...). O RDD brasileiro pode ser considerado, por vários motivos, uma violação da obrigação internacional do Brasil de abolir em termos absolutos a prática da tortura ou tratamento cruel, desumano e degradante. Neste sentido, o RDD constitui um exemplo claro de regime de isolamento por um longo período de tempo, estabelece a possibilidade de que o regime de isolamento seja aplicado como medida punitiva, bem como permite que sua prática se dê durante a prisão provisória.”⁶⁴

Os efeitos do isolamento por longo período, sem prazo determinado, e da ausência de contato humano de qualidade são devastadores para qualquer pessoa. Não por outra razão o direito internacional dos direitos humanos considera este tipo de custódia como *tratamento degradante e cruel*, quando não simplesmente *tortura*. O impacto na saúde mental é irreversível, na maioria dos casos.

No ponto, uma observação que entendo necessária. Desde os pontos de vista formal e material não considero distintas as condições de encarceramento do regime disciplinar diferenciado e do regime federal. Mesmo que se questione a inconvencionalidade (e a inconstitucionalidade) do regime federal sob a alegação de que, no período das duas horas de intervalo diário, haveria contato com outros presos, as duas variáveis permanecem inalteradas: (*primeira*) o tempo de isolamento é de 22 (vinte e duas) horas; e (*segunda*) o contato humano que se estabelece está longe de ser um “contato humano de qualidade” – não apenas decorrente da vigilância constante e ostensiva, mas pela impossibilidade de que exista um processo de socialização, visto ser obstruída a convivência.

Se o objetivo declarado pela Lei de Execução Penal brasileira é a *reinserção social* do apenado, a vedação de qualquer forma de socialização ignora o sentido minimamente humanitário da resposta penal. Os regimes em análise não apenas descuidam das finalidades oficiais, como contribuem com a dessocialização ao impor danos psíquicos permanentes e impedir minimamente o desenvolvimento da sua personalidade. Não estamos referindo apenas desatenção (omissão), mas imposição comissiva de sofrimento físico e psíquico por parte do Estado brasileiro.

O documento final da investigação desenvolvida pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos, sob a coordenação de Raúl Zaffaroni, na década de 1980, indicava que o sistema de sanções disciplinares no direito penitenciário latino-americano com frequência violava as garantias mínimas, pois “a natureza mesma de certas sanções implica um desconhecimento da dignidade do apenado e uma mortificação que desvia o regime de sua finalidade ressocializadora para

⁶⁴ Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.162, Rel. Min. Luiz Fux, Parecer Técnico, Petição 31743, juntada em 28/06/2013, pp. 03-04.

flertar com o francamente vindicativo.”⁶⁵ Em consequência, suas recomendações seguem válidas e aplicáveis ao caso, mesmo após quatro décadas:

“1) Incluir na legislação de execução penal o rol básico de garantias processuais - legalidade, publicidade e audiência judicial prévia, *non bis in idem* - para reger qualquer aplicação específica de medidas disciplinares.

2) Excluir do regime de sanções todos aqueles que mortifiquem ou ponham em perigo a integridade psicofísica do recluso ou que de alguma forma favoreçam a acentuação da sua marginalização.

3) Excluir medidas que lesem direitos e expectativas de familiares, parentes, amigos e, em geral, de terceiros.

4) Excluir todas as medidas que acrescentem limitações à relação do preso com o mundo exterior.”⁶⁶

Parece, s.m.j., inequívoca a conclusão de que (*primeiro*) a previsão de isolamento absoluto por 22 horas diárias (ou mais); (*segundo*) a ausência de limitação do período de permanência; e (*terceiro*) a falta de contato humano de qualidade estabelecidos pelo regime disciplinar diferenciado e pelo regime federal são incompatíveis com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e demais regras internacionais que disciplinam o encarceramento.

2.4.6. Das questões objetivas relacionadas ao tempo e ao convívio, passo a analisar os *critérios normativos de inclusão do apenado no regime diferenciado e no regime federal*.

O art. 52 (*caput* e *incisos*) prevê inclusão do preso no RDD quando há a prática de crime doloso que *ocasiona subversão da ordem ou disciplina internas*. No parágrafo primeiro, o art. 52 amplia o regime diferenciado àqueles “que apresentem *alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade*”; e, no parágrafo segundo, aos que “*recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando*”.

Conforme trabalhado em momento anterior, quando da aprovação e entrada em vigor da Lei 10.792/03, os critérios para encaminhamento do preso ao regime diferenciado desrespeitam explicitamente o *princípio da legalidade* e o *princípio da presunção de inocência*.⁶⁷

65 Zaffaroni, Eugenio Raúl (coord.). *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina: informe final*. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 227.

66 Zaffaroni, Eugenio Raúl (coord.). *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina: informe final*. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 230.

67 Carvalho, Salo; Freire, Christiane Russomano. *O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro*. In: Carvalho, Salo (org.). *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen

Em primeiro, ofende o princípio da legalidade (*lex stricta*) ao utilizar termos vagos e ambíguos, com baixa precisão semântica e clareza denotativa. Na operacionalização do sistema punitivo, em especial no sistema carcerário, esse tipo de construção típica (cláusulas abertas) amplia e favorece expressivamente os arbítrios administrativos e judiciais.⁶⁸ No caso, aumenta a discricionariedade na definição de quem é o preso de “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” e de qual ato ocasiona “subversão da ordem ou da disciplina internas”. A experiência em execução penal no Brasil demonstra que imprecisões terminológicas desta natureza servem como justificativa para sancionamento de presos considerados incômodos, muitas vezes por condutas banais, consideradas subversivas da ordem e da disciplina.⁶⁹

O diagnóstico crítico da violação da legalidade penal pelo uso de tipos abertos para imposição do regime diferenciado (e, acrescente-se, do regime federal) é compartilhado amplamente pela teoria do direito penal brasileira, embora a jurisprudência dos Tribunais siga refratária.

Neste sentido, Bitencourt:

“(…) a Lei n. 10.792/2003, que altera dispositivos da Lei n. 7.210/84, de Execução Penal, ao criar o regime disciplinar diferenciado de cumprimento de pena, viola flagrantemente o princípio da legalidade penal, criando, disfarçadamente, uma sanção penal cruel e desumana sem tipo penal definido correspondente. O princípio de legalidade exige que a norma contenha a descrição hipotética do comportamento proibido e a determinação da correspondente sanção penal, com alguma precisão, como forma de impedir a imposição a alguém de uma punição arbitrária sem uma correspondente infração penal. *É intolerável que o legislador ordinário possa regular de forma tão vaga e imprecisa o teor das faltas disciplinares que afetam o regime de cumprimento de pena, submetendo o condenado ao regime disciplinar diferenciado.* O abuso no uso de expressões como ‘alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal’ ou ‘recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação’ (art. 52, §§ 1º e 2º), sem declinar que ‘tipo de conduta’ poderia criar o referido ‘alto risco’ ou caracterizar ‘suspeitas fundadas’, representa, portanto, uma flagrante afronta ao princípio de legalidade, especialmente no que diz respeito à legalidade das penas, como demonstramos ao analisarmos as penas privativas de liberdade.”⁷⁰

Juris, 2007, p. 275ss.

68 Sobre os efeitos apontados, Batista, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 77ss; Carvalho, Salo. Da Aplicação da Lei Penal. In: Reale Jr., Miguel (org.). Código Penal Comentado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 23ss.

69 Carvalho, Salo. Tântalo no Divã: novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 50, 2004, p. 103.

70 Bitencourt, Cezar R. Tratado de Direito Penal: parte geral. v. 1. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, pp. 44-45.

Em *segundo*, a Lei viola o *estado constitucional de inocência* ao permitir o regime diferenciado e/ou o regime federal quando houver “*fundadas suspeitas*” de envolvimento do preso, a qualquer título, com organizações criminosas, quadrilha ou bando. Sanções (ou mesmo medidas cautelares) desta natureza não podem estar justificadas em *suspeitas*. O que se exige como requisito sancionatório em um Estado de Direito é a apresentação, pelo órgão de persecução, de evidências substanciais, confrontadas no devido processo e reconhecidas como válidas e pertinentes em sentença judicial. Ademais, a legislação penal brasileira pune de forma autônoma a participação em organizações ou associações criminosas⁷¹, motivo pelo qual, havendo elementos que possam configurar o delito, é fundamental a existência de processo penal autônomo.

Em *terceiro*, a lei viola o *princípio da materialidade da ação* (*nulla poena nullum crimen sine actio*) ao não especificar quais condutas representam “risco para a ordem ou a disciplina” ou indicam “envolvimento ou participação” em organização criminosa ou associação delitativa. A materialidade do ilícito está disposta no art. 9º da Convenção Interamericana e no art. 5º, inciso II, da Constituição brasileira: “ninguém será obrigado a *fazer* [conduta comissiva] ou *deixar de fazer* [conduta omissiva] alguma coisa senão em virtude de lei” (grifei). Curiosamente o inciso antecede aquele que veda tortura e tratamento desumano (“art. 5º, III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”).

Conforme Ferrajoli, nenhum dano, por mais grave, pode ser considerado penalmente relevante senão como efeito de uma conduta material, física, exter-

71 Sobre a definição de organizações criminosas e a participação como delito autônomo”

“Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. § 2º Esta Lei se aplica também: I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; II - às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos.

Art. 2º *Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:* Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. § 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa. § 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo. § 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução. § 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços): I - se há participação de criança ou adolescente; II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal; III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior; IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes; V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização (...).” (Lei 12.850/13, grifei)

Sobre a definição de *associação criminosa* e a participação como crime autônomo:

“Art. 288. *Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:* Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.” (Código Penal, com redação dada pela Lei 12.850/13, grifei)

na, empiricamente observável e passiva de ser descrita.⁷² Maria Thereza Rocha de Assis Moura igualmente denuncia a ausência de definição de fato na regulação do regime diferenciado: “(...) a lei [Lei 10.792/03] não elenca qualquer conduta prisional que possa ser mensurada como sendo de elevado risco para a ordem e a segurança do estabelecimento ou da sociedade. E, convenhamos, falar em ‘fundadas suspeitas de envolvimento ou participação’ é dizer o nada. A propósito, teria sido bom que o legislador esclarecesse se as fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, quadrilha ou bando deve dizer respeito à vida prisional, ou ao crime pelo qual o preso é processado ou foi condenado. Sem se falar na dificuldade de entendimento do que seja participar de quadrilha ou bando dentro do estabelecimento penal.”⁷³ Conclusão similar àquela apresentada por Busato: “(...) todas essas restrições [impostas pela Lei 10.792/03] não estão dirigidas aos fatos e sim à determinada classe de autores. Busca-se claramente dificultar a vida destes condenados no interior do cárcere, mas não porque cometeram um delito, e sim porque, segundo o julgamento dos responsáveis pelas instâncias de controle penitenciário, representam um risco social e/ou administrativo ou são ‘suspeitas’ de participação em bandos ou organizações criminosas.”⁷⁴

2.4.7. O estado de imprecisão em vigor criado pela Lei 10.792/03 deveria, necessariamente, ser revisado, de forma que fosse exigida normativamente, como requisito para imposição de um regime diferenciado de segregação (não nos moldes atuais, conforme destacamos), a *demonstração concreta do risco*. Não um risco genérico e abstrato, mas um risco empiricamente verificável vinculado a uma conduta específica do apenado.

Bitencourt refere que, mesmo sob o atual estatuto, para que o preso seja submetido aos regimes diferenciados deveria ocasionar uma real e profunda alteração da ordem prisional, “(...) a ponto de os detentos estarem obtendo o controle da penitenciária. É, digamos, um estado de emergência, pois somente excepcionalidade dessa natureza poderia justificar uma violência tão absurda como o questionado RDD. Essa preocupação não diminui, mesmo que a decisão e a definição passem, necessariamente, pelo crivo do Poder Judiciário, sob os auspícios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.”⁷⁵

72 Ferrajoli, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 384.

73 Moura, Maria Thereza Rocha de Assis. *Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal*. In: Carvalho, Salo (org.). *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 290.

74 Busato, Paulo César. *Regime Disciplinar Diferenciado como Produto de um Direito Penal do Inimigo*. In: Carvalho, Salo (org.). *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 296.

75 Bitencourt, Cezar R. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 653.

2.4.8. Tema adicional que não pode ser deixado à margem é o fato de que, nos termos do art. 49 da Lei de Execução, as *faltas disciplinares graves* são reguladas apenas pelo legislativo federal. Se para as faltas leves e médias há previsão de competência de regulação pelas administrações dos Estados federativos, em relação às graves há reserva de Lei federal (art. 49, Lei de Execução Penal, c/c art. 24, inciso I, da Constituição).

Assim, qualquer ampliação do rol de faltas graves previsto no art. 50 da LEP ou qualquer alteração nas condições de sua execução devem ser realizadas através do devido processo legislativo na esfera federal. Trata-se de uma garantia vinculada diretamente ao princípio da legalidade: reserva legal.

Ocorre que, como amplamente exposto, o regime disciplinar diferenciado foi estabelecido originalmente por Portaria (ato do Poder Executivo) da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo (esfera regional), em 2001. Apenas no dia 02 de dezembro de 2003 entrou em vigor a Lei Federal 10.792, que regulamenta o RDD.

No caso, o Sr. Norambuena foi preso no dia 1º de fevereiro de 2002, sendo imediatamente encaminhado ao RDD na Penitenciária de Taubaté. Permaneceu em Taubaté até o dia 22 de março de 2003, quando transferido para o Presídio de Presidente Bernardes, local em que esteve isolado até o ano de 2006, momento no qual é encaminhado para a Penitenciária de Avaré.

Nota-se, portanto, que mesmo se as condições do RDD forem consideradas adequadas às normas internacionais de direitos humanos – conclusão que se apresenta apenas de forma argumentativa –, o peticionário ficou preso por 01 (um) ano, 10 (dez meses e 01 (um) dia em *regime formalmente ilegal*, pois o Estado de São Paulo não tinha competência constitucional para disciplinar as faltas graves. Aliás, essa situação atinge todos os apenados que foram encaminhados ao RDD antes da edição da Lei 10.792/03.

Trata-se de regime ilegal de encarceramento, pois a Portaria que institui o RDD em São Paulo violou explicitamente a reserva de lei federal.

2.4.9. Por fim, entendo relevante referir duas ações recentes das instâncias superiores do Poder Judiciário brasileiro (Supremo Tribunal Federal e Conselho Nacional de Justiça) que procuram enfrentar as constantes violações de direitos nas prisões, efeito do julgamento da ADPF 347, que reconheceu o estado de coisas inconstitucional, e das seguidas condenações do Estado pela Corte Interamericana na matéria, sobretudo no caso Plácido de Sá Carvalho.

A tese principal julgada na ADPF 347 é a de que existe uma situação de *violação massiva e generalizada a direitos fundamentais da população carcerária nos presídios brasileiros*, cujo responsável é o Estado brasileiro. Esse estado de coisas inconstitu-

cional demanda uma atuação conjunta das autoridades públicas. A partir do julgamento da ADPF 347 em outubro de 2023, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a União elaboraram um plano nacional para enfrentar a calamidade no sistema carcerário: projeto “Pena Justa” (em cumprimento ao item 04 do julgamento).⁷⁶

No entanto, no projeto “Pena Justa”, não havia deliberações ou recomendações relacionadas ao regime disciplinar diferenciado e ao cumprimento de pena nos estabelecimentos federais.⁷⁷ Dentre as incidências previstas, nota-se, de forma

76 Decisão de julgamento no Tribunal Pleno (ADPF 347), Acórdão: “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental para: 1. reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro; 2. determinar que juízes e tribunais: a) realizem audiências de custódia, preferencialmente de forma presencial, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão; b) fundamentem a não aplicação de medidas cautelares e penas alternativas à prisão, sempre que possíveis, tendo em conta o quadro dramático do sistema carcerário; 3. ordenar a liberação e o não contingenciamento dos recursos do FUNPEN; 4. determinar a elaboração de plano nacional e de planos estaduais e distrital para a superação do estado de coisas inconstitucional, com indicadores que permitam acompanhar sua implementação; 5. estabelecer que o prazo para apresentação do plano nacional será de até 6 (seis) meses, a contar da publicação desta decisão, e de até 3 anos, contados da homologação, para a sua implementação, conforme cronograma de execução a ser indicado no próprio plano; 6. estabelecer que o prazo para apresentação dos planos estaduais e distrital será de 6 (seis) meses, a contar da publicação da decisão de homologação do plano nacional pelo STF, e implementado em até 3 anos, conforme cronograma de execução a ser indicado no próprio plano local; 7. prever que a elaboração do plano nacional deverá ser efetuada, conjuntamente, pelo DMF/CNJ e pela União, em diálogo com instituições e órgãos competentes e entidades da sociedade civil, nos termos explicitados acima e observada a importância de não alongar excessivamente o feito; 8. explicitar que a elaboração dos planos estaduais e distrital se dará pelas respectivas unidades da federação, em respeito à sua autonomia, observado, todavia, o diálogo com o DMF, a União, instituições e órgãos competentes e entidades da sociedade civil, nos moldes e em simetria ao diálogo estabelecido no plano nacional; 9. prever que em caso de impasse ou divergência na elaboração dos planos, a matéria será submetida ao STF para decisão complementar; 10. estabelecer que todos os planos deverão ser levados à homologação do Supremo Tribunal Federal, de forma a que se possa assegurar o respeito à sua decisão de mérito; 11. determinar que o monitoramento da execução dos planos seja efetuado pelo DMF/CNJ, com a supervisão necessária do STF, cabendo ao órgão provocar o Tribunal, em caso de descumprimento ou de obstáculos institucionais insuperáveis que demandem decisões específicas de sua parte; 12. estipular que os planos devem prever, entre outras, as medidas examinadas neste voto, observadas as diretrizes gerais dele constantes, sendo exequíveis aquelas que vierem a ser objeto de homologação final pelo STF em segunda etapa. Por fim, firmou a seguinte *tese de julgamento*: ‘1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória. 2. Diante disso, União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no presente voto, especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos. 3. O CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos.’” [Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/Distrito Federal, Rel. Min. Ministro Luís Roberto Barroso (relator para o Acórdão), Plenário, j. em 04/10/2023, fl. 08-09].

77 A assertiva de que não havia, no projeto Pena Justa, previsão de adequação dos regimes diferenciado e federal às Regras de Mandela foi baseado nos informes citados ao longo do texto e publicados até o final de janeiro de 2025. Ocorre que a versão final do projeto Pena Justa foi lançada em 07/02/2025, após a apresentação do parecer e, coincidentemente, no dia da sua apresentação perante a Corte IDH. Na versão final há uma referência à necessidade de adequação: “Por fim, também é urgente a revisão do confinamento solitário prolongado que, por si só, é uma prática torturante nos ambientes de privação de liberdade. Nesse sentido, é preciso criar e implantar protocolos para registro, atenção à saúde, transparência e acompanhamento de casos de isolamento solitário em conformidade às Regras de Nelson Mandela. Também é necessário revisar casos de pessoas submetidas ao confinamento solitário em prazo superior a 15 dias em estabelecimentos prisionais sob gestão estadual e distrital, bem como casos de confinamento solitário em Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) em prazo superior a 12 meses. No âmbito do DISPF, devem ser revisados casos de pessoas submetidas ao confinamento solitário em prazo superior a 24 meses. Todas as ações precisam levar em consideração as questões históricas que estigmatizam

genérica, a previsão de registro, apuração e responsabilização dos casos de *tortura*, *maus-tratos* e *mortes*, e de “(...) melhoria no tratamento de dados e informações; apoio a instâncias que atuam no tema de forma contínua; revisão de documentos operacionais do sistema prisional; implantação de sistemas de videomonitoramento; *prevenção e revisão do confinamento solitário*; proteção de testemunhas; qualificação de profissionais; entre outros.”⁷⁸

Dentre os inúmeros diagnósticos (históricos e repetitivos em relação às condições de cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil⁷⁹), as ações previstas sequer mencionavam os regimes federal e disciplinar diferenciado. Isto, muito provavelmente, em decorrências das condições domésticas aparentemente favoráveis, ou seja, pelo fato de, em tais instituições, não haver presos em número superior ao de vagas e de serem menos indignas as condições de higiene e de saúde física. A omissão praticamente elevavam, sob o ponto de vista simbólico, os regimes federais ao *status* de prisões ideais. Ignoravam-se, porém, os graves danos à saúde mental e à situação material de tortura que esses regimes impõem.

A conclusão é possível quando analisadas as políticas de saúde dispostas no plano: o foco, em relação aos apenados, é a saúde física.⁸⁰ Promoção de saúde mental aparece apenas para “implementação de estratégias de atenção a servidores penais”. Significa dizer: a preocupação (que é real e não deve ser descartada, evidentemente) é com a saúde mental dos funcionários das instituições, não com a dos presos.⁸¹

a população negra e a tornam alvo de violências e torturas, assim como as particularidades que envolvem grupos como mulheres, pessoas com deficiência, LGBTQIA+ e demais.” (Conselho Nacional de Justiça. **Pena Justa**: Plano Nacional para o Enfrentamento do Estado de Coisas Inconstitucional nas Prisões Brasileiras. Brasília: CNJ, 2025, p. 164)

Em realidade, o Conselho Nacional de Justiça parece confirmar que os regimes diferenciado e federal são de isolamento prolongado e que não estão adequados aos parâmetros convencionais e às Regras de Mandela. Em razão dessa referência, na versão final, o tempo verbal dos parágrafos acima foram modificados (convertidos ao passado).

78 Conselho Nacional de Justiça. **Pena Justa**: Plano Nacional para o Enfrentamento do Estado de Coisas Inconstitucional nas Prisões Brasileiras. Brasília: CNJ, 2024, p. 10.

79 Levantamento histórico dos relatórios sobre violações de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro, desde a década de 1980, apenas de forma exemplificativa, conferir Carvalho, Salo. *Pena e Garantias*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 220ss. Pesquisa mais recente em Giamberardino, Andre; Dal Santo, Luiz Phelipe (orgs.). *Mapeando o Encarceramento no Brasil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2024.

80 “Quanto aos direitos mínimos dos presos: os presos devem ter acesso a alojamento com espaço e ventilação compatíveis com a respectiva lotação; à alimentação adequada, à água potável, à higiene, ao banho em temperatura condicente com o clima, às medidas de saúde necessárias a seu bem-estar, à educação, ao trabalho, à capacitação e orientação profissionais e à assistência social e religiosa. Devem-se buscar políticas públicas que superem de forma definitiva o problema.” (Conselho Nacional de Justiça. **Pena Justa**: Plano Nacional para o Enfrentamento do Estado de Coisas Inconstitucional nas Prisões Brasileiras – Sumário Executivo. Brasília: CNJ, 2024, p. 10).

81 “Problema: Baixa Oferta e Má Qualidade dos Serviços Prestados nas Prisões. A inadequada estrutura física das prisões vem acompanhada de outro problema: a precariedade com a qual são oferecidos os serviços públicos nos espaços de privação de liberdade. Falta acesso a políticas de cidadania dentro de unidades prisionais enquanto estratégias públicas de garantia de direitos que devem ser assegurados a toda a população, inclusive àquela privada de liberdade, e que abrangem as políticas de educação, cultura, trabalho, assistência social e saúde, além das assistências religiosa, material e jurídica, legalmente estabelecidas como direitos das pessoas em privação de liberdade. Para endereçar esse problema, propõem-se como ações mitigadoras:

2.4.10. Em fevereiro de 2017 e novembro de 2018, a Corte IDH emitiu Resoluções na forma de medidas provisórias decorrentes da análise do caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, Complexo Penitenciário de Gericinó, Rio de Janeiro. As medidas foram concedidas face “a) à situação de superlotação; b) às mortes recentes; e c) às condições de detenção e infraestrutura.”⁸²

A Corte reconheceu a violação ao art. 5.2 da Convenção e reiterou que os sofrimentos impostos a uma pessoa privada de liberdade podem constituir tratamento ou pena cruel quando, devido às condições do encarceramento, imponha deterioração da integridade física, psíquica e moral. Ademais, considerou que “(...) uma violação prolongada do artigo 5.6 da Convenção Americana coloca em grave risco os direitos de todos os habitantes, uma vez que os presos em um estabelecimento regido por grupos violentos dominantes sofrerão agressões e humilhações que, em boa parte deles, quando saíam, com grave deterioração de sua subjetividade e autoestima, provocarão um alto risco de reprodução de violência com desvios criminosos inclusive mais graves que aqueles que motivaram a prisão.”⁸³

Em conclusão, entendeu fosse necessário computar como pena cumprida o “*excedente antijurídico de sofrimento*”, ou seja, o sofrimento imposto ilegalmente pelo Estado na execução da sentença condenatória. Por outro lado, a Corte consignou que “a aplicação desse cômputo não exime tampouco o Estado da obrigação de redobrar esforços para que, inclusive com a redução populacional que provoque, obtenha condições dignas de execução penal para a população que não consiga a liberdade, em que pese computar-se como pena ou prevenção a parte antijurídica de sua execução.”⁸⁴

instituir medidas para a segurança alimentar e nutricional; ampliar e qualificar a oferta e o acesso ao trabalho, renda e remição de pena; ampliar e qualificar a oferta e acesso a práticas educacionais; implantar estratégias de promoção de saúde mental dos servidores prisionais, dentre outras possibilidades.” (Conselho Nacional de Justiça. Pena Justa: Plano Nacional para o Enfrentamento do Estado de Coisas Inconstitucional nas Prisões Brasileiras – Sumário Executivo. Brasília: CNJ, 2024, p. 25)

82 “78. A Corte verifica que essas pessoas sofrem as consequências de uma superpopulação com densidade próxima dos 200%, quando os critérios internacionais - como o do Conselho da Europa - salientam que ultrapassar 120% implica superpopulação crítica.

79. Conforme os conhecimentos elementares em matéria penitenciária e o verificado até o presente, reconhecido inclusive pelo Estado, essas consequências se traduzem principalmente em: i. atenção médica ínfima, com uma médica a cargo de mais de três mil presos, quando a OMS/OPAS considera que, no mínimo, deve haver 2,5 médicos por 1.000 habitantes para prestar os mais elementares serviços em matéria de saúde à população livre; ii. mortalidade superior à da população livre; iii. carência de informação acerca das causas de morte; iv. falta de espaços dignos para o descanso noturno, com superlotação em dormitórios, verificada in situ; v. insegurança física por falta de previsão de incêndios, em particular com colchões não resistentes ao fogo, verificada in situ; vi. insegurança pessoal e física decorrente da desproporção de pessoal em relação ao número de presos.” (Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução**. Assunto Instituto Penal Plácido De Sá Carvalho, 22/11/2018, fl. 13)

83 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Resolução. Assunto Instituto Penal Plácido De Sá Carvalho, 22/11/2018, fl. 14.

84 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Resolução. Assunto Instituto Penal Plácido De Sá Carvalho, 22/11/2018, fl. 24.

A determinação da contagem da pena em dobro pelo excedente ilícito de sofrimento é medida compensatória necessária para que os efeitos deletérios do encarceramento impostos pelo Estado possam ser minimamente reduzidos. Apesar de limitada – pois não altera, para o contingente prisional, o estado de coisas que vivem –, a *remição ficta da pena* produz um efeito concreto redutor que supera o efeito meramente publicitário dos inúmeros projetos de adequação do sistema carcerário às regras de direitos humanos apresentados pelo Estado brasileiro ao longo do tempo. Ademais, é medida de eficaz controle jurisdicional pelos Tribunais.⁸⁵

Refiro o reconhecimento da remição ficta no julgamento do caso do Instituto Plácido de Sá Carvalho porque, como abordarei nas conclusões, me parece ser uma das medidas adequadas e possíveis frente ao excedente antijurídico de sofrimento psíquico imposto pelo submetimento de presos ao regime disciplinar diferenciado e aos regimes federais.

(c) O encarceramento do Sr. Hernández Norambuena: análise do caso

2.4.11. O tempo de permanência do Sr. Norambuena sob os regimes disciplinar diferenciado e federal é incontestado. Uma das questões que procurei evidenciar e que creio fundamental na análise do caso é a da *identidade formal e material* entre os regimes disciplinar diferenciado e federal aos quais o requerente foi submetido. Assim, não entendo exista argumento válido para diferenciar os períodos de aprisionamento – as condições materiais de isolamento são as mesmas; e diferenças laterais não afastam a situação análoga à tortura.

Ademais, os danos físicos e psíquicos decorrentes desses regimes de encarceramento, por longos e ininterruptos períodos e em situação de absoluto isolamento, estão igualmente evidenciados pela perícia médica.⁸⁶

Nesse contexto, caberia ainda indagar se, do estrito ponto de vista da normatividade interna, há decisão administrativa e/ou judicial válida quanto ao *fundamento legal* da manutenção do Sr. Norambuena nos regimes diferenciado e federal. Não que eventual resposta positiva anule as violências impostas e valide a

85 Neste sentido, Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus 136.961/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 28/04/2021.

Vejam-se, ademais, decisões em execução penal para o reconhecimento e a ampliação, para casos análogos, da recomendação da Corte IDH no caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho: CNJ Notícias, **Juizes adotam critério da Corte IDH para calcular pena de presos em locais degradantes**, 27/08/2021 (disponível em <https://www.cnj.jus.br/juizes-adotam-criterio-da-corte-idh-para-calcular-pena-de-presos-em-locais-degradantes/>); CNJ Notícias, **CNJ vai apoiar que Justiça do Rio cumpra decisão sobre Instituto Penal** (disponível em <https://www.cnj.jus.br/corte-idh-cnj-vai-apoiar-que-justica-do-rio-cumpra-decisao-sobre-instituto-penal>); CNJ Notícias, **Superlotação: pessoas presas em presídio de Porto Alegre vão ter pena contada em dobro**, 22/11/2021 (disponível em <https://www.cnj.jus.br/justica-decide-contar-em-dobro-pena-cumprida-no-presidio-central-por-crime-sem-violencia-fisica-ou-sexual>); CNJ Notícias, **Pernambuco: Comitê do CNJ discute implantação de decisão da Corte IDH**, 30/03/2022 (disponível em <https://www.cnj.jus.br/pe-comitativa-do-cnj-discute-implantacao-de-decisao-da-corte-idh>).

86 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Anexo 07 (Relatório Médico), Relatório 294/21, Caso 12.835, Mauricio Hernández Norambuena versus Brasil, 29 de outubro de 2021.

imposiçãó do isolamento. Entendo pertinente a indagaçãó para verificar como os Poderes Executivo e Judiciário nacionais legitimaram os regimes de pena impostos ao peticionário.

Os requisitos para determinaçãó do regime disciplinar diferenciado ou para a transferênciã do preso ao regime federal estãó legalmente dispostos no art. 52, caput e parágrafos, da Lei de Execuçãó Penal. E para além da vagueza e ambiguidade dos critérios, a inclusãó nos regimes referidos depende de pedido administrativo e fundamentaçãó judicial válidos que reconheçam *a prática de crime doloso que ocasione subversãó da ordem ou da disciplina* ou *a realizaçãó de conduta que apresente risco à segurança* ou *a suspeita fundada de participaçãó (ou liderança) em organizaçãó criminosa*. Tudo isso porque configura decisãó arbitrária a mera justificativa de conveniênciã para a administraçãó carcerária – embora essa arbitrariedade esteja prevista no art. 3º da Lei 11.671/07 (“interesse da segurança pública”), sublinho.

2.4.12. Não foram disponibilizados nos autos todos os pedidos de inclusãó do peticionário no RDD ou de transferênciã ao sistema federal e todas as decisões judiciais autorizadoras e renovadoras das medidas, desde a prisãó do Sr. Norambuena, em fevereiro de 2002. No entanto, consta um número substancial de manifestações administrativas e atos judiciais, de distintas esferas, que permite verificar as razões da sua permanênciã por tanto tempo no *regime excepcional*.

Neste ponto é que início a análise empírica.

No processo de execuçãó penal do Sr. Norambuena, o regime diferenciado e o regime federal adquiriram um caráter de perpetuidade. Ao invés de serem *medidas de exceçãó*, ou seja, mecanismos pontuais aplicados episodicamente para conter eventos de indisciplína ou de colocaçãó em risco da segurança do estabelecimento carcerário, converteram-se no modo de gestãó da sua pena. Distanciou-se, pois, de uma situaçãó de isolamento precário, excepcional ou subsidiário (*ultima ratio*). Não por outra razãó é evidente a violaçãó da Regra 44 do Estatuto de Mandela, que limita o isolamento prolongado acima de 15 (quinze) dias.

Desde a sua captura, o Sr. Norambuena permaneceu isolado, com restriçãó extrema à comunicaçãó e ao contato humano de qualidade. Houve a imposiçãó de uma medida cautelar inícial que acabou perdurando por mais de 17 (dezessete) anos. *A medida não foi apenas o primeiro, mas o único recurso (ratio) maneado pelo Poder Executivo nacional*. Não houve determinaçãó de medida anterior menos afluiva; não houve qualquer flexibilizaçãó (progressividade) na sua execuçãó; não houve qualquer tentativa de resoluçãó alternativa dos eventuais riscos gerados pelo peticionário; não foi proposto nada que pudesse reduzir os danos individuais do isolamento absoluto. A medida de exceçãó foi imposta e naturalizada; convertida, no caso concreto, em regra. Evidente, pois, o *excesso* e a *falta de razoabilidade*.

Outra questão relevante é relativa às *razões (justificativas) para imposição dos regimes de isolamento*.

Parece ser incontroverso o fato de que o Sr. Norambuena não cometeu, ao longo de todo o período de cumprimento da pena, qualquer crime doloso definido como falta grave e que tenha ocasionado subversão da ordem ou da disciplina. A imposição dos sucessivos regimes de exceção não teve, portanto, natureza disciplinar. Desde o início tratou-se de *medida cautelar*.

Do que se nota da análise documental, os pedidos administrativos e as decisões judiciais que justificam essa *cautelaridade* seguem um padrão argumentativo que se repete: a necessidade do isolamento em razão da *periculosidade do agente*. Ocorre que essa periculosidade foi seguidamente atribuída não por força de condutas que o Sr. Norambuena praticara durante o período de encarceramento. O estado de periculosidade foi reconhecido pelo seu histórico de vida, sobretudo pela natureza dos crimes cometidos no Chile (crimes políticos), e pelo episódio de fuga “espetacular” empreendido em um presídio de alta segurança daquela país.

Sequer é possível identificar nos autos a existência de fundadas suspeitas de participação ou de liderança de organização criminosa (art. 52, § 1º, II, Lei de Execução Penal). Lembro que *os corrêus do processo de conhecimento que gerou a condenação não foram submetidos aos regimes excepcionais impostos ao peticionário*, situação que indicia a ausência de elementos de envolvimento em organização criminosa contemporâneo à execução das penas.

Os argumentos que fundamentaram as decisões, ao longo dos mais de 17 (dezessete) anos de encarceramento do Sr. Norambuena, giraram em torno desses dois fatos, passados no Chile em meados da década de 1990: crimes políticos (1994) e fuga (em 1996). Houve, pois, uma presunção de o preso “apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” (art. 52, § 1º, I, Lei de Execução Penal), aplicando-se os regimes de exceção exclusivamente pelo “interesse da segurança pública” (art. 3º da Lei 11.671/07).

Apesar de injustificável, em um Estado de Direito, a segregação absoluta de uma pessoa em razão da conveniência da administração pública, uma pergunta adicional ainda seria pertinente: *por quanto tempo estaria justificada a medida cautelar?* Isto porque se presentes determinadas circunstâncias que justifiquem uma medida excepcional, o estado de excepcionalidade não pode perdurar *ad aeternum*. O fato de um preso ser estrangeiro, ter praticado crimes graves no passado e ter empreendido fuga durante a execução daquelas penas não autoriza, por si só, a sua manutenção em regime de isolamento ininterrupto por mais de uma década. Conforme apontado anteriormente, apenas fatos concretos graves e identificáveis empiricamente autorizariam medidas de isolamento cautelar em um sistema ju-

rídico de garantias – p. ex., ameaça, suborno ou violência contra presos ou funcionários ou visitantes; tentativas de fuga; organização ou incitação de motins; depredação de celas, equipamentos ou espaços de convívio; prática de delitos durante a execução da pena dentre outros. Mesmo assim, a medida deve ser restrita temporalmente.

Quaisquer medidas cautelares, no processo de conhecimento (prisão preventiva, p. ex.) ou no processo de execução, devem ser reguladas pelos princípios da *excepcionalidade* e da *proporcionalidade*. *Excepcional*, pois exige que medidas anteriores sejam verificadas como adequadas para cessar o perigo (concreto) gerado por uma conduta ilícita; *proporcional*, pois cria parâmetros para *limitação temporal* (quantitativa) e de *mínima afluívidade necessária* (quantitativa).

No entanto, o que se notou no caso foi que as autoridades administrativas e judiciais brasileiras fixaram um *rótulo*, atribuíram um *estado abstrato de periculosidade* ao condenado que, independente do seu comportamento real (concreto), condicionou toda a execução da pena. Manteve-se, portanto, o rótulo (preso perigoso) em regime diferenciado, para além do sujeito real que cumpria a pena.

2.5 Considerações finais: o estado de coisas inconvenional do sistema penitenciário brasileiro

2.5.1. Concorde com a tese de Legale/Araújo de que (a) a violação massiva da Convenção Americana de Direitos Humanos; (b) a recorrente omissão do Estado brasileiro em cumprir as determinações da Corte; e (c) a repetição de relevantes casos contenciosos envolvendo o sistema penitenciário nacional evidenciam um “estado de coisas inconvenional”⁸⁷, na linha do que já foi declarado pela Suprema Corte brasileira na ADFP 347.

Legale/Araújo apontam as inúmeras condenações do Brasil na Corte por violação aos direitos fundamentais das pessoas encarceradas (execução de penas privativas de liberdade) e inserem, nesse mesmo campo de análise, os casos que envolvem as instituições manicomiais (execução das medidas de segurança) e as unidades destinadas à adolescentes em conflito com a lei (execução das medidas socioeducativas). Assim, as condenações nos casos do Presídio de Urso Branco (2002); da Fundação Casa de Tatuapé (2005); do Complexo Penitenciário de Araraquara (2006); da Clínica Psiquiátrica de Repouso Guararapes, caso Damião Ximenes Lopes (2006); da Unidade de Internação Socioeducativa (UNIS) do Espírito Santo (2011); do Complexo Penitenciário de Pedrinhas (2013); do Complexo

87 Legale, Siddharta; Araújo, David Pereira. O Estado de Coisas Inconvenional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. Revista Publicum, v. 2, n. 02, 2016, pp. 67-82.

Penitenciário de Curado (2014); do Complexo Penitenciário de Gericinó (2018); e da Penitenciária Evaristo de Moraes (2023)⁸⁸ explicitam um *estado de violência institucional permanente*, uma realidade de violação constante e persistente contra os direitos das pessoas reclusas sob a tutela do Estado no Brasil. Violências de Estado com evidente *configuração racista* e que materializam uma política criminal genocida que tem na população negra seu principal alvo.⁸⁹

O *estado de coisas inconvenional* é a grande permanência histórica do sistema carcerário brasileiro: “Um terço dos presídios do Brasil está em condições ‘péssimas’ ou ‘ruins’”, revelou recentemente o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao atualizar os dados sobre vagas prisionais: o déficit dobrou desde o ano 2000, passando de 97 mil para um excedente de 166 mil.⁹⁰ Os problemas são perenes e da mesma ordem: superlotação; péssimas condições de higiene e de saúde; absoluta ausência de assistência material; escassos serviços profissionais; torturas e maus tratos; tratamentos degradantes; e, no limite, execuções por agentes do Estado. Luís Fernando Veríssimo, delicado cronista do cotidiano nacional, no apagar das luzes do século passado referia o fatalismo como um dos terríveis círculos viciosos que vivemos no Brasil: “só um fatalismo congênito, ou uma cultura fatalista, justifica o inferno carcerário como o que persiste no Brasil, uma das nossas tantas ‘emergências’ eternamente sem solução (...). Nos postos de saúde, nas cadeias e nas Febems [nome das antigas instituições de adolescentes em conflito com a lei] do Brasil os brasileiros de pouca sorte são submetidos a um teatro permanente de purgação, para dar razão à resignação fatalista (...). É a fatalidade, o que se há de fazer? O Brasil é assim mesmo.”⁹¹

O problema é que o compromisso dos poderes públicos brasileiros (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário) em superar essa permanência inconvenional mascarada em fatalidade tem sido exclusivamente *retórico*. As vio-

88 Síntese das condenações do Brasil pela Corte, conferir Legale, Siddharta (org.). Os Casos do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: NIDH, 2024.

89 Dentre os inúmeros trabalhos que evidenciam o racismo nas práticas punitivas no Brasil, conferir especialmente Brandão, Juliana; Lagrecia, Amanda. O delito de ser negro: atravessamentos do racismo estrutural no sistema prisional brasileiro. In: FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública). Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: FBSP, 2023; Flauzina, Ana; Pires, Thula. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. Revista Direito e Práxis, v. 11, n. 2, 2020; Oliveira, João Pablo T. A conexão entre racismo ambiental e cárcere brasileiro frente ao genocídio negro na Penitenciária Lemos Brito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 185, 2024; Borges, Juliana. O que é Encarceramento em Massa. Belo Horizonte: Letramento, 2018; Freitas, Felipe da Silva. Racismo, Genocídio e Segurança Pública: autoritarismo em debate. In: Segurança Pública, Crimes da Democracia e Genocídio da População Negra, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição, 2015; Duarte, Evandro Piza. Ensaio sobre a Hipótese Colonial: racismo e sistema penal no Brasil. In: Carvalho, Salo; Piza Duarte, Evandro. Criminologia do Preconceito. São Paulo; Saraiva, 2017; Oliveira, Antonio Leal; Gomes, Raoni Vieira. Seletividade Racial no Sistema Penal Brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 135, 2017.

90 Altino, Lucas. Um terço dos presídios do Brasil está em condições ‘péssimas’ ou ‘ruins’, aponta CNJ. O Globo, 20/02/2024 [disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2024/02/20/um-terco-dos-tres-presidios-do-brasil-estao-em-condicoes-pessimas-ou-ruins-aponta-cnj>].

91 Veríssimo, Luís Fernando. Os usos da fatalidade. Jornal Extra Classe, 23/12/1999 [disponível em <https://www.extraclasse.org.br/opiniao/colunistas/1999/12/os-usos-da-fatalidade/#>]

lações são admitidas e os responsáveis demonstram publicamente algo de consternação. Na sequência de atos de extrema violência institucional veiculados nos meios de comunicação ou da publicidade de decisões como as da Corte IDH, comissões são imediatamente formadas e planos de ação rapidamente aprovados. Mas a inefetividade é a regra, pois o estado inconveniente permanece inalterado. Lembro que estamos há mais de três décadas do Massacre do Carandiru, ocorrido em 1992, símbolo maior do genocídio penitenciário brasileiro. Gizlene Neder ajuda a pensar como as instituições enfrentam o genocídio penitenciário no Brasil: “suas vidas não importam; seus direitos (humanos) também não. O ‘Massacre do Carandiru’ é a prova eloquente disto.”⁹²

Repito: após as inúmeras condenações nas quais a Corte IDH declarou explicitamente a responsabilidade do Estado brasileiro como agente de violação dos direitos das pessoas presas, a situação persiste e as poucas ações seguem o padrão histórico da elaboração de planos para o futuro. Em realidade, o Estado brasileiro segue omissivo; omissões que são relativizadas por discursos que invertem o sentido de garantia dos direitos; por retóricas que justificam o injustificável, como o uso da fórmula da “reserva do possível”. Escusas reiteradas, repetidas sem o menor constrangimento.

A responsabilidade pelo estado de coisas inconveniente, admitido pelo Supremo, é, inclusive, e em grande medida, do próprio Poder Judiciário. Não apenas por ser conivente com o regular descumprimento da legalidade e não tomar as medidas cabíveis previstas na Lei de Execução Penal, como por retardar o controle de constitucionalidade em temas-chave para o sistema penitenciário nacional – dois casos são exemplares: (*primeiro*) a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4162, proposta em outubro de 2008, que questiona a constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, encontra-se parada, sem qualquer previsão de julgamento [Supremo Tribunal Federal, ADI 4.162, Rel. Min. Luiz Fux, juntada de petição de Amicus Curiae (última movimentação), Petição 93831, em 25/08/2023]; e (*segundo*) a vedação da progressão de regime, imposta pela Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pela Suprema Corte apenas em 2006, no julgamento de uma série de *Habeas Corpus* impetrados sobretudo pelas Defensorias Públicas dos estados (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006; Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 87.452, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/05/2006; Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 87.623, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/06/2006).

⁹² Neder, Gizlene. Em nome de Tánatos: aspectos da história do sistema penitenciário no Brasil. In: Violência e Cidadania. Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 20.

Em relação ao controle da legalidade na execução da pena, prevê o art. 66 da Lei de Execução Penal:

“Compete ao Juiz da execução:

(...) VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança;

VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;

VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei (...).”

Entendo, pois, como decisiva a omissão do Poder Judiciário nesse *estado de coisas inconvenional*. Se os Poderes Legislativo e Executivo, movidos pelo populismo punitivo, cedem ativa e irresponsavelmente às demandas de barbarização da execução da pena; o Poder Judiciário é, no mínimo, omissor, ao descumprir o seu papel de garantidor.⁹³

2.5.2. Do exposto, apresento, de forma tópica, minhas conclusões:

(a) Do ponto de vista normativo

(primeira) A Resolução SAP 026/01, da Secretaria Estadual da Administração Penitenciária, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado como sanção disciplinar no estado de São Paulo, foi *aplicada ilegalmente* até o advento da Lei 10.792/03, pois *viola a reserva de lei federal* imposta pela Lei de Execução Penal (art. 49, *caput*).

(segunda) Inexiste diferença relevante (formal e material) entre os regimes disciplinares dispostos na Lei 10.792/03 (Regime Disciplinar Diferenciado) e na Lei 11.671/08 (Regime Federal), visto que o tempo de isolamento, o prolongamento e a renovação da medida; as regras de incomunicabilidade e a forma de restrição de contato humano são similares.

(terceira) Os isolamentos impostos no Regime Disciplinar Diferenciado e no Regime Federal, como sanção disciplinar ou medida cautelar, são incompatíveis com as normas internacionais, interamericanas e constitucionais que regulam a personalidade, a humanidade e a individualização das penas, e configuram *formas dessocializadoras, cruéis e degradantes de privação de liberdade análogas à tortura*.

⁹³ Sobre o tema, algumas reflexões anteriores: Carvalho, Salo. O Encarceramento Seletivo da Juventude Negra Brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 67, 2015, pp. 623-652; Carvalho, Salo. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 517ss.

(*quarta*) Os isolamentos determinados como sanção disciplinar ou medida cautelar são igualmente incompatíveis com as normas internacionais, interamericanas e constitucionais e desrespeitam o *princípio da excepcionalidade* e o *princípio da proporcionalidade* ao não serem precedidas de medidas alternativas de cessação dos riscos e não estarem limitadas quanto ao tempo e à repetição.

(*quinta*) Os requisitos legais autorizadores do regime disciplinar diferenciado e do regime federal *violam* (a) o *princípio da legalidade*, pois incompatíveis com a *exigência da taxatividade* (*nulla poena sine lex stricta* e *nulla poena sine lex certa*); (b) o *princípio da materialidade da ação* (*nulla poena sine actio*), visto desconsiderarem fatos concretos geradores de risco durante a execução penal; e (c) o *princípio da presunção de inocência*, pois permitem o isolamento com base em indícios e suspeitas.

(*sexta*) O procedimento legal que autoriza o regime disciplinar diferenciado e o regime federal *ofende* o *princípio da ampla defesa* e o *princípio do contraditório*, instrumentalizadores do devido processo legal, visto admitir decisão judicial sem prévia manifestação da defesa.

(b) Do ponto de vista empírico

(*sétima*) O Sr. Norambuena foi submetido, por significativo período, a *regime disciplinar ilegal* instituído por órgão sem competência (Ato Administrativo, Resolução SAP 026/01).

(*oitava*) O Sr. Norambuena foi submetido, durante praticamente todo o período em que cumpriu pena privativa de liberdade no Brasil, a regime de isolamento dessocializador, degradante e cruel, análogo à tortura.

(*nono*) O Sr. Norambuena, durante o cumprimento de pena privativa de liberdade dessocializadora, degradante e cruel, não teve amparo judicial às suas demandas de cessação dos danos.

2.5.3. Em termos de **recomendações**, entendo urgentes as seguintes ações a serem adotadas pelo Estado brasileiro:

(*primeira*) Revogação da Lei 10.792/03 e dos dispositivos da Lei de Execução Penal que admitem formas de isolamento (sancionatório ou cautelar) ao *regime disciplinar diferenciado* (sancionatório ou cautelar).

(*segunda*) Reforma ampla do marco legal e da estrutura material das instituições federais de cumprimento de pena privativa de liberdade, em observância ao direito internacional dos direitos humanos das pessoas presas, em estrito cumprimento às Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (Regras de Mandela).

(*terceira*) Indenização do peticionário e de todos os presos encarcerados sob os regimes disciplinar diferenciado e federal no Brasil (medida compensatória econômica).

(*quarta*) Contagem do excedente antijurídico de sofrimento físico e psíquico, decorrente do regime diferenciado e do regime federal, como pena cumprida (*remição ficta*), nos termos da decisão da Corte Interamericana no caso do Instituto Plácido de Sá Carvalho (medida compensatória jurídica).

2.5.4. Analisados os autos e apresentadas as considerações de ordem normativa e criminológica, essas são, s.m.j., as conclusões que entendo convencionalmente conformadas, constitucionalmente válidas e dogmaticamente adequadas.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 30 de dezembro de 2024.

Referências bibliográficas

- Altino, Lucas. Um terço dos presídios do Brasil está em condições 'péssimas' ou 'ruins', aponta CNJ. **O Globo**, 20/02/2024.
- Ancel, Marc. **A Nova Defesa Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- Anistia Internacional. **O Estado dos Direitos Humanos no Mundo** (Informe 2017/18), Rio de Janeiro, 2018.
- Baratta, Alessandro. **Introduzione alla Sociologia Giuridico-Penale: criminologia critica e critica del diritto penale**. Bolonha: Universidade de Bolonha, 1980.
- Baratta, Alessandro. Resocialización o Control Social: por un concepto crítico de 'reintegración social' del condenado. In: **Criminología y Sistema Penal**. Buenos Aires: BdeF, 2004.
- Batista, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- Batista, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- Beneti, Sidnei Agostinho. **Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- Bitencourt, Cezar R. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- Bitencourt, Cezar R. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- Borges, Juliana. **O que é Encarceramento em Massa**. Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- Brandão, Juliana; Lagreca, Amanda. O delito de ser negro: atravessamentos do racismo estrutural no sistema prisional brasileiro. In: FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública). **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: FBSP, 2023.
- Busato, Paulo César. Regime Disciplinar Diferenciado como Produto de um Direito Penal do Inimigo. In: Carvalho, Salo (org.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- Caldeira, Cesar. A Política do Cárcere Duro: Bangu 1. **Revista São Paulo em Perspectiva**, v. 18, n. 1, 2004.
- Carvalho, Salo; Freire, Christiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. In: Carvalho, Salo (org.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- Carvalho, Salo. A Estrutura Lógica e os Fundamentos Ideológicos do Sistema de Penas no Projeto de Lei Anticrime. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 64, n. 3, 2019.
- Carvalho, Salo. Da Aplicação da Lei Penal. In: Reale Jr., Miguel (org.). **Código Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.
- Carvalho, Salo. O Encarceramento Seletivo da Juventude Negra Brasileira: a decisiva contribuição do

- Poder Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 67, 2015.
- Carvalho, Salo. **Penas e Garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- Carvalho, Salo. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- Carvalho, Salo. Tântalo no Divã: novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 50, 2004.
- Castilho, Ela Wiecko V. **Controle da Legalidade na Execução Penal**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- Castro, Karolina Alves Pereira. **Sistema Penitenciário Federal: estudo sobre regimes disciplinares e confinamento solitário**. Dissertação de Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania, Universidade de Brasília, Brasília, 2019.
- Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório 294/21, Caso 12.835, Mauricio Hernández Norambuena *versus* Brasil, 29 de outubro de 2021.
- Conselho Nacional de Justiça. **Penas Justas: Plano Nacional para o Enfrentamento do Estado de Coisas Inconstitucional nas Prisões Brasileiras**. Brasília: CNJ, 2024.
- Conselho Nacional de Justiça. **Penas Justas: Plano Nacional para o Enfrentamento do Estado de Coisas Inconstitucional nas Prisões Brasileiras**. Brasília: CNJ, 2025.
- Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução**. Assunto Instituto Penal Plácido De Sá Carvalho, 22/11/2018.
- Defensoria Pública da União; Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Memorial em Amicus Curiae**. Brasília: DPU/DPE-SP, 2023, p. 57.
- Defensoria Pública da União. **Inspecções aos Estabelecimentos Penais Federais (2017 a 2023)**. Brasília: DPU, 2023.
- Dias, Camila Caldeira Nunes. **Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista**. Tese de Doutorado em Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- Dotti, Rene Ariel. **Bases Alternativas para o Sistema de Penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- Dotti, Rene Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- Duarte, Evandro Piza. Ensaio sobre a Hipótese Colonial: racismo e sistema penal no Brasil. In: Carvalho, Salo; Piza Duarte, Evandro. **Criminologia do Preconceito**. São Paulo; Saraiva, 2017.
- Ferrajoli, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- Flauzina, Ana; Pires, Thula. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. **Revista Direito e Práxis**, v. 11, n. 2, 2020.
- Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: FBSP, 2024.
- Fragoso, Heleno C. Lei de Segurança Nacional. **Revista de Informação Legislativa**, n. 59, 1978.
- Franco, Alberto Silva; Lira, Rafael; Felix, Yuri. **Crimes Hediondos**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- Freire, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)**. Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.
- Freitas, Felipe da Silva. Racismo, Genocídio e Segurança Pública: autoritarismo em debate. In: **Segurança Pública, Crimes da Democracia e Genocídio da População Negra**, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição, 2015.
- Giamberardino, Andre; Dal Santo, Luiz Phelipe (orgs.). **Mapeando o Encarceramento no Brasil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2024.
- Haber, Carolina Dzimidas. **A eficácia da lei penal: análise a partir da legislação penal de emergência (o exemplo do Regime Disciplinar Diferenciado)**. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- Hireche, Gamil Föppel. Das Penas. In: Souza, Luciano Anderson (org.). **Código Penal Comentado**. São

- Paulo: Saraiva, 2020.
- Human Rights Watch. **World Report**: events of 2018, United States of America, 2019.
- Legale, Siddharta (org.). **Os Casos do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: NIDH, 2024.
- Legale, Siddharta; Araújo, David Pereira. O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. **Revista Publicum**, v. 2, n. 02, 2016.
- Lemgruber, Julita. **Cemitério dos vivos**: análise sociológica de uma prisão de mulheres. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- Lyra, Roberto. **Nôvo Direito Penal**. v. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- Manso, Bruno Paes; Dias, Camila Nunes. **A Guerra**: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil. São Paulo: Todavia, 2018.
- Mirabete, Julio Fabrini. **Execução Penal**: comentários à Lei 7.210/84. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995.
- Miralles, Tereza. **Atitudes e Percepções da Mulher Detenta no Rio de Janeiro**: relatório de pesquisa. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 1973.
- Moura, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei 10.792/03, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado. In: Carvalho, Salo (org.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- Neder, Gizlene. Em nome de Tánatos: aspectos da história do sistema penitenciário no Brasil. In: **Violência e Cidadania**. Porto Alegre: Fabris, 1994.
- Neves, Marcelo. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 12, 1995.
- Oliveira, Antonio Leal; Gomes, Raoni Vieira. Seletividade Racial no Sistema Penal Brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 135, 2017.
- Oliveira, João Pablo T. A conexão entre racismo ambiental e cárcere brasileiro frente ao genocídio negro na Penitenciária Lemos Brito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 185, 2024.
- Pavarini, Massimo; Giamberardino, Andre. **Curso de Penologia e Execução Penal**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- Reale Jr., Miguel; Dotti, René Ariel; Andreucci, Ricardo; Pitombo, Sergio de Moraes. **Penas e Medidas de Segurança no Novo Código**. São Paulo: Forense, 1985.
- Roig, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal**: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014.
- Santana, Aline Passos de Jesus. **A disciplina carcerária na sociedade de controle**: uma análise genealógica do Regime Disciplinar Diferenciado. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.
- Santos, Juez Cirino. **Direito Penal**: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2017.
- Scapini, Marco Antonio Bandeira. **Prática de Execução das Penas Privativas de Liberdade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- Schmidt, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In: Carvalho, Salo (coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- Secretaria Nacional dos Serviços Penitenciários. **Relatório Preliminar de Informações Penais**. Brasília: SENAPPEN, 2023.
- Shecaira, Sergio Salomão; Corrêa Jr., Alceu. **Teoria da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- Streck, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica na construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- Streck, Lenio. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 08., n. 02, 2003.
- Streck, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* 136.961/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da

- Fonseca, j. 28/04/2021.
- Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.162, Rel. Min. Luiz Fux, Parecer Técnico, Petição 31743, juntada em 28/06/2013.
- Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, j 23/02/2006, DJ 01/09/2006.
- Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/Distrito Federal, Rel. Min. Ministro Luís Roberto Barroso (relator para o Acórdão), Plenário, j. em 04/10/2023.
- Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/Distrito Federal, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. em 09/09/2015.
- Thompson, Augusto. **A Questão Penitenciária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- Toledo, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- Veríssimo, Luís Fernando. Os usos da fatalidade. **Jornal Extra Classe**, 23/12/1999.
- Wunderlich, Alexandre. **Crime Político, Segurança Nacional e Terrorismo**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (coord.). **Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina**: informe final. Buenos Aires: Depalma, 1986.

A TEORIA NEO-RETRIBUTIVA DA PENA DE FUNDAMENTO ONTO-ANTROPOLÓGICO, DE JOSÉ DE FARIA COSTA: CONTORNOS E POTENCIALIDADES NO BRASIL

RODRIGO MORAES DE OLIVEIRA¹

RESUMO: A teoria neo-retributiva da pena de matriz onto-antropológica, de José de Faria Costa, convoca um novo olhar para o debate da fundamentação da pena. Ela visa a estabilização de conflitos. Precisa restabelecer a primeva relação comunicacional de raiz onto-antropológica, a relação de cuidado-de-perigo, violada pelo crime. Os princípios da responsabilidade, da igualdade e da certeza definem as condições de possibilidade e os limites da pena no horizonte neo-retributivo, ao encontro dos valores democráticos. Assim, estão proscritas as fundamentações prevencionistas da pena e as concepções mistas (combinações de prevenção e retribuição), todas abertas à instrumentalização do condenado. Defende, como resultado, a pena justa: aquela igual a todas as penas correspondentes aos comportamentos penalmente relevantes em questão, que recebe o cidadão responsável. Por isso, a pena exsurge como um bem. É proposta a recepção da teoria do Brasil, reconhecendo-a como poderosa ferramenta na contenção de arroubos punitivistas nas várias frentes do sistema penal brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Pena; 2. Fundamentação; 3. Neo-retributiva; 4. Onto-antropológica; 5. Cuidado-de-perigo.

ABSTRACT: José de Faria Costa's onto-anthropological neo-retributive theory of punishment calls for a new look at the debate on the basis of punishment. It aims to stabilize conflicts. It needs to reestablish the primeval communicational relationship with onto-anthropological roots, the care-of-danger relationship, violated by crime. The principles of responsibility, equality and certainty define the conditions of possibility and limits of punishment in the neo-retributive horizon, in line with democratic values. Thus, preventionist foundations of punishment and mixed conceptions (combinations of prevention and retribution), all open to the instrumentalization of the condemned, are proscribed. It defends, as a result, a fair penalty: one equal to all the penalties corresponding to the criminally relevant behaviors in question, which the responsible citizen receives. Therefore, the penalty appears as a good. It is proposed the reception of the theory in Brazil, recognizing it as a powerful tool in containing punitive outbursts on

¹ Professor de Direito Penal da Escola de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, Brasil. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9704-3610>. E-mail: rodrigo.oliveira@pucrs.br.

the various fronts of the Brazilian penal system.

KEYWORDS: 1. Penalty; 2. Rationale; 3. Neo-retributive; 4. Onto-anthropological; 5. Care-of-danger.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A fundamentação neo-retributiva da pena de base onto-antropológica, de Faria Costa; 2.1 Preparando o debate: as preliminares gerais; 2.2 O direito penal e a pena não são um mal; 2.2.1. Verificando a bondade da afirmação (de que o direito penal e a pena não são um mal); 2.2.2. No horizonte onto-antropológico a pena é um bem; 2.2.2.1. A responsabilidade e a igualdade chancelam a fundamentação da pena a partir do princípio da retribuição; 2.3 Síntese e alguns esclarecimentos finais em favor da fundamentação neo-retributiva da pena de base onto-antropológica; 3 O caso brasileiro em matéria de fundamentação da pena e o possível rendimento no país da teoria neo-retributiva de base onto-antropológica; 4 Conclusões; Referências bibliográficas.

1 Introdução

A existência da pena atravessa a história da vida comunitária, prova do esforço sempre e sempre empreendido de se avançar uma resposta adequada à conflitualidade, capaz de prover, uma vez aplicada e executada, a percepção social de equacionamento, de ajustamento, de estabilização relacional. A pena, assim, quer e precisa emanar nada menos que a ideia de uma solução justa.

Dizemos isso à abertura para situar essas reflexões, na mesma linha do nosso homenageado, na longa tradição que acredita na necessidade da pena, e que, no espaço do estado democrático de direito e no horizonte de racionalidade que ele emoldura, sabe que é reclamada a delimitação do seu fundamento jurídico.

2 A fundamentação neo-retributiva da pena de base onto-antropológica, de Faria Costa

Já de início é necessário assinalar que estamos a debater sobre o fundamento jurídico da pena privativa de liberdade temporalmente limitada (e, abaixo dela, também de outras variantes de sanção penal encontradas, como as penas restritivas de direitos). Isto é, reações estatais organizadas e expressas como atos de mera vingança, como a privação de liberdade perpétua e, mais além no absurdo, como o homicídio, não são aqui considerados na classe de pena. Trata-se de respostas retrógradas, ainda que presentes na prática de alguns países ditos desenvolvidos, legatárias de um registro datado, anterior ao reconhecimento da dignidade intrínseca a todos os seres humanos.

2.1 Preparando o debate: as preliminares gerais

A justificação da pena avançada por Faria Costa emerge no espaço da sua compreensão do que é a disciplina do direito penal, uma “nova ‘ciência do direito penal total’”, a contemplar estudos e análises do direito penal clássico, do direito processual penal, do direito de mera ordenação social, do direito de execução penal, do direito penal juvenil e das diferentes aproximações de direito penal especial ou secundário (como no direito penal ambiental, informático, da comunicação, militar, etc.). Nesse escopo ampliado da disciplina do direito penal, a dogmática jurídico-penal a ser desenvolvida, em ordem a poder “trabalhar” o direito penal, irá se valer dos instrumentos proporcionados pela criminologia (no estudo do autor, da vítima e do controle social) e pela política criminal (a orientar as estratégias de controle a implementar), o que leva a reconhecer que “o direito penal, a criminologia e a política criminal se movem e atuam todas no *mesmo* plano ou segmento”, sem primazias.²

Nesse referencial, o direito penal se apresenta como uma *ordem*, que também “tem um *fundamento*, uma *finalidade*, um *sistema* e uma *função* próprios, se bem que indissociavelmente ligados à disciplina (ciência) do direito penal”. Assim, cada um desses elementos representa uma característica do direito penal que, bem examinada e estudada, construirá pontes com a disciplina do direito penal.³

As reflexões sobre as teorias justificativas da pena, então, nesse marco, exigem um olhar arguto sobre a essência do que está em debate. Não se pode partir se não da consciência acerca da nossa pré-compreensão sobre as coisas, que existe, que nos condiciona, enfim, que assinala “a inevitabilidade do histórico para tudo

2 José de FÁRIA COSTA. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017, 28-30. O autor ainda observa que embora não defenda, como dito, qualquer diferença em matéria de protagonismo entre direito penal, criminologia e política criminal no que diz com a tarefa pública (estatal) de controle dos crimes, se for admitida diferenciação há de se reconhecer que a primazia estaria centrada no direito penal (no sentido ampliado referido) e, pois, na dogmática jurídico-penal.

3 José de FÁRIA COSTA. *Direito Penal*, 18-23. Nesse ponto o autor refere que, portanto, a distinção desses traços caracterizadores do direito penal não são “benfeitoria teórica sumptuária”. Anota, ainda, sobre esses traços, que: “[o] fundamento do direito penal encontra-se na primeira relação comunicacional de raiz onto-antropológica, na relação de cuidado-de-perigo”; e, complementa: “[o] que nos permite que se caracterize, em termos materiais, o crime como, justamente, uma perversão daquela precisa relação de cuidado-de-perigo do ‘eu’ para com o ‘eu’ e do ‘eu’ para com o ‘outro’”. Deste modo, quer o fundamento do direito penal, quer o fundamento de uma das suas categorias essenciais, o crime - a outra é a pena - encontram seu étimo mais profundo em um critério, não idealista ou formal, mas antes naquele que se reflete em determinações materiais que a linha de compreensão onto-antropológica tão bem expressa”; “[a] finalidade do direito penal surpreende-se e realiza-se na justiça penal historicamente situada”; “[n]o sistema do direito penal, os dois eixos normativos já referidos (...) - fragmentariedade e unidade lógica e intencional da dogmática (eixos estes que projetam efeitos no plano da linha metodológica interpretativa (...) - coincidem, quase exclusivamente, com a divisão clássica entre Parte Geral [PG] e Parte Especial [PE] do CP”; por fim, “[a] função do direito penal é a de proteger bens jurídicos. Hoje é uma realidade indesmentível que a função primeira do direito penal é a de defender ou proteger bens jurídicos que tenham dignidade penal”, função à qual se agregam, em tea de complementariedade, outras funções ou vertentes (...), quais sejam: a garantia, a segurança e a coesão.”

o que é humano”.⁴ Esse condicionamento, entretanto, ao contrário do que pode parecer a um primeiro olhar, não limita o estudo fundamental pretendido, mas emancipa o intérprete ao garantir um ponto de vista privilegiado no entendimento da realidade.⁵

Outro aspecto para o qual o autor chama a atenção ao início da jornada reside na constatação de que a problemática em torno “do sentido da pena (criminal) só se densifica e cristaliza em refrações constantes no encontro do pensamento inerente ao direito penal e aqueloutro a que anda ligada a filosofia penal”.⁶ Trata-se de olhar para “um dos momentos fundantes do modo-de-ser humano”, a recrutar o interesse da filosofia em geral e, em específico, da filosofia do direito, o que permite afirmar “que a principal tarefa de uma teoria dos fins da pena ético-socialmente orientada passa necessariamente pela reconstrução da ponte entre o direito penal e a filosofia penal”.⁷

Com estes aportes, Faria Costa se lança à análise registrando, à partida, que assume uma posição neo-retributiva de fundamento onto-antropológico como forma de justificar a pena. Observa, ainda, que a postura é adotada por razões de coerência e não em vista da aparente *Renaissance* das doutrinas retributivas, porque “é possível e desejável dar sentido à pena criminal fundados em racionais horizontes onto-antropológicos”. Anota, então, que “o princípio da retribuição nada tem de metafísico ou irracional e que é antes um pilar da mundividência e vivência ética que percorre todo o nosso pensamento jurídico”. Importa reconhecer, assim, “que o princípio da retribuição pode, legitimamente, buscar suas raízes ou algumas das suas raízes na Ilustração”, e que “a retribuição é expressão mais lídima das ideias fortes e estruturantes de *responsabilidade e igualdade*”.⁸

Nesse ponto, após observar que a partir de meados do séc. XIX e ao longo do século XX o estudo sobre a pena – “um dos mais prementes problemas da vivência comunitária” – ficou entregue à dogmática penal, dado o impressionante e inexplicável abandono do mesmo pela filosofia política e do direito⁹, Faria Costa destaca

4 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia. Alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 205.

5 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 205-206.

6 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 207-208.

7 José de FARIA COSTA. Direito Penal, 377.

8 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 208-209. José de FARIA COSTA. Direito Penal, 380.

9 O autor, entretanto, cogita algumas explicações, como a emergência de outros temas relevantes para a filosofia política e do direito, como a Revolução e as transformações do Estado (aí incluída, a partir da 2ª Guerra, a tomada de posição no conflito ideológico, que também era da Teoria do Estado, entre capitalismo e comunismo). Anota, ainda, que as reflexões onto-antropológicas sobre a fundamentação e a legitimidade da pena eram logo cotadas na classe dos pensamentos metafísicos e, assim, tidas como algo, naquele tempo, retrógrado e axiologicamente negativo. E o cenário piorava ainda mais quando se via uma suposta impossibilidade de se pensar onto-antropológicamente a partir de um radical laico (José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 211-212).

que nos últimos 20 anos do século recém passado, a par da “*débaçle*” da discussão ideológica estremada sobre o sentido da pena, florescia e consolidava-se, em linha paralela, como que a sua irmã gêmea: a preocupação em torno da *eficácia* e, portanto, o pensamento que lhe correspondia – “pensamento pan-explicativo, panacéia do conhecimento social – o campo fértil do pensamento calculador”, que num salto foi do *pensamento utilitarista* ao *funcionalismo sistêmico*, este que logo encontrou franca acolhida no campo do direito penal, matizado “com as cores da ética e dos direitos fundamentais”.¹⁰ Observa, porém, que “era ainda dentro da cidadela do direito penal que se reflectia sobre a pena. A filosofia ou mesmo a filosofia política pouco se interessavam sobre a pena ou sobre sequer o próprio direito”.¹¹

O autor também assinala que ao debater sobre o fundamento da pena é importante ter em conta a existência de espaços de reflexão adjacentes, como os relativos à finalidade da pena ou, antes, à própria necessidade da pena. Adverte para a frequência da mistura dessas dimensões no estudo da pena, bem como para a importância em se reconhecer a independência dos respectivos âmbitos de análise.¹²

Ainda antes de adentrar no núcleo essencial que o preocupa, Faria Costa assenta duas preliminares fundamentais.

A primeira registra que o discurso onto-antropológico pretende ser mais universal.

Aqui o autor pergunta se a problemática dos fins da pena não seria uma questão metajurídica e, de pronto, a responde, afirmando com certeza que sim. Contudo, a consciência de que se trabalha no campo da metajuridicidade não implica em indiferença metajurídica, uma vez que defende “que a âncora com-

10 E o autor complementa, em tom crítico: “[d]este modo, o pensamento penal, justamente aconchegado pela cultura dos direitos fundamentais, enquanto limite inultrapassável de eventuais desmandos funcionais ou simplesmente utilitaristas, podia entregar-se, de boa consciência, ao sedutor e operatório modo de ver o que a autopoiesis sugeria e, talvez mais importante, o que Elsa se mostrava capaz de realizar” (José de FÁRIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 213).

11 José de FÁRIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 213.

12 Nesse sentido, em meio a reflexões sobre a insuficiência do direito penal no estudo sobre a pena, Faria Costa enfatiza que ele pode ser feito sob as óticas do fundamento, da finalidade ou da estrita necessidade: “É óbvio que uma coisa é tentar descortinar o fundamento, outra a finalidade e outra ainda, a necessidade quando olharmos e valoramos a pena e o seu sentido. No primeiro caso, procurar o fundamento é o indagar dos porquês mais densos que podem justificar a pena. No entanto, se o nosso horizonte é a finalidade da pena, manifesto se torna, então, que os juízos se enfileiram na lógica do para quê e aí se estabilizam. Porém, fácil é de ver que se se arranca do pressuposto de que a pena é uma necessidade – uma inevitável necessidade, passe o pleonasma –, isso implica que a reflexão sobre a pena se confina ao seu se. Por outras palavras e relativamente ao último ponto: o nosso campo de interrogação fica limitado ao sentido de sabermos quando a pena é necessária e se o é efectivamente. Estes três horizontes de compreensão mostram-se, como se viu, susceptíveis de serem claramente diferenciáveis e diferenciados. Porém, é bom não esquecer que, não poucas vezes, aparecem sobrepostos ou entrecruzados nas reflexões que se fazem sobre a pena. E daí não vem mal ao mundo. A única coisa que é preciso ter em conta, nessas circunstâncias, é a de estar atento para poder joear” (José de FÁRIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 210-211). Em linha semelhante: José de FÁRIA COSTA. Noções Fundamentais de Direito Penal. Fragmenta iuris poenalis. 2ª ed., reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 17; e, José de FÁRIA COSTA. Direito Penal, 15-16.

preensiva do nosso perceber e construir teórico-prático é ainda e definitivamente o direito penal, enquanto unidade jurídico-normativa com autonomia de princípios, regras e axiomas”. E aí resultam muito diversos os discursos metajurídicos sobre os fins das penas que se pode encetar: não é a mesma coisa, em definitivo, fazê-lo estruturado no ponto de vista sistêmico-funcional, ou fazê-lo por meio de um horizonte onto-antropológico. Enquanto naquele o viés será utilitarista, com o privilégio da dimensão político-criminal, neste os fundamentos estarão ligados à estrutura primeva do direito. Na ótica sistêmico-funcional (utilitarista) a pena é justificada a partir da ideia de um meio para a realização de um fim (maximização da utilidade pública, neutralização de riscos, reposição da validade contra-fática da norma, etc.), resultando certo “que é muito mais difícil atribuir adscritivamente uma tonalidade utilitária à compreensão do direito na sua globalidade” (uma vez que no direito se reconhece a nota da regionalidade). Já na ótica onto-antropológica se pretende uma construção compreensiva, que tem a vantagem de ser não só geral, mas também regional: “[n]as regiões ontológicas do mesmo modo-de-ser historicamente situado”. E arremata: “[e]m definitivo e para que não haja qualquer possibilidade de desvio argumentativo: o nosso modo de ver e de fundar assenta arraiais em um ontologismo regional”.¹³

A outra preliminar indica a necessidade, a bem de viabilizar a reflexão onto-antropológica, de superação de alguns estereótipos existentes no âmbito do estudo da pena.

Aqui o autor chama atenção para uma série de chavões que povoam o nosso imaginário no tema em foco. Nesses esquemas a retribuição é associada à *Traditio*, isto é, ao tempo pretérito, ao conservadorismo. Portanto, algo na cota do superado, do ultrapassado e do improdutivo. Enquanto isso, a prevenção é conectada às ideias de *Progressio*, de olhar para o futuro, a sinalizar uma visão aberta e avançada do mundo e das coisas. Logo, a ser vista como atual e operativa.¹⁴

Esse recorte, empenhado em destacar os alegados atributos positivos das doutrinas da prevenção, é nada mais que um modo ver simplista, que denota importante dificuldade de “abarcara minimamente a realidade que quer contemplar”, o que só evidencia “a sua fragilidade teórica bem como os não menos marcantes segmentos de imprestabilidade legitimadora”. Tudo a demandar que se demonstre “que tudo pode e deve ser lido de uma outra maneira”.¹⁵

Aliás, isso pode começar a ser feito pela simples constatação de que não houve um único llimunismo, mas vários (o italiano não é igual ao francês, que não

13 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 215.

14 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 215. José de FARIA COSTA. Direito Penal, 374.

15 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 215-216.

é igual ao alemão, e assim por diante), e, embora no campo sob reflexão deva-se reconhecer que prevaleceu, como pórtico de entrada do direito penal iluminista, as ideias de progresso, futuro e prevenção, isso não sepulta a opção kantiana, não menos Iluminista, pela *Traditio*, pelo passado, pela retribuição. Do quê resulta que nada impede, a partir de um radical Iluminista, o pensar a pena como forma de retribuição¹⁶.

2.2 O direito penal e a pena não são um mal

Avançando rumo ao ponto de interesse, o autor assinala que, enquanto direito sancionador, o direito penal “vive, geneticamente, uma contradição e uma ambivalência”¹⁷ que o faz particular e específico no campo da normatividade jurídica.

O direito penal parte de um ato – o crime – “em si mesmo, objectiva e subjectivamente desvalioso. Um acto, por conseguinte, que carrega, que representa, conforme as épocas históricas, uma manifestação do *mal*”. Claro, observa, não se trata do “mal ontológico ou de um seu *Ersatz* mas antes de um mal a que a história empresta a cor e a densidade de um desvalor comunitariamente assumido”. E o direito penal vai responder com outro mal, o mal da pena: eis a contradição (bem percebida, anota Faria Costa, por Kant e Hegel).¹⁸

A ambivalência referida, por seu turno, descansa no fato de que, embora o direito penal seja instrumento de restrição, de constrição de direitos, é ao mesmo tempo, enquanto delimitador dos comportamentos proibidos, instrumento de potenciação de vários outros direitos, ou seja, da própria segurança jurídica (“[p]onto fulcral, como se sabe, de toda a ‘organização’ teórica e substancial do direito penal”).¹⁹ Ou, dito por outro modo (ou por outro ângulo), neste marco inicial analisado (que pertence àquele estrato da pré-compreensão): o direito penal é um instrumento de potenciação do mal, que trabalha por um princípio da maximização do mal, de adição de males, ele é a “fonte do mal inicial do crime que se desdobra e repercute no mal da pena”.²⁰

A essa altura Faria Costa se pergunta se a realidade deve mesmo ser percebida deste modo, e afirma que há que se repensar toda essa arquitetura, uma

16 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 216.

17 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 217.

18 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 217-218. Em nota de pé de página o autor menciona a definição de pena (sanção penal) de Hugo Grotius, que sintetiza esta forma de pensamento (ao mesmo tempo em que fixa a sua historicidade): “malum passionis quod infligitur propter ob malum actionis”.

19 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 217.

20 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 218.

vez que a “pena criminal não pode e não deve, definitivamente, ser percebida e valorada como um mal”. Mas, por que? Porque este tem por característica a infinita expansão, que implica a impossibilidade de se controlar ou racionalizar os seus limites – que são humanamente incompreensíveis –, enquanto o “mal” da pena sempre esteve adstrito a um limite, qual seja, ao princípio da legalidade (*nulla poena sine lege*), e assim não se pode punir com outra pena senão com aquela prevista em lei, o que impede a expansão do arbítrio, da injustiça, e, pois, suprime a característica essencial do verdadeiro mal, a referida capacidade de expansão incontrolável. A pena, portanto, não é manifestação do mal, mas de outra realidade, mais densa, que implica em “pluralidades axiológicas positivamente relevantes”.²¹

2.2.1. Verificando a bondade da afirmação (de que o direito penal e a pena não são um mal)

Observa o autor, como ponto de partida, que a pena se apresenta como um dado histórico, sociológico e antropológico, por isso mesmo polissêmico nas suas significações. Embora se aplique com inteira aceitação pelo mundo afora, suas finalidades são ricamente variadas.²²

Aí a importância de reconhecer-se a densidade ético-social e o estatuto normativo da pena, conferidos pela aceitação da sua inevitabilidade (realidade que é parte essencial do nosso modo-de-ser), que conduz a dois tipos de discursos ou narrativas: uns que se pretendem justificadores da pena perante o dado e, outros, que “embora reconhecendo e aceitando o dado, se querem elevar a outros patamares de compreensão”.²³

E após destacar que analisará a questão também em vista da estrutura tridimensional do tempo (com Husserl), que implica nas experiências temporais do passado, do presente e do futuro, vividas por diferentes atores (o juiz, o político e o legislador²⁴), Faria Costa sublinha que fechará o foco sobre o ato legiferante, que

21 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 219. José de FARIA COSTA. Direito Penal, 378-379.

22 “Isto é: se a pena criminal se nos impõe como qualquer coisa de inelutável e conatural a qualquer comunidade humana, as finalidades que afloram nos diferentes momentos históricos – e ainda assim conforme as latitudes – é que são as mais diversas” (José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 219).

23 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 220. O dado (histórico, sociológico e antropológico, referido), vale gizar, trata-se de ponto de ancoragem da justificação neo-retributiva do autor, que aqui já demarca a sua crítica às justificações que o excedem (utilitaristas/prevencionistas).

24 Destacando, sobre este último, que trabalha para o futuro – o que se evidencia ainda mais quando se constata a proibição da retroatividade da lei penal nova, salvo a hipótese da sua concreta maior benignidade em face da anterior. Observa que “[n]a verdade, quando o legislador (...) cria um novo tipo incriminador ele tem de trabalhar, para que aquela incriminação seja constitucional e por conseguinte legítima, dentro dos seguintes parâmetros: a) que a proibição daquelas condutas seja necessária para manter o mínimo de sustentação e equilíbrio social; b) que a moldura penal abstracta prevista seja entendida e percebida como necessária e suficiente para inibir a prática daquelas condutas; c) que o desvalor da pena seja adequado – rectius, proporcional – ao desvalor da ofensa e que dentro da moldura penal abstracta estejam presentes os

vale, sobretudo, para o futuro. Com isso também se está a “mostrar que a política criminal é uma dimensão da ‘ciência do direito penal global ou total’ que nasce com a vocação do futuro e anda umbilicalmente ligada às mutações, às reformas, às transformações que o ordenamento penal, dinamicamente compreendido, apresenta”.²⁵ Impõe-se, daí, ao penalista, que interpreta o que está legislado (*o positum*), “olhar para trás e perguntar-se: porque é que temos punido e continuamos, hoje, a punir?”, questionamento essencial que o autor entende, ao contrário de outros, “que não é pouco, não é conservador nem muito menos estiolante. Nem, muito menos, qualquer expressão de fundamentalismo insano”.²⁶

2.2.2. No horizonte onto-antropológico a pena é um bem

O caminho do direito penal é marcado pelo choque de valores, pela ruptura, pelo conflito, pela quebra “de valores comunitariamente assumidos como mínimo ético”. Por esta razão “[o] direito penal constrói-se, pois, entre outras coisas, pela resposta legislativa, historicamente legitimada, à conflitualidade e à ruptura violadora”, visando, em seu seguimento principal, à estabilização de conflitos.²⁷

O crime, assim, como expressão fenomênica, denota a “perversão em que mergulha o nosso primevo modo-de-ser”. Isto é, representa a violação “de uma relação de cuidado-de-perigo de fundamento onto-antropológico” que “é matricial ao nosso modo-de-ser com os outros”. Dá-se, portanto, no plano “da relação ético-existencial de um ‘eu’ concreto, de carne e osso, que, precisamente, pela sua condição, só pode ser se tiver o ‘outro’, cuidar do outro, cuidar de si cuidando do ‘outro’ e cuidando este cuidar de si”. Esse segmento positivo, virtuoso, que pressupõe reciprocidade, entretanto, depara inúmeras vezes com o seu oposto: a ruptura, que desvela o “lado negativo da relação que constitui o elemento ou segmento fundante para a existência de um crime”. E relação é exatamente porque admite ambas as manifestações: tanto a do cuidado para com o outro e para com si mesmo, como a da falta destes cuidados; tanto a da preservação da relação, como a da sua ruptura. O resultado é que “esse momento de ruptura, de fractura de convulsão no cuidado

princípios da perequação dos mínimos e dos máximos [princípios cuja força normativa tem, na opinião do autor, dignidade constitucional]” (José de FÁRIA COSTA. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, 221).

25 José de FÁRIA COSTA. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, 222. E o autor ainda assinala que o direito penal é sendo, ou seja, ele é dinâmica, do que são exemplos dois fenômenos bem percebidos, a descriminalização e a neo-criminalização. Enfatiza que, portanto, não poderiam estar mais equivocados aqueles que sugerem um pretenso imobilismo inerente ao estudo do direito penal a partir de um horizonte onto-antropológico: “não se caia na ingenuidade de se pensar, como às vezes parece ainda acontecer, que a pressuposição de um qualquer ontologismo é assunção de a-historicidade. Bem ao invés. Quando convocamos a figuração onto-antropológica estamos a conceber a historicidade como sua trave-mestra. De uma forma ainda mais radical: sem a história, no seu mais profundo sentido, é impossível pensar onto-antropológicamente. Daí que seja absurda qualquer crítica – a uma tal compreensão material das coisas do humano viver – que assente em pecado de imobilismo ou atemporalidade”.

26 José de FÁRIA COSTA. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, 222-223. José de FÁRIA COSTA. *Direito Penal*, 381-382.

27 José de FÁRIA COSTA. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, 223.

genésico só se refaz com a pena. A aplicação da pena, nesta compreensão fundante, repõe o sentido primevo da relação de cuidado-de-perigo". A pena é reclamada para "que o equilíbrio se refaça. Porque também só desse jeito 'eu' posso ver, olhar e amar o 'outro'. Porque se não houver pena é impossível reconstruir a primitiva relação de cuidado-de-perigo". Nesse quadrante, conclui o autor que a pena desempenha "o papel da reposição, da reprimenda e, por conseguinte, da eficácia de um bem. Ou, se ousarmos ser ainda mais radicais, ela é um *bem*".²⁸

O objetivo deste recorte, segundo Faria Costa, mais do que revolver os pressupostos onto-antropológicos que fundam a comunidade humana, está em dar sentido a algo que sempre se admitiu como uma constante: onde há sociedade há crime (*ubi societas, ibi crimen*). Ou mais até: pretende-se obter o fundamento jus-filosófico da proibição como elemento inaugural da comunidade humana (e que a antropologia vem sustentando desde Levi-Strauss, para o qual a proibição do incesto – a primeira proibição – fundou a verdadeira comunidade humana), tudo a demonstrar "o carácter radical, ontologicamente centrado e onticamente desflo- rado, da proibição. Da existência de um interdito. Da proibição como momento genésico de contenção à perversão da relação de cuidado-de-perigo".²⁹

2.2.2.1. A responsabilidade e a igualdade *chancelam a fundamentação da pena a partir do princípio da retribuição*

Ao iniciar pelo horizonte da responsabilidade, o autor parte do essencial: ela só pode existir se a pessoa for livre e autônoma. Se não puder escolher e decidir (seja por coação ou por outra circunstância que lhe impeça de distinguir o justo

28 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 223-224. José de FARIA COSTA. Direito Penal, 379-380. Também do autor, ainda vale trazer as seguintes reflexões para melhor compreensão dos seus pontos cardeais: "Na verdade, é nossa firme convicção que o perigo e o cuidado são duas projecções de uma mesma realidade. Em termos intencionalmente simplistas diremos que não é possível conceber o perigo sem o cuidado, da mesma forma que ao cuidado anda sempre associado um qualquer perigo. Tenhamos, todavia, presente que esta relação de mútua dependência não encontra a sua razão de ser na determinação e valorização dos fenómenos acontecidos no contingente do viver comunitário inerente ao nosso quotidiano. Não é o facto de percebermos, ao nível imediato, que o perigo e o cuidado são indissociáveis que faz deles uma matriz ontológica. É precisamente o contrário. Porque o perigo e o cuidado são uma matriz ontológica do ser-aí-diferente comunitariamente inserido, é que os podemos ver reflectidos, e diferenciadamente reflectidos, no nosso existir. Já vimos que a comunidade (jurídica) se assume e se assumiu sempre como uma comunidade de cuidados. Cuidado do ser-aí-diferente para consigo mesmo e para com os outros e ainda o cuidado do ser-todos para com os particulares e únicos seres-aí-diferentes. Porém, a comunidade jurídica é uma comunidade de cuidados porque lhe pertence também a qualidade de ser uma comunidade de perigos. O ser-aí-diferente, desde o instante originário da passividade desperta é um ser confrontado com perigos e que tende inapelavelmente para a morte, a qual é centro e vértice, no imaginário primitivo e não só, de todos os males e de todos os perigos. Daí que a comunidade jurídica se caracterize também, ontologicamente, como comunidade de perigos, em cuja tensão superadora se inserem os cuidados. O ser-aí-diferente e a comunidade jurídica que lhe subjaz assumem-se (são) como estruturas ontológicas de cuidado-de-perigo" (José de FARIA COSTA. O Perigo em Direito Penal (contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas). Coimbra: Coimbra, 1992, 323). Sobre a relação matricial onto-antropológica de cuidado-de-perigo de Faria Costa, no que relacionada ao ilícito penal, confira-se, ainda, em Fabio Roberto D'AVILA. O Inimigo no Direito Penal Contemporâneo. Algumas reflexões sobre o Contributo Crítico de um Direito Penal de Base Onto-Antropológica In Sistema Penal e Violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 99-103.

29 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 224-225.

do injusto, o bem do mal, o lícito do ilícito), por simples assim, não será responsável. Nesses casos, ao mesmo tempo em que a pessoa não “responde perante a sua própria consciência crítica e auto-reflexiva”, também não responde “perante a consciência crítica que a própria comunidade representa, através das suas instituições e dos seus simbolismos de filtragem e reacção moral”. Isto é, essa pessoa não pode responder perante o direito penal “enquanto única instância que detém o monopólio da violência legítima”. Ela simplesmente “[e]stá fora da discursividade normativa que tenha o seu epicentro na ideia forte – e juridicamente sustentada – de responsabilidade”.³⁰

Nessa moldura de análise, a pena aplicada, ou por aplicar, quer (e precisa) olhar o passado, observar o fato criminoso nas suas circunstâncias, do que resulta fundamentada como expressão da responsabilidade do agente naquele contexto: “[é], pois, no lugar passado do rompimento da primeira relação de cuidado-de-perigo que está a causa, o cerne de tudo”.³¹ É nesse lugar, da culpa, que a pena irá encontrar o seu limite e, também, o seu fundamento. Nos dois âmbitos, é certo, a pena haverá de ser sanção excepcional e teleológica, baseada em valores (individuais e supraindividuais) “que não podem colidir com os direitos humanos fundamentais”.³² Por isso que a proposta do autor não é a de uma retribuição em sentido clássico ou idealista, mas de uma “retribuição concebida no horizonte da dignidade da comunidade juridicamente organizada que assume os valores mais concretos e reais do homem de hoje”.³³

Daí exsurge, também, o rechaço à validade dos discursos utilitaristas/prevencionistas na fundamentação da pena criminal. Faria Costa afirma, de modo franco e direto, que “a compreensão preventiva da pena não se sustenta”. Afinal, “seja a dirigida a toda a comunidade (prevenção geral), seja a dirigida ao próprio criminoso (prevenção especial), seja de inibição ou de tornar inócuo (prevenção negativa), seja de integração ou ressocialização (prevenção positiva)”, isto é, em quaisquer das suas apresentações, “não consegue escapar da objeção kantiana da instrumentalização”. E o autor enfatiza: “[t]odas as teorias preventivas ou relativas acabam por tratar o delinquente concreto ou potencial como um mero objeto a serviço de finalidades alheias”.³⁴ Logo, a admitir-se a legitimidade da inflição de uma pena com olhos em que “os outros não pratiquem crimes ou com o fito de repor a validade contra-fática da norma”, é preciso, também, aceitar as consequências consistentes na “possibilidade da punição de inocentes”, e/ou, ainda,

30 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 226. José de FARIA COSTA. Direito Penal, 380.

31 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 227. José de FARIA COSTA. Direito Penal, 380.

32 José de FARIA COSTA. Direito Penal, 370.

33 José de FARIA COSTA. Direito Penal, 373.

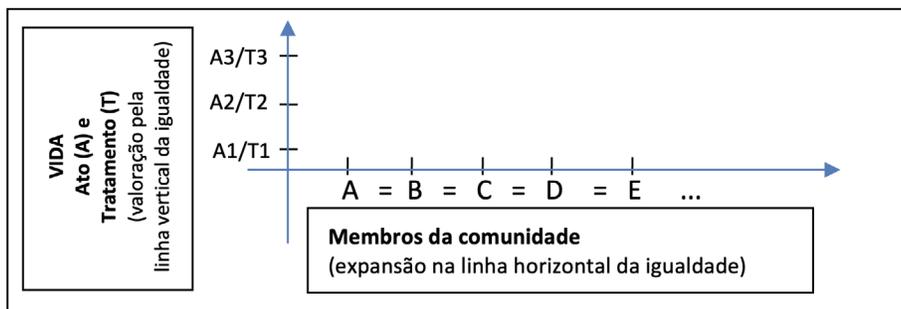
34 José de FARIA COSTA. Direito Penal, 377-378.

“que se ponha como limite à prática de um fato censurável (punível com culpa), uma medida concreta da pena que ultrapasse, efetivamente, o limite da culpa”.³⁵

Por tudo isso, Faria Costa conclui “que a ideia de retribuição é aquela que melhor assenta no dado fundamental que o princípio da responsabilidade representa”.³⁶

Já no horizonte da igualdade, o autor afirma que se trata de uma ideia que tem matriz evolutiva e vocação expansiva e universalizante. Corresponde a uma dupla e justa expectativa individual (e que é, também, um “dado estrutural do nosso mais fundo modo-de-ser individual e colectivo”): de cada membro em ser tratado pelos demais em pé de igualdade; e, de cada membro em relação à comunidade em seu todo, vista enquanto poder organizado política e juridicamente, no sentido de que também ela trate de modo igual a cada um de seus membros.³⁷

De se observar que essa aspiração à igualdade avança por dois vetores distintos: para além da pretendida igualdade entre os membros da comunidade, que se expande na linha horizontal (A=B=C=D=E...), ainda se coloca, na vertical, a igualdade de tratamento entre os diferentes atos que se pode produzir ao longo da vida (e que corresponde à expectativa de que a fatos idênticos/similares deverão corresponder consequências também idênticas/similares). Estes dois planos estão amarrados, de tal sorte que ao “efeito identitário que a igualdade potencia na relação horizontal com o ‘outro’, deve corresponder também uma consequência identitária da igualdade de tratamento no decurso de uma vida”.³⁸ Se cabe esquematizar este raciocínio, segue uma possibilidade (onde a convergência dos pontos indica a expectativa de igual tratamento de fatos iguais, não importando quem seja o autor):



35 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 227.

36 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 227. José de FARIA COSTA. Direito Penal, 380-381.

37 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 228.

38 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 228.

Igualdade então, implica em confiança, que é o elemento agregador da comunidade jurídica/política: confiança de cada um no sentido de que delitos de certa espécie serão sancionados de modo idêntico/similar (sendo que “[a] quebra desta relação de confiança no tratamento igual do que é igual e no tratamento desigual do que é desigual é o passo para o precipício da desagregação social...”).³⁹ Trata-se, dizendo por outro modo, da materialização do princípio da certeza do direito.⁴⁰

É, pois, nesta medida, que a igualdade se conecta ao tema da fundamentação da pena, porque se o corpo social está fundado em uma comunidade de sentido não se pode admitir a aplicação de penas diversas em grau e espécie a fatos que são materialmente iguais, sob pena de se violar este sentido (pelo arredar da igualdade e traição da confiança de todos). Logo, a adjudicação e distribuição das penas (e, pois, a ideia de justiça distributiva que aí habita) implica na observância do princípio da igualdade.⁴¹

E a relação com a pena daquele indivíduo que vai recebê-la não será, por certo, a de mero objeto, de receptáculo, de apêndice funcional do seu exercício, “o escolhido para produzir efeitos de prevenção”. Ele é “o cidadão responsável que tem o direito a sofrer uma pena justa, porque igual a todas as penas correspondentes aos comportamentos penalmente relevantes”, o que, hoje, também se coloca como refração da própria cultura dos direitos fundamentais e “decorrência de uma idéia profunda e correcta daquilo que verdadeiramente é um Estado de Direito Democrático”.⁴²

2.3 Síntese e alguns esclarecimentos finais em favor da fundamentação neo-retributiva da pena de base onto-antropológica

Faria Costa encaminha as suas reflexões sustentando que a justificação da pena avançada, “neo-retribuição de fundamentação onto-antropológica, é a maneira mais consistente e sólida de dar sentido à pena criminal, porquanto é, outrossim, por seu meio que também a *responsabilidade* e a *igualdade* material se realizam”.⁴³

39 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 228. José de FARIA COSTA. Direito Penal, 382.

40 José de FARIA COSTA. Direito Penal, 382-383. E o autor complementa: “A igualdade potencia, desta forma, a certeza diacrônica e sincrônica. Certeza diacrônica, porquanto factos iguais, e dentro do mesmo quadro legal, correspondem, no arco temporal, reações ou consequências jurídico-penais idênticas ou iguais. Certeza sincrônica, porquanto a factos iguais, levados a cabo ao mesmo tempo, se seguem, em linha de máxima, consequências semelhantes ou iguais, independentemente do lugar em que tais factos tenham sido praticados”.

41 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 229.

42 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 229-230.

43 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 230-231.

E faz, daí por diante, algumas advertências finais: (i) o direito a uma pena justa defendido não se confunde, em hipótese alguma, com o hegeliano direito à pena: uma vez que a pena justa não é defendida como consequência da realização do Estado (enquanto *locus* máximo onde o racional é real e o real é racional), mas é reclamada em vista da violação da matricial relação de cuidado-de-perigo, no nível, portanto, do ser que é e, assim, em sentido onto-antropológico⁴⁴; (ii) a consideração da pena justa como direito não consente na possibilidade de o delinquente abrir mão do seu exercício: e isso pela mais simples das constatações, a de que existem direitos indisponíveis, como é o caso do debatido direito à pena justa, cuja indisponibilidade é clara manifestação da dignidade da pessoa humana. Daí a categorização do direito à pena justa como um direito especial, com natureza, sentido e limites estruturados nas seguintes premissas: “a) é indisponível; b) tem a natureza de um direito humano fundamental; c) o seu sentido jurídico encontra-se na prossecução do bem da pena, *rectius*, no bem que a execução concreta da pena pode propiciar; e, d) o limite está em que a sua plenitude de realização se atinge ou consegue, precisamente, com o cumprimento integral da pena”; e, por consequência e por derradeiro, (iii) essa compreensão neo-retributiva, de base onto-antropológica, precisa se refletir no momento da concreta execução da pena: na medida em que a pena é um bem, com caráter institucional, ao Estado cabe “o esforço da obrigação de meios”. Isto é, “sob pena de insanável contradição”, não assiste ao Estado proclamar a pena como um bem e negar os meios para a sua concretização. E aqui vai um último ponto fundamental, signo da estrita coerência da teoria em foco: incumbe ao Estado dar as condições para que o apenado, “em seu juízo de homem livre e autónomo, possa reencontrar o mínimo de socialização”, ou possa “encontrar pela primeira vez essa socialização”⁴⁵. Bem lido, trata-se de prover as condições para fazer viável a busca por uma melhor condição existencial, aderente aos valores comunitários e sensível à relação de cuidado-de-perigo, busca que, sempre e sempre, estará dada como opção para o condenado (faculdade que é, então, pressuposto inarredável nessa altura, já que é de pessoas que se está a tratar, não de meros objetos).

Com estes aportes, Faria Costa fixa a proposta de uma redefinição ao sentido da retribuição, que vê, agora, a pena como um bem (não mais como manifestação do descarnado imperativo categórico kantiano), e a orienta de forma mais próxima ao sentir comum (que não é senso comum), entendido como aquele conjunto de grandes princípios éticos que fazem o cimento agregador de qual-

44 E ainda acrescenta: “A exigência da ‘minha’ identidade de ser-com-os-outros pressupõe que ela também só se efective se ‘eu’, ao ter violado aquela específica e fundante relação de cuidado-de-perigo, reivindicue, na total autonomia de ser aberto e em projecto, o direito a uma pena justa. A ser pessoa responsável” (José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 231). José de FARIA COSTA. Direito Penal, 384.

45 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 232-233. José de FARIA COSTA. Direito Penal, 384-385.

quer sociedade ou comunidade. Adverte, finalmente, que este referencial ético, axiológico, presente nas sociedades democráticas (em seu sentido material mais profundo) e que haverá de animar a fundamentação da pena não pode esmaecer frente à pluralidade, o multiculturalismo e a exaltação da diferença. Ou busca-se, como nesta proposta, uma justificação da pena nos marcos de um direito penal de raiz liberal-social, comprometido eticamente/axiologicamente, ou se arrisca, pelo rumo da indiferença axiológica, abrir caminhos a um autoritarismo desenfreado, como evoca para os dias de hoje o crescente e perigoso direito penal do inimigo.⁴⁶

3 O caso brasileiro em matéria de fundamentação da pena e o possível rendimento no país da teoria neo-retributiva de base onto-antropológica

Se se pode encontrar em Beccaria e Feuerbach uma teoria da prevenção geral negativa, a defender como fundamento da pena a coação ou intimidação⁴⁷, a ideia de também assumir a ressocialização do condenado como fundamento da pena, em uma abordagem teórica de prevenção especial positiva, agregando, pois, fins corretivos à pena criminal, pode ser encontrada em Liszt, no seu *Programa de Marburgo* (1882).⁴⁸

A partir daí, e com a fundação, em 1889, da União Internacional de Direito Penal (pelo próprio Liszt, com Adolph Prins e Gerard Van Hamel), o correcionalismo lisztiano veio a constituir a base teórica e programática da entidade, que desenvolveu “até suas últimas consequências o princípio da pena personalizada e diferenciada”, difundindo-o por toda a Europa. Já no século XX a ideia evoluiu para um correcionalismo contemporâneo, identificável na chamada nova defesa social, com destaque para Ancel, em abordagem que se distancia das – já filosoficamente desacreditadas – premissas positivistas de Lombroso, Garófalo e Ferri, e, como

46 José de FÁRIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 234-235.

47 José de FÁRIA COSTA. Direito Penal, 376.

48 No ponto, LISZT escreveu: “[a] pena é coação. Se dirige contra a vontade do delinquente, deteriorando ou destruindo bens jurídicos nos quais sua vontade encontrara corporificação. Como coação, a pena pode ser de dupla natureza: a) Coerção indireta, mediata, psicológica ou motivação. A pena oferece ao delinquente os motivos que lhe faltam, que são adequados para operar como dissuasivo da comissão de delitos. Ela multiplica e fortalece os motivos existentes. Opera como artificial adequação do delinquente à sociedade: a) por correção, ou seja, por transplante e fortalecimento de motivos altruístas, sociais; b) por intimidação, ou seja, por implantação e fortalecimento de motivos egoístas, mas coincidentes em seu efeito com os motivos altruístas; b) Coerção direta, imediata, mecânica ou violência. A pena é sequestro do delinquente, transitória ou persistente neutralização, expulsão da comunidade ou isolamento dentro dela. Aparece como artificial seleção do indivíduo socialmente inapto” (...) “Correção, intimidação, neutralização: estes são, pois, os imediatos efeitos da pena, os móveis que subjazem nela, e mediante os quais protege os bens jurídicos” (...) 1) Correção dos delinquentes que necessitem correção e capazes dela; 2) Intimidação dos delinquentes que não necessitem de correção; 3) Neutralização dos delinquentes não suscetíveis de correção” (Franz Von LISZT. *La Idea de Fin en el Derecho Penal. [O Programa de Marburgo (1882)]*. Estudo preliminar de Luis Jimenez de Asúa. Prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Valparaíso: Edeval, 1994, 111-112 e 114-115). Também a referir a nota correcionalista na obra de Liszt, ver em Luigi FERRAJOLI. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. 2ª. ed. Valladolid: Trotta, 1997, 267-268.

dito, se desdobra, a partir do ecleticismo lisztiano, para perseguir a diferenciação e a individualização das penas, mas agora com um tingido de fins humanitários.⁴⁹

Assim é que esse correccionalismo chega ao Brasil, marcadamente a partir da publicação da versão traduzida da obra de Ancel, em 1979, pregando que a “consideração da personalidade do delinquente constitui o primeiro traço dessa nova atitude que se lhe dispensa – uma característica da defesa social moderna”. E, que, “na consideração dessa personalidade, pouco a pouco, livrou-se do biologismo lombrosiano e do fatalismo sociológico de Ferri”, buscando compreender o homem “com todas as influências e todas as deformações de que é objeto”. Alegava que, “indo além do ser biopsíquico e mesmo do ser social, a nova doutrina pretende reencontrar o ser humano, considerado não como objeto de estudo científico, mas como sujeito de direito”.⁵⁰ Por isso, afirmava como necessário um constante processo de observação dos delinquentes (sugerindo, inclusive, que não mais se separasse a fase do processo penal da fase da execução penal), com a organização do exame permanente de suas personalidades, a correr de modo “paralelo ao processo de ressocialização que a ‘ação penitenciária’ tem doravante por objetivo”⁵¹. Em suma, Ancel conceituava a sua defesa social como uma “política ativa de prevenção que tenciona proteger a Sociedade protegendo também o delinquente, e que visa a assegurar-lhe, através de condições e vias legais, um tratamento apropriado ao seu caso individual”. Ou seja, a nova defesa social repousa na ideia de “substituição da pena retributiva pelo *tratamento*”.⁵²

Tais premissas, em grande parte, acabaram transpostas para o Código Penal brasileiro, e para a Lei de Execução Penal (LEP)⁵³, com reflexos na aplicação da pena⁵⁴

49 Luigi FERRAJOLI. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, 268-269. Sobre o caráter eclético do pensamento de Liszt, Ferrajoli afirma em tom irônico que é o responsável por avançar “a proposta, que tanta fortuna terá na cultura e na prática penal deste século [XX], da diferenciação da pena segundo a personalidade dos réus”. Daí “[q]ue um resultado semelhante contradiga o princípio da certeza e da estrita legalidade penal, do qual Liszt se proclamou sempre ferrenho defensor, não é senão um signo a mais do ecleticismo teórico desta orientação”.

50 Marc ANCEL. A Nova Defesa Social. Um movimento de política criminal humanista. Trad. Osvaldo Melo. São Paulo: Forense, 1979, 281.

51 Marc ANCEL. A Nova Defesa Social. Um movimento de política criminal humanista, 287 e 293. Ou, ainda quanto a consideração da personalidade do delinquente, sustenta que “essa natureza humana, reintegrada em seu contexto sociológico, só é compreensível através de referência deliberada a valores morais, comumente aceitos, e sobre os quais a defesa social baseia cada vez mais a sua política de ‘ressocialização’.” (Marc ANCEL. A Nova Defesa Social. Um movimento de política criminal humanista, 282).

52 Marc ANCEL. A Nova Defesa Social. Um movimento de política criminal humanista, 12.

53 Nesse sentido, Carvalho observa que “o (novo) modelo penal integrado, fruto de uma política global de ‘prevenção do crime e tratamento do delinquente’, perfez o universo ideológico da reforma de 1984” (Salo de CARVALHO. Pena e Garantias. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 180). E, ainda, Salo de CARVALHO. Antimanual de Criminologia. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, 259.

54 Comprovável no Código Penal, v.g., nas disposições: do art. 59 (na afirmação da aplicação da pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”; na previsão de vetores subjetivos para o cálculo da pena e para a fixação de regime inicial de cumprimento, que deslocam o direito penal do fato em favor de um inválido direito penal de autor, bem ao gosto do defensivismo referido; etc.); do art. 44 (nos requisitos subjetivos para alcance da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos); do art. 77 (igualmente nos requisitos subjetivos para alcance da suspensão condicional da pena privativa de

e nas principais estruturas do seu processo executório⁵⁵. Também é preciso referir que, bem antes, o ideário correcionalista já tinha conquistado o seu espaço em documentos internacionais de direitos humanos, como evidenciam, *v.g.*, as previsões das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos – Regras de Mandela (na qual a ideologia do tratamento aparece no próprio título, valendo anotar – pela relevância, logo mais, ao raciocínio – que, pela forma como redigidos os dispositivos, não defluiu uma ressocialização de tipo obrigatório/mandatório, sendo que o documento, aliás, emprega mais o termo *reinserção*).⁵⁶ Já a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) é explícita ao dispor, em seu art. 5, n. 6, que “[a]s penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”⁵⁷, em texto semelhante ao encontrado no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu art. 10, n. 3, segundo o qual “[o] regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros”.⁵⁸ Nestas duas

liberdade); etc. [BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei 2.848 de 7 de dez. de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 de dez. de 1940, retificado em 3 de jan. de 1941]. Mais cedo, tivemos a oportunidade de criticar a adoção/manutenção, na nova Parte Geral do Código Penal brasileiro, a partir da reforma de 1984, de parâmetros subjetivos na medição da pena (como personalidade, conduta social, antecedentes e reincidência, dos arts. 59, 61, Inc. I, 63 e 64 do CP), parte por herança da velha defesa social (já presente no CP/1940, e que se manteve), parte por influência da *défense sociale nouvelle*, elementos cuja consideração implica em inconstitucionalidades que ainda nos parecem evidentes (Rodrigo Moraes de OLIVEIRA. Fatores Subjetivos na Medição da Pena. Uma abordagem crítica. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul para obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais. Porto Alegre, 1999, 85, 135-136).

- 55 Como é possível comprovar na LEP: pela declaração dos objetivos da execução penal, no art. 1º; pelo processo de classificação dos presos, nos arts. 5º a 9º; no modelo de sanções e recompensas disciplinares, nos arts. 53 a 60; na previsão do trabalho obrigatório (arts. 28, 31 e 39, inc. V); na disciplina da progressão de regime, no art. 112; na aplicação de direitos, como nas saídas temporárias (nos arts. 122 a 125), livramento condicional (nos arts. 131 a 146), na substituição da pena em execução por restritivas de direitos (no art. 180); e, na execução das medidas de segurança (arts. 171 a 179) [BRASIL. Lei de Execução Penal. Lei n. 7.210, de 11 de jul. de 1984. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de jul. de 1984].
- 56 Como se lê em diversos de seus dispositivos, que delineiam o “tratamento” para “reinserção” dos condenados, como, *v.g.*, nas regras 88, 89, 90, 91, 102(2), 107, 122 (este que também fala em reeducação). A regra 91, sob a epígrafe “Tratamento”, o descreve nos seguintes termos: “O tratamento de presos sentenciados ao encarceramento ou a medida similar deve ter como propósito, até onde a sentença permitir, criar nos presos a vontade de levar uma vida de acordo com a lei e autossuficiente após sua soltura e capacitá-los a isso, além de desenvolver seu senso de responsabilidade e autorrespeito” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Regras de Mandela: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Coordenação Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016). Vale mencionar que as Regras de Mandela foram aprovadas na vigésima quarta sessão da Comissão sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal da ONU, ocorrida em Viena, entre 18 e 22 de maio de 2015. Trata-se de atualização das Regras Mínimas Padrão para o Tratamento de Prisioneiros, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Presos, sediado em Genebra de 22 de agosto a 3 de setembro de 1955 [Resolução 1998/22, do Conselho Econômico e Social] e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social em sua resolução 663 C (XXIV) de 31 de julho de 1957, e dos procedimentos para a implementação efetiva das Regras Mínimas Padrão para o Tratamento de Prisioneiros, aprovadas pelo Conselho em sua Resolução 1984/47, de 25 de maio de 1984.
- 57 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica, 22 de nov. de 1969. In: SENADO FEDERAL. Direitos Humanos. Atos internacionais e normas correlatas. 4ª. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013, 153.
- 58 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 19 d. dez. de 1966. In: SENADO FEDERAL. Direitos Humanos. Atos internacionais e normas correlatas. 4ª. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013, 133.

últimas previsões, diferentemente das Regras Mínimas da ONU, a redação parece inclinar-se mais à ideia de uma ressocialização obrigatória.

Voltando ao plano nacional, conquanto a nossa Carta Política brasileira não tenha assumido uma específica teoria da pena⁵⁹, a verdade é que a meta correcionista da ressocialização ocupa papel central na execução brasileira das penas e medidas de segurança. Mais, a ressocialização figura como meta cogente, coativa, como forma de introyecção forçada dos já referidos “valores morais, comumente aceitos”⁶⁰, a ser, naturalmente, aferida pelos agentes do sistema.

Isso pode ser percebido em mais de um momento na LEP, com destaque para a previsão do trabalho em caráter obrigatório para o preso em cumprimento de pena privativa de liberdade. O trabalho está previsto, então, como um “dever social e condição de dignidade humana, [que] terá finalidade educativa e produtiva”, sendo que a negativa a sua prestação configura falta grave, passível, como tal, de regressão de regime.⁶¹

Noutro ponto a destacar, observamos que os presos brasileiros, à luz da regra atual, para a obtenção da progressão de regime carcerário, para além da necessidade de cumprimento de uma dada fração da pena no regime anterior (de 16% a 70%, conforme o caso) e de precisarem ostentar bom comportamento carcerário (comprovado por atestado do diretor do estabelecimento prisional), os resultados do exame criminológico também devem indicar a possibilidade de concessão pelo Juízo das execuções penais (cf. o art. 112, *caput* e §1º, da LEP). Isto é, para além do tempo de pena cumprida no regime anterior e do bom comportamento carcerário, hoje, segundo a lei brasileira, só obtém progressão de regime o réu que acabar agraciado com um laudo favorável ao alcance do seu direito, emitido após a realização de um exame criminológico.⁶²

59 Nesse rumo, Mendes afirma que: “[e]mbora presente, de forma exemplificativa, as penas aplicáveis ou não, é certo que a Constituição não perfilha, de forma expressa, uma dada doutrina ou teoria quanto à função da pena” (Gilmar MENDES, Paulo Gustavo Gonet BRANCO. Curso de Direito Constitucional. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 509). Já Carvalho anota que “[o] delineamento das penas na Constituição em momento algum flerta com fins, funções ou justificativas, indicando apenas meios para minimizar o sofrimento imposto pelo Estado ao condenado” (cf. Salo de CARVALHO. Antimanual de Criminologia, 260).

60 Marc ANCEL. A Nova Defesa Social. Um movimento de política criminal humanista, 282.

61 Como se lê nas seguintes previsões da LEP: “Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”; “Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade. Parágrafo único. Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento”; “Art. 39. Constituem deveres do condenado: (...) V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas”; “Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: (...)VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei”; “Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave”; “Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que: I - estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente” (BRASIL. Lei de Execução Penal. Lei n. 7.210. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de jul. de 1984).

62 A regra mencionada (introduzida em 11 de abril de 2024, por meio da Lei 14.843, que alterou o art. 112 da Lei de Execução Penal), ao reinstaurar os resultados do exame criminológico, sempre e em qualquer caso, como requisito e peça central para a deliberação judicial sobre a concessão, ou não, da progressão de regime no

É crucial notar que a favorabilidade dos resultados do exame está a depender de provas de ressocialização que tenham sido oferecidas pelo preso aos experts no momento da sua entrevista (que podem, também, ser lidas como provas de não periculosidade, em nítida imbricação dos conceitos).⁶³ A decisão judicial sobre o tema, então, na maioria das vezes, revela-se como automática adesão ao que estiver profetizado no laudo (em espécie de terceirização da jurisdição, com subversão de valores e referenciais jurídicos cuja aplicação deveria estar garantida).

Essa sistemática, portanto, e insistimos, é a exata manifestação utilitarista da prevenção especial positiva tomada como fundamento da pena, impregnada pelo discurso correcionalista, calcada nas ideias de *tratamento penitenciário, regeneração, correção, etc.*, a espelhar o ideal de ressocialização, de recuperação, de reeducação,

Brasil, é apenas mais um produto de um Congresso Nacional reacionário, que reforça os velhos ares da lei e da ordem, recrudescendo uma atuação já punitivista por padrão. Como sói acontecer, esse atuar despreza as evidências científicas e não se interessa pelos efeitos práticos (ainda que nefastos) das medidas que legisla. Hoje o Brasil ocupa a terceira posição em números absolutos no ranking de países que mais encarceram, com quase 840 mil presos, ou, a 16ª posição em números relativos, com 390 presos por 100 mil habitantes (CENTRO INTERNACIONAL PARA O ESTUDO DE PRISÕES (International Centre for Prison Studies – ICPS). World Prison Brief. Brazil. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/country/brazil>>. Acesso em: 10 de março de 2024.). Portanto, o cenário de hiperencarceramento é trágico e a reinstauração dos exames criminológicos como requisito de progressão haverá de aprofundar ainda mais esse drama, pela redução óbvia do número de progressões de regime que irá prover. De outra parte, é importante registrar que essa alteração normativa se trata de um marcado retrocesso. Mais cedo, após intensa crítica doutrinária que denunciava a dinâmica perversa dos laudos, com as suas exigências de assunção de culpa e de mostras de arrependimento – em um fluxo moral/religioso, pelo exame das estações do pecado, do castigo e da contrição –, propôs-se o fim dos exames criminológicos. Em seu lugar, em um marco de direito penal do fato, sugeriu-se vincular a progressão de regime à verificação de requisitos secularizados (isto é, circunscritos à análise objetiva de cumprimento da quantidade de pena exigida para alcance do direito e, no plano subjetivo, da presença de mérito, entendido como bom comportamento carcerário). Incrivelmente, a aludida crítica ecoou no Legislativo, que respondeu com a edição da Lei nº. 10.792/2003, que alterou o texto do art. 112 da LEP e, com isso, eliminou os exames para aferição, no plano subjetivo, do merecimento da progressão de regime. Entretanto, a despeito da clareza da redação dada ao dispositivo, o Poder Judiciário não admitiu a completa eliminação dos laudos e, em 2009, o próprio Supremo Tribunal Federal, na esteira de vários julgamentos seus, acabou por “legislar” uma Súmula Vinculante (de nº. 26) para assegurar a possibilidade da realização dos debatidos exames, desde que mediante ordem judicial fundamentada. Sendo assim, a nova mudança do mesmo artigo 112 da LEP, nos termos anunciados no início desta nota, demonstra o ciclo infernal vivido no Brasil: mesmo quando se pensa ter consolidado um avanço importante, regressa a pedra de Sísifo e todo o esforço se perde. Por toda a crítica referida aos laudos criminológicos, ver em Salo de CARVALHO. Práticas Inquisitivas na Execução Penal (Estudo do Vínculo do Juiz aos Laudos Criminológicos a partir da Jurisprudência Garantista do Tribunal de Justiça do RS) In: CARVALHO, Salo (Org.). Crítica à Execução Penal. Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, 145-174.

63 Eis o esquema prevalecente no exame criminológico na execução penal brasileira, que transcorre em uma entrevista de poucos minutos: (1ª) se o preso comparece bem aseado e composto; se se mostra colaborador, respondendo às perguntas dos entrevistadores; se confessa a prática do delito; se se arrepende; se recebe a visita de familiares, algo visto como um motivo externo para melhoria; se faz planos de futuro, a referir interesse por trabalho/estudo à saída do cárcere; então, está ressocializado, recuperado, melhorado, não está perigoso e, pois, deverá progredir; (2ª) ao reverso, se o preso comparece desalinhado ou sujo; se permanece em silêncio, ou mente, ou mede as palavras, deixando-se ver como não colaborador; se nega a prática do delito; se não se arrepende, a revelar inconformismo; se não recebe visitas; se mostra perplexidade a respeito do futuro e, enfim, da sobrevivência, livre, mediante trabalho regular; bem, neste caso ainda não está ressocializado, ou recuperado, ou melhorado, e, assim, permanece perigoso, porquanto não deverá progredir mas permanecer no “saúdavel espaço pedagógico” do cárcere até a mudança do quadro (leia-se, da sua personalidade). Ainda sobre a dinâmica dos exames (por meio de entrevistas relâmpago), conferir no documentário “O prisioneiro da grade de ferro”, filmado nos últimos meses antes da implosão do complexo prisional do Carandiru, em São Paulo, com a participação dos próprios presos (Paulo SACRAMENTO. O prisioneiro da grade de ferro. Auto-retratos. São Paulo: Califórnia Filmes, 2004).

de reinserção, de repersonalização, etc., bem alcunhadas por Zaffaroni de *ideologias re*.⁶⁴

Esse estado de coisas no Brasil nos remete àquelas indagações mais duras avançadas por Faria Costa: “[a]final, é o cidadão um mero objeto, um simples retetáculo da pena ou um mero apêndice funcional do seu exercício? É ele o *instrumentum* que, na distribuição encontrada para as penas, representa o escolhido para produzir efeitos de prevenção?”⁶⁵

As indagações fazem pensar, realmente, que hoje temos que responder de modo afirmativo no caso brasileiro, onde o preso é tomado como um incapaz, um inválido, um diminuído, vindo a pena a ocupar uma função pedagógica, aplicada no (suposto) interesse dele próprio, intitulado que estaria o Estado, com olhos na prevenção de delitos, a mudá-lo, a moldá-lo, a transformá-lo. A olhos vistos, como denuncia Faria Costa, “a lógica da prevenção ... não consegue escapar da objeção kantiana de instrumentalização”.⁶⁶

Outrossim, nesse esquema a confusão entre direito e moral é evidente, porque o preso não é mais que “um pecador a reeducar coativamente [por meio das] funções benéficas de arrependimento interior [da pena]”. Nesse contexto, interessa menos (ou não interessa) a realidade da execução penal (isto é, o dia a dia árido, as condições deficitárias vividas em quase todas as unidades prisionais no Brasil, os códigos de sobrevivência em um espaço dominado por facções, etc.), e mais (ou só) interessa a pessoa do réu, submetida a verdadeiro inquérito – inclusive judicial – de sua alma. É a concepção, assim, do “poder punitivo como ‘bem’ metajurídico – o estado pedagogo, tutor ou terapeuta – e simetricamente do delito como ‘mal’ moral ou ‘enfermidade’ natural ou social”. O problema, como critica Ferrajoli, é que essas abordagens “são as mais antiliberais e antigarantistas que historicamente tenham sido concebidas, e justificam modelos de direito penal máximo e tendencialmente ilimitado”.⁶⁷

Portanto, mantém-se no Brasil, ao ensejo do acesso à progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação, a exigência de aferição da ressocialização do apenado, inclusive por meio de exames criminológicos (no caso da progressão). A comprovar, enfatizamos, a ressocialização como imposição em nosso sistema de execução penal.

64 Eugenio Raúl ZAFFARONI; Nilo BATISTA; Alejandro ALAGIA; Alejandro SLOKAR. Direito Penal Brasileiro. Vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 126.

65 José de FARIA COSTA. Direito Penal, 383.

66 José de FARIA COSTA. Direito Penal, 377-378.

67 Luigi FERRAJOLI. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, 270.

Essa ressocialização, acreditamos, é incompatível com a Constituição e com os documentos internacionais de direitos humanos assinados pelo Brasil. Violam a autonomia moral e, assim, a dignidade da pessoa do preso.

Mas haveria, então, um sentido compatível?

Pensamos que há aqui um feliz ponto de encontro do que defendemos há tempos e a fundamentação neo-retributiva da pena de Faria Costa (que, já então, tomamos como lastro teórico).⁶⁸

Creemos que, bem olhados os marcos normativos pertinentes, isto é, (i) a ausência de tomada da posição na Carta Política brasileira em favor de alguma teoria de justificação da pena, (ii) conjugada com o quadro dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade que dela se pode extrair⁶⁹, (iii) mais os referenciais em direitos humanos convencionados nos documentos internacionais subscritos pelo Brasil, com destaque para as já referidas Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, as Regras de Mandela (nas quais, aliás, se percebe uma coesão eloquente das suas disposições que vetam o emprego de tratamentos coercitivos – *v.g.*, ao estabelecer que a educação e o trabalho são direitos, não deveres, que devem ser estimulados e não impingidos –, e se destaca a projeção do propósito, nos limites da decisão condenatória, de “criar nos presos a vontade de levar uma vida de acordo com a lei e autossuficiente após sua soltura e capacitá-los a isso, além de desenvolver seu senso de responsabilidade e autorrespeito”⁷⁰), a linha seguir é clara: ressocialização não é lavagem cerebral, e o preso tem – por muito óbvio – o direito de ter e de manter a sua personalidade. Ao lado disso, o Estado (ao qual o preso se encontra em estado de sujeição e, por isso, os agentes do Estado são garantidores desse preso), terá de envidar todos os esforços possíveis para iluminar um outro caminho para o apenado, longe do delito.

Nesse quadrante, pois, é que identificamos o aludido ponto de encontro com a neo-retribuição: no qual se compatibilizam e se reforçam mutuamente a visão da pena que se fundamenta e que se aplica, pelo princípio da retribuição, como expressão da responsabilidade e da igualdade (enquanto valores comunitários essenciais), e a visão da ressocialização tomada nos contornos acima, entendida como oferecimento pelo Estado de condições de mudança (igualmente segundo valores comunitários essenciais), de adesão facultativa e em estrito respeito à au-

68 Desenvolvimentos que podem ser encontrados em Rodrigo Moraes de OLIVEIRA. Juízo e Prisão. Ativismo judicial no Brasil e nos EUA. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, 245-269; e, em Rodrigo Moraes de OLIVEIRA. Existe um direito fundamental à ressocialização. In: Garantias Prenais. Estudos alusivos aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, 549-576.

69 Rodrigo Moraes de OLIVEIRA. Juízo e Prisão, 223-290.

70 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Regras de Mandela: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, 40.

tonomia moral do condenado, sem, portanto, ser reclamada para o inaceitável e impossível posto de fundamento jurídico da pena.⁷¹

4 Conclusões

Dessas reflexões resulta que a teoria neo-retributiva de base ontoantropológica, de Faria Costa, em ordem a desdobrar todos os frutos que proporciona, todos os promotores dos valores fundamentais albergados na Constituição Federal do Brasil e, também, daqueles constantes nos documentos internacionais de direitos humanos subscritos pelo país, merece ser recepcionada como poderosa ferramenta no arsenal argumentativo à disposição do jurista brasileiro, em ordem a combater o punitivismo insano e inconsequente dos últimos muitos anos, de modo a resgatar a racionalidade perdida nos espaços da produção legislativa, da sentença criminal, da medição da pena e da execução penal, em todas as suas estruturas.

Em lugar de impossíveis sincretismos, como o que aparentemente se tentou consagrar na medida da pena e na execução penal no Brasil⁷², fazemos aqui a opção pragmática e operativa de buscar os avanços possíveis por meio de uma nova teoria. Aliás, reconhecer que uma vertente teórica não mais atende (ou que nunca atendeu) aquilo que se propôs a solucionar, mesmo que fosse o caso de outrora se ter concordado com tal opção, não é deslustrado algum. A mudança ao dar-se conta daquilo que já não se sustenta, como ensina Faria Costa, é mais que um ato de lucidez. É “[u]m dever para todos os que se preocupam com as coisas do espírito e mostram a coragem de dizer coisas diferentes, mesmo que essas sejam contra a maioria”.⁷³

Assim, a partir de uma teoria da pena que respeita a dignidade da pessoa humana, acreditamos, em suma, que o trilhar o caminho rumo a novos horizontes de vida, longe do delito, deve, sempre, se colocar como uma faculdade para o preso. Já o Estado tem a obrigação de oferecer as condições, os meios, para que a caminhada possa desenvolver-se. Cremos que o ser humano pode, sempre, se reinventar, de modo que, em nosso sistema constitucional, o Estado não pode obrigar, quem quer que seja, à mudança, qualquer que seja ela, mas tem o dever

71 É justo lembrar a sintonia do que ora se proclama com a advertência já citada de Faria Costa: “o Estado não pode, sob pena de insanável contradição, assumir uma realidade como um bem e, do mesmo passo, nada fazer para que ela se concretize. E como se faz essa concretização? Dando ao condenado todas as condições para que ele, em seu juízo de homem livre e autônomo, possa reencontrar o mínimo de socialização.” (José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 232-233. José de FARIA COSTA. Direito Penal, 385).

72 Postura assim definida, sem meias medidas, por Faria Costa: “[e]stas fragilidades não são de modo algum sanáveis pelas teorizações que procuram fundir ou misturar a prevenção e a retribuição em um registro unitário ou misto. Ao buscar conciliar pontos de vista simplesmente inconciliáveis, essa via de compromisso não tem forças para ir além de uma mera tentativa de quadratura do círculo.” (José de FARIA COSTA. Direito Penal, 378).

73 José de FARIA COSTA. Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 209.

de proporcionar os caminhos para que ela possa ocorrer no sentido dos valores comunitários e democráticos com os quais estamos todos comprometidos.

Referências bibliográficas

- ANCEL, Marc. *A Nova Defesa Social*. Um movimento de política criminal humanista. Trad. Osvaldo Melo. São Paulo: Forense, 1979.
- BRASIL. Código Penal. Lei n. 7.209. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 de jul. de 1984.
- BRASIL. Lei de Execução Penal. Lei n. 7.210. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 de jul. de 1984.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003
- CARVALHO, Salo de. *Práticas Inquisitivas na Execução Penal* (Estudo do Vínculo do Juiz aos Laudos Criminológicos a partir da Jurisprudência Garantista do Tribunal de Justiça do RS) In: CARVALHO, Salo (Org.). *Crítica à Execução Penal*. Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CENTRO INTERNACIONAL PARA O ESTUDO DE PRISÕES (International Centre for Prison Studies - ICPS). World Prison Brief. Brazil. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/country/brazil>>. Acesso em: 10 de março de 2024.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Regras de Mandela*: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Coordenação Luis Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016.
- D'AVILA, Fabio Roberto. O Inimigo no Direito Penal Contemporâneo. Algumas reflexões sobre o Contributo Crítico de um Direito Penal de Base Onto-Antropológica *In Sistema Penal e Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- FARIA COSTA, José de. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017.
- FARIA COSTA, José de. *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*. Alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- FARIA COSTA, José de. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. Fragmenta iuris poenalis. 2ª ed., reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Teoría del garantismo penal. 2ª. ed. Valladolid: Trotta, 1997.
- LISZT, Franz Von. *La Idea de Fin en el Derecho Penal*. [O Programa de Marburgo (1882)]. Estudo preliminar de Luis Jimenez de Asúa. Prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Valparaíso: Edeval, 1994.
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. *Existe um direito fundamental à ressocialização*. In: *Garantias Prenais*. Estudos alusivos aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019.
- OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. *Fatores Subjetivos na Medição da Pena*. Uma abordagem crítica. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul para obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais. Porto Alegre, 1999.
- OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. *Juízo e Prisão*. Ativismo judicial no Brasil e nos EUA. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.
- SACRAMENTO, Paulo. *O prisioneiro da grade de ferro*. Auto-retratos. São Paulo: Califórnia Filmes, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

RESPONSABILIDADE PENAL: UMA CONTRAPOSIÇÃO ENTRE O SENTIDO DAS AÇÕES DE PESSOAS COLETIVAS E A PRODUÇÃO DE RESULTADOS POR ARTIFICIAL INTELLIGENCE

CRIMINAL LIABILITY: CONTRAPOSITION BETWEEN THE MEANING OF LEGAL ENTITIES ACTIONS AND THE RESULTS PRODUCED BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE

PAULO CÉSAR BUSATO¹

RESUMO: O artigo traz à tona o debate recente sobre em que medida o avanço do Direito penal no campo dos resultados produzidos por inteligência artificial se relaciona com as dificuldades com que se deparou o sistema de imputação criminal para estabelecer a responsabilidade penal de pessoas jurídicas. A abordagem é crítica, no sentido de estabelecer as marcantes diferenças entre os dois campos de estudos, assinalando razões concretas para afastar a possibilidade de paralelismos entre tais paradigmas.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência artificial – personalidade jurídica – responsabilidade penal.

ABSTRACT: The article brings to light the recent debate about the extent to which the advancement of criminal law in the field of results produced by artificial intelligence is related to the difficulties faced by the criminal liability's system in establishing the criminal liability of legal entities. The approach is critical, that meaning establish the striking differences between the two fields of research, pointing concrete reasons to rule out the possibility of establish similarities between such paradigms.

KEYWORDS: Artificial intelligence – legal personality – criminal liability.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Delimitação do problema; 3 Da insuficiência dos argumentos esgrimidos; 4 Uma nova era *vs.* um museu de novidades; 5 Nascimento controlado *vs.* nascimento descontrolado; 6 Existência convencional *vs.* existência física e as consequências para a linguagem jurídica; 7 Capacidade de expressar uma ação: razões *vs.* causalidade; 8 Considerações finais. Referências bibliográficas.

1 Introdução

O surgimento de um horizonte de relação entre a produção de resultados socialmente desvaliosos e a intervenção de estruturas de inteligência artificial tem

¹ Doutor em Problemas Atuais do Direito Penal pela Universidade Pablo de Olavide, Espanha. Professor associado da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7294-0793>

impelido vários campos do direito para novos desafios regulatórios, com destaque para o Direito penal.

Por força disso, a doutrina tem debatido sobre a quem imputar os resultados penalmente desvaliosos que envolvem a intervenção dessa classe de tecnologia.

Entre os muitos caminhos empreendidos para o debate, aparece o de pretender o reconhecimento de uma personalidade jurídica para a própria inteligência artificial, a partir de uma pretendida equiparação entre os casos que envolvem inteligência artificial² e aqueles que se relacionam com pessoas jurídicas.

Levanta-se como justificativa de tal equiparação, o traço comum de artificialidade e de pressão sobre as estruturas clássicas do sistema de imputação que seriam proporcionados por ambos os campos de estudo.

No presente texto, sustenta-se que tal aproximação é indevida e forçada, tanto pela imprestabilidade dos argumentos especulativos que supostamente aproximariam os dois temas, quanto pela existência de marcantes diferenças entre eles.

Mais especificamente, sustenta-se que tanto o critério de novidade, quanto as fontes de desenvolvimento, as relações com o direito e com a forma de linguagem professada, longe de autorizar qualquer similitude, estabelecem importantes pontos de reflexão exatamente para o fim contrário, qual seja, o de separar completamente ambos os campos de debate.

Em resumidas contas, o que se propõe no texto é explorar as principais razões pelas quais o necessário desenvolvimento do debate sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica³ não deve trilhar o mesmo caminho do debate sobre a responsabilidade por resultados penalmente desvaliosos produzidos mediante intervenção de inteligência artificial.

2 Delimitação do problema

Os recentes avanços na área de I.A. não apenas comandam uma revolução social reconhecida⁴, mas igualmente tendem a afetar o cotidiano das pessoas produzindo toda a sorte de resultados, que vão desde conduzir um trem ou um *drone* até realizar uma cirurgia⁵.

2 Doravante, no texto, referida como I.A. ou, no plural, I.A.s.

3 Doravante, no texto, referida como RPPJ ou, no plural, RPPJs.

4 A chamada 4ª Revolução Industrial referida por SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Trad. de Daniel Moreira Miranda, São Paulo: Edipro, 2016, pássim, especialmente p. 115.

5 Veja-se exemplos em LEMOS, Miguel e COSTA, Miguel João. "Inteligência artificial e direito da guerra: reflexões sobre as armas autônomas mortíferas", in A Inteligência Artificial no Direito penal. Vol. II. [Coord. - Anabela Miranda Rodrigues], Coimbra: Almedina, 2022, pp. 91 e ss.; JANUÁRIO, Túlio Xavier. "Inteligência artificial e direito penal da medicina", in A Inteligência Artificial no Direito penal. Vol. II. [Coord. - Anabela

Ainda que, de modo geral, as buscas científicas tenham por foco uma melhoria na vida das pessoas, não são irrelevantes os riscos e as efetivas produções de resultados desvaliosos⁶, alguns deles alcançando a esfera de interesses própria do Direito penal⁷.

Nesse contexto, o debruçar-se sobre a tarefa de organizar a distribuição de responsabilidade penal no plano dos resultados penalmente relevantes produzidos com a intervenção de inteligência artificial, esbarra com problemas, especialmente no campo que envolve o *machine learning* e o *deep learning*⁸, já que são estes os capazes de transpor, na realização de tarefas e produção de resultados, o campo estrito de sua pré-programação⁹, realizando planejamentos e apresentando resoluções de problemas sem que tenham sido programados para tanto¹⁰.

A produção de danos ou perigos a interesses protegidos pelo direito tem levado a que se denomine tais casos de Hard AI Crimes¹¹, a partir do entendimento de que o ingresso de dados capturados pela máquina e sua transformação pela

Miranda Rodrigues], Coimbra: Almedina, 2022, pp. 91 e ss.; LACERDA, Bruno Torquato Zampier. "A Função do Direito frente à inteligência artificial", in Direito digital e inteligência artificial. Diálogos entre Brasil e Europa. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 87 e QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "La robótica ante el Derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas", in Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad, 2017 [www.ejc.reeps.com] Acessado em 23 de dezembro de 2023, pp. 2-3.

- 6 Veja-se exemplos em BECK, Ulrich. Sociedade do risco. Trad. de Sebastião Nascimento, São Paulo: Editora 34, 2011, pp. 39-41.
- 7 São frequentes as notícias de lesões decorrentes de intervenções de robôs em cirurgias (Cf. SULLIVAN, Hannah R. y SCHWEIKART, Scott J.. "Are Current Tort Liability Doctrines Adequate for Addressing Injury Caused by AI?" AMA Journal of Ethics, Volume 21, Number 2, February 2019, p. 162), em processos industriais (Cf. HALLEVY, Gabriel, "The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities - From Science Fiction to Legal Social Control", in Akron Intellectual Property Journal Vol. 4, Issue 2 pp. 171-201, Akron: University of Akron, 2010, pp. 171-172), em veículos autoconduzidos (Cf. White, Trevor N. y Baum, Seth D.. Liability for present and future robotics technology", in Robot Ethics 2.0. From Autonomous Cars to Artificial Intelligence. [Patrick Lin, Ryan Jenkins y Keith Abney - Ed.], New York: Oxford University Press, 2020, pp. 66 e ss; SÓUSA, Susana Aires de. "Não fui eu, foi a máquina: Teoria do Crime, Responsabilidade e Inteligência Artificial", in A inteligência artificial no Direito penal. [coord. - Anabela Miranda Rodrigues], Coimbra: Almedina, 2020, p. 60 e JANUÁRIO, Túlio Xavier. "Veículos autônomos e imputação de responsabilidade por acidentes" em Inteligência Artificial no Direito Penal. Lisboa: Almedina, 2020, p. 97 e nota p. 97, nota 6). Isso sem referir às armas autônomas letais acionadas por drones (GLEß, Sabine; WEIGEND, Thomas, "Intelligent Agenten und das Strafrecht". in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, v. 126, nº 3, Berlin: De Gruyter, 2014, p. 562), cuja ação deletéria é completamente deliberada.
- 8 Sobre o mecanismo de operação do deep learning, contendo uma minuciosa descrição da forma de aprendizagem das máquinas, veja-se um resumo em CRESPO, Marcelo. "Inteligência Artificial, machine learning e deep learning: relações com o Direito penal", in Direito digital e inteligência artificial. Diálogos entre Brasil e Europa. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 87 e mais detidamente, ZOHURI, Bahman e ZADEH, Siamak. Artificial Intelligence Driven By Machine Learning And Deep Learning. New York: Nova Science Publishers, 2020.
- 9 Cf. ULBRICHT, Lena e YEUNG, Karen. "Algorithmic regulation: A maturing concept for investigating regulation of and through algorithms", in Regulation & Governance, vol. 16, Jan. de 2021, Melbourne: John Wiley & Sons, 2021, p. 3.
- 10 Veja-se, a respeito KAPLAN, Andreas; HAENLEIN, Michael "Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence", Business Horizons, v. 62, nfi 1, jan./fev. 2019 e MILAGRES, Marcelo de Oliveira. "Drones e suas implicações jurídicas: algumas reflexões", in Direito digital e inteligência artificial. Diálogos entre Brasil e Europa. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 937.
- 11 Cf. ABBOTT, Ryan Benjamin e SARCH, Alex F.. "Punishing artificial intelligence: legal fiction or science fiction", in Davis Law Review, Vol. 53 - Feb. 2019, pp. 323-338, Davis: University of Califórnia, 2019, p. 38.

conexão com sua própria programação original, a ponto de gerar outra, leve a que o resultado produzido seja considerado, em certo sentido, como seu [vale dizer, da máquina]¹².

Em um primeiro momento, as dificuldades de detecção e antecipação dos problemas que podem ser gerados pelo aprendizado das máquinas conduz ao que se tem denominado na literatura de *black box problem*¹³, derivado das características de imprevisibilidade, incontrollabilidade e distributividade dos sistemas algorítmicos¹⁴, associando-o a um suposto vazio de responsabilidade pelos danos causados, um verdadeiro *gap* de responsabilidade¹⁵, quando não, ao reconhecimento de uma suposta capacidade para a prática de atos jurídicos¹⁶, ou seja, uma personalidade jurídica¹⁷.

Na precisa observação de Susana Aires de Sousa, “Legitima-se então a pergunta: a capacidade de escolha dos sistemas de I.A. é expressão de uma autêntica autonomia ou antes de uma imprevisibilidade na opção tomada?”¹⁸.

Não parecem corretas, de entrada, as expressões *black box problem* ou *responsibility gap*, porque, ainda que seja humanamente impossível seguir a cadeia causal de conjunção entre dados e algoritmos, é certo que não se trata de algo completamente oculto à verificação *a posteriori*. A própria inteligência artificial pode, uma vez instada a tanto (aplicada a si mesma), explicar retroativa e causalmente como chegou à produção do resultado, mencionando sequencialmente cada dado por ela coletado ao ambiente e a conjunção que este dado estabeleceu com o algoritmo pré-existente, que causou a formulação do novo algoritmo e assim sucessivamente

12 SOUSA, Susana Aires de. “Não fui eu, foi a máquina...cit., p. 42.

13 Veja-se, sobre o tema, SAMEK, Wojciech; WEIGAND, Thomas e MÜLLER, Klaus-Robert. “Explainable Artificial Intelligence: Understanding, Visualizing And Interpreting Deep Learning Models”, Cornell University, 28 de agosto de 2017. [https://doi.org/10.48550/arXiv.1708.08296]. Acessado em 29 de setembro de 2023.

14 Para detalhes sobre o chamado *black box problem* veja-se FRAZÃO, Ana e GOTTENAUER, Carlos. “Black box e o Direito face à opacidade algorítmica” in Direito digital e inteligência artificial. Diálogos entre Brasil e Europa. Indaiatuba: Foco, 2021, pp. 32-38.

15 Veja-se, a respeito, GLEß, Sabine; SILVERMAN, Emile e WEIGEND, Thomas. “If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability”, in *New Criminal Law Review*, Vol. 19, nº 3, Oakland: University of California Press, 2016, p. 432; ABBOTT, Ryan Benjamin e SARCH, Alex F.. “Punishing...cit., p. 369 e SOUSA, Susana Aires de. “Não fui eu, foi a máquina...cit., p. 43.

16 FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. “A evolução da inteligência artificial em breve retrospectiva”, in Direito digital e inteligência artificial. Diálogos entre Brasil e Europa. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 17.

17 Defendendo tal ponto de vista SOLUM, Lawrence B. “Legal Personhood for Artificial Intelligences”, in *North Carolina Law Review*, v. 70, nº 4, 1992, pp. 1231-1237; White, Trevor N. y Baum, Seth D.. *Liability for present and future...cit.*, pp. 70-72 e KERR, Ian. “Spirits in the material world: intelligent agents as intermediaries in electronic commerce”, in *Dalhousie Law Journal*, v. 22, 1999, p. 199. . Um panorâmico desenvolvimento de uma nova compreensão jurídica da personalidade aparece em KURKI, Visa A. J.. *A Theory of Legal Personhood*, Oxford: Oxford University Press, 2019.

18 SOUSA, Susana Aires de. “Não fui eu, foi a máquina...cit., p. 80.

até alcançar o ponto de partida, estabelecendo a plena correlação com o que pauteou o *output* gerador do resultado¹⁹.

O que não existe, de fato, é a possibilidade de antecipar as variáveis possíveis acerca dos novos algoritmos, dada a imprevisibilidade do *input* de dados futuros. Isto inviabiliza apreciar *a priori* e prevenir, evitando, a produção de resultados desvaliosos pela *machine learning*, mas não impede, de modo algum, dar a conhecer a cadeia causal retroativa desta produção.

Portanto, não se trata de um mistério ou um *gap* de conhecimento, mas sim de uma inviabilidade de previsão e de controle prévio de resultados.

Diante deste quadro, alguns estudiosos²⁰ vêm defendendo a distensão do alcance da responsabilidade penal – com maiores ou menores matizes – aos próprios entes cibernéticos, com as justificativas das mais variadas, algumas das quais encontram ressonância em perspectivas funcionalistas sistêmicas²¹, a partir da ideia de que na própria inteligência artificial “possam confluir todos os elementos objetivos e subjetivos que suportam a imputação penal enquanto sistema social dirigido à estabilização das expectativas comunitárias”²². Entre os múltiplos argumentos lançados para sustentar tal distensão, um chama particularmente a atenção: o alinhamento comparativo da criação de uma responsabilidade jurídica para uma pessoa cibernética, com a tentacularização da responsabilidade penal para o campo dos entes coletivos ou pessoas jurídicas, a partir da ideia de que ambos seriam entidades abstratas às quais competiria impor responsabilidade penal. Além do que, estariam presentes, no caso, dificuldades dogmáticas similares às enfrentadas pelo Direito penal no ajuste no sistema de imputação para o estabelecimento da RPPJs, especialmente nos quesitos ação e culpabilidade²³.

19 Sobre a operação da conjunção entre dados e algoritmo no machine learning, veja-se, em detalhes, RICHARDS, Neil e SMART, William. “How Should the law think about robots?”, in Robot Law [Ryan Calo, Michael Froomkin e Ian Kerr – eds.], Cheltenham: Edward Elgar, 2016, p. xi e CHARNIAK, Eugene. Introduction to Deep Learning. Cambridge: The MIT Press, 2015, pp. 1-16.

20 Veja-se, por exemplo, HALLEVY, Gabriel, “The Criminal Liability...cit., pp. 171 e ss.; HALLEVY, Gabriel. When Robots Kill: artificial intelligence under criminal law. Lebanon, NE: Northeastern University Press, 2013, 84 e ss.; HALLEVY, Gabriel. “The Basic Models of Criminal Liability of AI Systems and Outer Circles”, 2019, [https://ssrn.com/abstract=3402527]. Acessado em 13 de dezembro de 2023, pp. 8 e ss.

21 O discurso sobre quebra ou preservação de expectativas normativas encontra seu modelo melhor acabado na leitura parcial que Jakobs fez do trabalho de Luhmann para sustentar o seu Tratado de Direito penal. Confira-se em JAKOBS, Günther. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2a ed., Berlin: De Gruyter, 2011.

22 Assim apresenta o problema BARBOSA, Mafalda Miranda. “Nas fronteiras de um admirável mundo novo? O problema da personificação de entes dotados de Inteligência Artificial”, in Direito digital e inteligência artificial. Diálogos entre Brasil e Europa. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 97. Argumento similar, no sentido da equivalência das expectativas cognitivas e normativas das I.A.s e das pessoas humanas é desenvolvido em SIMMLER, Monika e MARKWADER, Nora. “Guilty robots - Rethinking the nature of culpability and legal personhood in an artificial intelligence”, in Criminal Law Forum, Springer Nature B.V., pp. 1- 31, 2018, [https://doi.org/10.1007/s10609-018-9360-0] Acessado em 23 de dezembro de 2023, especialmente pp. 17 e ss.

23 Cf. HALLEVY, Gabriel, “The Criminal Liability...cit. Também sobre esta relação veja-se, ABBOTT, Ryan Benjamin e SARCH, Alex F.. “Punishing artificial intelligence: legal fiction or science fiction”, in Davis Law

Hallevy²⁴, particularmente, desenvolve largo argumento nesse sentido ao afirmar que parte do medo que as pessoas sentem da inteligência artificial deriva precisamente de que ela não está submetida à lei, especialmente à lei penal e comparou tal situação ao medo que as pessoas sentiram, inicialmente, do poder das pessoas jurídicas de cometerem um variado espectro de delitos, medo este que teria arrefecido na exata medida em que as viram submetidas ao controle jurídico da legislação penal e corporativa.

A partir dessa consideração político criminal²⁵, se esforça por demonstrar que as I.A. têm capacidade de produzir tanto o *actus reus* quanto a *mens rea* e defende sejam elas passíveis de responsabilização através de um modelo que combine três fórmulas de responsabilidade: para alguns casos, um modelo de responsabilidade por atuação através de terceiro (*Perpetration-via-another model*); para outros, um modelo de responsabilidade por consequências naturalmente prováveis (*natural-probable-consequence liability*) e um modelo de responsabilidade direta (*Direct liability model*)²⁶.

Adotando bases ontológicas que, desde um ponto de vista do direito continental estariam completamente superadas, o autor afirma que o requisito do *actus reus* estaria preenchido pelo movimento de uma peça, um braço hidráulico ou elétrico, caracterizando a ação, enquanto que a forma omissiva encontraria ainda mais facilidade de reconhecimento, na medida em que bastaria a presença de um dever de atuação descumprido que recaísse sobre a I.A.²⁷.

No que refere à *mens rea*, por outro lado descarta outras exigências para a sua conformação, além das próprias da teoria do delito²⁸, quais sejam *knowledge*, *intent* ou *negligence*, todas, a seu sentir, passíveis de identificação em I.As..

Na opinião de Hallevy²⁹, tanto o conhecimento (*knowledge*), entendido como recepção sensorial dos dados factuais, compreensão e processamento de tais dados, seria passível de captação pelos sensores de vozes, sons, contatos tácteis, etc. das I.As. quanto a intenção (*intent*), entendida como o direcionamento a um propósito ou meta, seria passível de programação em uma I.A.. Ademais, a seu sentir, assim como na delimitação da inimputabilidade de menores ou portadores de enfermidades mentais, o ponto de delimitação da responsabilidade consiste na

Review, Vol. 53 – Feb. 2019, pp. 323-338, Davis: University of Califórnia, 2019, 2019, p. 347 e GLEß, Sabine; WEIGEND, Thomas, “Inteligente Agenten...cit., p. 570.

24 HALLEVY, Gabriel, “The Criminal Liability...cit., pp. 174 e ss..

25 Idem, pp. 177 e ss.

26 Idem, pp. 193-194.

27 Cf. Idem, p. 187.

28 Cf. Idem, p. 187.

29 Idem, pp. 187-189.

capacidade de tais pessoas discernirem o certo do errado, o que é perfeitamente detectável na cadeia de algoritmos³⁰.

Restariam excluídos do alcance da *mens rea*, na opinião do autor³¹, apenas os tipos penais que requeressem certos atributos subjetivos específicos inalcançáveis pelas I.As., tais como delitos de ódio, racismo, etc.. Hallevy chega mesmo a afirmar que as I.As. são capazes de conduzir-se segundo justificações e exculpações (defesas próprias do sistema do *common law*), chegando a traçar até mesmo um paralelo entre a embriaguez (*intoxication*) com a infecção por vírus³², o que bem faz denotar o quanto é forçado tal paralelismo.

Hallevy³³ termina sua ode a favor da responsabilização penal das I.As. retomando o paralelismo para com a RPPJ, ao afirmar que em ambas as situações nos deparamos com as dificuldades relacionadas à pena, dada inviabilidade da imposição do encarceramento, que seria a pena principal e, se com relação às corporações isso foi resolvido superando um preconceito antropocêntrico e metafísico, o mesmo poderia ser realizado quanto às I.As..

E o argumento no sentido da pretensão de equivalência entre o avanço no sentido da responsabilidade penal dos entes coletivos e das I.As. não se restringiu ao ambiente do *common law*, já que autores como Sabine Gleß e Thomas Weigend apontaram, desde um ponto de vista dogmático, questões duvidosas alinhadas também às discussões sobre RPPJ, tais como os problemas da capacidade de conduta e da culpabilidade das I.A.³⁴ e Quintero Olivares³⁵ apontou também para uma suposta “comparação entre ficções” das vontades dos dois entes.

A busca de um argumento de autoridade baseado nesta suposta semelhança apoia-se, porém, em premissas absolutamente falsas.

Tanto é assim, que não tardou uma reação crítica a esse tipo de comparação. Susana Aires de Sousa, por exemplo, afirmou que a similitude destas duas situações diz respeito unicamente à “aparência de o resultado desvalioso ter lugar por via de um sistema organizado, para-humano”³⁶ e que tal aparência deve ceder frente a uma diferença substancial, explicada nos seguintes termos:

Embora dotada de uma personalidade jurídica própria, a pessoa coletiva tem uma matriz humana nas decisões por si assumidas na prossecução da sua ativi-

30 Idem, pp. 189-191.

31 Cf. Idem, p. 189.

32 Cf. Idem, p. 192.

33 Idem, pp. 194 e ss.

34 GLEß, Sabine; WEIGEND, Thomas, “Intelligente Agenten...cit., p. 570. Também em GLEß, Sabine; SILVERMAN, Emile e WEIGEND, Thomas. “If robots cause harm...cit., pp. 412 e ss.

35 Cf. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “La robótica...cit., p. 9.

36 SOUSA, Susana Aires de. “Não fui eu, foi a máquina...cit., p. 78.

dade; atividade que, sendo contrária ao direito, a pode fazer responder. Neste sentido em causa está uma organização sujeita a controlo humano. Ora, o que fundamenta a proposta de responsabilizar o sistema de inteligência artificial é justamente a sua autonomia (a ausência de controlo humano) nas “decisões” tomadas pelo sistema. Falha assim a equiparação pretendida: na base da atuação da pessoa coletiva estão sempre pessoas físicas, derivando a sua personalidade jurídica de um fundamento humano³⁷.

De modo um tanto diverso, mas igualmente pautado pela relação de fundo com seres humanos, Cappellini³⁸ criticou diretamente a tentativa de Hallevy de aproximar a questão da RPPJ com a responsabilidade penal das I.As.. Adjetivando o argumento de insidioso, sustentou que a RPPJ se funda no reconhecimento de certa “realidade” da pessoa jurídica no mundo social, que não se traslada ao mundo material, físico, enquanto que a I.A. possui sim expressão material no mundo fenomênico, e isso faria com que houvesse uma cisão entre o homem e a máquina, de modo que, caso a máquina sofresse uma sanção penal, esta não alcançasse, senão apenas remotamente, o homem que a colocou em atividade, aflição esta que, no caso das corporações, alcançaria diretamente as pessoas físicas detentoras dos direitos sobre aquelas.

O presente trabalho, propõe-se, por um lado, a desalinhar-se dos argumentos críticos descritos para a comparação entre as hipóteses de responsabilidade penal de entes coletivos frente à responsabilidade penal de inteligências artificiais, para, em contrapartida, sustentar a mesma posição crítica a partir de um elenco de novos pontos de vista que tem por essência abandonar a perspectiva ontológica em que a mencionada crítica se ancora.

Ou seja, não se partirá de considerar o clássico modelo pautado por Savigny de considerar uma pessoa jurídica mera ficção que oculta a realidade de pessoas físicas, mas sim de considerar exclusivamente o ponto de vista jurídico, o direito como ponto de inflexão das relações sociais, que se pautam em linguagem humana.

3 Da insuficiência dos argumentos esgrimidos

O argumento de que a pessoa coletiva tem uma matriz humana nas decisões que assume e na realização de suas atividades, supõe admitir, consequencialmente, uma fórmula de responsabilidade por derivação onde a responsabilidade das pessoas coletivas deriva de condutas perpetradas por pessoas físicas. Neste caso,

37 Idem, p. 78.

38 CAPPELLINI, Alberto. “Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale”, *Criminalia - Annuario di scienze penalistiche*, in *disCrimen* desde 27.3.2019. [<https://discrimen.it/machina-delinquere-non-potest-brevi-appunti-su-intelligenza-artificiale-e-responsabilita-penale/>]. Acessado em 03 de janeiro de 2024, pp. 17-18.

se deveria admitir uma grave violação do princípio de culpabilidade, o que não parece ser o melhor caminho.

Se tratamos de optar por um autêntico modelo de autorresponsabilidade – que é sim, perfeitamente possível³⁹ –, o argumento que localiza na RPPJ, uma matriz humana que pauta sua decisão e atividade não pode prosperar.

A complementação do argumento, no sentido de que o controle humano da pessoa jurídica se contrapõe à sua falta na inteligência artificial é igualmente vazia, na medida em que já demonstrado que a vontade de uma pessoa jurídica pode essencialmente, desviar-se da vontade de todos os seus sócios ou controladores e ser guia de uma conduta criminosa⁴⁰, já que opera como resultante e não somatória das vontades destes.

A finalização do argumento, no sentido de que *na base da atuação da pessoa coletiva estão sempre pessoas físicas, derivando sua personalidade jurídica de um fundamento humano* resvala para um completo vazio, especialmente quando o fundamento da personalidade jurídica não é constituído de modo empírico, mas linguístico, já que o conceito de personalidade jurídica é composto convencionalmente e não com base empírica.

O ponto de vista desenvolvido por Cappellini, no sentido de que o direcionamento de uma sanção penal a uma corporação atingiria as pessoas humanas que se encontram ocultas por trás dela, enquanto que a existência material das I.As., especialmente as dotadas de *machine learning* estabeleceria uma ruptura com os seres humanos, de modo que a sanção penalmente imposta não teria o condão de afetá-los, parte igualmente de uma premissa criticável: a de que a pena tem caráter retributivo e que, para ser válida, a sanção penal deve afligir o seu destinatário.

Na realidade, o escopo principal do direito penal deve corresponder ao fundamento da pena e este deve ser o da realização do controle social dos comportamentos socialmente intoleráveis⁴¹. O direito não é mais do que um conjunto de regras convencionais que viabiliza a convivência social. Sendo assim, é forçoso reconhecer que nem todas as atividades socialmente intoleráveis tem por artífice pessoas físicas e nem a elas somente deve dirigir-se o propósito de controle.

39 Veja-se descrição pormenorizada em BUSATO, Paulo César. Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 89 e ss.

40 Veja-se o exemplo em Idem, pp. 99-102.

41 O argumento sobre este fundamento ser coincidente entre a função do Direito penal e a função da pena aparece desenvolvido em BUSATO, Paulo César. Direito penal. Parte Geral. 6a ed., São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 563 e ss..

Por outro lado, se tal controle se produz através de regras linguisticamente compartilhadas, este é o ponto chave sobre o qual devemos nos debruçar para identificar concretamente o seu alcance.

Não obstante a avaliação da debilidade da dissociação entre RPPJ e RPAI segundo os argumentos propostos, há, em contrapartida, uma correção nas conclusões que se pode alcançar através da estipulação de outro elenco de diferenças que se passa a esgrimir.

4 Uma nova era *vs.* um museu de novidades

Primeiramente, ao contrário do caso da revolução cibernética, a RPPJ não é um assunto novo no campo jurídico-penal.

Embora apareça às vezes citada como novidade⁴², como uma criação anglo-saxã recentemente difundida no direito continental tal afirmação é completamente falsa e tratada por Marinucci⁴³ como uma “difundida ignorância erudita”. Na verdade a responsabilidade dos entes coletivos (*universitates*) existe há séculos no direito do *common law*⁴⁴ e, ademais, existiu no direito da Europa continental durante os sete séculos precedentes ao século XIX, quando foi abruptamente abandonada.

Ao contrário do modelo da vida pública romana, que tinha a centralidade de posta nos indivíduos e não no coletivo⁴⁵, a organização da Europa continental medieval deu livre curso à ideia de pertencimento. Mais do que qualquer coisa o que identificava - inclusive nominalmente - as pessoas, era o seu pertencimento a um lugar, a um grupo ou a um grêmio. Na verdade, a própria sobrevivência dos

42 Veja-se, por exemplo, a opinião de DOTTI, René Ariel. “A incapacidade criminal da pessoa jurídica”, in Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. [Coord. - Luís Régis Prado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 144.

43 MARINUCCI, Giorgio. „La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático” in Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig, vol. 1. Madrid: Edisofer, 2008, pp. 1173 y ss.. El argumento de Marinucci es repetido por ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. „Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American Way”, in Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal. [Santiago Mir Puig; Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín], Buenos Aires-Montevideo-Madrid: Edisofer-BdeF, 2014, p. 36.

44 Apontando para a construção ancestral da RPPJ nos países do common law SANCTIS, Fausto Martín de. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 51; DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo. „La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio desde la perspectiva de la Política Criminal a partir de la modificación del Código penal español”, in Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica. [Carlos María Romeo Casabona y Fátima Flores Mendoza - eds.], Granada: Comares, 2012, pp. 418-419; GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español. Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 15, nota 1 e URRUELA MORA, Asier. „La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de lege lata”, in Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica. [Carlos María Romeo Casabona y Fátima Flores Mendoza - eds.], Granada: Comares, 2012, p. 467.

45 Cf. MOMMSEN, Theodor. Derecho penal Romano. 2a ed., Bogotá: Temis, 1999, p. 52.

indivíduos dependia de seu pertencimento a algo maior⁴⁶. Deu-se livre curso às organizações coletivas, desde os feudos, as casas monásticas, as agremiações de atividades artesanais e comerciais⁴⁷. A época medieval foi “a idade de ouro das comunidades”⁴⁸.

Juridicamente, este modo de vida, fez com que o direito medieval se estruturasse sobre “duas bases igualmente coletivas: o direito canônico e os usos e costumes dos bárbaros invasores”⁴⁹, como bem exemplifica a *Sippe* germânica, onde a pena se traduz em uma vingança de sangue imposta, frequentemente a qualquer dos membros da família ou clã de procedência do autor da ofensa⁵⁰.

No plano do direito bárbaro há precedentes ainda nos foros espanhóis com responsabilidades penais de cidades em casos de penas pecuniárias impostas a autor insolvente ou desconhecido⁵¹. Tomás y Valiente⁵² aponta uma coleção de casos nos quais o Direito penal Ibérico impôs RPPJ durante el período dos Reis Católicos.

Entre os povos germânicos e na França a condenação penal de populações insurgentes, impondo penas pecuniárias a cidades e vilas⁵³. De fato “nos direitos escandinavo, franco, anglo-saxão e alemão considerava-se sujeito da infração penal a família, o clã, a guilda e a obrigação de ser castigado era solidária para com os agentes dos delitos coletivos”⁵⁴.

Na orientação do Direito canônico, quando o fato tivesse sido deliberado e executado de forma corporativa, segundo as regras dos estatutos (*pulsata campana et congregato consilio*), realizar-se-ia a vontade corporativa, desaparecendo completamente os indivíduos⁵⁵. E desta forma se admitia a responsabilidade penal das

46 Sobre o tema BLOCH, Marc. A Sociedade Feudal. Trad. de Lauren de Saes, São Paulo: Edipro, 2016, especialmente o segundo livro, pp. 153 e ss.

47 LUNA DÍEZ, Lorenzo Mario. “El surgimiento de la organización corporativa en la Universidad Medieval”. , en Historia de la universidad colonial (La Real Universidad de México. Estudios y textos I), México: CESU-UNAM, 1987, p. 13.

48 A expressão é de FRANCO, Afonso Arinos de Mello. Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. Rio de Janeiro: Graphica Ypiranga, 1930, p. 29.

49 Idem, p. 29.

50 Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal de la pessoa jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 34-35.

51 MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte General. 10ª ed., Barcelona: Reppertor, 2015, p. 200.

52 Confira-se em TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. El Derecho penal de la monarquía absoluta. Siglos XVI - XVII - XVIII. Madrid: Editorial Tecnos, 1969, p. 302.

53 Cf. GARRAUD, René. Traité Theorique du Droit Penal Français, vol. I. 2ª ed., Paris: Larose, 1898, pp. 414 e ss.

54 FRANCO, Afonso Arinos de Mello. Responsabilidade criminal...cit., p. 33, quem remete a PRINS, Adolphe. Science pénale et Droit Positif, livro 3. Bruxelles-Paris: Émile Bruylant, 1899, cap I, pp. 1 e ss..

55 Cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. Pessoa Jurídica Criminosa. Curitiba: Juruá, 1997, p. 31.

corporações e dos entes coletivos tais como conventos, claustros, congregações, cidades, comunas, etc.⁵⁶.

Enfim, na baixa Idade Média, era habitual e frequente no direito continental europeu a aplicação de sanções penais a fatos praticados por pessoas jurídicas⁵⁷.

Avançando ao período dos glosadores, a RPPJ permaneceu completamente ativa, como apontam os relatos de Alberto de Gandino (1250-1310), *Bartolus* (1314-1357) e Julius Clarus (1525-1575)⁵⁸.

O cenário que derrubou a RPPJ no direito continental foi iniciado pela retomada do espírito individualista do direito romano no plano acadêmico⁵⁹, mas só foi ser levado a efeito com o fim do feudalismo e o início do Renascimento⁶⁰.

As razões deflagradoras do movimento legislativo, no entanto, foram menos humanistas e muito mais políticas, atreladas aos problemas de sustentação econômica dos Impérios, especialmente suas dívidas para com os burgueses comerciantes. Esta situação levava a uma repressão constante e dissolução das corporações⁶¹ culminando por deflagrar a reação destes últimos mediante o fomento do levante político conhecido como *Revolução Francesa*, mas também como *Revolução Burguesa*.

Utilizava-se, ainda, no Século XVII, à larga, a responsabilização penal de entes coletivos, como prova a ordenança real francesa de 1670, que no título XXI regulou e garantiu a instrução criminal contra as comunidades criminosas, afirmando que cidades, burgos, aldeias, coletivos e companhias poderiam cometer delitos⁶².

Tratou-se, pois, de uma dupla ruptura: frente à ideia de pertencimento e às amarras do Estado absolutista.

A pretensão de liberdade e autodeterminação do indivíduo resultava apropriada para o espírito burguês. Por um lado, lograva-se a identidade de exclusão

56 Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal...cit., p. 32.

57 FRANCO, Afonso Arinos de Mello. Responsabilidade criminal...cit., pp. 32-33.

58 Idem, p. 33. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal...cit., p. 31 e SALDAÑA, Quintiliano. Capacidad criminal de las personas sociales. Madrid: Reus, 1927.

59 Cf. FRANCO, Afonso Arinos de Mello. Responsabilidade criminal...cit., p. 34.

60 Cf. Idem, p. 35.

61 A respeito SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal...cit., p. 24; FRANCO, Afonso Arinos de Mello. Responsabilidade criminal...cit., p. 35; RAMINELLI, Ronald. "Nobreza e Riqueza no Antigo Regime Ibérico Setecentista" in Revista de História N° 169, São Paulo: Universidade de São Paulo, Jul-Dez. de 2013, pp. 83-110 e SUÁREZ FERNÁNDEZ, Luis; RAMOS PÉREZ, Demetrio; COMELLAS, Jose Luis e ANDRÉS-GALLEGO, Jose. [dir.] Historia General de España y América. La Crisis de la Hegemonía Española. Siglo XVII. Tomo VIII. 2a ed., Madrid: Rialp, 1991, pp. 270 e ss.

62 Cf. FRANCO, Afonso Arinos de Mello. Responsabilidade criminal...cit., p. 36; ROTHENBURG, Walter Claudius. Pessoa Jurídica...cit., p. 32 e GARRAUD, René. Traité...cit., cap. I.

compartilhada entre burguês e servo (ambos então excluídos dos benefícios do clero da nobreza, passavam a ser *iguais perante a lei*) e, por outra, afirmava-se as liberdades do indivíduo, especialmente a liberdade associativa.

É com o Código Napoleônico – modelo que se espalhou no ambiente do direito continental – que deixa de ser legítimo o controle penal sobre a capacidade humana de associação, pois por primeira vez na França, se exclui deliberadamente a RPPJ no direito Continental⁶³.

Como é notório, toda a estrutura jurídica de que somos herdeiros, a chamada *teoria do delito*, no âmbito do direito continental, é produto de um momento histórico onde já se tinha optado politicamente pela exclusão da RPPJ.

Assim, resta demonstrado cabalmente que a falta da RPPJ é nada mais que um breve solução histórico, adstrito, ademais, ao direito penal do continente europeu. Assim, não se trata, absolutamente, de qualquer novidade.

Enquanto isso, o campo da I.A. constitui, de fato, um ambiente completamente novo de regulação jurídica.

Benteka ilustra a questão partindo da constatação de que, não obstante a personalidade jurídica seja requisito prévio para a aferição da responsabilidade penal, esta é tratada pelos tribunais, quase que de regra, a partir de presunções, “mas as entidades de I.A. apresentam um novo desafio a esta presunção, e a responsabilidade pelas suas ações dependerá do facto de satisfazerem as condições de personalidade jurídica”⁶⁴.

Com efeito, conforme bem ilustra a autora, “as tradições jurídicas ocidentais desenvolveram o conceito de personalidade jurídica para taxonomizar mais facilmente as entidades que podem atuar no direito”⁶⁵, afinal, “ser humano não é uma condição necessária para ter personalidade jurídica”⁶⁶ e, portanto, “as entidades que gozam de personalidade jurídica têm, há muito tempo, incluído não apenas humanos, mas também entidades artificiais, como corporações, trustes e associações, que a lei trata como se fossem uma única entidade, uma única pessoa”⁶⁷. A ideia básica de personalidade jurídica não guarda equivalência com a compreensão popular de “ser humano”, mas sim com a de “sujeito de direito”.

63 ROTHENBURG, Walter Claudius. Pessoa Jurídica...cit., p. 108.

64 BENTEKA, Nadia. “Artificial intelligent persons”, in Houston Law Review, nº 58 pp. 537-596, Houston: University of Houston Law Center, 2021, p. 541.

65 Idem, p. 549.

66 Idem, p. 549.

67 Idem, p. 549.

Depois de um largo repasse das teorias tradicionais sobre personalidade jurídica – a saber, a teoria da ficção, a teoria simbolista ou de agregação e a teoria realista –, além de fazer um estudo empírico sobre a atitude dos Tribunais frente às questões implicado I.As., conclui que a *praxis* forense conta com decisões absolutamente díspares, que têm se inclinado majoritariamente a recusar o reconhecimento da personalidade jurídica das I.As. e, de *lege ferenda*, aponta que dotar de personalidade jurídica estas entidades pode conduzir a situações de insegurança jurídica⁶⁸, o que bem revela tratar-se de uma questão ainda emergente.

Desde um ponto de vista de regulamentação internacional, somente em abril de 2015, 94 membros das Nações Unidas se reuniram em Genebra (XXXII Conferência internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, Genebra, Suíça, de 8-10 de dezembro de 2015) para tentar um acordo de limitação da fabricação e uso de robôs capazes de matar, que gerou o informe do Comitê Internacional para el Control de los Robôs Armados⁶⁹ ou o texto da resolução do Parlamento Europeu de 12 de setembro de 2018, sobre *Sistemas armamentistas autônomos*⁷⁰.

Portanto, uma construção tão antiga e com nuances tão ancestrais, certamente não serve de parâmetro para ditar a organização do sistema punitivo frente a circunstância tão avançada como a inteligência artificial.

5 Nascimento controlado vs. nascimento descontrolado.

Em terceiro lugar, o advento das pessoas jurídicas surgiu já acompanhado da respectiva carga de responsabilidade, civil e penal, ao contrário das I.A..

A RPPJ surgiu juntamente com a própria criação das *corporations* no direito inglês do Século XIV, por concessão da Coroa ou ato do Parlamento⁷¹. As *corporations* podiam realizar atos da vida civil, tais como comprar e vender, contratar, demandar em juízo e ser demandadas a partir de sua constituição pelas chamadas *Charter of incorporation*⁷². Tratava-se de dar impulso ao comércio. Com seu crescimento exponencial na era dos descobrimentos, chegaram a disputar com os pró-

68 Idem, p. 596.

69 CRUZ ROJA Y CRESCIENTE ROJO [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUK Ewjn lrHc g9CB AxVv CrkG HW3jC 4gQFn oECCs QAAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.w.icrc.org%2Fes%2Fdownload%2Ffile%2F15128%2F32ic-report-on-ihl-and-the-challenges-of-armed-conflicts_es.pdf&usq=AOvVaw0RXqu6TxFK42ZUIGm6AMhL&opi=89978449]. Acessado em 29 de setembro de 2023.

70 PARLAMENTO EUROPEU [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0341_ES.pdf]. Acessado em 29 de setembro de 2023.

71 Cf. Brickey, Kathleen F.. "Corporate Criminal Accountability: A Brief History and an Observation", in Washington University Law Review, Volume 60, Issue 2 Topics in Corporation Law, 1982, p. 397.

72 Cf. Idem, p. 398, nota 27 e WILLINSON, Samuel. "History of Law of Business Corporations before 1800", in Selected essays in Anglo-American Legal History, Vol. 3. Boston: Little Brown and Company, 1909, pp. 195-235.

prios Impérios a ocupação de novas terras, como o Canadá, por exemplo⁷³ e isso demandou o surgimento de demandas nos tribunais ingleses contra elas, e, uma vez que já existiam precedentes de responsabilidade penal nos Tribunais Ingleses de pessoas jurídicas públicas ou *quase* públicas (*municipalities, boroughs e counties*) pelo descumprimento de obrigações relativas a serviços comunitários, dos quais derivaram danos à comunidade. Desta equiparação derivou um controle punitivo sobre as corporações, tanto em matéria civil quanto penal⁷⁴.

Enfim, no Direito inglês, a RPPJ praticamente se mescla com a própria criação das corporações e, ainda que tenha iniciado apenas com a responsabilidade penal por danos (*strict liability*), que não exigia elemento subjetivo (*mens rea*)⁷⁵, é fato de que desde um precedente de 1845, já se reconheceu a culpabilidade de empresas o que plasmou-se em ato legislativo em 1889, com o *Interpretation Act*, que equiparava a responsabilidade penal das pessoas físicas e jurídicas⁷⁶.

Coisa similar deu-se nos Estados Unidos da América. A independência de um país composto basicamente por camponeses que apenas iniciava a composição de uma estrutura judicial e constitucional⁷⁷ e contava com poucas corporações privadas, basicamente bancos, seguradoras, empresas de transporte e de abastecimento de água entregou a estas a tarefa de oferecer as estruturas básicas necessárias ao país emergente, cujos custos não poderiam ser bancados pelo Estado paupérrimo⁷⁸. E, justamente para não oferecer a esta elite empresarial privilegiada tanto poder⁷⁹, entregou-se a estas a exploração das atividades essenciais, condicionadas, porém, a um controle sobre sua responsabilidade, inclusive no plano penal⁸⁰. Assim como na Inglaterra, começou-se com figuras de *strict liability*, che-

73 Cf. MORTON, Desmond. *A short history of Canada*. 7a ed., Toronto: McClelland & Stewart, 2017.

74 Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade pena...cit., p. 48 e VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, p. 104.

75 Cf. WELLS, Celia. "Responsabilidade penal da pessoa jurídica na Inglaterra e no País de Gales", in *Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal de pessoas jurídicas*. Vol. II. [Fauzi Hasan Choukr, Maria Fernanda Loureiro e John Verbvaale - org.], São Paulo: Fecomércio, 2014, p. 243 e SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal...cit., p. 48.

76 Cf. MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Lex, 2002, p. 68.

77 Cf. FRIEDMAN, Lawrence M.. *American Law in the Twentieth Century*, New Haven: Yale University Press, 2002, p. 1.

78 Cf. Brickey, Kathleen F. "Corporate Criminal Accountability...cit., p. 399; CARR, Cecil Thomas. "Early forms of Corporateness", in *Selected essays in Anglo-American Legal History*, Vol. 3. Boston: Little Brown and Company, 1909, p. 162 e FRIEDMAN, Lawrence M.. *American Law...cit.*, pp. 129-130.

79 Cf. FRIEDMAN, Lawrence M.. *American Law...cit.*, p. 107.

80 Veja-se precedentes das Cortes americanas comentados em Wendell, John Lansing. *Reports of Cases Argued and Determined in the Supreme Court of Judicature, and in the Court for the Trial of Impeachments and the Correction of Errors of the State of New York [1828-1841]*, Volume 15. New York: Gould, Banks & Company, 1842, pp. 267 -270; GÓMEZ-JARA Díez, Carlos. "Corporate criminal liability: algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal corporativa en los EE.UU.", in *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*. [Percy García Caverro - coord.], Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005, p. 198 e VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *La responsabilidad...cit.*, pp. 111-112.

gando, mais tarde, pela via da fórmula civil do *respondeat superior* até a aplicação da responsabilidade penal para delitos que exigiam *mens rea*⁸¹.

A forma de criação das *corporations* no Século XIV no Direito inglês, ou seja, seu condicionamento à autorização da Coroa ou do Parlamento é um dado que evidencia que o controle sobre as corporações veio já desde seu nascedouro.

Jamais tratou-se de tentar regular algo que já existia de fato, senão que a própria existência das corporações foi controlada, *a priori*, desde seu nascedouro.

Em sentido diametralmente oposto, a realidade cibernética se impôs ao cotidiano muito antes de que se pudesse cogitar da organização de regras e princípios que pudessem pautar sua presença no cotidiano da humanidade.

Um bom exemplo disso é que as discussões sobre os princípios éticos a pautarem o desenvolvimento da inteligência artificial somente apareceram em 2017, primeiro no Canadá, logo seguido pelo Japão, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Suécia e Reino Unido⁸² e o Grupo de Peritos Independente criado pela Comissão Europeia somente foi tratar de publicar os princípios éticos básicos para o desenvolvimento da I.A. em 2019⁸³.

Os intentos atuais desesperados de regulamentação do desenvolvimento das I.A.s demonstram que o direito está correndo atrás de uma realidade posta, tentando impor alguma regulação para um objeto adredemente criado livre.

6 Existência convencional vs. existência física e as consequências para a linguagem jurídica.

Outra questão é que as pessoas jurídicas não são constituídas por outra coisa que não o próprio direito, enquanto as I.A. são objetos fora do direito, com o que a linguagem jurídica tenta se apropriar de algo que lhe é externo.

O advento das pessoas jurídicas não proveio de um incremento das ciências naturais, nem de uma evolução da ciência em estado puro, mas constituiu uma criação do próprio direito.

81 Cf. VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. La responsabilidad...cit., p. 121. Para detalhes sobre a explicação da teoria do *respondeat superior* veja-se SALVADOR CODERCH, Pablo; GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio; RUIZ GARCÍA, Juan Antonio; RÚBÍ PUIG, Antoni e PIÑEIRO SALGUERO, José. "Respondeat Superior I", in In Dret, Barcelona: março de 2002 e SALVADOR CODERCH, Pablo; GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio. "Respondeat Superior II", in In Dret, Barcelona: julho de 2002.

82 A informação consta em LIMA, Cíntia Rosa de; OLIVEIRA, Cristinha Godoy B. de e RUIZ, Evandro Eduardo. "Inteligência Artificial e personalidade jurídica: aspectos controvertidos", in Direito digital e inteligência artificial. Diálogos entre Brasil e Europa. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 120.

83 Idem, pp. 121-124.

O tema é sensível e remete à afirmação de Radbruch⁸⁴ no sentido de que “Nada é mais decisivo para o estilo de cada período jurídico do que a concepção de homem [*Mensch*] à qual ele se destina”. Note-se que o termo *homem* é aqui empregado no sentido de pessoa humana ou humanidade. Ou seja, o filósofo aponta para a complexa questão de como o direito vê as pessoas e qual a extensão que pretende dar à sua condição de reconhecimento no plano jurídico.

A existência de pessoas jurídicas é pautada por uma convenção, um arranjo jurídico que faz com que elas “existam”⁸⁵ tão somente juridicamente, enquanto a existência da inteligência artificial significa “algo no mundo”. E o direito ocupa-se de pessoas apenas enquanto *personalidades*. O termo *personalidade*, em sentido jurídico, é apenas um atributo que permite alguém figurar nas relações jurídicas, não tendo porque corresponder a algo físico, transcendente ao próprio direito.

No dizer de Mota Pinto, “a personalidade jurídica, quer das pessoas físicas, quer das pessoas coletivas, é um conceito jurídico, uma realidade situada no mundo jurídico, nessa particular zona da camada cultural da realidade ou do ser. É uma criação do espírito humano no campo do direito, em ordem à realização de fins jurídicos”⁸⁶. Ela é, como afirmava Orlando Gomes “um atributo jurídico que confere a um indivíduo, direitos e obrigações”⁸⁷.

As pessoas jurídicas constituem um expediente técnico-jurídico que permite a consecução de certos interesses inatingíveis pela pessoa física singular, pelo que, “a analogia entre a suposta personalidade das pessoas eletrônicas e pessoas coletivas falha”⁸⁸.

Não obstante haja uma verdadeira onda doutrinária que questiona os contornos até hoje conferidos à categoria *personalidade jurídica*, frente aos novos contextos tecnológicos de biotecnologia médica e I.A.⁸⁹, convém notar que este esforço visa aproximá-las com o ente físico-biológico. Seja como for, trata-se da aproximação, através de emulação cibernética, da atuação de um homem de carne e osso e não de uma pessoa no plano jurídico. Isto porque, por mais evoluída e sofisticada que seja a atuação das I.As., elas estarão sempre atuando segundo um modelo causal de linguagem binária e não segundo razões.

84 Cf. RADBRUCH, Gustav. O homem no Direito. Seleção de conferências e artigos sobre questões fundamentais do Direito. Trad. de Jacy de Souza Mendonça, 1957. [http://www.valorjustica.com.br/ohomemnodireito.pdf]. Acessado em 27 de dezembro de 2023, p. 7.

85 A tal ponto que muitos autores até hoje admitem a ideia de pessoa jurídica como “ficção” preconizada por Savigny. Um exemplo disso é a opinião de BARBOSA, Mafalda Miranda. “Nas fronteiras...cit., pp. 108-109.

86 PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, Antonio Pinto e PINTO, Paulo Mota. Teoria geral do direito civil. 4. ed. Coimbra Editora, 2005, C. A., 2005, p. 140.

87 GOMES, Orlando. Introdução ao Direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 141.

88 A opinião, pertinentíssima é de BARBOSA, Mafalda Miranda. “Nas fronteiras...cit., p. 111.

89 Veja-se a respeito, o trabalho de KURKI, Visa A. J.. A Theory of Legal Personhood...cit., especialmente capítulo 6, pp. 175 e ss.

Em sentido diametralmente oposto, a aproximação entre pessoas individuais e corporações perante o direito, não ocorre no plano dos seres humanos, mas sim, exatamente no plano da corporação, já que ambos são construções do discurso jurídico. De fato, a pessoa singular é a forma que nós – seres humanos – assumimos quando ocupamos um papel no plano jurídico. Em realidade, como bem afirmou Britta van Beers, “é a forma que assumimos quando entramos no domínio jurídico, deixando para trás o nosso eu de carne, osso e sangue, para sermos tratados como sujeitos de direito”⁹⁰. Porém, a diatribe que se estabelece não é, como a autora faz crer⁹¹, entre concepções *naturalistas* e *artificialistas* sobre a noção de personalidade jurídica. Fosse assim, uma inclinação pelo artificialismo seria obrigatória e conduziria a abrir passo à personalidade das I.As.

Mas não é isso. Muito ao contrário. Por muito aproximada que seja a simulação de uma I.A. à forma de proceder humana, tal aproximação esbarra no enorme escolho que constitui não tratar-se simplesmente de uma criação linguística humana, uma convenção sobre o uso da linguagem jurídica, mas uma tarefa hercúlea de apreensão de um fenômeno extra-jurídico, que pretende traduzir-se para uma linguagem jurídica.

Portanto, são absolutamente distintos tanto os requisitos quanto o processo de organização jurídico-linguística necessários para estabelecer a personalidade de entes coletivos e a personalidade da inteligência artificial.

7 Capacidade de expressar uma ação: razões vs. causalidade.

Em quarto lugar e mais importante, as pessoas jurídicas se expressam a partir de razões, o que as torna capazes de realizar ações, tal como fazem as pessoas físicas, enquanto a expressão de qualquer forma de inteligência artificial, inclusive as dotadas de *machine learning* ou *deep learning*, opera a partir de modelos causais, mesmo em suas justificações de *accountability*, pelo que, não podem ser consideradas capazes de realizar ações.

O desenvolvimento deste argumento parte de análise sobre a ação realizada por Vives Antón em seus *Fundamentos del Sistema Penal*⁹².

A obra parte de reconhecer a importância do *act requirement*, ou seja, que a responsabilidade penal somente pode derivar da prática de ações e omissões. Com

90 BEERS, Britta van. “The Changing Nature of Law natural person: the impact of emerging technologies on the legal concept of person” in German Law Journal, vol. 18, pp. 559-593. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 561.

91 Idem, pp. 570 e ss.

92 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal. 2a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

isso sublinha a importância de separar ações de acontecimentos e não de buscar um mero conceito omnicompreensivo de ações e omissões⁹³.

Logo, aponta para o equívoco cometido de modo geral no plano das teorias do delito, ao buscar-se no plano psíquico – portanto, na operacionalidade do cérebro – a fonte das ações e omissões, afirmando contundentemente que “*o que determina a responsabilidade penal está fora da psicologia*”⁹⁴.

E esse é o ponto em questão.

A pretensão de avançar rumo à atribuição de personalidade jurídica às I.As. através de uma aproximação com as pessoas se pretende justificar por uma suposta eficiência na emulação do funcionamento do cérebro e em uma equivalência de artificialidade paralela à de pessoas jurídicas. Ocorre que, nem uma coisa, nem outra são a real fonte da responsabilidade penal, portanto, fundamentos do reconhecimento jurídico da personalidade.

No que refere à primeira, ainda que se lograsse provar – pelos desenvolvimentos do experimento de Libet⁹⁵ – que há uma sequência neuronal própria a cada reação humana; e que chegue a ser possível, no plano das chamadas *deep learning*, prover uma sequência algorítmica que cubra todas as manifestações externas possíveis aos seres humanos, ainda assim não haveria equivalência entre o ser humano e a I.A., porque o plano das relações sociais, que se ocupam do sentido dos comportamentos – no qual se encontra inserido o direito – é categorialmente diferente daquele ocupado pelas relações meramente científico-explicativas, que se desenvolvem em linguagem causal e não há conexão possível entre um plano e outro⁹⁶.

Nesse sentido as palavras de Vives Antón:

O cérebro pode, talvez, ser entendido como uma máquina; mas, o ser humano a quem pertence, não. E ainda as sensações, emoções, desejos e pensamentos sejam levados a cabo por meio do cérebro, não o cérebro quem sente, deseja ou pensa, mas o ser que vive e atua através do sistema cerebral, isto é, o homem.

Por isso - porque as sensações, emoções, desejos e pensamentos não são estados de qualquer sistema mecânico ou biológico, mas produtos da atividade vital - uma máquina *não pode* (logicamente) pensar⁹⁷.

93 Idem, p. 161.

94 Idem, p. 270.

95 LIBET, Benjamin. “Intention to act: do we have free will?”, in *Mind Time*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, especialmente pp. 129 e ss.

96 Sobre a sensação de insuperabilidade do abismo entre a consciência e estados do cérebro, veja-se WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Tradução José Carlos Bruni, São Paulo: Nova Cultural, 1999, nº 412, p. 126.

97 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 270.

A questão é que as investigações científicas são incapazes de identificar as ações, que são as fontes de responsabilidade, porque estas não são passíveis de *explicitação*, exigindo uma fórmula completamente diferente da de objeto-designação, demandando *interpretação*, ou seja, a *compreensão* do seu sentido⁹⁸.

A definição da ação ou omissão acontece no plano da percepção e reconhecimento do seguimento de regras⁹⁹ e “o seguimento de regras implica a *captação do sentido* e, por conseguinte, determinação conforme o sentido e não determinação causal”¹⁰⁰. Ou seja: a forma de saber se alguém que agita um dos braços para cima com a mão espalmada está chamando por socorro, pedindo a presença de alguém ou simplesmente se despedindo não está na descoberta de quais foram os neurônios causal e sequencialmente acionados e sim no *reconhecimento* social – de fora para dentro, portanto, intersubjetivamente – de como se pede socorro, se chama por alguém ou nos despedimos.

Acontece que as regras sociais de reconhecimento são compartilhadas dentro de um plano que admite, intrinsecamente, as possibilidades de ver seguida ou infringida a regra. Portanto, a liberdade quanto ao seguimento ou não da regra é algo que lhe é intrínseco (à própria regra) e não pode estar, de nenhuma forma, predeterminada causalmente.

Sendo assim, novamente nas palavras de Vives Antón: “A pergunta sobre como posso seguir uma regra não é uma pergunta sobre as causas, mas sobre as razões que guiam minha conduta e pressupõem que posso determinar-me por elas – ou seja, pressupõe a liberdade da ação que realizo ao falar”¹⁰¹.

Deste modo, se ações demandam liberdade de escolha como pressuposto, não é possível reconhece-las naquilo que é produzido causalmente de modo inexorável – ainda que conte com ampla complexidade – pelas máquinas.

Em resumo, “processar dados não pode ser confundido com apreensão de significados”¹⁰², afinal, mesmo que seja o caso de reconhecer que escolhas éticas podem ser objeto de programação¹⁰³, não podem expressar suas intenções nas ações nem fazê-las reconhecer através de razões, fazendo-o, isso sim, através de cadeias causais algorítmicas; não são aptos a propor a si mesmos ideias, propósitos, ou elaborar razões para seguir ou negar impulsos, preferências ou desejos¹⁰⁴.

98 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos...cit., p. 271.Z

99 Cf. Idem, p. 330-331.

100 Idem, p. 271.

101 Idem, p. 331.

102 A pertinente observação aparece em LACERDA, Bruno Torquato Zampier. “A Função...cit., p. 66.

103 Nesse sentido BARBOSA, Mafalda Miranda. “Nas fronteiras...cit., p. 98.

104 Nesse sentido, Idem, pp. 99-100.

Conclui Vives:

do mesmo modo que as máquinas de calcular não calculam, as máquinas que emitem sons articulados não falam. Ou, dito de outro modo: ao estarem determinadas causalmente, não atuam (nem calculando, nem falando, nem de nenhuma outra forma) e é gramaticalmente impossível que o façam. A realização de ações implica, por conseguinte, um grau de determinação causal que permita a escolha¹⁰⁵.

Ou seja: o fato de que as I.As. operem em modo causal exclui precisamente aquilo que é essencial para o reconhecimento das ações, qual seja, a liberdade de escolha de guiar-se segundo razões e não causalmente. Ou seja, “sem liberdade não há ação, nem razões, nem maneira alguma de conceber o mundo: ou não há linguagem, nem regras, nem significado nem ação”¹⁰⁶. Ou seja, não constituem sequer ações os “processos que são apenas *explicáveis* em termos causal-naturalistas e não, ao contrário, *interpretáveis*, suscetíveis a uma atribuição de um sentido qualquer”¹⁰⁷.

Enfim, a pauta jurídica é a pauta da linguagem e, cada vez mais, no Direito penal, a pauta da linguagem comum, em sentido *wittgensteiniano*. A linguagem, enquanto expressão de significado está em constante mutação circunstancial, gerando novas pautas, gírias, usos e apreendendo novos contextos de modo que a programação, por muito alimentada de dados que seja, terá sempre dificuldades de capturá-la¹⁰⁸. Entre outras coisas, porque, ao contrário do aprendizado linguístico humano, que se dá com uma única experiência, como a do bebê que toma um choque ao colocar o dedo na tomada, depende de uma carga de bilhões de pontos de dados para estabelecer uma relação de causa e efeito. Ou seja, enquanto a causalidade na inteligência artificial é material, concreta e estatística, na atividade humana é um hábito da mente e, como tal, fluido e inconstante. Basta pensar na modificação da apreensão do sentido do ato de render a tripulação de um avião de passageiros que sobrevoa uma grande cidade, antes e depois de 11 de setembro de 2001¹⁰⁹. Um evento único, histórico, pode fazer variar completamente a compreensão de sentido de um determinado conjunto de circunstâncias. O fato é que

105 Idem, p. 332.

106 Idem, p. 332.

107 Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Barcelona, 1986, pp. 130-131.

108 A observação aparece em O'NEIL, Cathy. Algoritmos de destruição em massa. Como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Trad. de Rafael Abraham. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020, pp. 120-122.

109 Veja-se o desenvolvimento do argumento em BUSATO, Paulo César. “No limite da permissão – considerações sobre consequências jurídicas da ordem de abater aviões sequestrados”, in *Novas Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. [Org. Marcela Bianchini Bueno], Curitiba: Veddelta Editora, 2019, pp. 137 e ss.

quando a produção do resultado é determinada algorítmicamente, o método de escolha segundo razões, deixa de existir¹¹⁰.

Segundo Peter Hacker:

É bizarro supor que razões são causas, uma vez que, ao se refletir sobre as razões a favor e contra fazer uma coisa ou outra, certamente não se está refletindo sobre o que *causará* fazer aquilo que a razão dita, mas antes, tenta-se decidir *o que* ela dita. [...] Mais ainda, se a razão de alguém para agir fosse uma causa de seu comportamento, seria intrigante como ele normalmente conhece essa causa [...] pois, embora alguém possa conhecer imediatamente o que lhe assustou (a repentina explosão lhe fez pular) ou o que lhe fez escorregar (a casca de banana *fê-lo* escorregar), está longe de ser óbvio que seja comparável a saber que a razão de alguém para ir a Londres é ver a exposição de Turner (mas nada lhe faz ir) ou a saber que a razão de alguém para ficar em casa é que prometera ficar (mas nada lhe faz ficar em casa)¹¹¹.

Com relação à segunda justificativa – a artificialidade comum entre os entes coletivos e as I.As. – trata-se de uma comunhão apenas aparente.

Note-se que a expressão *artificial* se contrapõe a *natural*, enquanto existente no plano físico. No entanto, é bastante claro que muitas das I.As. possuem sim um “corpo físico” e uma “existência no mundo”, mesmo que seja apenas um objeto inanimado impulsionados pelos zilhões de bytes organizados algorítmicamente. As pessoas jurídicas são completamente ficcionais, neste sentido, existindo unicamente no plano das convenções humanas.

Além disso, não é a *artificialidade*, em si, a característica que torna as corporações reconhecíveis como *pessoa*, mas sim o modo pelo qual elas são compostas, ou seja, linguisticamente. Pessoas jurídicas “nascem” já dentro do direito, já no próprio plano jurídico, compostas *por* e *em* linguagem jurídica.

Deste modo, suas atuações – ações e omissões – se expressam em linguagem jurídica que é, por essência, aquilo que constitui um âmbito específico da linguagem comum humana, vale dizer, operam *por* e *segundo* razões. Vejamos as intervenções empresariais nos vários campos de sua atuação. Por exemplo, se uma empresa é questionada sobre por que demitiu funcionários (plano do direito laboral), declarará que está em contenção de despesas; se uma corporação deixa de recolher tributos, poderá apresentar na ação fiscal correspondente, a justificação de que seu fluxo de caixas estava baixo e deu preferência a pagar o 13º salário dos funcionários. Se uma empresa é acusada do crime de poluição, poderá argumen-

110 A diferença é explicada de modo similar, mas ainda usando o termo ação para definir o resultado produzido por I.A., em BARBOSA, Mafalda Miranda. “Nas fronteiras...cit., p. 100.

111 HACKER, Peter Michael Stephan. Natureza Humana. Categorias fundamentais. Trad. de José Alexandre Durry Guerzoni, Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 230.

tar que entendeu que a instalação de determinado filtro bastaria para prevenir o evento, etc..

Contrario sensu, sempre que uma I.A. for instada a render contas de sua intervenção na produção de determinado resultado, sustentará que deflagrou tal ou qual procedimento porque os dados que ingressaram como *input* em seu sistema, combinados com o *algoritmo* que com que foi programada, conduziu a composição de um *novo algoritmo* que determinou sua intervenção. Mesmo que o *input* seja um completo *nonsense*, a máquina reagirá com um *output*¹¹².

Em resumidas contas, a I.A. **não pode** infringir a regra do seu software, da sua programação, da combinação resultante entre os dados que recebe de *inputs* e seus algoritmos. A I.A. não pode optar por se abster do que produza a conjunção entre *big data* e algoritmos para “ver como é que fica”, à máquina simplesmente não é dada a opção de *let it roll*..

Portanto, é mais do que evidente que a *máquina* não é livre de forma alguma para escolher entre razões, com o que *não pode* expressar o *sentido* de uma ação ou omissão, pois este é um atributo da racionalidade pautada pela linguagem humana, que pode deliberar entre razões e, inclusive, escolher a menos provável para alcançar os fins a que se propõe¹¹³. E essa *liberdade*, ainda que não possa ser demonstrada empiricamente – aqui não cabe entrar na discussão entre determinismo, indeterminismo, compatibilismo ou incompatibilismo – constitui, em si mesma, nosso *modo de vida*, que é guiado pelo *sentido* das *razões* e não por meras determinações causais.

A *linguagem humana* continua sendo uma linguagem entre *as pessoas* (inclusive jurídicas) e, ainda que exista uma *linguagem* das máquinas, que elas possam conversar entre si, não é a *mesma linguagem* dos seres humanos, portanto, são diferentes *quadros de mundo*, por assim dizer.

Por mais que a inteligência artificial possa emular atividades humanas como jogar xadrez, fazer cálculos de engenharia, movimentar mercadorias ou responder perguntas, sempre o fará através por meio da conjunção de cadeias causais, jamais por razões. Uma I.A. não conduzirá um veículo em excesso de velocidade por raiva, nem deixará de responder ao seu interlocutor por estar envergonhada, nem resgatará alguém de um perigo por amor.

112 Veja-se como a linguagem é o ponto de salvação dos humanos – logo, do direito – frente à singularidade, referida por Kurzweil em CHRISTIANSEN, Morten H. e CHATER, Nick. O jogo da linguagem. A improvisação que mudou o mundo. Trad. de Berilo Vargas, Rio de Janeiro: Zahar, 2023, pp. 307-319.

113 Veja-se, a respeito, detalhadamente, HACKER, Peter Michael Stephan. Natureza Humana...cit., pp. 209 e ss.

8 Considerações finais

De fato, o advento das I.As. constitui um novo desafio para as estruturas jurídicas, especialmente no campo penal.

No entanto, é um equívoco pretender equiparar a projeção do que seja necessário inovar em termos dos estudos jurídicos com o enfrentamento havido recentemente pela retomada da perspectiva de RPPJ, mais ainda pretender, a partir dessa aproximação, a criação de uma personalidade jurídica para as I.As..

Trata-se de debates absolutamente distintos. Quer porque a RPPJ seja uma retomada e não assunto novo no campo jurídico-penal enquanto que o avanço cibernético na produção das I.As. constitui, de fato, uma nova fronteira de estudos; quer porque o surgimento das corporações já veio acompanhado da respectiva carga de responsabilidade civil e penal, enquanto que a aparição das I.As. encontrou-se com um extenso *gap* de regulação jurídica; quer porque as pessoas jurídicas são criação do próprio direito, enquanto as I.A. são objetos fora dele derivados de um incremento das ciências naturais, reclamando uma adaptação para o plano regulatório jurídico onde a linguagem jurídica tenta se apropriar de algo que lhe é externo; quer, finalmente, porque as pessoas jurídicas se expressam a partir de razões enquanto as I.As. operam a partir de modelos causais, o que as converte em incapazes de expressar o sentido de ação ou omissão, requisito básico para a imputação penal.

Portanto, ao contrário da tranquilidade com que se pode admitir e ajustar as matrizes de Direito penal para comportar a RPPJ, o mesmo não se dá para admitir personalidade e, logo, responsabilidade penal, para as I.As..

No entanto, – ainda na esteira do que sustentou Vives Antón¹¹⁴ – se, por acaso, chegássemos a construir um humanóide como aquele mencionado por Davidson¹¹⁵ como recurso epistêmico, capaz de viver em sociedade, aprender, ensinar, sentir, emocionar-se, raciocinar e reagir aos seus raciocínios e sentimentos, estar consciente de si e ser capaz de expressar-se a partir desta consciência, resultaria já impossível explicar o seu comportamento em termos causais, físicos ou computacionais e somente poderia fazê-lo em termos de razões e o humanoide seria então idêntico a um ser humano. Mas, neste caso, junto com o desaparecimento das diferenças, diluir-se-ia o problema, pois então, este ser seria livre, atuaria segundo o sentido de tal liberdade de ação e constituiria uma pessoa, e não apenas em sentido jurídico.

E, se, por outro lado, vier o futuro previsto por Ray Kurzweil¹¹⁶, do homem versão 3.0, capaz de mudar o próprio corpo pela introdução de *MNT-based*

114 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. “Neurociencia e determinismo reducionista: uma aproximação crítica”. Trad. de Giancarlo Silkunas Vay, in Neurociência e Direito penal. [Eduardo Demetrio Crespo - coord.], São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 193.

115 DAVIDSON, Donald. Ensayo sobre acciones y sucesos, Barcelona: Crítica, 1995, p. 319.

116 KURZWEIL, Ray. A singularidade está próxima. Quando os humanos transcendem a biologia. Trad. de Ana Goldberger, São Paulo: Iluminuras, 2018, pp. 355-357.

fabrications, que permitirão alteração rápida da manifestação de vontade, com um homem mergulhado em uma realidade virtual, projetando sua mente para mais de uma personalidade, escolhendo diversos corpos ao mesmo tempo, expandindo a própria mente, com seres humanos não exclusivamente biológicos e estruturas não biológicas capazes de emoção, certamente não haverá lugar mais para o direi- tal como o conhecemos.

Referências bibliográficas

- ABBOTT, Ryan Benjamin e SARCH, Alex F.. "Punishing artificial intelligcnce: legal fiction or science fiction", in *Davis Law Review*, Vol. 53 – Feb. 2019, pp. 323-338, Davis: University of Califórnia, 2019.
- BARBOSA, Mafalda Miranda. "Nas fronteiras de um admirável mundo novo? O problema da personificação de entes dotados de Inteligência Artificial", in *Direito digital e inteligência artificial. Diálogos entre Brasil e Europa*. Indaiatuba: Foco, 2021.
- BECK, Ulrich. *Sociedade do risco*. Trad. de Sebastião Nascimento, São Paulo: Editora 34, 2011.
- BEERS, Britta van. "The Changing Nature of Law natural person: the impact of emerging technologies on the legal concept of person" in *German Law Journal*, vol. 18, pp. 559-593. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- BENTEKA, Nadia. "Artificial intelligent persons", in *Houston Law Review*, nº 58 pp. 537-596, Houston: University of Houston Law Center, 2021, p. 541.
- BLOCH, Marc. *A Sociedade Feudal*. Trad. de Lauren de Saes, São Paulo: Edipro, 2016.
- BRICKEY, Kathleen F.. "Corporate Criminal Accountability: A Brief History and an Observation", in *Washington University Law Review*, Volume 60, Issue 2 Topics in Corporation Law, 1982.
- BUSATO, Paulo César. "No limite da permissão – considerações sobre consequências jurídicas da ordem de abater aviões sequestrados", in *Novas Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. [Org. Marcela Bianchini Bueno], Curitiba: Veddelta Editora, 2019.
- BUSATO, Paulo César. *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal. Parte Geral*. 6ª ed., São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.
- CAPPELLINI, Alberto. "Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilit  penale", *Criminalia – Annuario di scienze penalistiche*, in *disCrimen desde 27.3.2019*. [<https://discrimen.it/machina-delinquere-non-potest-brevi-appunti-su-intelligenza-artificiale-e-responsabilita-penale/>]. Acessado em 03 de janeiro de 2024.
- CARR, Cecil Thomas. "Early forms of Corporateness", in *Selected essays in Anglo-American Legal History*, Vol. 3. Boston: Little Brown and Company, 1909.
- CHARNIAK, Eugene. *Introduction to Deep Learning*. Cambridge: The MIT Press, 2015.
- CRESCO, Marcelo. "Inteligência Artificial, machine learning e deep learning: relações com o Direito penal", in *Direito digital e inteligência artificial. Diálogos entre Brasil e Europa*. Indaiatuba: Foco, 2021.
- CHRISTIANSEN, Morten H. e CHATER, Nick. *O jogo da linguagem. A improvisação que mudou o mundo*. Trad. de Berilo Vargas, Rio de Janeiro: Zahar, 2023.
- CRUZ ROJA Y CRESCIENTE ROJO [https://www.google.com/url?sa=t&rcrt=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjnrHcg9CBAXVvCrkGHW3jC4gQFnoECCsQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.icrc.org%2Fes%2Fdownload%2Ffile%2F15128%2F32ic-report-on-ihl-and-the-challenges-of-armed-conflicts_es.pdf&usq=AOvVaw0RXqu6TxFK42ZUIGm6AMhL&oi=pi=89978449]. Acessado em 29 de setembro de 2023.
- DAVIDSON, Donald. *Ensayo sobre acciones y sucesos*, Barcelona: Crítica, 1995.
- DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo. „La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio desde la perspectiva de la Política Criminal a partir de la modificación del Código penal español”, in *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra le delincuencia económica y tecnológica*. [Carlos María Romeo

- Casabona y Fátima Flores Mendoza – eds.], Granada: Comares, 2012.
- DOTTI, René Ariel. “A incapacidade criminal da pessoa jurídica”, in *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. [Coord. – Luís Régis Prado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. “A evolução da inteligência artificial em breve retrospectiva”, in *Direito digital e inteligência artificial. Diálogos entre Brasil e Europa*. Indaiatuba: Foco, 2021.
- FRANCO, Affonso Arinos de Mello. *Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: Graphica Ypiranga, 1930
- FRAZÃO, Ana e GOTTENAUER, Carlos. “Black box e o Direito face à opacidade algorítmica” in *Direito digital e inteligência artificial. Diálogos entre Brasil e Europa*. Indaiatuba: Foco, 2021.
- FRIEDMAN, Lawrence M.. *American Law in the Twentieth Century*, New Haven: Yale University Press, 2002.
- GARRAUD, René. *Traité Theorique du Droit Penal Français*, vol. I. 2ª ed., Paris: Larose, 1898.
- GLESS, Sabine e WEIGEND, Thomas. “Agentes inteligentes no direito penal”. em *veículos autônomos e direito penal*. [Heloísa Estellita e Alaor Leite - Org.] São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- GLESS, Sabine; SILVERMAN, Emile e WEIGEND, Thomas. “If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability”, in *New Criminal Law Review*, Vol. 19, nº 3, Oakland: University of California Press, 2016.
- GLEß, Sabine; WEIGEND, Thomas, “Intelligente Agenten und das Strafrecht”. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 126, nº 3, 2014.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. Valladolid: Lex Nova, 2011.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Corporate criminal liability: algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal corporativa en los EE.UU.”, in *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*. [Percy García Caveró – coord.], Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005.
- HACKER, Peter Michael Stephan. *Natureza Humana. Categorias fundamentais*. Trad. de José Alexandre Durry Guerzoni, Porto Alegre: Artmed, 2010.
- HALLEVY, Gabriel, “The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities – From Science Fiction to Legal Social Control”, in *Akron Intellectual Property Journal* Vol. 4, Issue 2 pp. 171-201, Akron: University of Akron, 2010.
- HALLEVY, Gabriel. *When Robots Kill: artificial intelligence under criminal law*. Lebanon, NE: Northeastern University Press, 2013.
- HALLEVY, Gabriel. “The Basic Models of Criminal Liability of AI Systems and Outer Circles” [<https://ssrn.com/abstract=3402527>], 2019. Acessado em 13 de dezembro de 2023.
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2ª ed., Berlin: De Gruyter, 2011.
- JANUÁRIO, Túlio Xavier. “Veículos autônomos e imputação de responsabilidade por acidentes” em *Inteligência Artificial no Direito Penal*. Lisboa: Almedina, 2020.
- JANUÁRIO, Túlio Xavier. “Inteligência artificial e direito penal da medicina”, in *A Inteligência Artificial no Direito penal*. Vol. II. [Coord. - Anabela Miranda Rodrigues], Coimbra: Almedina, 2022.
- KAPLAN, Andreas; HAENLEIN, Michael “Siri, Siri, in my hand: Who’s the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence”, *Business Horizons*, v. 62, nfi 1, jan./fev. 2019.
- KERR, Ian. “Spirits in the material world: intelligent agents as intermediaries in electronic commerce”, in *Dalhousie Law Journal*, v. 22, 1999.
- KURKI, Visa A. J.. *A Theory of Legal Personhood*, Oxford: Oxford University Press, 2019.
- KURZWEIL, Ray. *A singularidade está próxima. Quando os humanos transcendem a biologia*. Trad. de Ana Goldberger, São Paulo: Iluminuras, 2018.
- LACERDA, Bruno Torquato Zampier. “A Função do Direito frente à inteligência artificial”, in *Direito digital e inteligência artificial. Diálogos entre Brasil e Europa*. Indaiatuba: Foco, 2021.
- LEMOS, Miguel e COSTA, Miguel João. “Inteligência artificial e direito da guerra: reflexões sobre as

- armas autônomas mortíferas”, in *A Inteligência Artificial no Direito penal*. Vol. II. [Coord. - Anabela Miranda Rodrigues], Coimbra: Almedina, 2022.
- LIBET, Benjamin. “Intention to act: do we have free will?”, in *Mind Time*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- LIMA, Cíntia Rosa de; OLIVEIRA, Cristinha Godoy B. de e RUIZ, Evandro Eduardo. “Inteligência Artificial e personalidade jurídica: aspectos controvertidos”, in *Direito digital e inteligência artificial. Diálogos entre Brasil e Europa*. Indaiatuba: Foco, 2021.
- LUNA DÍEZ, Lorenzo Mario. “El surgimiento de la organización corporativa en la Universidad Medieval”. , en *Historia de la universidad colonial (La Real Universidad de México. Estudios y textos I)*, México: CESU-UNAM, 1987.
- MARINUCCI, Giorgio. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático” in *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig*, vol. 1. Madrid: Edisofer, 2008.
- MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Lex, 2002.
- MILAGRES, Marcelo de Oliveira. “Drones e suas implicações jurídicas: algumas reflexões”, in *Direito digital e inteligência artificial. Diálogos entre Brasil e Europa*. Indaiatuba: Foco, 2021.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. 10ª ed., Barcelona: Reppertor, 2015.
- MOMMSEN, Theodor. *Derecho penal Romano*. 2ª ed., Bogotá: Temis, 1999.
- MORTON, Desmond. *A short history of Canada*. 7ª ed., Toronto: McClelland & Stewart, 2017.
- O’NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa. Como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Trad. de Rafael Abraham. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: *The American Way*”, in *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. [Santiago Mir Puig; Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín], Buenos Aires-Montevideo-Madrid: Edisofer-BdeF, 2014.
- PARLAMENTO EUROPEU [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0341_ES.pdf]. Acessado em 29 de setembro de 2023.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, Antonio Pinto e PINTO, Paulo Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, C. A., 2005.
- PRINS, Adolphe. *Science pénale et Droit Positif*, livro 3. Bruxelles-Paris: Émile Bruylant, 1899.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “La robótica ante el Derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas”, in *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 2017 [www.ejc.reeps.com] Acessado em 23 de dezembro de 2023.
- RADBRUCH, Gustav. *O homem no Direito. Seleção de conferências e artigos sobre questões fundamentais do Direito*. Trad. de Jacy de Souza Mendonça, 1957. [http://www.valorjustica.com.br/ohomemnodireito.pdf]. Acessado em 27 de dezembro de 2023.
- RAMINELLI, Ronald. “Nobreza e Riqueza no Antigo Regime Ibérico Setecentista” in *Revista de História* Nº 169, São Paulo: Universidade de São Paulo, Jul-Dez. de 2013.
- RICHARDS, Neil e SMART, William. “How Should the law think about robots?”, in *Robot Law* [Ryan Calo, Michael Fromkin e Ian Kerr – eds.], Cheltenham: Edward Elgar, 2016.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Pessoa Jurídica Criminosa*. Curitiba: Juruá, 1997.
- SALDAÑA, Quintiliano. *Capacidad criminal de las personas sociales*. Madrid: Reus, 1927.
- SALVADOR CODERCH, Pablo; GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio; RUIZ GARCÍA, Juan Antonio; RUBÍ PUIG, Antoni e PIÑEIRO SALGUERO, José. “Respondeat Superior I”, in *In Dret*, Barcelona: março de 2002.
- SALVADOR CODERCH, Pablo; GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio. “Respondeat Superior II”, in *In Dret*, Barcelona: julho de 2002.
- SAMEK, Wojciech; WEIGAND, Thomas e MÜLLER, Klaus-Robert. “Explainable Artificial Intelligence: Understanding, Visualizing And Interpreting Deep Learning Models”, Cornell University, 28 de agosto de 2017. [https://doi.org/10.48550/arXiv.1708.08296]. Acessado em 29 de setembro de 2023.
- SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Trad. de Daniel Moreira Miranda, São Paulo: Edipro,

2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal de la pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Barcelona, 1986.

SIMMLER, Monika e MARKWADER, Nora. "Guilty robots – Rethinking the nature of culpability and legal personhood in an artificial intelligence", in *Criminal Law Forum*, Springer Nature B.V., pp. 1- 31, 2018, [https://doi.org/10.1007/s10609-018-9360-0] Acessado em 23 de dezembro de 2023.

SOLUM, Lawrence B. "Legal Personhood for Artificial Intelligences", in *North Carolina Law Review*, v. 70, nº 4, 1992.

SOUSA, Susana Aires de. "Não fui eu, foi a máquina: Teoria do Crime, Responsabilidade e Inteligência Artificial", in *A inteligência artificial no Direito penal*. [coord. – Anabela Miranda Rodrigues], Coimbra: Almedina, 2020.

SUÁREZ FERNÁNDEZ, Luis; RAMOS PÉREZ, Demetrio; COMELLAS, Jose Luis e ANDRÉS-GALLEGO, Jose. [dir.] *Historia General de España y América. La Crisis de la Hegemonía Española. Siglo XVII. Tomo VIII. 2ª ed.*, Madrid: Rialp, 1991.

SULLIVAN, Hannah R. y SCHWEIKART, Scott J.. "Are Current Tort Liability Doctrines Adequate for Addressing Injury Caused by AI?" *AMA Journal of Ethics*, Volume 21, Number 2, February 2019

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *El Derecho penal de la monarquía absoluta. Siglos XVI – XVII – XVIII*. Madrid: Editorial Tecnos, 1969.

ULBRICHT, Lena e YEUNG, Karen. "Algorithmic regulation: A maturing concept for investigating regulation of and through algorithms", in *Regulation & Governance*, vol. 16, Jan. de 2021, Melbourne: John Wiley & Sons, 2021.

URRUELA MORA, Asier. „La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de *lege lata*“, in *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*. [Carlos María Romeo Casabona y Fátima Flores Mendoza – eds.], Granada: Comares, 2012.

VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. "Neurociencia e determinismo reducionista: uma aproximação crítica". Trad. de Giancarlo Silkunas Vay, in *Neurociência e Direito penal*. [Eduardo Demetrio Crespo – coord.], São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

WELLS, Celia. „Responsabilidade penal da pessoa jurídica na Inglaterra e no País de Gales“, in *Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Vol. II*. [Fauzi Hasan Choukr, Maria Fernanda Loureiro e John Verbvaele – org.], São Paulo: Fecomércio, 2014.

WENDELL, John Lansing. *Reports of Cases Argued and Determined in the Supreme Court of Judicature, and in the Court for the Trial of Impeachments and the Correction of Errors of the State of New York [1828-1841], Volume 15*. New York: Gould, Banks & Company, 1842.

WHITE, Trevor N. y BAUM, Seth D.. Liability for present and future robotics technology", in *Robot Ethics 2.0. From Autonomous Cars to Artificial Intelligence*. [Patrick Lin, Ryan Jenkins y Keith Abney – Ed.], New York: Oxford University Press, 2020.

WILLINSTON, Samuel. "History of Law of Business Corporations before 1800", in *Selected essays in Anglo-American Legal History, Vol. 3*. Boston: Little Brown and Company, 1909.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Tradução José Carlos Bruni, São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ZOHURI, Bahman e ZADEH, Siamak. *Artificial Intelligence Driven By Machine Learning And Deep Learning*. New York: Nova Science Publishers, 2020.

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA APÓS A EXTINÇÃO OU SUCESSÃO DA EMPRESA

CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL ENTITIES FOLLOWING THE
DISSOLUTION OR SUCCESSION OF THE COMPANY

LEANDRO OSS-EMER¹

PEDRO HENRIQUE NUNES²

RESUMO: Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou discussão envolvendo a lacuna legal a respeito das consequências penais da extinção ou sucessão de uma pessoa jurídica acusada ou condenada por um delito. A conclusão da Corte Superior, conquanto seja fruto dessa carência legislativa, revela-se questionável em termos político-criminais. Por isso, o presente artigo busca propor soluções ao tema, demonstrando-se, para tanto, a essencialidade de uma fórmula de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica e da compreensão de que aos entes coletivos também devem ser aplicadas as garantias inerentes ao Direito Penal, ainda que com as devidas adaptações. Para atingir o escopo ora proposto, toma-se como parâmetro o modo como a questão é regulada na legislação da Espanha. Após uma revisão bibliográfica dos principais posicionamentos da doutrina espanhola que buscam coadunar a transferência de responsabilidade criminal com o princípio da pessoalidade da pena, são apresentadas três propostas para um melhor refinamento da matéria no Brasil. Em suma, consistem elas na i) implementação de medidas cautelares destinadas a impedir a sucessão empresarial com fins fraudulentos; ii) previsão legal que determine a punição nos casos em que seja constatada uma continuidade material da empresa extinta, ou uma participação direta da empresa sucessora no delito; e iii) tipificação da ocultação fraudulenta da empresa sucessora.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica; Extinção da Punibilidade; Princípio da Responsabilidade Pessoal; Sucessão Empresarial.

ABSTRACT: Recently, the Brazilian Superior Court of Justice addressed the issue of the legal gap concerning the criminal consequences of the dissolution or succession of a legal entity accused or convicted of a crime. The Court's conclusion, while stemming from this legislative gap, appears questionable from a criminal policy perspective. Therefore, this article aims to propose solutions to the issue, emphasizing the necessity of a model of self-liability for legal entities in criminal

1 Mestre em Direito, com ênfase em Direito e Processo Penal, na Universidade Federal do Paraná (UFPR). <https://orcid.org/0000-0001-8251-6876>

2 Mestrando em Direito, com ênfase em Direito e Processo Penal, na Universidade Federal do Paraná (UFPR). <https://orcid.org/0000-0003-3302-5135>

matters, along with the understanding that collective entities should also be afforded the guarantees inherent to Criminal Law, although with appropriate adaptations. To achieve this objective, the approach taken in Spanish legislation on this matter serves as a reference. Following a bibliographic review of the main positions within Spanish doctrine that seek to reconcile the transfer of criminal responsibility with the principle of personal culpability, three proposals are presented for better refinement of the topic in Brazil. In summary, these consist of: i) the implementation of precautionary measures aimed at preventing fraudulent business succession; ii) a legal provision for punishment in cases where material continuity of the dissolved entity or direct involvement of the successor entity in the offense is confirmed; and iii) the criminalization of the fraudulent concealment of the successor entity.

KEYWORDS: Criminal Law; Corporate Criminal Liability; Extinction of Punishability; Principle of Personal Responsibility; Corporate Succession

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Problemas práticos oriundos da ausência de previsão legal: Recurso Especial n. 1.977.172/PR; 3 Pressupostos para resolução do problema; 4 A sucessão de responsabilidade empresarial no caso espanhol; 5 Compatibilidade entre o princípio da pessoalidade das penas e a sucessão de responsabilidade penal em casos de reestruturação; 6 Conclusões: possíveis caminhos a serem trilhados no ordenamento jurídico-penal brasileiro; Referências bibliográficas

1 Introdução

Se a pessoa jurídica acusada – ou que venha a ser acusada – de cometer um crime é adquirida por outra empresa, o que deve acontecer com sua responsabilidade penal? Transfere-se a imputação para o ente coletivo que adquiriu a empresa acusada? Uma transferência automática dessas parece ferir o princípio da culpabilidade. Então o processo criminal deve ser extinto pela extinção formal da pessoa jurídica apontada como autora do delito, tal como ocorre com a morte da pessoa física consoante disposto no art. 107, inciso I, do Código Penal (CP)? Se assim for, as operações societárias podem ser utilizadas justamente para afastar a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Como compatibilizar a necessidade de punir o ente coletivo com as garantias inerentes ao ordenamento jurídico de um Estado Democrático?

Essas perguntas motivaram o presente estudo e instauraram importante discussão no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Especificamente, adiante será demonstrado, em um primeiro momento, que o Tribunal Superior em questão, ao se debruçar sobre o Recurso Especial n. 1.977.172/PR, evidenciou a existência de uma lacuna legislativa no que diz respeito aos impactos de eventuais mudanças

societárias sobre um inquérito policial ou ação penal quando o procedimento tiver por sujeito passivo uma empresa.

Nesse primeiro capítulo, será abordada a conclusão assentada no acórdão, de estender às pessoas jurídicas a extinção de punibilidade disposta no art. 107, inciso I, CP, bem como as discussões travadas no referido recurso especial, mormente aquelas relacionadas à possibilidade de que tal conclusão transforme operações empresariais em instrumentos altamente eficazes para contornar uma possível responsabilidade criminal.

Em um segundo momento, será explicado que não há como se propor uma solução adequada às consequências penais da extinção ou sucessão da pessoa jurídica sem a assunção de pelo menos dois pressupostos. Em primeiro lugar, demonstrar-se-á como essencial a adoção de uma fórmula de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica. Em segundo lugar, será abordada a necessidade de compreender que aos entes coletivos também devem ser aplicadas as garantias inerentes ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, mormente no que tange à pessoalidade da pena, corolário do princípio da culpabilidade.

Em um terceiro momento, buscar-se-á na Espanha, por meio da análise de legislação específica sobre as consequências da sucessão do ente coletivo alvo de uma acusação criminal, bem como das diferentes posições doutrinárias sobre o tema, uma possível solução apta a ser aplicada no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

No quarto capítulo, cada um dos posicionamentos doutrinários a respeito do tema objeto deste artigo serão criticamente analisados. Referido exame, como se observará nas conclusões deste trabalho, levará à apresentação de três sugestões que podem ser úteis à busca por um melhor tratamento do tema no Brasil.

Ao longo do texto, espera-se deixar evidente ao leitor que, longe de pretender um esgotamento da discussão, o presente artigo é proposto como um justo meio entre os extremos. Isto é, sempre em respeito às garantias fundamentais inerentes ao Direito Penal e Processual Penal, pretende-se suggestionar uma perspectiva que, de um lado, afasta-se da transferência automática de responsabilidade penal da empresa sucedida à empresa sucessora e, de outro lado, distancia-se da irrefletida extinção da punibilidade do ente coletivo extinto ou adquirido.

2 Problemas práticos oriundos da ausência de previsão legal: recurso especial n. 1.977.172/PR

Em dezembro de 2020, o Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) e, posteriormente, em agosto de 2022, o STJ, foram provocados a enfrentar caso envolvendo a aquisição de uma empresa supostamente responsável pelo cometimento de crime

ambiental. Segundo constou na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Paraná (MPPR)³, a empresa AGRÍCOLA JANDELLE, em julho de 2008, teria causado poluição mediante lançamento de resíduos sólidos derivados do milho e da soja, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos, em níveis tais que poderia causar danos à saúde humana. Em razão dessa conduta, imputou-se à empresa o cometimento do delito previsto no artigo 54, §2º, inciso V, da Lei nº 9.605/1998.

Ocorre que, após o recebimento da denúncia, ocorrido em 24 de agosto de 2018, a empresa SEARA ALIMENTOS LTDA., isto é, pessoa jurídica distinta da acusada na ação penal em questão, compareceu ao processo para ela própria apresentar resposta à acusação. Na oportunidade, a SEARA ALIMENTOS explicou que havia incorporado a empresa AGRÍCOLA JANDELLE S/A.

O primeiro argumento invocado pela SEARA ALIMENTOS foi de ilegitimidade passiva, ocasião na qual esclareceu duas circunstâncias. A uma, que a AGRÍCOLA JANDELLE havia sido adquirida em 2014 pelo Grupo JBS, do qual a SEARA ALIMENTOS também fazia parte. A duas, que em outubro de 2018, a AGRÍCOLA JANDELLE havia sido incorporada pela empresa SEARA ALIMENTOS, o que levou à baixa da então denunciada na Junta Comercial do Estado do Paraná em 19/11/2018⁴. Assim, logo em sua primeira manifestação, a SEARA construiu o seguinte raciocínio: como a JANDELLE fora incorporada e houve a extinção de sua personalidade jurídica, deveria considerar-se que o ato correspondia à morte da empresa incorporada⁵, nos termos do art. 107, I, CP.

A matéria chegou ao TJPR, que acolheu o argumento supramencionado. Em resumo, o entendimento foi arrimado em três aspectos: (a) diante da omissão contida na Lei nº 9.605/1998 acerca da extinção da punibilidade da pessoa jurídica, restaria a aplicação subsidiária do CP e do Código de Processo Penal (CPP); (b) o quadro societário da empresa denunciada à época dos fatos era distinto do quadro societário da pessoa jurídica que incorporou a denunciada, de modo que inexistiam indícios de fraude passíveis de serem constatados da análise das alterações de constituição societária das empresas; (c) a extinção da personalidade jurídica do ente coletivo, equivalente à “baixa” do CNPJ perante a Junta Comercial, cor-

3 BRASIL. 2ª Vara Criminal da Comarca de Arapongas/PR. Ação Penal n. 0000031-44.2012.8.16.0045. Denúncia (mov. 3). Promotor (Autor - Ministério Público do Estado do Paraná): Rogério Barco de Toledo. Arapongas, 07 de agosto de 2018.

4 BRASIL. 2ª Vara Criminal da Comarca de Arapongas/PR. Ação Penal n. 0000031-44.2012.8.16.0045. Resposta à Acusação (mov. 40). Advogados (Parte - Seara Alimentos Ltda.): Luciana Mellario do Prado; Ricardo Alexandre de Freitas; Nayra Gomes Mendes. São Paulo, 20 de março de 2019.

5 Ibidem.

respondia à extinção da empresa e, por analogia, à extinção da punibilidade pela morte do agente⁶.

O MPPR, insatisfeito com o acórdão proferido pelo TJPR, interpôs recurso especial perante o STJ invocando “negativa de vigência ao artigo 107, inciso I, do Código Penal, c.c. arts. 4º e 24 da Lei 9.605/98”⁷ porquanto a intranscendência ou pessoalidade da pena atingiria apenas seres humanos. A partir de então, instaurou-se divergência entre os próprios ministros do STJ: de um lado, o Ministro Relator votou por negar o recurso ministerial; de outro lado, o ministro responsável pelo voto-vogal decidiu acolher o recurso ministerial e reformar o acórdão proferido pelo TJPR.

No voto condutor do julgamento, o Ministro Relator invocou dois importantes fundamentos que levariam à manutenção do acórdão do TJPR que reconheceu a extinção da punibilidade da AGRÍCOLA JANDELLE pela aplicação, por analogia, do art. 107, I, CP. Primeiramente, o ministro da Corte Superior invocou os artigos 1.116 e 1.118 do Código Civil, bem como o artigo 227 da Lei 6.404/1976, para fundamentar que a incorporação extinguiu a empresa incorporada. Assim, diante da inexistência de previsão legal a respeito da responsabilidade criminal da empresa em caso de sucessão, entendeu-se que “a situação fática mais próxima, para as pessoas jurídicas, da causa de extinção de punibilidade prevista no art. 107, I, do CP”⁸, era a extinção da pessoa jurídica pela incorporação.

Em um segundo momento, explicou-se que malgrado as sanções criminais aplicáveis à pessoa jurídica assemelhem-se às obrigações de dar, fazer e não fazer, essa semelhança não autorizaria a transmissão de tais sanções à empresa incorporadora tal como ocorre na sucessão prevista na esfera cível. E isso porque o fundamento da incidência das sanções criminais é distinto do fundamento das obrigações cíveis⁹. Assim, destacou-se que, admitindo-se a responsabilidade penal da empresa, faltaria coerência ao Estado “se pretendesse retirar da pessoa jurídica garantias processuais importantíssimas, exatamente por ser a pessoa *jurídica*, em vez de *natural*”¹⁰.

Ocorre que, em seu voto-vogal, o Ministro Joel Ilan Paciornik abriu divergência e, como ponto central de discordância, apontou que equiparar a extinção da empresa com a morte humana pressupunha uma correspondência de caracterís-

6 Ibidem.

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Especial n. 1.977.172/PR. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Recurso Especial (fls. 874-893). Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Promotores: Rodrigo Régner Chemim Guimarães; Fábio André Guaragni. Curitiba, 17 de setembro de 2021, p. 876.

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Especial n. 1.977.172/PR. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Voto do Relator (fls. 976-987). Brasília, 17 de setembro de 2022, p. 10.

9 Ibidem, p. 8.

10 Ibidem, p. 10.

ticas essenciais¹¹. Assim, sustentou-se que a diferença fundamental entre a morte humana e a incorporação da AGRÍCOLA JANDELLE é que, na primeira, irreversível, inexistente “qualquer possibilidade de aproveitamento ou reaproveitamento corpóreo e psíquico”¹²; enquanto na segunda, além da possibilidade de anulação do processo de incorporação¹³, “a sociedade absorvida continua vivendo através da incorporadora”¹⁴.

Por essa razão, concluiu-se que a sanção penal aplicável às empresas é *sui generis*, bem como que competiria às próprias empresas incorporadoras a utilização de mecanismos prévios (*due diligence*) para “conhecer e considerar as implicações legais do risco inerente à operação”¹⁵. Desse modo, segundo o voto-vogal, seria inaplicável o artigo 107, I, CP, para reconhecer a extinção da punibilidade da pessoa jurídica incorporada.

No voto seguinte, o Ministro Rogério Schietti seguiu a divergência e chamou atenção para o fato de que não precisa existir, necessariamente, uma fraude na sucessão empresarial para admitir-se a transcendência da pena à empresa incorporadora¹⁶. Isso, porque segundo seu entendimento “a empresa incorporadora, ao decidir realizar tal operação, recebe os bônus e assume os ônus do negócio”¹⁷. O voto decisivo foi proferido pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que acompanhou o relator destacando a impossibilidade de responsabilizar a empresa incorporadora (SEARA ALIMENTOS) pelos atos praticados pela empresa incorporada (AGRÍCOLA JANDELLE), “exceto havendo comprovada fraude”¹⁸.

De toda a discussão acima, parece evidente que, conquanto a responsabilidade penal da pessoa jurídica esteja expressamente prevista por comandos constitucionais e infraconstitucionais, há verdadeira lacuna legislativa adequando a resposta penal às consequências que eventuais mudanças societárias podem gerar quando o inquérito policial ou a ação penal tiver por sujeito passivo uma empresa.

Disso resulta que, no Brasil, a omissão legal em questão gera grande insegurança jurídica quanto ao tratamento que o ordenamento jurídico-penal conferirá à sucessão empresarial da pessoa jurídica acusada de cometer um delito. Tal insegu-

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Especial n. 1.977.172/PR. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Voto-Vogal do Ministro Joel Ilan Paciornik (fls. 988-1.001). Brasília, 29 de agosto de 2022, p. 6.

12 Ibidem.

13 No ponto, remete-se ao art. 1.122 do Código Civil e ao art. 232 da Lei nº 6.404/1976.

14 Ibidem, p. 7.

15 Ibidem, p. 9.

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Especial n. 1.977.172/PR. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Voto do Ministro Rogério Schietti (fls. 1.002-1.008). Brasília, 30 de agosto de 2022, p. 5.

17 Ibidem, p. 6.

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Especial n. 1.977.172/PR. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Voto-Desempate do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (fls. 1.009-1.016). Brasília, 30 de agosto de 2022, p. 5.

rança pode tensionar aspectos essenciais ao desenvolvimento de um sistema penal democrático, sobretudo a garantia da pessoalidade da pena, corolário do princípio da culpabilidade.

A teoria do delito desenvolvida com vistas à responsabilização penal de pessoas físicas é discutida há décadas e, mesmo diante de inúmeros avanços em prol de um sistema punitivo adequado ao Estado Democrático de Direito exigido nas sociedades modernas¹⁹, ainda carece de melhores respostas em alguns temas. E, se no Brasil a formulação de melhores respostas urge em relação às pessoas físicas, ainda com mais força atinge as discussões a respeito da responsabilização penal de pessoas jurídicas²⁰, dotadas de inúmeras particularidades.

Contudo, propor um método adequado às particularidades da sucessão empresarial da pessoa jurídica e, quiçá, da extinção de sua punibilidade, passa por pelo menos duas exigências. De um lado, admitir que se não pode apenas “importar analogicamente as formas de sucessão do processo civil, pensadas para relações patrimoniais bastante diversas da pretensão punitiva estatal e não protegidas pelo princípio da intranscendência da pena”²¹. De outro lado, assumir que a responsabilidade penal de pessoas jurídicas pode ser firmada sob um sistema penal democrático apenas mediante a adoção de alguns pressupostos, os quais serão delineados a seguir.

3 Pressupostos para resolução do problema

A discussão instaurada no REsp n. 1.977.972/PR e acima exposta revelou que, embora a responsabilidade penal das empresas tenha sido reinserida²² no ordenamento jurídico brasileiro há mais de trinta anos²³, as inúmeras omissões legislativas ainda exigem discussões sobre a compatibilização do instituto com princípios e garantias inerentes a um sistema penal democrático. Como adiantado,

19 BUSATO, Paulo César. Fundamentos do Direito penal brasileiro. Curitiba: Paulo César Busato, 2012, p. 227-233.

20 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98. Trad. Cristina Reindolf da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 9.

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Especial n. 1.977.172/PR. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Voto do Relator (fls. 976-987). Brasília, 17 de setembro de 2022, p. 11.

22 Afirma-se que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas foi “reinserida” pois, conforme explica Paulo César Busato, o Código Criminal do Império de 1830 já reconhecia, em seu artigo 80, a possibilidade de que a “Corporação” cometesse o crime de existência política contra o Império. BUSATO, Paulo César. A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do Direito positivo brasileiro. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, p. 85-98, abr./jun. 2018, p. 87-89. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p85>. Acesso em: 03 fev. 2024.

23 Conforme previsão contida no §3º do art. 225 da Constituição da República. Há quem sustente que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas foi disposta também no art. 173, §5º, da Constituição Federal. Nesse sentido: BUSATO, Paulo César. Razões político-criminais para a responsabilidade penal de pessoas jurídicas. In: BUSATO, Paulo César (org.). Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil-Alemanha. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 44.

a análise dessa compatibilidade passa pela assunção de pelo menos dois pressupostos: (i) adoção de uma fórmula de autorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas e (ii) reconhecimento da pessoa jurídica como sujeito passivo de garantias fundamentais.

3.1 Autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica como ponto de partida

O primeiro pressuposto corresponde à adoção de uma fórmula de autorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas. Anuncia-se tal circunstância como fundamental pois parece ser a única fórmula capaz de compatibilizar a necessidade de imputar diretamente às empresas os delitos por elas praticados com as garantias inerentes ao sistema penal. Explica-se.

De modo geral, são conhecidas duas fórmulas de imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas: heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade²⁴.

Os sistemas de heterorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas possuem como característica central a “necessidade de afirmação da responsabilidade de uma pessoa física”²⁵. Assim, afasta-se desde logo a possibilidade de adoção de uma fórmula de heterorresponsabilidade por duas razões elementares. A uma, porque a doutrina aprofundou-se suficientemente a respeito da violação ao princípio da culpabilidade que tal exigência traduz²⁶. A duas, pois quando o Supremo Tribunal Federal (STF), no Recurso Extraordinário 548.181/PR, afastou a necessidade de dupla imputação para responsabilizar pessoas jurídicas, o debate parece ter sido superado no Brasil²⁷.

No ponto, há de se destacar que, atualmente, há quem sustente a adoção de fórmulas como a responsabilidade penal da pessoa jurídica por fato de conexão

24 GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hétero y la autorresponsabilidad. Revista de Estudios de la Justicia, p. 171-217, n. 15, año 2011, p. 177.

25 PRAZERES, Ângela dos; BUSATO, Paulo César. Heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade penal de pessoas jurídicas: especial referência ao fato de conexão. In: BUSATO, Paulo César (org.). Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: anais do III seminário Brasil-Alemanha. 1. ed. São Paulo: Empório do Direito com Tirant lo Blanch, 2020, p. 11.

26 Sobre o tema, veja-se: BUSATO, Paulo César. Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 77-103.

27 Na oportunidade, a Suprema Corte brasileira consignou que “o art. 225, §3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Extraordinário 548181/PR. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, 6 ago. 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>.

ou defeito de organização como aplicação de fórmulas de autorresponsabilidade²⁸. Não é o posicionamento adotado neste trabalho.

Em verdade, analisando-se tais propostas, vislumbra-se pelo menos 2 (dois) problemas incompatíveis com as exigências de um modelo de autorresponsabilidade penal de pessoas jurídicas. Em primeiro lugar, pois quando inserida a exigência de que deve haver um fato de conexão ou um fato de referência cometido por uma pessoa física, permanece a relação entre conduta praticada pela pessoa natural como pressuposto para reconhecimento da conduta praticada pela empresa²⁹. Em segundo lugar, pois o argumento de que a responsabilidade penal da empresa corresponderia ao defeito na auto-organização da companhia que permitiu a realização do fato típico, isto é, em uma “falta de controle sobre sua evitação”³⁰, corresponde à responsabilização do ente coletivo pelo que ele é (desorganizado) ao invés de responsabilizá-la pelo que ele fez, o que representa inadmissível Direito Penal do autor.

Isto posto, a única fórmula de autorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas que realmente parece dispensar completamente a identificação de ação, dolo ou culpabilidade de pessoas físicas deriva de um sistema ancorado em postulados que afastem elementos ontológicos dessas categorias.

Afinal, por óbvio que a pessoa jurídica não poderá praticar ações em sentido físico, natural, ontológico. Entretanto, como suficientemente explicado em outras oportunidades, tanto o desvalor de ação quanto o desvalor de resultado traduzem noções jurídicas, interpretadas por meio de dados externos ao sujeito analisado e que são atribuídas a este, prescindindo-se de dados ontológicos para tanto³¹.

A pretensão deste trabalho não é revisitar os argumentos que aniquilam as noções de ação enquanto movimento natural dirigido a um fim ou manifestação da personalidade e de dolo como um dado naturalístico. Para tanto, há inúmeros trabalhos suficientemente completos³². Há, todavia, a necessidade de que o resul-

28 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2010.

29 PRAZERES, Ângela dos; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 16.

30 PRAZERES, Ângela dos; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 17.

31 BUSATO, Paulo César. Tres tesis... op. cit., p. 89.

32 As críticas a respeito do conceito de ação adotado pelas teorias finalistas e da “manifestação da personalidade” referida nas teorias funcionalistas: ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de Direito Penal. 3. ed. Trad. de Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 91 ss. MARINUCCI, Giorgio. El delito como acción. Crítica de un dogma. Trad. de José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 181. BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 179-189. BUSATO, Paulo César. Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito penal a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 75-138. VIVES ANTON, Tomás Salvador. Fundamentos del sistema penal. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 127-156. Desconstrução do dolo enquanto um dado extraído da psiquê do indivíduo: BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e direito penal. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 78-82. CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. Dolo y lenguaje: hacia una nueva gramática del dolo desde

tado de tais argumentos sejam expostos pontualmente neste momento para uma breve compreensão do que se deve considerar como autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica.

Assim, a respeito da ação, tem-se que não se deve compreendê-la no campo do ser, buscando-se alcançar sua expressão em movimentos físicos exclusivos da pessoa natural. Deve-se, em verdade, entender a ação como uma representação de algo que, a depender do contexto social em que é interpretada, possui um ou outro significado³³.

A ação não é definida como “algo”, mas sim interpretada como “algo”³⁴. “Algo” nem sempre será um movimento corporal – vide crimes omissivos –, mas revelará um significado para quem observou sua realização. É essa atribuição de significado a “algo”, decorrente da interação entre ação ontológica, norma e circunstâncias do fato, que resultará na compreensão da ação como um delito ou não. E toda essa construção de atribuição de significado “se situa fora do sujeito e fora do objeto, para transferi-la à relação que se estabelece entre eles”³⁵.

Nesse sentido, compreende-se a ação da pessoa jurídica não como uma conduta física da pessoa natural ou de seus órgãos administrativos igualmente compostos por pessoas naturais que praticam condutas físicas, mas sim como é interpretada a interação entre a própria pessoa jurídica e o contexto social do qual ela faz parte³⁶.

Mediante raciocínio semelhante, conclui-se que o dolo igualmente prescindir de dados ontológicos. O compromisso com a produção do resultado, ao contrário do que muitos afirmam, não é extraído da psiquê³⁷. A mente do sujeito, evidentemente, é inacessível.

la filosofía del lenguaje. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 149-185. HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. In: HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Trad. de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999, p. 63-84.

33 VIVES ANTÓN, Tomás S. Fundamentos do sistema penal. Trad. Paulo César Busato. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 161.

34 BUSATO, Paulo César. Direito Penal e Ação Significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 152.

35 BUSATO, Paulo César. Direito Penal e Ação Significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 189.

36 BUSATO, Paulo César. Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 95-97.

37 Nesse sentido: VIVES ANTÓN, Tomás S. Fundamentos do... op. cit., p. 183-189.

O que se entende como dolo ou culpa é aquilo que se atribui como dolo ou culpa³⁸. Isto é, consoante explica HASSEMER³⁹, tanto o elemento cognitivo quanto o elemento volitivo da dimensão subjetiva do ilícito são deduzidos de indicadores objetivos externos que possibilitam a análise daquilo que o sujeito sabia e daquilo que representava o compromisso do agente. Por conseguinte, o dolo ou a culpa da empresa restam perfeitamente aferíveis porquanto independem de qualquer questão mental exclusiva das pessoas físicas⁴⁰. A partir dos denominados indicadores objetivos, como documentos, atribui-se à pessoa jurídica dolo ou culpa.

No que tange à culpabilidade enquanto elemento da teoria do delito, também é possível dispensar substratos ontológicos. Em que pese seja o ponto capaz de gerar as maiores contestações a respeito da responsabilização penal das pessoas jurídicas, parece bastante razoável fundamentar a culpabilidade, enquanto um juízo de reprovação, por uma ideia de periculosidade⁴¹.

Nesse caso, substitui-se a pretensão de reprovação da pessoa jurídica pela constatação de que há um estado de risco cujo controle é necessário mediante a incidência do Direito Penal⁴². Com efeito, verificada a periculosidade da empresa, justifica-se a possibilidade de puni-la por meio de medidas de segurança⁴³.

Revisitadas todas as categorias essenciais da teoria do delito, bem se nota que, mediante a adoção de uma verdadeira fórmula de autorresponsabilidade penal do ente coletivo, revela-se plenamente possível dispensar quaisquer elementos ontológicos ou próprios de pessoas físicas para assentar a responsabilidade penal das empresas. A razão, ao final, parece simples: em que pese o Direito Penal tenha sido criado por pessoas físicas e, portanto, represente o enfoque destas, todos seus

38 Nesse sentido, Carlos Martínez-Buján Pérez explica que “somente podemos analisar as manifestações externas do autor, e, isso sim, através delas poderemos averiguar a bagagem de conhecimentos do autor (as técnicas que dominava, o que podia e o que não podia prever ou calcular) e entender, assim, ao menos parcialmente, suas intenções expressas na ação”. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. O conceito “significativo” de dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e direito penal: modernas tendências. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 43.

39 HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. In: HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pitá. Santa fe de Bogotá - Colombia: Editorial Temis S.A., 1999, p. 78-84.

40 Nesse sentido: BUSATO, Paulo César. Razões criminológicas, político-criminais e dogmáticas para a adoção da responsabilidade penal de pessoas jurídicas na reforma do código penal brasileiro. In: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 47.

41 Nesse sentido: REINALDET, Tracy. Questões francesas sobre a responsabilidade penal de pessoas jurídicas. In: BUSATO, Paulo César (org.). Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil-Alemanha. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 126.

42 Ibidem, p. 127.

43 Sobre o tema: BUSATO, Paulo César. Razões criminológicas, político-criminais e dogmáticas para a adoção da responsabilidade penal de pessoas jurídicas na reforma do código penal brasileiro. In: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 48-53.

conceitos são construções jurídicas, oriundas da linguagem, as quais prescindem de substratos ontológicos e compatibilizam-se com a natureza incorpórea da pessoa jurídica.

De mais a mais, a autorresponsabilidade penal do ente coletivo como primeiro pressuposto pavimenta outro caminho capaz de guiar a conclusões igualmente importantes: conquanto a pessoa jurídica, diante de sua natureza incorpórea, não possua capacidade para exercer determinados direitos, por certo que também prescindirá de pessoas físicas para deter garantias inerentes ao ordenamento jurídico-penal.

3.2 Garantias fundamentais da pessoa jurídica na esfera penal: especial referência à culpabilidade

A Constituição da República de 1988, além de tratar direitos e garantias fundamentais de forma uníssona⁴⁴, acabou por positivá-los. Essa constitucionalização dos direitos fundamentais, no Brasil, trouxe consequências em diversas dimensões. Como exemplo importante para o presente artigo pode ser citada a imposição, a todos os poderes constituídos, da necessidade de respeitar-se os direitos fundamentais⁴⁵.

Ocorre que, diferentemente de países como Portugal⁴⁶, Itália⁴⁷ e Alemanha⁴⁸, o Brasil não inseriu em sua ordem constitucional uma previsão expressa autorizando a extensão de garantias constitucionais a pessoas jurídicas. A única previsão semelhante consta no artigo 52 do Código Civil⁴⁹, que dispõe sobre o alcance dos direitos da personalidade à pessoa jurídica naquilo que lhe couber.

No âmbito do Direito Civil, inclusive, há relevante discussão a respeito da constitucionalidade de tal previsão. Isso pois, de um lado, defende-se que os direitos da personalidade seriam exclusivos das pessoas físicas, como uma derivação natural do princípio da dignidade da pessoa *humana*⁵⁰. Por outro lado, defende-se

44 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 170

45 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op., cit., p. 147.

46 “Art. 12º. 2. As pessoas coletivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”.

47 “Art. 2º. A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, económica e social”. (Texto original: “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”).

48 “Art. 19, nº 3. Os direitos fundamentais também são válidos para as pessoas jurídicas sediadas no país, conquanto, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas”. (Texto original: “[3] Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind”).

49 Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

50 SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 95-96.

que não apenas tais direitos podem ser estendidos à pessoa jurídica como ela própria poderia ter uma dignidade⁵¹, a qual seria deduzida do artigo 170 da Constituição Federal⁵².

A despeito da discussão supramencionada, a capacidade da pessoa jurídica ostentar garantias fundamentais parece encontrar seu fundamento não sob a perspectiva dela própria, mas sim sob a perspectiva de que o ente coletivo, quando submetido à persecução criminal, adquire as garantias inerentes ao sistema penal⁵³.

É dizer, o sistema penal estruturado em um Estado Democrático de Direito deve estar pautado em garantias que ultrapassam a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, do que decorre uma dimensão objetiva que representa, em essência, o controle da ação estatal por si só⁵⁴. Essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais, “cuja percepção independe de seus titulares”⁵⁵, confere uma “espécie de missão ativa dos direitos fundamentais, na qual busca-se a efetivação dos direitos fundamentais enquanto valor que, por si mesmo, deve ser preservado e fomentado”⁵⁶. Justamente dessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais é que decorre um fortalecimento de garantias processuais⁵⁷.

Assim, no presente trabalho adota-se o seguinte posicionamento: malgrado os direitos fundamentais tenham sido pensados originalmente para pessoas físicas, não há restrições ao reconhecimento de que pessoas jurídicas também gozem de tais direitos⁵⁸.

Por óbvio que algumas garantias fundamentais não são compatíveis com a natureza incorpórea da pessoa jurídica ou, ainda, exigem alguma adaptação ao

51 GONTIJO, Vinicius José Marques. Do Princípio da Dignidade da Pessoa Jurídica. Revista de Direito Mercantil, industrial econômico e financeiro. São Paulo, vol.149/150, p.151-158 jan./dez.2008, p. 155

52 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

53 Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, v. 2, n. 4, p. 9-21, nov. 2004, p. 16. ESTELLITA, Heloisa. Aspectos processuais penais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; NETO, Theodomiro Dias (coords.). Crimes Econômicos e processo penal. São Paulo: Saraiva, 2008 (série GV Law), p. 234. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. Responsabilidade penal da pessoa jurídicas e garantias processuais no ordenamento jurídico brasileiro. In: VALENTE, Manuel Gomes Monteiro Guedes; CHOUKR, Fauzi Hassan (coords.). O processo penal no âmbito da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Coimbra: Almedina, 2022, p. 64-67.

54 MARTINS, Leonardo. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideu: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005, p. 81.

55 Ibidem.

56 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op., cit., p. 168.

57 NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: é possível reconhecer os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores?. Revista Direito e Liberdade da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, v. 13, n.1, p. 3.

58 Assim entendem: MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op., cit., p. 172.

ente coletivo⁵⁹. Evidentemente que empresas não poderão exercer alguns direitos – como o direito ao voto – ou, ainda, seu usufruto será distinto da pessoa física – como o direito à livre locomoção, uma vez que a pessoa jurídica não transitará, com as próprias pernas, de um lado a outro.

Todavia, isso não quer dizer que a pessoa jurídica não poderá ostentar garantias estruturantes do Direito Penal e Processual Penal. O direito à não autoincriminação, por exemplo, não deriva da natureza da pessoa jurídica ou de sua personalidade, mas do fato de que o processo, em si, para seu desenvolvimento adequado, garante ao acusado o direito à não autoincriminação⁶⁰. Por consequência, a partir do momento em que o ente coletivo é submetido a um processo criminal, são-lhe asseguradas as garantias inerentes ao Direito Processual Penal⁶¹.

De igual modo, quando se fala de um Direito Penal construído sobre o princípio da culpabilidade, parece que não se está a afirmar que a responsabilidade deve ser pessoal *apenas* porque um ser humano não deve responder pela conduta praticada por outro ser humano. Quer parecer que a culpabilidade, enquanto princípio, está intimamente ligada com o desenvolvimento de um Estado de Direito⁶² no qual o sistema penal exige uma vinculação subjetiva entre o autor e o fato⁶³.

Disso resulta que a utilização do termo “condenado” no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição da República, não afasta a aplicação da pessoalidade da pena às pessoas jurídicas. O “condenado” tem por referência “o autor do crime”, que pode ser o ente coletivo. E como autor só pode ser considerado aquele que passa pelo filtro da persecução criminal, as garantias inerentes ao Direito Penal, como a responsabilidade subjetiva, hão de ser respeitadas.

4 A sucessão de responsabilidade empresarial no caso espanhol

Uma vez que, conforme exposto no primeiro capítulo, a questão de base do presente estudo foi pela primeira vez enfrentada, pelos tribunais brasileiros, apenas recentemente, e tendo em vista que o tema ainda foi pouco explorado pela doutrina nacional, uma forma de se ampliar os horizontes acerca das consequên-

59 Nesse sentido: ANTUNES, Maria João. Processo penal e pessoa coletiva arguida. Coimbra: Almedina, 2020, P. 49.

60 Ibidem, p. 63.

61 Ibidem, p. 64.

62 No ponto, Zaffaroni cita que “o princípio da culpabilidade é o mais importante dos que derivam de forma direta do Estado de Direito, porque sua violação importa o desconhecimento da essência do conceito de pessoa. Imputar um dano ou perigo para um bem jurídico, sem a prévia constatação do vínculo subjetivo com o aturo (ou impor uma pena fundada apenas na causalidade) equivale a degradar o autor a uma “coisa causadora”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Derecho penal, parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 139

63 BUSATO, Paulo César. Fundamentos do Direito penal brasileiro. Curitiba: Paulo César Busato, 2012, p. 271.

cias penais da sucessão empresarial é investigando como outras culturas jurídicas lidam com o problema.

Nesse intuito, há várias razões que tornam o caso espanhol um modelo a ser dissecado. Lá, o tema encontra previsão legal desde 2010, quando foi introduzido pela Lei Orgânica 5/2010, que acrescentou um rol de dispositivos no Código Penal para regular a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Outro fator relevante é a comum observância ao princípio da pessoalidade das penas e da culpabilidade⁶⁴.

Por outro lado, no que tange ao modo pelo qual se responsabiliza criminalmente as pessoas jurídicas, também existem peculiaridades a serem consideradas no sistema espanhol. No que importa ao presente estudo, há de se ter em conta que o artigo 31 *bis* do Código Penal espanhol exige, para a configuração de responsabilidade da pessoa jurídica, que tenha ocorrido o chamado “ato de referência/conexão”, que é a conduta típica cometida pela pessoa física a serviço da pessoa jurídica, mas, principalmente, exige-se também a ocorrência de um “defeito de organização” da empresa, ou seja, falhas nos sistemas de controle interno, supervisão e prevenção de delitos, de modo a aumentar o risco de que um representante possa cometer um crime.

Tais elementos exercem inegável influência nas críticas e propostas feitas à previsão legal de transferência de responsabilidade no caso de sucessão e extinção empresarial. Dentre outras coisas, como será visto, destaca-se principalmente a importância que diversos autores⁶⁵ dão aos “deveres de diligência” (*due diligence*) da empresa e às falhas ocorridas pelos órgãos de *compliance* a fim de que se possa analisar a possibilidade de transferir a sanção penal nos casos de reestruturação empresarial.

Tendo isso em conta, e partindo à análise da legislação espanhola, a Lei Orgânica n.º 5/2010 introduziu no Código Penal uma cláusula antievasão da responsabilidade criminal da pessoa jurídica nos casos de sucessão e dissolução empresarial, passando a prever em seu novel artigo 130.2 que:

“La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o

64 FARALDO CABANA, Patricia. La transmisibilidad de la pena de multa en las modificaciones estructurales. In: Morales Prats, Fermín; TAMARIT SUMALLA, Josep; GARCIA ALBERO, Ramon. Represión penal y estado de derecho. Arazandi: Thomson Reuters, 2018. p. 516.

65 Por exemplo: LUZÓN CAMPOS, Enrique. La imputación penal del Banco Santander por actividades del Banco Popular y la necesidad de reformar o replantear la interpretación del art. 130.2 del Código Penal. Diario La Ley, n.º 9.369, 04.mar.2019. ZABALA LÓPEZ-GOMES, Carlos. M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. InDret Penal: Revista para el Análisis del Derecho. n.2. p. 195-224, 2020. GOENA VIVES, Beatriz. Sanción penal y reestructuraciones societarias: ¿Responsabilidad por sucesión o sucesión de responsabilidad?. InDret Penal: Revista para el Análisis del Derecho. n. 1. p. 230-264, 2022, p. 251.

entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos”.

Ocorre que uma aplicação literal do artigo 130.2 pode acarretar uma “responsabilidade por sucessão”, implicando na criminalização de uma reestruturação societária sempre que houver uma violação por parte de alguma das entidades envolvidas, razão pela qual há autores que questionam a constitucionalidade do dispositivo⁶⁶.

Isso porque, nos casos de sucessão, o texto determina que a responsabilidade penal da pessoa jurídica será sempre transferida para a empresa resultante, independentemente de sua postura, e mesmo que os proprietários da empresa mudem, os administradores mudem ou até mesmo a forma societária mude.⁶⁷ A princípio, inexistente a necessidade de que a operação seja fraudulenta, sendo também indiferente se houve ou não esforços de *compliance* (processos de *due diligence*) da entidade resultante, como também não é especificado se a sanção vale para todas as penas ou apenas à multa.⁶⁸

A lei ignora que em muitos casos de transformações, fusões, absorções ou cisões, a empresa sucessora pode não estar minimamente ciente de que a operação societária visava a evitar a responsabilidade criminal; ou para a própria empresa sucedida, que pode também não estar ciente de determinadas condutas criminosas dos seus colaboradores, que depois, no momento da operação societária ou após esta, acabam por ser reveladas.⁶⁹

Por conta disso, alguns autores entendem incabível a sucessão da responsabilidade empresarial, pois estar-se-á diante de uma responsabilidade criminal por um delito cometido por outra. Para DOPICO GÓMEZ-ALLER⁷⁰, caso se considere que após uma aquisição a entidade absorvente se torne penalmente responsável

66 Nesse sentido: FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español (una visión crítica). Revista Jurídica de Castilla y León, n.º 12, p. 7-42. set.2011. p. 36. DOPICO GÓMEZ-ALLER, op. cit.

67 ZABALA LÓPEZ-GOMES, op. cit., p. 210.

68 GOENA VIVES, op. cit., p. 237.

69 DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; LIGHTOWLER-STAHLEBERG JUANES, Pablo. La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa: la intervención del FROB en BFA y Bankia. Diario La Ley. n.º 9.126. Sección Doctrina. 25.jan.2018.

70 DOPICO GÓMEZ-ALLER et al. Derecho penal económico y de la empresa. Madrid: Dykinson, 2018. p. 163.

por um ato com o qual, no momento de sua comissão, não teve contato, inevitavelmente se está diante de uma regra que obriga a processar e declarar um sujeito culpado por um ato que, no momento de sua comissão, não poderia ter evitado, nem lhe era imputável.

Porém, o problema de simplesmente vedar a possibilidade dessa “transfêrência” de responsabilidade criminal, em todo e qualquer caso, é a de que se estaria a igualar as pessoas físicas às pessoas jurídicas, sem considerar as peculiaridades desta última. Dessa forma, possibilitar-se-ia que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas pudesse ser contornada por meio de modificações estruturais, transformando a reorganização societária em uma rota de fuga da responsabilidade corporativa.⁷¹

Por isso há de se considerar que as pessoas jurídicas carecem das limitações biológicas dos seres humanas de tal maneira que, por exemplo, o suicídio pode representar uma forma atrativa de eludir responsabilidades penais.⁷² Assim, não se pode deixar de punir fatos merecedores de pena por razões puramente formais, e que podem ser buscadas de propósito.⁷³

De fato, a pessoa jurídica tem uma capacidade muito específica, que consiste na possibilidade de subsistir de uma forma ou de outra (transformação), mesmo que tenha sido dividida em várias partes (cisão) ou esteja totalmente integrada a um sujeito preexistente (fusão e aquisição).⁷⁴

O desafio, portanto, é equilibrar esses dois interesses conflitantes. Por um lado, tornar viável a imposição e cumprimento da punição corporativa dentro das garantias penais de um Estado Democrático de Direito, e de outro, não ignorar as particularidades imanentes à pessoa jurídica, sobretudo no que tange à sua fungibilidade.

5 Compatibilidade entre o princípio da personalidade das penas e a sucessão da responsabilidade penal em casos de reestruturação da empresa

Para que esse desafio seja solucionado, inicialmente é necessário ter em conta que, a despeito de as garantias tradicionais do direito penal se aplicarem também às empresas, isso não significa que elas devam ser empregadas da mesma

71 DAVID TUGUI, Florin. Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal. Tese (doutorado) - Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Oviedo. Oviedo, 2021.

72 FARALDO CABANA, op. cit. p. 340.

73 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pamplona: Thomson Reuters, 2012. p. 262.

74 DAVID TUGUI. op. cit. p. 339.

forma. Urge a necessidade de uma adaptação desses princípios, de forma a compatibilizá-los com as peculiaridades corporativas.

Foi essa, inclusive, a conclusão da Audiência Nacional espanhola, argumentando que não é possível transpor automaticamente os princípios da personalidade das penas e da culpabilidade do sistema penal das pessoas naturais para o das pessoas jurídicas, diante das diferenças na natureza dos sujeitos envolvidos. Segundo o tribunal, as pessoas jurídicas gozam de um sistema próprio e diferenciado, não sendo possível transferir automaticamente aos entes coletivos os elementos e conceitos que compõem a teoria tradicional do delito em relação às pessoas naturais.⁷⁵

Nesse sentido, não há como deixar de considerar que as peculiaridades de cada tipo de modificação empresarial têm impacto direto na hora de se avaliar a transferência da responsabilidade penal. Por exemplo, nos casos de transformação, em que há apenas a mudança da forma corporativa da empresa (v.g., de uma empresa limitada para uma sociedade anônima), parece coerente aceitar que a sanção penal persista na entidade resultante. O mesmo ocorre nos casos de cisão, em que há a mera fragmentação da pessoa jurídica, sendo o desafio, nesses casos, conseguir modular de forma proporcional as sanções impostas. Assim, observa-se que os casos que ensejam os maiores problemas – e que são referência ao presente texto – são sobretudo aqueles que envolvem operações de fusão e aquisição entre entidades.⁷⁶

À vista disso, surgem diferentes posicionamentos que buscam fundamentar, de forma compatível com os princípios do Direito Penal, a sucessão da responsabilidade nos casos de reestruturação empresarial, bem como diferentes critérios a serem observados a fim de que se possa chegar à responsabilização da empresa.

Dentre as mais variadas posturas, pode-se elencar, sem qualquer pretensão de esgotamento, ao menos quatro: a primeira (i), que fundamenta a responsabilidade a partir do próprio ato ilícito da empresa original, a qual poderia em tese ser transferida porquanto sua natureza assemelha-se a uma dívida patrimonial; uma segunda (ii) de que a pena deve ser aplicada quando, a partir de termos econômicos e organizativo-materiais, não se está diante de um sujeito diferente daquele originalmente responsável; uma terceira (iii), que admite a responsabilização a partir de uma infração subsequente provocada pela empresa resultante; e, por fim (iv), há aqueles que sustentam a possibilidade de se impor uma sanção quando

⁷⁵ ESPANHA. Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Sección 4ª. Auto 246/2019. Rec. 230/2019. Rel. Fermín Javier Echarrí Casi. Julgado em 30 de abril de 2019.

⁷⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER et al., op. cit., p. 162.

o estado de injustiça iniciado na entidade original foi perpetuado pela entidade resultante.

Uma primeira abordagem (i), portanto, enxerga a pena imposta à empresa resultante como se uma dívida patrimonial fosse⁷⁷. Conforme explica QUINTERO OLIVARES⁷⁸, se houver uma sucessão universal de uma pessoa jurídica em relação a outra, a sucessora assume as dívidas - e as multas - da empresa causadora, e dado que o patrimônio desta não foi liquidado, mas simplesmente mudou de titular (foi à sucessora), a nova titular deve ser considerada responsável patrimonialmente nos mesmos termos que a causadora era. Desse modo, os novos membros/sócios da pessoa jurídica sucessora devem aceitar o risco decorrente da imputação penal ao aprovarem a fusão⁷⁹.

Todavia, a interpretação acaba por equiparar a responsabilidade em casos de sucessão a uma responsabilidade civil subsidiária⁸⁰. Além disso, ela não resolve o problema da automaticidade da sanção, colidindo, da mesma forma, com o princípio da culpabilidade⁸¹. Ademais, para além da pena de multa, também existem sanções de natureza não diretamente econômica, como a pena de intervenção ou de dissolução, que diante da magnitude de seus efeitos e de sua funcionalidade repressiva, não podem ser simplesmente desconsideradas, sob o risco de incentivar a sucessão empresarial como forma de se obter uma pena mais branda.

Afastando-se desse posicionamento, uma segunda abordagem sustenta que o relevante é verificar se a pena transferida é realmente imposta a um sujeito diferente daquele originalmente responsável⁸². É uma perspectiva que se concentra no próprio agente causador do ilícito que, do ponto de vista fático, continua subsistindo (ainda que haja uma alteração formal de sua identidade), e por essa razão a sanção que lhe foi - ou deveria ter sido - imposta não desaparece e deve ser aplicada.

Para se concluir pela continuidade organizativo-material da empresa, TUGUI⁸³ propõe que devem ser verificados três blocos temáticos. O primeiro se refere aos recursos humanos e pessoais da entidade (os colaboradores da empresa de forma geral, v.g. gerentes, conselho de administração, diretores, empregados). O

77 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Muerte de la persona jurídica y responsabilidad penal y civil. Derecho y riesgo de corrupción. Conferencia en Granada, 8 de junio de 2021. Disponível em: <<https://proyectocorrupcion.ugr.es/wp-content/uploads/08062021-Ponencia-Quintero.pdf>>. Acesso em: 12/11/2023.

78 Ibid. p. 7-8.

79 Ibid., p. 7-8.

80 GOENA VIVES, op. cit., p. 240-241.

81 GOENA VIVES, ibid.

82 FARALDO CABANA, op. cit. DAVID TUGUI, op. cit.

83 DAVID TUGUI, op. cit., p. 374-376.

segundo compreende a atividade da entidade, referindo-se não apenas ao que ela faz, mas também àqueles com quem ela se relaciona (terceiros, clientes, fornecedores, afiliados, parceiros, colaboradores de todos os tipos). O último bloco seria constituído pelos ativos dos quais a entidade é proprietária ou dos quais faz uso (a sede que serve como domicílio da entidade e os edifícios onde a atividade da entidade é realizada, que podem variar de estabelecimentos abertos ao público a edifícios industriais, terrenos etc.).

Tal posicionamento fornece argumentos sólidos para atribuir uma responsabilidade a “terceiro” sem burlar a ideia de intranscendência da pena. Afinal, naqueles casos em que se tem uma verdadeira continuidade nas atividades, recursos humanos e ativos, pode-se afirmar que houve uma mera alteração formal da empresa infratora. Nessas situações casos – reforçando a necessidade de se adaptarem os princípios do direito penal conforme a natureza do acusado – o sujeito continua o mesmo, e portanto, diretamente ligado à conduta causadora do delito.

O problema desse posicionamento reside especialmente naqueles casos em que não há uma efetiva continuidade identitária, mas apenas uma fração dela. Basta pensar, por exemplo, na situação em que uma empresa de um determinado ramo adquire outra de mesmo fim econômico, adquirindo também os ativos e colaboradores vinculados à empresa absorvida. Porém, a empresa adquirente segue com parte substancial de seu próprio patrimônio (material e imaterial) pré-aquisição, ou seja, sua própria identidade. Tal operação, por si só, não pode ser utilizada para fundamentar a responsabilidade da empresa adquirente por um delito eventualmente cometido pela empresa absorvida. A continuidade identitária, nesses casos, não é tão concreta, sendo questionável uma transferência automática da responsabilidade sem se violar a pessoalidade das penas.

Além disso, promove-se a responsabilização da entidade sucessora com base em critérios exclusivamente econômicos e de organização empresarial, sem tomar como norte alguma conduta praticada pela pessoa jurídica, aproximando-se de uma espécie de Direito Penal do autor.⁸⁴

Uma terceira alternativa, portanto, para fundamentar de modo legítimo a não extinção da punibilidade criminal em casos de reestruturação corporativa, é entender que sua base está não no delito anterior da entidade original, mas em um ato subsequente da empresa prevalecente. Ou seja, haveria uma responsabilidade da empresa resultante caso constatada uma inadequação na “*due diligence*” preventiva antes e durante a operação, sustentando que é dever da empresa procurar detectar a existência de uma conduta ilícita da empresa originária, devendo ela ser

84 GOENA VIVES, op. cit., p. 245-246.

responsabilizada caso não realize uma análise dos indícios que possam revelar a possível responsabilidade da entidade antecessora.⁸⁵

Tal posição também não está isenta de críticas. Não se pode concluir que, se a entidade resultante foi negligente no momento da aquisição, não identificando delitos praticados pela empresa originária, essa negligência já permitiria que a empresa sucessora seja condenada pelo delito cometido pela empresa originária. Além disso, estar-se-ia diante de dois delitos diferentes. Conforme bem ilustra DO-PICO GÓMEZ-ALLER⁸⁶, digamos que em 2017, uma empresa criada em 2016 assume o controle de uma empresa que havia cometido suborno em 2015. É irrazoável que a empresa absorvente seja responsabilizada por um suborno cometido em 2015, quando ela nem sequer existia, baseando essa reprovação em uma suposta violação de um dever de cuidado cometido no momento da absorção, em 2017.

Ainda assim, a vantagem de se valer da existência de uma *due diligence* como critério, é impedir que a responsabilidade da entidade sucessora se dê de forma automática e objetiva.

Por isso é que, representando uma quarta “corrente”, mas ainda dentro da ideia de se fundamentar a responsabilidade a partir de um ato subsequente da empresa resultante, a Audiência Nacional espanhola⁸⁷, ao se debruçar sobre a questão, sustentou que a condenação deve ocorrer apenas nos casos em que a operação societária tenta encobrir ou evitar a responsabilidade penal e/ou civil derivada do delito. As entidades que não têm nada a ver com os crimes cometidos pelas empresas fundidas não podem ser responsabilizadas por isso. E para se aferir o objetivo da operação e se ela foi realizada por motivos espúrios, segundo o tribunal, o comportamento da entidade resultante após a fusão seria uma indicação fundamental. Assim, se uma empresa resultante, por exemplo, modifica completamente os órgãos de administração da entidade; impõe sua própria estrutura e sistema de tomada de decisões; e estabelece programas adequados de conformidade e prevenção regulatória, não haveria que se falar em transferência da responsabilidade.

GOENA VIVES⁸⁸ também tem a finalidade fraudulenta e os esforços da empresa como elementares para se aferir a possibilidade de punição. Para a autora, a punibilidade só pode ser fundamentada caso constatada a perpetuação, pela entidade resultante, do estado de injustiça que foi iniciado na entidade original. Assim, o essencial seria verificar se houve a permanência, na entidade resultante, das mesmas condições que constituíram a responsabilidade criminal da entidade

85 LÓPEZ-GÓMEZ, op. cit. p. 215-219.

86 DO-PICO GÓMEZ-ALLER et. al., op. cit., p. 163.

87 ESPANHA. Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Sección 4ª. Auto 246/2019. Rec. 230/2019. Rel. Fermín Javier Echarri Casi. Julgado em 30 de abril de 2019.

88 GOENA VIVES, op. cit.

original⁸⁹. Afinal, o Código Espanhol prevê, em suma, que o que extingue a responsabilidade penal da empresa é ou a reestabilização regulatória por parte do Estado (por meio da sanção penal), ou a autocorreção delitiva promovida pela própria empresa⁹⁰. Aplicando esse critério, *a contrario sensu*, à sucessão de empresas, a autora argumenta que o que não extingue a responsabilidade penal é ou a evitação de uma pena, ou a não neutralização do estado de injustiça originado na empresa inicial. E isso ocorrerá quando a transação corporativa tiver como objetivo evitar uma possível responsabilidade criminal, ou quando o estado de injustiça da empresa original não for corrigido em termos funcionalmente equivalentes aos de uma penalidade.⁹¹

Portanto, segundo essa quarta perspectiva, a punição corporativa nos casos de reestruturação deve ser limitada às hipóteses em que a operação corporativa for fraudulenta e tiver como objetivo evitar a imposição/execução de sanções; ou quando a entidade resultante não tiver implementado uma *due diligence* a fim de detectar e remediar de modo efetivo as consequências do crime praticado, permitindo que se distancie do delito na entidade original.⁹²

Observa-se, desse modo, que tanto a posição da Audiência Nacional quanto a de Goena Vives são louváveis, por fugirem de uma transferência automática da responsabilidade, e terem como norte não uma mera identidade “substancial” das empresas envolvidas, senão uma conduta ilícita de referência.

E de fato, a fim de se garantir o princípio da culpabilidade e da pessoalidade da pena, não há como se cogitar a punição do ente resultante sem que a ele esteja atrelada uma conduta que colaborou no resultado ilícito. O problema existente nessa última abordagem é que ela se vale de um comportamento pós-delito da empresa resultante para aferir sua responsabilidade, isto é, se a empresa investigou e detectou o delito, e em caso positivo, se houve sua comunicação às autoridades e a remediação de suas causas e consequências.

Com isso, retorna-se ao problema ligado a se utilizar dos esforços de *compliance* e *due diligence* como termômetro: estar-se-ia a sancionar a empresa pela ausência de um dever de cuidado que nada tem a ver com a conduta que teria dado origem ao delito cometido pela empresa sucedida. Também, atrelado a esse problema de correlação, há uma questão de causalidade, afinal, não há nexo de

89 Ibid., p. 256.

90 O artigo 31 bis, 2., 1.ª, do Código Penal espanhol, prevê que, dentre a observância de outras condições, estará isenta de responsabilidade a pessoa jurídica cuja administração adotou e implementou eficazmente, antes da ocorrência do delito, modelos de organização e gestão que incluem medidas de vigilância e controle adequadas para prevenir crimes da mesma natureza ou para reduzir significativamente o risco de sua ocorrência.

91 GOENA VIVES, op. cit., p. 251.

92 Ibidem, p. 257.

causalidade em uma conduta que é posterior ao resultado (tais como os esforços de *due diligence*), nem mesmo para fins de participação.

Assim, permitir a responsabilização de uma empresa pela não detecção/comunicação do delito, ou por não ter remediado as consequências do crime praticado, equivale a imputar a uma pessoa jurídica crimes cuja execução ela não participou, e sobre os quais não detinha qualquer influência à época de seu cometimento.

6 Conclusões: possíveis caminhos a serem trilhados no ordenamento jurídico-penal Brasil

O Recurso Especial n. 1.977.172/PR trouxe a lume uma verdadeira lacuna legislativa quanto às consequências penais que eventuais mudanças societárias podem gerar. A conclusão do acórdão, de aplicar o art. 107, I, do CP, também às pessoas jurídicas, malgrado em parte motivada por questões de *lege lata*, merece uma reflexão mais aprofundada em termos político-criminais, sob risco de tornar as modificações estruturais ou a dissolução empresarial instrumentos altamente eficazes para contornar uma possível responsabilidade criminal.

Contudo, viu-se que não há como propor uma solução adequada às consequências penais da extinção ou sucessão da pessoa jurídica sem a assunção de pelo menos dois pressupostos: i) a autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica, na qual a empresa sempre responderá por sua própria conduta, de forma autônoma; e ii) a compreensão de que aos entes coletivos também devem ser aplicadas as garantias inerentes ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal.

Após o estabelecimento de tais pressupostos, e após a exposição das diversas perspectivas da doutrina espanhola que tentam compatibilizar o princípio da pessoalidade das penas com a transferência de responsabilidade criminal nos casos de sucessão e extinção empresarial, bem como as críticas direcionadas a tais perspectivas, resta conjugá-las em favor de eventuais proposições que possam servir à realidade brasileira, exercício a partir do qual se faz possível apontar pelo menos 3 (três) sugestões que, além de respeitarem os pressupostos estabelecidos neste trabalho, parecem úteis à busca pela resolução do problema no Brasil.

A primeira sugestão, *lex lata* e *lex ferenda*, consiste na implementação de mecanismos legais (e.g. medidas cautelares) que garantam a pena de multa e, caso necessário, permitam evitar operações fraudulentas ou ainda, que possibilitem a retroação, suspensão ou anulação da operação societária destinada a ilidir a responsabilidade penal da pessoa jurídica infratora, permitindo-se o processamento desta.

Lex lata, pois o ordenamento-jurídico brasileiro permite, mesmo na esfera penal, a imposição de medidas cautelares inominadas. Ainda que a alternativa

seja criticável por violar o princípio da legalidade⁹³, os Tribunais Superiores a admitem⁹⁴. No entanto, diante da manifesta afronta à taxatividade inerente aos requisitos das cautelares penais e, como sabido, corolário do princípio da legalidade, a melhor opção, de *lege ferenda*, é a implementação de instrumentos legais específicos para o tratamento do tema.

A segunda proposta é a mais evidente: o tema precisa de uma disposição legal que traga consequências distintas e específicas no caso do encerramento de uma pessoa jurídica, a fim de se evitar a equiparação automática à morte da pessoa física. É dizer, o artigo 107, I, do CP, não prevê sua aplicação somente às pessoas físicas, de modo que tal lacuna legislativa torna temerário deixar de aplicá-lo também às pessoas jurídicas, sob risco de se estar diante de uma analogia *in malam partem*.

Para tanto, em observância à necessária modulação das garantias penais, há de se observar se não houve uma continuidade material e organizativa da empresa infratora, apenas agora sob outra roupagem (seja outro nome, outra forma empresarial, se foi apenas dividida etc.). Em outros termos, reputa-se necessário verificar se a operação societária não busca apenas “esconder” a pessoa jurídica formalmente extinta, permitindo sua continuidade como se outra empresa fosse enquanto, na realidade, permanece existindo tal como existia à época do cometimento do delito.

Por outro lado, sobretudo nos casos de sucessão empresarial em que não há essa efetiva continuidade identitária entre as empresas envolvidas, a previsão legal de que o Brasil necessita não pode determinar uma transferência automática de responsabilidade, tal como ocorre no caso espanhol. Por isso é que, nos casos em que não haja uma identidade fática entre as empresas envolvidas, a responsabilização da empresa sucessora só poderá ocorrer caso esteja vinculada a alguma conduta por ela também praticada.

Porém, para que seja responsabilizada em conjunto, ou pelo mesmo delito praticado pela empresa originária, a imputação não pode estar pautada em uma

93 Gustavo Badaró explica que “no processo penal [...] não existem medidas cautelares atípicas. Não há, como no processo civil, a previsão de um poder geral de cautela do juiz que o autorize a decretar medidas cautelares não previstas em lei”. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1.149.

94 No Superior Tribunal de Justiça, a imposição de medidas cautelares inominadas na esfera penal é admitida tanto na Terceira Seção quanto na Quinta Turma. A comprovar: REsp 1568445/PR, Terceira Seção, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 24/06/2020, DJe 20/08/2020; RHC 148574/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 14/12/21, DJe 17/12/21. Já no Supremo Tribunal Federal, a matéria parece controvertida. Há posicionamento contrário, como no HC 186.490/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 10/10/2020, DJe 22/10/2020, mas também há inúmeras decisões monocráticas que contrariam o entendimento colegiado, impondo medidas cautelares atípicas (como bloqueio de redes sociais). Nesse sentido, veja-se: PET 10543/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 19/08/2022; INQ 4.781/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 31/07/2020.

conduta subsequente que não guarda relação com a consumação do delito original, como é o caso da falta de deveres de diligência no momento ou após a sucessão. Trata-se de condutas completamente distintas umas das outras, com relação de causa e efeito totalmente diversa, e que provocam lesões distintas a bens jurídicos (possivelmente também distintos).

O cerne da questão, portanto, consiste em averiguar se a empresa remanescente tinha conhecimento e colaborou com a atividade ilícita da empresa sucedida, de forma que esteja realmente envolvida no resultado delitivo. Conquanto não se olvide que não é algo simples de ser concretizado na prática, a punibilidade da empresa resultante, em virtude de um delito cometido por uma empresa sucedida que com ela não guarda uma identidade fática, deve apenas ocorrer nos casos em que se evidencie a convivência entre ambas as empresas para a consumação do delito.

A terceira sugestão, sem prejuízo à sugestão anterior, consiste na criação de uma nova figura típica e específica para situações envolvendo a sucessão de empresas que enfrentam um processo criminal. Nesse caso, pune-se a empresa sucessora pela ocultação do crime praticado pela empresa sucedida. Promove-se, assim, uma dupla vantagem. De um lado, preserva-se a pessoalidade da pena, pois a empresa responderá por uma conduta autônoma. De outro lado, adota-se uma política criminal em que as empresas são desincentivadas a ocultar delitos e estimuladas a adotar uma postura de auxílio às autoridades.

Nesse sentido, às empresas interessadas na aquisição ou incorporação de outras pessoas jurídicas, seria imposta uma cautela mínima de investigação no momento de prosseguir com operações de reestruturação empresarial, impondo-se um dever de colaborar com as autoridades caso um ilícito seja detectado. Desse modo, estar-se-ia punindo a entidade por um crime do qual efetivamente tomou parte. A questão seria avaliar até que ponto tal conduta pode ser tipificada sem que seja afastado o direito à não autoincriminação, ainda que com as modulações necessárias.

Em resumo, este artigo demonstrou que, a despeito da constante evolução das discussões acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, o incessante surgimento de novas realidades transforma o estudo do tema em uma espécie de trabalho de Sísifo: não importa quanto esforço seja empregado, a tarefa parece interminável. Contudo, diferentemente da condenação imposta ao mortal que enganou os deuses, o labor aqui empreendido não é inútil, infrutífero e tampouco tedioso. Antes, o contrário: revela-se como essencial.

Referências bibliográficas

ANTUNES, Maria João. **Processo penal e pessoa coletiva arguida**. Coimbra: Almedina, 2020.

- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Pamplona: Thomson Reuters, 2012.
- BRASIL. 2ª Vara Criminal da Comarca de Arapongas/PR. Ação Penal n. 0000031-44.2012.8.16.0045. Denúncia (mov. 3). Promotor (Autor – Ministério Público do Estado do Paraná): Rogério Barco de Toledo. Arapongas, 07 de agosto de 2018.
- BRASIL. 2ª Vara Criminal da Comarca de Arapongas/PR. Ação Penal n. 0000031-44.2012.8.16.0045. Resposta à Acusação (mov. 40). Advogados (Parte – Seara Alimentos Ltda.): Luciana Mellario do Prado; Ricardo Alexandre de Freitas; Nayra Gomes Mendes. São Paulo, 20 de março de 2019.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (2ª Câmara Criminal). Mandado de Segurança n. 0038170+25.2020.8.16.0000. Relator: Desembargador José Maurício Pinto de Almeida. Curitiba, 10 de dezembro de 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Especial n. 1.977.172/PR. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Recurso Especial (fls. 874-893). Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Promotores: Rodrigo Régner Chemim Guimarães; Fábio André Guaragni. Curitiba, 17 de setembro de 2021, p. 876
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Especial n. 1.977.172/PR. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Voto do Relator (fls. 976-987). Brasília, 17 de setembro de 2022
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Especial n. 1.977.172/PR. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Voto-Vogal do Ministro Joel Ilan Paciornik (fls. 988-1.001). Brasília, 29 de agosto de 2022
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Especial n. 1.977.172/PR. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Voto do Ministro Rogério Schiettil (fls. 1.002-1.008). Brasília, 30 de agosto de 2022
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Especial n. 1.977.172/PR. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Voto-Desempate do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (fls. 1.009-1.016). Brasília, 30 de agosto de 2022
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Especial n. 1.977.172/PR. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Voto do Relator (fls. 976-987). Brasília, 17 de setembro de 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Recurso Extraordinário n. 548181/PR. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, 6 de agosto de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>.
- BUSATO, Paulo César. A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do Direito positivo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 55, n. 218, p. 85-98, abr./jun. 2018, p. 87-89. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p85>. Acesso em: 03 fev. 2024
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito penal a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e direito penal**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.
- BUSATO, Paulo César. **Fundamentos do Direito penal brasileiro**. Curitiba: Paulo César Busato, 2012.
- BUSATO, Paulo César. Razões criminológicas, político-criminais e dogmáticas para a adoção da responsabilidade penal de pessoas jurídicas na reforma do código penal brasileiro. In: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. Curitiba: Juruá, 2012.
- BUSATO, Paulo César. Razões político-criminais para a responsabilidade penal de pessoas jurídicas. In: BUSATO, Paulo César (org.). **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas**: seminário Brasil-Alemanha. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia:

- Tirant lo Blanch, 2019.
- CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. **Dolo y lenguaje**: hacia una nueva gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- DAVID TUGUI, Florin. **Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal**. Tese (doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Oviedo. Oviedo, 2021.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; LIGHTOWLER-STAHMBERG JUANES, Pablo. La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa: la intervención del FROB en BFA y Bankia. **Diario La Ley**. n.º 9.126. Sección Doctrina. 25.jan.2018.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER et al. **Derecho penal económico y de la empresa**. Madrid: Dykinson, 2018.
- ESPANHA. Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Sección 4ª. Auto 246/2019. Rec. 230/2019. Rel. Fermín Javier Echarri Casi. Julgado em 30 de abril de 2019.
- ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sección 1ª. Sentencia 514/2015. Rel. Manuel Marchena Gomez. Julgado em 2 de setembro de 2015.
- ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sección 1ª. Sentencia 221/2016. Rel. Manuel Marchena Gomez. Julgado em 16 de março de 2016.
- FARALDO CABANA, Patricia. La transmisibilidad de la pena de multa en las modificaciones estructurales. In: Morales Prats, Fermín; TAMARIT SUMALLA, Josep; GARCIA ALBERO, Ramon. **Represión penal y estado de derecho**. Arazandi: Thomson Reuters, 2018.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español (una visión crítica). **Revista Jurídica de Castilla y León**, n.º 12, p. 7-42. set. 2011.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hétero y la autorresponsabilidad. **Revista de Estudios de la Justicia**, p. 171-217, n. 15, año 2011.
- GOENA VIVES, Beatriz. Sanción penal y reestructuraciones societarias: ¿Responsabilidad por sucesión o sucesión de responsabilidad?. **InDret Penal: Revista para el Análisis del Derecho**. n. 1. p. 230-264, 2022.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental**: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98. Trad. Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2010.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis; FUCKNER, Mariana Hofmann. Os direitos da personalidade da pessoa jurídica. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**. Belo Horizonte, ano 19, n. 3, p. 208-229, set./dez. 2022.
- GONTIJO, Vinício José Marques. Do Princípio da Dignidade da Pessoa Jurídica. **Revista de Direito Mercantil: industrial econômico e financeiro**. São Paulo, vol.149/150, p.151-158 jan./dez.2008.
- HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. In: HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Trad. de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999.
- LUZÓN CAMPOS, Enrique. La imputación penal del Banco Santander por actividades del Banco Popular y la necesidad de reformar o replantear la interpretación del art. 130.2 del Código Penal. **Diario La Ley**, n.º 9.369, 04.mar.2019.
- MARINUCCI, Giorgio. **El delito como acción**. Crítica de un dogma. Trad. de José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideú: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. O conceito “significativo” de dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e direito penal**: modernas tendências. 3. ed.

Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: é possível reconhecer os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores?. **Revista Direito e Liberdade da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte**, v. 13, n.1.

PRAZERES, Ângela dos; BUSATO, Paulo César. Heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade penal de pessoas jurídicas: especial referência ao fato de conexão. In: BUSATO, Paulo César (org.). **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: anais do III seminário Brasil-Alemanha**. 1. ed. São Paulo: Empório do Direito com Tirant lo Blanch, 2020

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Muerte de la persona jurídica y responsabilidad penal y civil. Derecho y riesgo de corrupción. Conferencia en Granada, 8 de junio de 2021. Disponível em: <<https://proyectorr corrupcion.ugr.es/wp-content/uploads/08062021-Ponencia-Quintero.pdf>>. Acesso em: 12/11/2023.

REINALDET, Tracy. Questões francesas sobre a responsabilidade penal de pessoas jurídicas. In: BUSATO, Paulo César (org.). **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário BrasilAlemanha**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. 3. ed. Trad. de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos do sistema penal**. Trad. Paulo César Busato. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

ZABALA LÓPEZ-GOMES, Carlos. M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. **InDret Penal: Revista para el Análisis del Derecho**. n.2. p. 195-224, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal, parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

LEI PENAL NO TEMPO E PARCELAMENTO TRIBUTÁRIO

CRIMINAL LAW IN TIME AND TAX INSTALLMENT

JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA¹

MATHEUS BARBOSA MELO²

CAIO CESAR TOMIOTO MENDES³

RESUMO: O presente artigo busca reunir as leis federais sobre parcelamento tributário que versam sobre a persecução penal, para aferir sua aplicabilidade sob a ótica do tempo do crime (artigo 4º do Código Penal). Para tanto, analisou-se o histórico legislativo e a natureza jurídica dessas normas no Brasil, bem como as formas de resolução de eventuais conflitos de lei no tempo. Também, realizou-se digressão sobre a jurisprudência paulista e o posicionamento das instâncias superiores a respeito do tema, com estudo crítico sobre a aparente contradição instaurada entre o momento da consumação do crime tributário, Súmula Vinculante nº 24, e o efetivo tempo do crime. Ao final, apresenta-se a conclusão acerca da forma da aplicação da lei de parcelamento do débito tributário no tempo.

PALAVRAS-CHAVE: lei penal no tempo; parcelamento tributário; suspensão da persecução penal; extinção da punibilidade; *lex mitior*.

ABSTRACT *This article aims to compile federal laws about tax installment plans that pertain to criminal prosecution, to analyze their application from the perspective of the timing of the crime. To do so, we demonstrate the legislative history and legal nature of these laws in Brazil, as well as the method for resolving potential conflicts in law over time. We also discuss the jurisprudence in the state of São Paulo and the superior's courts on this matter, as well as the contradiction that has arisen since the issuance of Binding Precedent No. 24. In the end, we establish our understanding regarding how to apply the law on installments of tax subsidies over time.*

KEYWORDS: *criminal law in time; tax installment; suspension of criminal*

- 1 Advogado Criminalista. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor da Universidade de São Paulo. ORCID: 0009-0001-6802-6982.
- 2 Advogado Criminalista. Doutorando e Mestre em direito penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduado em direito empresarial pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Pós-graduado em direito penal e processo penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduado em direito penal econômico pela faculdade de Coimbra em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. ORCID: 0000-0003-3083-2900.
- 3 Advogado Criminalista. Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (2023). Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2018). Pós-Graduado em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal - ICPC (2017). Professor da Pós-graduação *latu sensu* em Direito Penal e Criminologia do CEI - Círculo de Estudos pela Internet. Professor convidado da Pós-graduação *latu sensu* em Direito Penal e Processo Penal da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. ORCID: 0000-0001-8617-0251.

prosecution; extinction of punishment; lex mitior.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A história do parcelamento tributário a partir da Lei nº 8137/90 no Brasil, como forma de suspensão e extinção da persecução penal, em âmbito federal; 3 A natureza jurídica das leis de parcelamento do débito tributário em relação às ciências criminais; 4 A norma penal do tempo do crime como fator para análise das regras que regem o fato; 5 A jurisprudência das instâncias superiores e da região bandeirante; 6 Conclusão; Referências bibliográficas.

1 Introdução

Os crimes tributários no Brasil, em especial a partir da entrada em vigor da Lei nº 4.729/1965, passaram a ser muito discutidos pela doutrina nacional com vários questionamentos de ordem moral porque na predita lei, mais precisamente no seu artigo 2^o, constou a primeira previsão de extinção da punibilidade do agente como decorrência do pagamento do tributo antes do início da ação fiscal na esfera administrativa. Esse dispositivo foi taxado como imoral por comprometer a eficácia intimidatória da lei e servir como ferramenta para a corrupção dos agentes da fiscalização⁵, como também porque escancarou que o Estado, na verdade, buscava a utilização do sistema penal para cobrar o tributo a todo custo⁶, ainda que em nítida ofensa ao consolidado entendimento de que o Direito Penal deve ser utilizado como *ultima ratio*⁷.

Nessa lei e em diversas outras, subsequentes, um caminho frequente para se chegar à extinção da punibilidade do crime tributário passou a ser o pagamento da dívida existente para com o Fisco, ainda que por meio de um parcelamento⁸, cuja regulamentação variou ao longo dos tempos, a depender da lei adotada e das condições nela fornecidas.

Atualmente, **já sob a égide da Lei nº 8.137/90**, não mais há discussão sobre a aplicabilidade e as consequências do parcelamento tributário no cenário nacional,

4 Art. 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta Lei quando o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria.

5 FRAGOSO, Heleno. O Novo Direito Penal Tributário e Econômico. In: Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal. 1966, p.72.

6 MACEDO, Sérgio do Rêgo. Direito penal financeiro. In: Revista de Informação legislativa. 1970, p. 178.

7 Vide a doutrina de Marcelo Semer: “a ideia de que o Direito Penal seja a última ratio pressupõe a desnecessidade da sanção penal, quando outras formas de controle menos invasivas se mostrem suficientes”. (...) É o que acontece, por exemplo, na sonegação fiscal. O SIF já assentou o entendimento de que é preciso o esgotamento da instância administrativa, com a constituição do crédito na dívida ativa, para dar-se por consumado o delito de sonegação fiscal (Súmula Vinculante 24). De outra parte, mantém-se na lei a extinção da punibilidade em relação ao crime, com o pagamento do tributo”. SEMER, Marcelo. Princípios penais no estado democrático de direito: anotado com alterações da Lei 13.964/19. 2.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 100.

8 Não se desconhece que existem outras formas de extinção do crédito tributário, o que, certamente, traria reflexos penais, mas, para o recorte deste artigo, limitar-nos-emos ao instituto do parcelamento tributário. Sobre outras formas de extinção do crédito tributário ver o artigo 156, do Código Tributário Nacional.

ainda que não se tenham esvaído as críticas de ordem moral do passado. Todavia, devido à edição da Súmula Vinculante nº 24, em 02 de dezembro de 2009, pelo Supremo Tribunal Federal⁹, questionamentos importantes precisam ser feitos, diante dos posicionamentos dogmáticos tradicionais e de teorias legalmente consagradas no ordenamento jurídico. Aliás, após a edição de mencionada **súmula**, **criou-se uma** celeuma jurisprudencial e dogmática de que praticamente tudo o que está relacionado ao crime tributário passa pelo marco da constituição definitiva do crédito tributário¹⁰.

Assim, o presente artigo busca chamar atenção para o disposto no artigo 4º do Código Penal¹¹ e sua aplicabilidade na esfera dos crimes tributários, segundo a jurisprudência, paulista e das instâncias superiores.

A pergunta que se busca responder no presente artigo diz respeito saber se no âmbito do parcelamento tributário nacional o artigo 4º do Código Penal **é respeitado** e aplicável, ou esse preceito legal foi afastado pela **Súmula Vinculante nº 24**.

Para responder a essa pergunta, o enfrentamento da matéria foi dividido em partes. Depois desta introdução, passa-se ao exame das normas que, após a Lei nº 8.137/1990, preveem o instituto do parcelamento tributário, oportunidade em que comporta destaque o marco temporal limítrofe para a admissão da adesão ao parcelamento pelo agente criminoso. A seguir, examina-se a natureza jurídica das normas de parcelamento tributário, item relevante para identificar a exata forma de dissipar o conflito de leis no tempo. Após, sobrevêm considerações acerca de como resolver o conflito dessas leis no tempo, comentários sobre a jurisprudência do cenário paulista e nas instâncias superiores sobre o tema, e, ao final, apresenta-se, como conclusão, a resposta **à pergunta apresentada nessa introdução**.

9 Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.

10 O julgamento paradigma para o tema passou a considerar que a consumação dos crimes tributários materiais ocorreria com o lançamento definitivo do crédito tributário. É o que expõe o precedente representativo que definiu tal súmula: I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo. (STF - HC: 81611 DF, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 10/12/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 13-05-2005 PP-00006 EMENT VOL-02191-1 PP-00084)

11 Tempo do crime - Art. 4º - Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.

2 A história do parcelamento tributário no Brasil, a partir da Lei nº 8137/90, como mecanismo de suspensão e extinção da persecução penal, em âmbito federal¹²

A Lei nº 8.137/1990 instituiu os crimes tributários que persistem até o momento no Brasil. Inicialmente, essa lei previu a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, sem que houvesse expressa menção à possibilidade do parcelamento tributário, consoante se depreende da leitura ao originário artigo 14¹³, posteriormente revogado pela Lei nº 8.383/1991¹⁴. Essa disposição legal, o referido artigo 14, foi praticamente reprimada em 1995, pelo artigo 34 da Lei nº 9.249/1995¹⁵. E, muito embora o mencionado artigo 34¹⁶ também não previsse expressamente a hipótese de o deferimento do parcelamento ensejar a extinção da punibilidade, duas importantes orientações jurisprudenciais – fortes na interpretação do significado do verbo “promover” utilizado pelo legislador – disputaram acerca do efeito penal do parcelamento tributário aderido pelo imputado¹⁷.

A primeira, posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, passou a admitir a extinção do crime quando realizado o pagamento da 1ª parcela antes do recebimento da denúncia¹⁸, uma vez que o agente estaria “promovendo”¹⁹ o pagamento do tributo²⁰, conforme precedente criado pelo RHC nº 11.598/SC²¹.

12 Fazemos este recorte pela infinidade de normas dos vários Estados e Municípios da federação.

13 Art. 14. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

14 Art. 98. Revogam-se o art. 44 da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, os §§ 1º e 2º do art. 11 da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964, o art. 2º da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, o art. 5º do Decreto-Lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969, os arts. 13 e 14 da Lei nº 7.713, de 1988, os incisos III e IV e os §§ 1º e 2º do art. 7º e o art. 10 da Lei nº 8.023, de 1990, o inciso III e parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.134, de 27 de dezembro de 1990 e o art. 14 da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

15 Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

16 Desde já, é importante destacar que esse artigo inclusive foi utilizado como a própria avaliação da representação fiscal para fins penais, consoante disposição do artigo 83, da Lei nº 9.430/1996, antes da alteração pela 12.382/2011.

17 JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Legislação Penal Especial, volume 2. São Paulo: Saraiva. 2010, págs. 530-531.

18 Há entendimento minoritário que aceita o parcelamento até mesmo depois da denúncia. Por exemplo: TRF1, AC103936-8, Ribeiro, 3ª Turma, DJ 17.04.98.

19 No sentido de dar impulso ou trabalhar a favor de.

20 “PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PARCELAMENTO DE DÉBITO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRETENSÃO RECURSAL PREJUDICADA. I - De acordo com a dicção da doura maioria na 3ª Seção desta Corte, ressalvado o entendimento do relator, uma vez deferido o parcelamento, em momento anterior ao recebimento da exordial acusatória, leva à extinção da punibilidade prevista no art. 34 da Lei nº 9.249/95. A questão do delicto passa, daí, a ser matéria de interesse, apenas, extrapenal (cf. RHC 11.598-SC, 3ª Seção, relator Min. Gilson Dipp, DJU de 02/09/02). II - Declarada extinta a punibilidade, prejudicado resta o recurso especial que investe contra eventual equívoco no reconhecimento do erro de proibição direto. Declarada extinta a punibilidade e prejudicado o recurso.” (STJ; Recurso Especial REsp 327431 / DF; Relator(a): Felix Fischer; Órgão Julgador: 5ª Turma; Data da Decisão: 03/12/2002; Data de Publicação: 10/03/2003)

21 “O cerne da questão diz respeito ao parcelamento do débito antes do recebimento da denúncia, e se o mesmo enseja, ou não, a extinção da punibilidade do réu. Tenho entendido que a manifestação concreta no sentido de saldar a dívida – como no caso de parcelamento do débito junto ao Estado – em momento anterior ao

Essa orientação se funda, resumidamente, em três argumentos: 1) o artigo 34 não dispõe sobre o *pagar*, mas sobre *promover* o pagamento, que abrangeria a manifestação concreta no sentido de pagar o tributo²²; 2) o princípio da igualdade obstaría distinguir entre o que necessita do parcelamento e aquele que tem dinheiro para pagar à vista o tributo²³; 3) o parcelamento tributário equivaleria à novação, que substitui a anterior relação jurídica da dívida²⁴.

A segunda orientação, respaldada pelo Supremo Tribunal Federal, é no sentido de ser necessário o pagamento integral do parcelamento tributário para a extinção de punibilidade do agente.²⁵

recebimento da exordial acusatória, afasta a justa causa para a ação penal, ainda que restando eventual discussão extra-penal dos valores. Com efeito, o parcelamento do débito deve ser entendido como equivalente à promoção do pagamento. Dessarte, o próprio art. 14 da Lei n.º 8.137/90 não fazia distinção se o promover seria integral ou parcelado, razão pela qual se tem como suficiente o ato de saldar a dívida – o que sobressai do próprio parcelamento. De outro lado, o parcelamento cria nova obrigação, extinguindo a anterior, pois, na realidade, verifica-se uma novação da dívida – o que faz a equivalência ao art. 14 da Lei n.º 8.137/90, para o fim de extinguir a punibilidade do autor do crime. Desta maneira, o instituto envolve transação entre as partes credora e devedora, alterando a natureza da relação jurídica e retirando dela o conteúdo criminal para lhe atribuir caráter de ilícito civil lato sensu. Não obstante, o Estado credor dispõe de mecanismos próprios e rigorosos para satisfazer devidamente os seus créditos, pois a própria negociação realizada envolve previsões de sanção para a inadimplência. A questão de eventual inadimplência ainda poderá ser resolvida no Juízo apropriado, pois na esfera criminal só restará a declaração da extinção da punibilidade. Devido a tal conclusão, penso que se torna efetivamente irrelevante saber se foram pagas poucas ou muitas parcelas, pois o que interessa é que o acordo de parcelamento foi celebrado antes do recebimento da denúncia, possuindo efeito jurídico igual ao pagamento. Dessarte, para efeitos penais, o parcelamento extingue a dívida, criando outra obrigação, razão pela qual se deve ter como efetuado o pagamento, para este fim – embora deva ser consignado que o e. Supremo Tribunal Federal não tem manifestado esse entendimento. Mas trata-se de matéria infraconstitucional e, sendo favorável à parte, não haverá recurso em habeas corpus para o Supremo Tribunal Federal, pacificando-se, nesta instância, que é a sede efetiva da interpretação da lei federal. Não há porque o Direito Penal preocupar-se com atos que não sejam relevantemente anti-sociais, a justificar o desencadeamento da proteção punitiva Estatal – como, aliás, apregoam os modernos doutrinadores penalistas”. (RHC n. 11.598/SC, relator Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 8/5/2002, DJ de 2/9/2002, p. 145.)

- 22 Nesse sentido, o julgado do STJ: PENAL. DÉBITO TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO ANTERIOR AO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. 1. O acordo de parcelamento do débito tributário, efetivado antes do recebimento da denúncia, enseja a extinção de punibilidade prevista na Lei 9249/95, art. 34, porquanto a expressão “promover o pagamento” deve ser interpretada como qualquer manifestação concreta no sentido de pagar o tributo devido. 2. Recurso Ordinário provido. (RHC n. 9.920/PR, relator Ministro Jorge Scartezini, relator para acórdão Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 3/4/2001, DJ de 1/4/2002, p. 187.)
- 23 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes Federais. São Paulo: Saraiva. 2017, p.871.
- 24 STJ, RHC n. 11.598/SC, relator Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 8/5/2002, DJ de 2/9/2002, p. 145.
- 25 (...) “2. A punibilidade é extinta quando o agente promove o pagamento integral do débito antes do recebimento da denúncia, o que não ocorre enquanto não solvida a última prestação de pagamento parcelado, possibilitando, neste período, o recebimento da denúncia. Precedentes. 3. Improcedência da alegação de irregularidade da notificação expedida em nome da pessoa jurídica: há comprovação de que a correspondência foi entregue e de que o paciente dela teve ciência, sendo, assim, constituído em mora. 4. Alegação improcedente de atipicidade do delito de apropriação indébita (crime de resultado), porque o paciente foi condenado por crime contra a ordem tributária: não recolhimento de contribuição previdenciária descontada de empregados, que é crime omissivo puro, infração de simples conduta, cujo comportamento não traduz simples lesão patrimonial, mas quebra do dever global imposto constitucionalmente a toda a sociedade; o tipo penal tutela a subsistência financeira da previdência social. Inexistência de responsabilidade objetiva. 5. Direito intertemporal: ultra-atividade da lei penal quando, após o início do crime continuado, sobreveem lei mais severa. 5.1 Crime continuado (CP, artigo 71, caput): delitos praticados entre março de 1991 e dezembro de 1992, de forma que estas 22 (vinte e duas) condutas devem ser consideradas, por ficção do legislador, como um único crime, iniciado, portanto, na vigência de *lex mitior* (artigo 2º, II, da Lei n.º 8.137, de 27.12.90) e findo na vigência de *lex gravior* (artigo 95, d e § 1º, da Lei n.º 8.212, de 24.07.91). 5.2 Conflito de leis no tempo que se resolve mediante opção por uma de duas expectativas possíveis: retroatividade da *lex*

Note-se que, no confronto dessas duas orientações, sob uma ótica garantista deveria prevalecer a primeira, por ser mais favorável ao réu devedor²⁶.

Sobreveio nos anos 2000 a Lei nº 9.964, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal, conhecido como REFIS. Esse programa, conforme preceituado no artigo 15²⁷ da Lei nº 9.964/2000, autorizou a pessoa jurídica a efetuar o pagamento de seus débitos, para com a União e o INSS²⁸, em parcelas mensais e sucessivas²⁹. Essa norma também colocou termo final à celeuma jurisprudencial anteriormente descrita, uma vez que nela se estabeleceu, de maneira clara, que o parcelamento tributário, conquanto sua inclusão nesse Programa preceda ao recebimento da denúncia, desde logo suspende a pretensão punitiva do Estado, mas apenas acarreta a extinção da punibilidade quando o débito parcelado for quitado por completo. Assim, para a extinção da punibilidade é necessário o pagamento integral do débito tributário³⁰.

Em 2003, a Lei nº 10.684/2003 trouxe uma nova modalidade de parcelamento especial, conhecido como REFIS II ou PAES, para parcelar dívidas tributárias em 180 meses³¹. Também esta lei previu a suspensão da persecução penal, conforme se depreende do respectivo artigo 9³², que basicamente reeditou a disciplina

gravior ou ultra-atividade da *lex mitior*, vez que não se pode cogitar da aplicação de duas penas diferentes, uma para cada período em que um mesmo e único crime foi praticado. Orientação jurisprudencial do Tribunal no sentido da aplicação da *lex gravior*. Ressalva do ponto de vista do Relator, segundo o qual, para o caso de crime praticado em continuidade delitiva, em cujo lapso temporal sobreveio lei mais severa, deveria ser aplicada a lei anterior - *lex mitior* - reconhecendo-se a sua ultra-atividade por uma singela razão: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (Constituição, artigo 5º, XL)”. 6. Habeas-corpus conhecido, mas indeferido. (HC 76978, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 29/09/1998, DJ 19-02-1999 PP-00027 EMENT VOL-01939-01 PP-00060)

26 Na mesma linha: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação Penal Especial*, volume 2. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 535.

27 Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1o e 2o da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se, também:

I – a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta Lei;

II – aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13.

§ 3º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.

28 Neste ponto, vale destacar a exceção dos itens mencionados no §3º, do artigo primeiro da lei, bem como a atenção ao caráter excepcional decorrente do primeiro artigo da lei nº 10.189/2001.

29 DECOMAIN, Pedro Roberto. *Crimes Contra a Ordem Tributária*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2008, p. 620.

30 COSTA, Cláudio. *Crime de Sonegação Fiscal*. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2003, p. 112-113.

31 DECOMAIN, Pedro Roberto. *Crimes Contra a Ordem Tributária*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2008, p. 621.

32 Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

do REFIS (Lei nº 9.964/2000) sem, porém, repetir os anteriores limites temporal – de necessidade da inclusão no Programa de parcelamento antes do “recebimento da denúncia” – e subjetivo – posto não restringir o benefício a pessoas jurídicas³³.

Posteriormente, a Lei nº 11.941/2009, chamada de Refis da Crise³⁴, trouxe nova hipótese de parcelamento de débitos tributários. A esse parcelamento, igualmente, foram atribuídos efeitos penais nos artigos 67, 68 e 69³⁵ e se reestabeleceu o limite temporal (“antes do oferecimento da denúncia”) para a aplicação dos mesmos.

Finalmente, no que respeita aos efeitos penais do parcelamento tributário, tem relevância a Lei nº 12.382/2011 que, no respectivo artigo 6^o³⁶, alterou a redação do artigo 83 da Lei nº 9.430/1996³⁷ e ampliou os efeitos penais do artigo 34 da

33 Em face do princípio da isonomia, a doutrina e a jurisprudência passaram a admitir esse tipo de parcelamento também para pessoas físicas. Vide: GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Reflexões e anotações sobre os crimes tributário. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.) Sanções penais tributárias. São Paulo: Dialética. 2005. Na mesma linha, o TR4: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. LEI Nº 8.137/90, ART. 1º, INC. I. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. LEI Nº 10.684/03, ART. 9º. PAES. PESSOA FÍSICA. CABIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO-RECONHECIDA. 1. Embora o art. 9º da Lei nº 10.684/03 faça referência apenas aos responsáveis tributários das pessoas jurídicas, o mesmo tratamento deverá ser dado às pessoas físicas, afinal o próprio diploma legal, em seu art. 1º, § 3º, inciso III, admite a adesão de pessoas físicas ao parcelamento nele previsto. 2. Inconstitucionalidade formal, em face de alegada veiculação original da norma por intermédio de medida provisória, afastada. 3. Recurso improvido. (TRF4, RSE 2004.71.09.000028-4, SÉTIMA TURMA, Relator JOSÉ LUIZ BORGES GERMANO DA SILVA, DJ 13/10/2004)

34 PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, p. 285.

35 Art. 67. Na hipótese de parcelamento do crédito tributário antes do oferecimento da denúncia, essa somente poderá ser aceita na superveniência de inadimplemento da obrigação objeto da denúncia.

Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1o a 3o desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

36 Art. 6º O art. 83 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º a 5º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 6º:

“Art. 83.

§ 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento.

§ 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

§ 5º O disposto nos §§ 1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento.

§ 6º As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz.” (NR)

37 Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1o e 2o da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010)

Lei nº 9.249/1995. Com a nova redação do artigo 83, afastou-se definitivamente a possibilidade de a extinção da punibilidade decorrer apenas pelo “promover” o pagamento do débito tributário, em face de ter-se previsto a necessidade de o “agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento” para extinção da punibilidade.

Diante desse apanhado histórico³⁸ das leis federais que preveem efeitos penais ao parcelamento tributário, apresenta-se um quadro comparativo³⁹ das mencionadas leis e seus reflexos penais:

Fundamento legal	Limites	Efeito	Abrangência
Lei nº 9.249/95, art. 34.	Antes do recebimento da denúncia	Extinção da punibilidade (posição do STJ) / Suspensão da punibilidade (posição do STF)	Crimes tributários e previdenciários
Lei nº 9.964/00, art. 15 (REFIS)	Antes do recebimento da denúncia	Suspensão da punibilidade	Crimes tributários e previdenciários
Lei nº 10.684/03, art.9º (REFIS II)	A qualquer tempo	Suspensão da punibilidade	Crimes tributários e previdenciários, exceto o do art. 168-A, CP.

Parágrafo único. As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pela juiz.

§ 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 5º O disposto nos §§ 1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

§ 6º As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz. (Renumerado do Parágrafo único pela Lei nº 12.382, de 2011).

38 Uma análise acurada sobre a aplicação temporal das normativas sobre o parcelamento tributário como causa da suspensão da pretensão punitiva também pode ser obtida a partir da leitura da mais recente publicação de Davi Tangerino. Vide: TÂNGERINO, Davi. Direito penal tributário. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023, p. 167-169.

39 O quadro comparativo disposto neste artigo é inspirado em quadro comparativo elaborado por Henrique Saibro, com poucas modificações. Para ver o quadro fornecido por Henrique Saibro, vide: SAIBRO, Henrique da Rosa. Crimes tributários: suspensão da exigibilidade e garantia do crédito. São Paulo: Tirant lo blanch. 2020, p.168. Por outro lado, cumpre dizer que, não obstante tenhamos ciência de outras leis que tratam de parcelamento tributário (como, por exemplo, a Lei nº 13.496/2017), não as destacamos no quadro, diante da ausência de dispositivos ditem regras penais ou mesmo porque não são de nível federal.

Lei nº 11.941/09, art. 68 (PAEX ou REFIS IV)	A qualquer tempo	Suspensão da punibilidade	Crimes tributários e previdenciários, exceto o do art. 168-A, CP.
Lei nº 12.382/11, art. 6º	Antes do recebimento da denúncia	Suspensão da punibilidade	Crimes tributários e previdenciários, exceto o do art. 168-A, CP.

3 A natureza jurídica das leis de parcelamento do débito tributário em relação às ciências criminais

No plano do Direito Criminal, a lei pode ter natureza penal ou processual penal. A lei penal disciplina o direito de punir, enquanto a lei processual diz respeito à aplicação do direito penal material, o que inclui as normas de caráter procedimental⁴⁰. Hipóteses há em que a mesma lei criminal tem características tanto de direito processual quanto de direito material, ao que a doutrina denomina de normas mistas ou normas processuais materiais.⁴¹

Mesmo que a lei seja majoritariamente de caráter processual, caso tenha reflexos jurídicos sobre o poder de punir, nesses dispositivos ela será considerada de natureza penal para o fim de sua aplicação no tempo.⁴²

Observe-se que todas as normas citadas no tópico anterior deste estudo (item 2), em algum grau atingem o *potestas puniendi*⁴³ (ou *jus puniendi*, como prefere um setor da doutrina)⁴⁴, seja de forma direta, por meio da extinção da punibilidade, que indireta, pela suspensão do direito de punir. Em última análise, todas propiciam a extinção da punibilidade. Aliás, basta ressaltar que, à exceção da Lei nº 9.249/1995⁴⁵, todas as demais leis mencionadas também interferem no cômputo do prazo de prescrição do direito de punir atinente aos delitos tributários – em hipótese de débitos parcelados. E a prescrição é causa de extinção da punibilidade prevista no Código Penal (artigo 107, inciso IV, do Código Penal).

40 MARQUES, Frederico. Tratado de Direito Penal. Volume I. Campinas: Bookseller. 1997, p. 258.

41 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021, p. 115.

42 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. São Paulo: Saraiva. 1998, p. 115-118.

43 “Em suma, não existe – salvo em alguns manuais de direito penal – um *ius puniendi*, mas sim existe uma *potestas puniendi*. Saudemos os tributaristas, que não perdem seu tempo com discursos ociosos de legitimação do tributo e falam diretamente de um ‘poder de tributar’, como, por exemplo, Hugo de Brito Machado.” BATISTA, Nilo. O poder punitivo e a magistratura. In: *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, Abr.-Jun. 2021, p. 12.

44 “Os autores brasileiros, de modo geral, admitem a existência de um direito penal subjetivo, caracterizando-o como ‘a facultas agendi do estado de criar as infrações penais e as respectivas sanções, de natureza criminal, e de aplicar essas mesmas sanções, na forma do preceituado em lei, executando-as’.” BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 106.

45 Se adotada a posição do Superior Tribunal de Justiça, posição correta em nossa opinião, não seria nem mesmo possível se disciplinar a prescrição, porque já seria o caso de extinção da punibilidade.

Em síntese, porque as normas que dispuseram sobre o parcelamento do débito tributário “disciplinam o exercício da pretensão punitiva do Estado”⁴⁶, tratam de temas ligados ao direito material, mesmo que também cuidem de matéria processual.

Assim, as leis acima mencionadas⁴⁷ ao menos devem ser classificadas como normas processuais materiais ou normas mistas, para cuja aplicação no tempo são equiparadas às normas eminentemente penais.

Por corolário, no conflito de leis no tempo – como ocorre, especificamente quanto ao parcelamento tributário, entre do artigo 68 da Lei nº 11.941/2009⁴⁸ e o artigo 83 da Lei nº 9430/1996 (com a alteração da Lei nº 12.832/2011), exige-se uma avaliação sob a perspectiva da lei penal material.

4 A lei penal do tempo do crime como norma competente para o regramento do fato

Antes de enfrentar o tema atinente ao *tempo do crime*, impõe-se destacar sua importância, que se evidencia com o fato suas raízes estarem ancoradas em dois dos mais significativos princípios do Direito Penal, que atuam como limitadores do poder do punitivo Estatal: o princípio da legalidade e o da irretroatividade da lei penal. T tamanha a relevância desses princípios no sistema jurídico nacional, que foram expressamente previstos nos primeiros artigos do Código Penal brasileiro (artigos 1^o⁴⁹ e 2^o⁵⁰) e, ainda, comportaram acolhida na Consti-

46 Nesse sentido, é a jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ESTELIONATO. INÉPCIA DA DENÚNCIA E AUSÊNCIA DE JUSTIÇA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL NÃO CONFIGURADAS. FATOS E PROVAS. LEI 13.964/2019. ART. 171, § 5º. CP. NOVA HIPÓTESE DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. NORMA DE CONTEÚDO MISTO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ART. 5º, XL, CF. REPRESENTAÇÃO. DISPENSA DE MAIOR FORMALIDADE. FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. RENÚNCIA TÁCITA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A rejeição da denúncia é providência excepcional, viável somente quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa para ação penal, aspectos não compreendidos no caso sob análise. Precedentes. 2. A expressão “lei penal” contida no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal é de ser interpretada como gênero, de maneira a abranger tanto leis penais em sentido estrito quanto leis penais processuais que disciplinam o exercício da pretensão punitiva do Estado ou que interferem diretamente no status libertatis do indivíduo. (...) (STF; Ag.reg. no Habeas Corpus HC 180421 AgR; Relator(a): Edson Fachin; Órgão Julgador: 2ª Turma; Data da Decisão: 22/06/2021; Data de Publicação: 06/12/2021)

47 Lei nº 9.249/95, art. 34; Lei nº 9.964/00, art. 15 (REFIS); Lei nº 10.684/03, art.9º (REFIS II); Lei nº 11.941/09, art. 68 (PAEX ou REFIS IV); Lei nº 12.382/11, art. 6º.

48 Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.
Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

49 CP, art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

50 CP, art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior,

tuição Federal, no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais (artigo 5º, incisos XXXIX⁵¹ e XL⁵²).

Esses princípios, basicamente, surgiram como forma de combater ao poder arbitrário⁵³, a tirania e a hostilidade do Estado absolutista. Nessa linha, aliás, Hobbes já alertava que antes da existência lei, não pode ser transgredida, nem mesmo há impedimento de ato que beneficie o cidadão⁵⁴. Se a utilização do poder coercivo estatal pressupõe um fato considerado transgressivo à lei, uma infração praticada antes dela existir não é só prejudicial ao cidadão, mas um verdadeiro ato de hostilidade. Toda essa construção foi elaborada para reforçar a segurança jurídica em relação ao poder central⁵⁵. A exigência de uma lei penal prévia é justamente uma expressão da repulsa à arbitrariedade e, ao mesmo tempo, uma proteção do cidadão à intervenção penal abusiva pelo Estado⁵⁶.

Logo, desde as raízes axiológicas às dogmáticas, nota-se que as leis, para se evitar arbitrariedades do poder estatal, têm sua validade limitada em relação ao tempo.

Assim que a norma passa a vigorar e se insere no ordenamento, cria-se um contexto jurídico novo para o jurisdicionado, o qual prossegue até a revogação dessa norma. Apenas nesse limite temporal, da vigência e à revogação da lei, é que está garantida a segurança jurídica do jurisdicionado frente aos preceitos nela estabelecidos, porquanto tal norma não alcança os fatos que lhes são anteriores ou posteriores, caso não haja critérios excepcionais, que na esfera do Direito Penal não podem prejudicar quem está a mercê do poder punitivo⁵⁷.

Como podem existir hipóteses em que durante a atividade persecutória, que não é instantânea, mas se protraí no tempo, ocorra uma alteração legislativa, haverá casos em que a lei do tempo em que se praticou o fato punível não seja a mesma de quando essa conduta venha a ser julgada. Surge, então, um conflito temporal de leis, o que demanda critérios para resolvê-lo⁵⁸. Note-se que, no plano

que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

51 CF, art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

52 CF, art. 5º, XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

53 CALLEGARI, André Luis. Comentários ao artigo 5º, incisos XXXIX e XL, da Constituição Federal. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK Lenio L. (Coords.) [et. al.]. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 411/416.

54 Para maiores detalhes: HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Ed. Martin Claret. 2006.

55 Para reforçar a segurança jurídica, até mesmo consequências lógicas de direitos passaram a ser protegidas nesse contexto. MÍR, Cerezo. *Derecho Penal: parte general*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Lima, PE: ARA Editores. 2007, p. 268.

56 RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de derecho penal: parte general*. 4. ed. Barcelona: PPU, 1994, p. 138.

57 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense. 1967, p. 246.

58 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense. 1967, p. 246.

do crime tributário, após a edição da Súmula vinculante nº 24, do Supremo Tribunal Federal, as hipóteses em que se questiona a lei aplicável ao fato concreto passou a ocorrer com mais frequência, dado que essa súmula diferiu a consumação do delito para o momento em que estiver constituído, de forma definitiva, o crédito tributário na esfera administrativa. E é comum que entre a atividade de sonegação e a finalização do processo administrativo, quando sobrevém a decisão de constituição definitiva do crédito tributário, transcorra longo período.

A regra geral de aplicação da lei vigente, ou seja, de fazer cumprir a lei no próprio período de sua vigência e do fato imponible, comporta exceções, havendo casos em que a norma a ser imposta ao fato é a que não mais vige ao tempo da respectiva aplicação e outros em que incide a lei cuja inserção no ordenamento jurídico é posterior à conduta, conquanto mais benéfica que a lei substituída. A extratividade (aplicação da lei fora do período de sua vigência) pode ser vista sob duas perspectivas: a retroatividade e a ultratividade. No primeiro cenário, aplica-se a lei posterior mais benéfica (*lex mitior*) aos fatos cometidos antes de sua vigência. No segundo, aplica-se a lei anterior mais benéfica, referente à data de cometimento dos fatos, ainda que ao tempo de julgamento a norma já tenha sido substituída por lei mais gravosa (*lex gravior*).⁵⁹

Nesse cenário, observa José Frederico Marques que, quando a lei nova se depara com a antiga, ela pode: *a*) suprimir normas incriminadoras anteriores (*abolutio criminis*); *b*) criar tipos penais; *c*) alterar normas penais não incriminadoras para melhorar a situação do réu/investigado (*novatio legis in melius*); *d*) alterar normas penais não incriminadoras de forma desfavorável para o réu/investigado (*novatio legis in pejus*).⁶⁰

Dentro desse quadro doutrinário, ao se falar de parcelamento tributário, temos apenas duas das quatro situações indicadas: as novas leis ou melhoram ou pioram anteriores normas penais, pois a norma que aborda o parcelamento tributário não cria ou elimina tipo penal.

De todo modo, para a solução do conflito de leis sucessivas no tempo, há o já mencionado artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, e seus corolários legais, os quais resguardam a não retroatividade da lei, exceto para os casos que

59 Conforme a doutrina de Sérgio Rebouças, “a retroatividade da lei posterior mais benéfica (*lex mitior*) é a implicação lógica da não-ultra-atividade da lei posterior mais severa (*lex gravior*). A lei penal anterior mais grave não se aplica aos fatos ocorridos durante a sua vigência, se surgiu lei posterior mais benéfica para o agente. Esse ponto deixa claro que a retroatividade da lei penal posterior mais benigna excepciona o princípio do *tempus regit actum*: a lei posterior mais favorável aplica-se a fatos anteriores ao início de sua vigência, em lugar da lei vigente ao tempo do fato. Além da exigência de retroatividade da lei posterior mais benigna, tem-se a ultra-atividade da lei anterior mais benéfica: aptidão da lei para, mesmo já revogada, continuar a reger os fatos ocorridos durante a sua vigência. REBOUÇAS, Sérgio. Direito penal: parte geral. 2. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023, p. 162.

60 MARQUES, Frederico. Tratado de Direito Penal. Volume I. Campinas: Bookseller. 1997, p. 250.

favoreçam ao réu. Trata-se de uma das principais garantias do cidadão à estabilidade da ordem jurídica, até porque não há segurança nas relações sociais e nos direitos do indivíduo sem essa condição preliminar⁶¹.

Na verdade, nem mesmo importa se a lei nova é mais gravosa (*lex gravior*) porque cria infração penal ou se porque de algum modo desfavorece o jurisdicionado. Se ela é mais gravosa, por um princípio ético e de humanidade, ela não deve retroagir.⁶²

Aliás, o próprio Código Penal, há muito, resguarda a aplicação da lei mais benigna (*lex mitior*) em qualquer circunstância. É, inclusive, o que consta na exposição de motivos da reforma de 1984 do Código Penal: “a aplicação da *lex mitior* de qualquer caráter restritivo, no tocante ao crime e à pena”.⁶³

Em suma, o princípio que rege as leis penais no tempo é o de sempre se preservar a melhor situação para salvaguardar os direitos individuais e para adequar o fato às exigências de Justiça,⁶⁴ com toda a sua previsibilidade, sob pena de abuso do poder estatal.

Acresça-se que, para identificar a norma aplicável ao caso, sem descuidar do princípio da legalidade, é fundamental fixar o tempo do crime. E são três as teorias que delimitam o momento do fato criminoso: *a*) a teoria da ação (ou atividade), que considera praticado o crime no momento da conduta; *b*) a teoria do resultado, que considera praticado o crime no momento do resultado; *c*) a teoria mista, que considera como tempo do crime tanto a conduta quanto o resultado⁶⁵.

O ordenamento brasileiro adotou a teoria da ação como marco para o tempo do crime. É o que se extrai da breve consulta ao artigo 4º do Código Penal, que assim dispõe: “considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”. Logo, nota-se que o conjunto de normas que rege o fato é o da época da prática da conduta tida como criminosa.

5 A jurisprudência das instâncias superiores e da região bandeirante

A jurisprudência sobre a lei aplicável ao crime tributário, em caso de parcelamento, não é abundante, nem apresenta uniformidade frente ao estabelecido

61 BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense. 1967, p. 246.

62 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. São Paulo: Saraiva. 1998, p. 115-118.

63 DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL – 9. Na aplicação da lei penal no tempo, o Projeto permanece fiel ao critério da lei mais benigna. Amplia, porém, as hipóteses contempladas na legislação vigente, para abranger a garantia assegurada no artigo 153, § 16, da Constituição da República. Resguarda-se, assim, a aplicação da *lex mitior* de qualquer caráter restritivo, no tocante ao crime e à pena.

64 REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense. 2012, p. 100.

65 SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito penal: parte geral. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023, p. 130.

pela Súmula Vinculante nº 24, que tornou relevante a constituição do crédito tributário para as decisões em matéria penal-tributária.

Não obstante a constituição do crédito tributário ser relevante para a análise da existência do crime tributário, há situações em que esse diferimento ficto do momento de consumação do delito prejudica o agente, que não pode ficar refém de alterações legislativas posteriores à respectiva conduta. Do contrário, comprometer-se-ia a finalidade preventiva do delito⁶⁶, recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro⁶⁷, além de possibilitar que o jurisdicionado fique à mercê de normas penais futuras, o que compromete, como acima mencionado, a própria noção de segurança de jurídica.

Até mesmo o Superior Tribunal de Justiça parece não ter consolidado entendimento sobre o tema. Com efeito, em julgado relatado pelo eminente Ministro Felix Fischer⁶⁸, embora tecendo precisas considerações sobre a aplicação de lei penal no tempo, ao reconhecer a prevalência da norma material posterior mais benéfica (*lex mitior*), adotou como condição para a aplicação da lei mais favorável a data da constituição do crédito tributário, sem considerar o ato criminoso (teoria da ação) e todo arcabouço legal da época do fato. Na ementa desse julgado destacou-se que: “aplica-se a regra da *lex mitior*, razão pela qual, nos crimes em que a constituição definitiva do crédito tributário se deu até 28/02/2011”. Sequer falou-se do tempo da ação. Em sentido contrário, noutra oportunidade, ainda no mesmo ano, com voto condutor do Eminentíssimo Ministro Sebastião Reis Júnior, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, sem traçar qualquer vinculação com a constituição do crédito tributário, que a lei penal aplicável é a do tempo da conduta ensejadora da sonegação⁶⁹. No Superior Tribunal de Justiça esse conflito jurisprudencial foi, inclusive, destacado em julgado da lavra do douto Ministro Jorge Mussi⁷⁰.

66 De acordo com Roxin, a finalidade da pena só pode ter caráter preventivo, uma vez que só é possível justificar a existência e aplicação das normas penais quando elas buscam proteger a liberdade individual e uma ordem social que está a seu serviço. Sobre o tema: ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general: tomo I. Madrid: Civitas. 1997, págs. 78-108.

67 Nessa linha, temos a prevenção geral positiva limitadora por Roxin, adequada ao ordenamento brasileiro conforme as lições de Marques. Para mais informações, vide: DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. Fundamentos da pena. São Paulo: Martins Fontes. 2016, p. 189.

68 “Com efeito, aplica-se a regra da *lex mitior*, razão pela qual, nos crimes em que a constituição definitiva do crédito tributário se deu até 28/02/2011, data de vigência da lei posterior mais gravosa, terá o acusado direito à suspensão do andamento do feito, caso concedido o parcelamento, independentemente de ter havido ou não o recebimento da denúncia na ação penal.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial REsp 1524525 / MG; Relator(a): Felix Fischer; Órgão Julgador: 5ª Turma; Data da Decisão: 28/11/2017; Data de Publicação: 06/12/2017.

69 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1493306/ES, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 15/08/2017.

70 “Embora a aplicação da teoria da atividade possa parecer despida de maiores divergências, o Superior Tribunal de Justiça possui precedente no qual compreendeu aplicável, para fins de definição do marco temporal adequado para o parcelamento dos tributos devidos e consequente suspensão da ação penal, a data da consumação do crime”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 65.810/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 17/03/17.

Pesquisas realizadas⁷¹ demonstraram que a posição dominante naquela Corte é no sentido de ser aplicável a lei pela época em que há a constituição definitiva do crédito tributário, ou daquela em que o agente adere ao parcelamento⁷².

No Tribunal incumbido de uniformizar a interpretação da legislação infra-constitucional, portanto, há precedentes de variadas vertentes⁷³. Consigne-se, todavia, que, majoritariamente, seu entendimento mais recente considera o marco temporal da constituição definitiva do crédito tributário para a caracterização da consumação do delito e, conseqüentemente, para a escolha da norma que rege o caso concreto. No Supremo Tribunal Federal, a recente posição do Superior Tribunal de Justiça é mantida⁷⁴. Em linhas gerais, portanto, a jurisprudência dos tribunais superiores aponta a data de constituição do crédito para determinar a lei a ser aplicada.

No cenário paulista, esse entendimento se reproduz em julgados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, conforme o recente entendimento que vincula o parcelamento à data de consumação do delito⁷⁵, ainda que o anteriormente aquela Corte tenha se manifestado de conformidade com a teoria da atividade⁷⁶.

71 A pesquisa foi realizada com a conjugação dos termos mais relevantes para o tema, o que se fez, basicamente, em três etapas: a) com os termos “parcelamento tributário” e “tempo do crime”; b) com os termos “parcelamento tributário” e “após o recebimento da denúncia”; e c) Com os termos “parcelamento tributário” e “lei penal no tempo”. Com referência à primeira busca “a”, foram encontrados 3 julgados no STJ, 23 julgados no TRF3, 2 julgados no STF, 1 julgado no TJSP. Por outro lado, com referência à segunda busca “b”, foram encontrados 12 julgados no TJSP, 17 julgados no STJ, 28 julgados no TRF3, 2 julgados no STF. No que diz respeito ao item “c)”, nada foi encontrado. Dentre essa série de julgados, vários não traçavam ligação específica com o “tempo do crime”, motivo pelo qual foram descartados e apenas foram trazidos os mais precisos para este texto.

72 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus AgRg no RHC 96442 / RS; Órgão Julgador: 6ª Turma; Data da Decisão: 24/04/2023; Data de Publicação: 26/04/2023. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus AgRg no RHC 148821 / RS; Relator(a): Ribeiro Dantas; Órgão Julgador: 5ª Turma; Data da Decisão: 21/09/2021; Data de Publicação: 27/09/2021. Agravo Regimental no Habeas Corpus AgRg no HC 485562 / PE; Relator(a): Jorge Mussi; Órgão Julgador: 5ª Turma; Data da Decisão: 26/03/2019; Data de Publicação: 08/04/2019. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus AgRg no RHC 94476 / PE; Relator(a): Laurita Vaz; Órgão Julgador: 6ª Turma; Data da Decisão: 25/09/2018; Data de Publicação: 18/10/2018. Recurso Ordinário em Habeas Corpus RHC 94845 / PR; Relator(a): Felix Fischer; Órgão Julgador: 5ª Turma; Data da Decisão: 26/06/2018; Data de Publicação: 01/08/2018. HC: 353827 PI 2016/0100134-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 16/08/2016, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/08/2016

73 Na citada obra de Henrique Saibro, o autor destaca que “prevalece no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal Regional Federal da 4ª Região a tese de que regras de extinção da punibilidade, decorrentes do parcelamento, são regidas e aplicadas de acordo com a data na qual ocorreu a adesão ao programa de parcelamento – pouco importando, pois, a época da ocorrência dos fatos supostamente criminosos”. SAIBRO, Henrique da Rosa. Crimes tributários: suspensão da exigibilidade e garantia do crédito. São Paulo: Tirant lo blanch. 2020, p. 170/171.

74 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 223930 / DF - DISTRITO FEDERAL; DJ 23/01/2023; Publicação: 27/01/2023. HC: 213483 RJ 0116619-55.2022.1.00.0000, Relator: ANDRÉ MENDONÇA, Data de Julgamento: 12/06/2022, Data de Publicação: 14/06/2022.

75 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal / Sp 5000476-48.2019.4.03.6181; Relator(a): Andre Custodio Nekatschalow; Órgão Julgador: 5ª Turma; Data da Decisão: 11/04/2022; Data de Publicação: 19/04/2022

76 “deve-se considerar o crime praticado quando da ação ou omissão praticada pelo contribuinte - seja ao omitir informações ao Fisco, seja ao prestá-las de forma inverídica, seja ao deixar de recolher os valores descontados do empregado, etc. Se tais condutas situarem-se em momento anterior à vigência da Lei 12.382 (dia 01/03/2011, nos termos do art. 7º), a legislação a ser aplicada é a anterior (art. 68 da Lei 11.941/2009) que não exigia fosse o parcelamento efetivado antes do recebimento da denúncia” (TRF3; 58445/SP 0001881-

Em sentido contrário, no Tribunal de Justiça de São Paulo há julgados que adotam a teoria da atividade, na medida em que enfatizam ser a lei da época da conduta criminosa a que serve de base para o exame do cabimento da suspensão da ação penal pelo parcelamento tributário⁷⁷.

Portanto, a pesquisa jurisprudencial realizada junto às instâncias superiores e às ordinárias do cenário paulista, permite concluir que é predominante a utilização da data de constituição definitiva do crédito tributário para a caracterização da consumação do delito de sonegação fiscal e para a aplicação da lei penal no tempo. As exceções ocorrem no Tribunal de Justiça de São Paulo⁷⁸ e em julgado isolado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região⁷⁹, que mantém a aplicação da teoria da atividade.

6 Conclusão

Ante o exposto, e analisados elementos suficientes para responder à pergunta feita na introdução⁸⁰, qual seja, como a jurisprudência dos Tribunais Superiores e dos Tribunais ordinários da região bandeirante tem-se pronunciado quanto ao tempo do crime dos delitos previstos pela Lei Federal n.º 8.137/1990 e os reflexos que o parcelamento tributário tem sobre o tema.

Ao conferir a jurisprudência analisada, nota-se que, apesar de o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Tribunal Regional Federal da 3ª Região apresentarem julgados que preservam a regra do tempo do crime na avaliação do arcabouço legal a ser utilizado no caso concreto (artigo 4º do Código Penal), os Tribunais Superiores procuram afastar esse entendimento ao considerar que a aplicação da Súmula Vinculante n.º 24 conduz à conclusão de ser preferível a data da constituição do crédito tributário ou a de adesão do parcelamento do débito tributário.

Assim, se de um lado a teoria da atividade (artigo 4.º do Código Penal) determina que a lei aplicável aos fatos é a do momento da ação ou omissão, a Súmula

36.2013.4.03.6111; Relator(a): Desembargador Federal Paulo Fontes; Órgão Julgador: Quinta Turma; DJ: 12/06/2017; Data de Publicação: 20/06/2017).

77 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal 0014981-39.2010.8.26.0566, Rel. Des. Camilo Léllis. 4ª Câmara, j. 10/03/2015, DJe 13/03/2015. No mesmo sentido: Habeas Corpus Criminal 2135921-09.2014.8.26.0000; Relator(a): Borges Pereira; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Data da Decisão: 11/11/2014; Data de Publicação: 11/11/2014.

78 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal 0014981-39.2010.8.26.0566, Rel. Des. Camilo Léllis. 4ª Câmara, j. 10/03/2015, DJe 13/03/2015. No mesmo sentido: Habeas Corpus Criminal 2135921-09.2014.8.26.0000; Relator(a): Borges Pereira; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Data da Decisão: 11/11/2014; Data de Publicação: 11/11/2014.

79 TRF3; 58445/SP 0001881-36.2013.4.03.6111; Relator(a): Desembargador Federal Paulo Fontes; Órgão Julgador: Quinta Turma; DJ: 12/06/2017; Data de Publicação: 20/06/2017

80 No que diz respeito ao parcelamento tributário, pode-se dizer que o artigo 4º do Código Penal brasileiro é respeitado pela jurisprudência nacional ou que a Súmula Vinculante n.º 24 de algum modo o afastou?

Vinculante nº 24, no entendimento das Cortes Superiores, altera essa orientação e afasta a incidência da lei penal do tempo da conduta.

O presente artigo não endossa, sem ressalva, a posição dos Tribunais Superiores; pelo contrário, sustenta a necessidade de coerência dogmática, de modo que, para a estabelecer que a melhor interpretação sistêmica, defende a aplicação do artigo 4º do Código Penal, sem flexibilização, exceto se a lei posterior, ainda que seja a do momento de constituição definitiva do tributo, for mais benéfica.

Portanto, conclui-se que o arcabouço legal vigente favorece à aplicação da lei penal da época do crime (tempo da conduta, nos termos do artigo 4º do Código Penal), independente do dia da constituição do crédito ou da adesão ao parcelamento do débito tributário.

Referências bibliográficas

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- _____. O poder punitivo e a magistratura. *In: Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, Abr.-Jun. 2021.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- CALLEGARI, André Luís. Comentários ao artigo 5º, incisos XXXIX e XL, da Constituição Federal. *In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK Lenio L. (Coords.) [et. al.]. Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- COSTA, Cláudio. *Crime de Sonegação Fiscal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. *Crimes Contra a Ordem Tributária*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.
- FRAGOSO, Heleno. O Novo Direito Penal Tributário e Econômico. *In: Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 1966.
- GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Reflexões e anotações sobre os crimes tributário. *In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.) Sanções penais tributárias*. São Paulo: Dialética, 2005.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2006.
- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação Penal Especial*, volume 2. São Paulo: Saraiv, 2010.
- JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MACEDO, Sérgio do Rêgo. *Direito penal financeiro*. *In: Revista de Informação legislativa*, 1970.
- MARQUES, Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Volume I. Campinas: Bookseller, 1997.
- DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- MIR, Cerezo. *Derecho Penal: parte general*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Lima, PE: ARA Editores, 2007.
- PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de derecho penal: parte general*. 4. ed. Barcelona: PPU, 1994.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- REBOUÇAS, Sérgio. *Direito penal: parte geral*. 2. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: tomo I*. Madrid: Civitas, 1997.
- SAIBRO, Henrique da Rosa. *Crimes tributários: suspensão da exigibilidade e garantia do crédito*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SEMER, Marcelo. Princípios penais no estado democrático de direito: anotado com alterações da Lei 13.964/19. 2.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito penal: parte geral. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Direito penal tributário. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1998.

QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CRICIÚMA: UMA HISTÓRIA DE TODOS? CONSIDERAÇÕES SOBRE O ENCOBRIMENTO DAS INSTITUIÇÕES PENAIS EM CRICIÚMA/SC

CRICIÚMA: A STORY FOR EVERYONE? CONSIDERATIONS ON THE
COVERAGE OF CRIMINAL INSTITUTIONS IN CRICIÚMA/SC

FELIPE ALVES GOULART¹

JACKSON DA SILVA LEAL²

RESUMO: Partindo do confronto discursivo capitaneado pelas ideologias que disputam a narrativa da história de Criciúma, o texto problematiza a obra *Criciúma: Uma História de Todos* publicada pela Secretaria de Educação do município. Resgatando documentos oficiais e arquivos das instituições, contextualiza os estabelecimentos penais na localidade e tem o objetivo geral de compreender os motivos pelos quais as unidades são desprezadas na historiografia local. A hipótese de pesquisa centraliza-se na essência da prisão que se consolida como instituição fechada encobridora não somente dos indesejados pela sociedade moderna, mas também do próprio *staff* prisional. A construção se divide em descrever a história dessas instituições, problematizando as doutrinas que disputam a narrativa oficial e debate sobre a pergunta: Criciúma, uma história de todos? Ao final, conclui-se que o encobrimento das instituições penais é propositado enquanto resultado não somente do âmagio prisional, mas também da própria essência do conceito de ideologia.

PALAVRAS CHAVES: Criciúma; Ideologias; Prisão

ABSTRACT: Starting from the discursive confrontation led by the ideologies that dispute the narrative of the history of Criciúma, the text problematizes the work *Criciúma: Uma História de Todos* published by the Municipal Department of Education. Rescuing official documents and archives from the institutions, it contextualizes the penal establishments in the locality and has the general objective of understanding the reasons why the units are neglected in the local historiography. The research hypothesis is centered on the essence of the prison, which consolidates itself as a closed institution that hides not only those unwanted by modern society, but also the prison staff itself. The construction is divided into describing the history of these institutions, problematizing the doctrines that dispute the official narrative and debate on the question: Criciúma, a history of all? In

1 Mestre em Direito na linha pela Universidade (comunitária) do Extremo Sul Catarinense (PPGD-UNESC). Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5433-5461>.

2 Doutor em Direito (UFSC), professor permanente do PPG Direito UNESC. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0779-1103>.

the end, it is concluded that the concealment of penal institutions is deliberate as a result not only of the prison core, but also of the very essence of the concept of ideology.

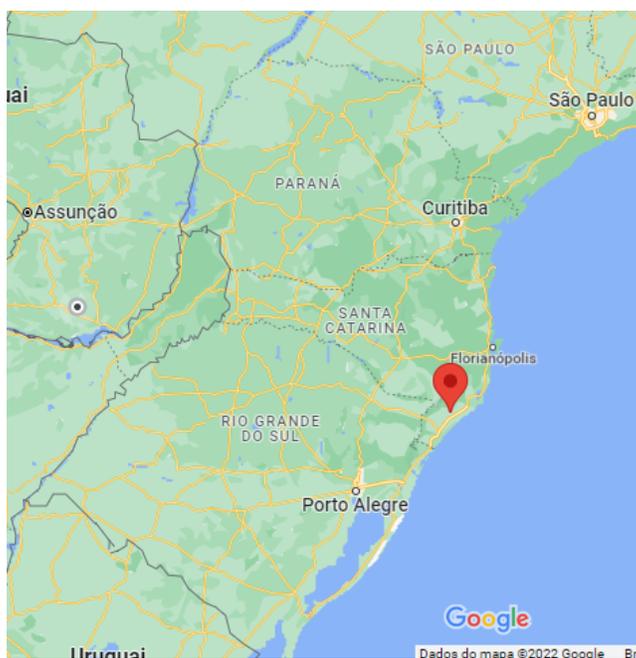
KEYWORDS: Criciúma; Ideology; Prisión

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Criciúma: dos conflitos ao cárcere; 3 As disputas pela construção da historiografia local; 4 Criciúma: uma história de todos?; 5 A ideologia em ação: a prisão precisa ser esquecida; 6 Conclusão; Referências bibliográficas.

1 Introdução

Criciúma é uma cidade localizada ao sul do estado de Santa Catarina que pela sua proximidade com o estado do Rio Grande do Sul e a capital Porto Alegre se confunde entre as raízes catarinense e gaúcha. Essa mescla de influências trazidas pela própria geografia confundem a cultura local e nos últimos anos tem movimentado as autoridades constituídas na construção de uma identidade regional.

Figura 1: Localização geográfica da cidade de Criciúma:



FONTE: Google maps

A necessidade dessa identidade tem feito com que as autoridades tenham se preocupado com algo até pouco tempo atrás desprezado: o passado. Assim, esforços têm sido empreendidos nos últimos anos pelos instrumentos oficiais do município para (re)contar a história da cidade. No ano de 2020, por exemplo, foi

publicado no sítio oficial da Prefeitura Municipal de Criciúma uma obra da Secretaria Municipal de Educação do município com o título *Criciúma: Uma história de todos!* A obra, segundo recorte de apresentação, tem o objetivo de promover “[...] uma reflexão sobre a realidade criciumense, para que, a partir dela, cada sujeito que faz parte dessa história possa contribuir no progresso de Criciúma”. O livro parte da necessidade de um instrumento que conte a história de forma “lúdica e pedagógica [...] a qual poderá ser utilizada pelos professores, a fim de explicar a história do povo e do município de Criciúma”³.

Ao largo de uma louvável preocupação cultural, não se pode desconsiderar o cuidado com eventuais construções ditas como “oficiais”, por alguns motivos que podem ser rapidamente colocados nesta introdução. Os eventos do passado e seus personagens são movediços e estão em constante transformação e uma narrativa pretensamente oficial poderia comprometer o próprio dinamismo que a história apresenta com as sucessivas superações das produções realizadas ao longo dos tempos.

Ainda que tais considerações sejam importantes para avaliação na (des) construção de uma narrativa oficial, deixamos de lado eventuais contradições de uma (in)verdade produzida e nos voltamos em direção aquilo que mais chama a atenção em trabalhos oficiais: as histórias não contadas.

Nessa linha que ao recontar a história de Criciúma, se procede como na dinâmica da história ocidental referida por Dussel, em 1492; o encobrimento do outro⁴, na qual se verifica como que um padrão em que a história é contada (em versões oficiais) desde a lógica do vencedor, a história do progresso, em alusão a ideia de Brasil moderno; e, nesta história não há lugar para os despojos, dentre eles os presos/detentos/criminosos vistos e tratados como a escória, e que deve ser esquecida, apagada e escondida.

Assim, a obra produzida pela Prefeitura Municipal contou a história a partir do assentamento dos colonos na região até os dias atuais. Demonstrou o crescimento da sociedade e das instituições - públicas e privadas - e destacou, sobretudo as primeiras. O ponto é que, apesar de destacá-las dentro do contexto da sociedade criciumense a obra referenciou a importância das diversas instituições ligadas à saúde, meio ambiente, educação, comércio, segurança pública, etc, mas não dedicou qualquer espaço para os estabelecimentos penais da cidade, como se as três

3 CRICIÚMA. Criciúma: Uma história de todos! Prefeitura Municipal de Criciúma. Criciúma/SC 2020. Disponível em https://www.criciuma.sc.gov.br/site/pdfs_gravados/Livro-Com-Capa-Criciuma-Uma-Historia-de-todos.pdf. Acesso em 15 mar. 2022.

4 DUSSEL, Enrique. 1492- o encobrimento do outro; a origem do mito da modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993.

unidades prisionais que abrigavam, só em 2020, 2200 pessoas e mais um corpo expressivo de funcionários⁵, não existisse naquele contexto social.

Dentro de uma sociedade conservadora como a criciumense, talvez o desprezo com as pessoas privadas de liberdade não seja algo tão espantoso. Porém, chama a atenção o fato de o documento listar todos os órgãos de segurança pública nominalmente e sequer tratar dos funcionários que trabalham nas instituições penais da cidade, mesmo com os discursos tradicionalmente conservadores.

Como Rafael Godoi em *Fluxos em Cadeia*⁶ demonstrou buscar-se esconder a realidade prisional dentro da sociedade enquanto complexo geográfico, mas mais que isso, busca-se além de esconder, também apagar da história, esquecer que existem no espaço, e no tempo.

O encobrimento do cárcere não é novidade. Apesar dos inúmeros periódicos e pesquisas sobre a cidade de Criciúma, não se encontram elementos materiais que remontam a institucionalização, disseminação e as consequências do cárcere na cidade, ainda que a instalação de tais prédios esteja intimamente ligada com a história e as lutas sociais da população entre os diversos períodos da república brasileira. Nesse sentido, são justamente as inquietações provocadas a partir do esquecimento (ou seria encobrimento) dos veículos oficiais que norteiam os debates promovidos neste trabalho.

Não obstante o esforço de recontar para apagar e esquecer de uma vez por todas, como se não fizesse parte da paisagem e da herança sócio-histórica, verifica-se que Criciúma como exemplar brasileiro de uma formação social conservadora, não só afirma para se reafirmar enquanto história do sucesso, esquece, apaga; da mesma forma como para seu sucesso precisa de um repositório para os tidos como dejetos sociais; ou seja, a prisão como um pilar de manutenção da sua narrativa de sucesso.

Metodologicamente o trabalho se apresenta como teórico-crítico, de revisão bibliográfica, e documental no que diz respeito ao processo socio-histórico de Criciúma e das suas instituições penais. Enquanto marco teórico analítico mais amplo, situa-se no espectro da criminologia crítica, buscando fornecer elementos de análise retrospectiva socio-histórica a fim de consubstanciar elementos para identificação da herança política, cultural e social que permeiam as dinâmicas de controle socio-penal.

5 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Base de dados do SISDEPEN 2014/2021. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/bases-de-dados>. Acesso em: 20 mar. 2022.

6 GODOI, Rafael. *Fluxos em Cadeia: as prisões em São Paulo na virada do tempos*. São Paulo: Boitempo, 2017.

Trazendo uma rápida construção sobre a história da cidade e as ideologias que disputam a narrativa do passado somatizando-as com uma lógica a partir da consolidação da prisão como ferramenta hegemônica de controle social no Brasil republicano, este estudo procura, resgatar nos documentos oficiais e arquivos das instituições, contextualizar os estabelecimentos penais na localidade e apresenta como objetivo geral compreender os motivos pelos quais as unidades são desprezadas na historiografia local. A hipótese de pesquisa centraliza-se na essência da prisão que se consolida na modernidade como instituição fechada cuja finalidade se funda no processo de banimento dos indesejados pela sociedade moderna.

2 Criciúma: dos conflitos ao cárcere

A comunidade comemora a fundação do município de Criciúma no dia 06 de janeiro. Data oficial da celebração. Neste dia, no ano de 1880, motivados pela condição de enriquecerem na América, um grupo de imigrantes italianos fixou-se onde hoje é a cidade, fundando o núcleo São José de Criciúma⁷.

Os imigrantes instalados na cidade capitanearam a economia basicamente pela agricultura e o comércio dos produtos das plantações. Entre o período de instalação até a primeira década do Século XX a cidade foi construída a partir dessas atividades ligadas a agricultura que, de acordo com Teixeira⁸, diante da desigual distribuição de terras promovidas pelo órgão central brasileiro, gestou-se a desigualdade social e a formação de uma pequena elite.

[...] até 1925, Criciúma era apenas um dos distritos do município de Araranguá, controlado politicamente desde 1900 por um luso-brasileiro, o coronel João Fernandes de Souza. Isso significa que também a emancipação política de Criciúma foi marcada por interesses sócio-econômico-políticos e envolveu disputas políticas em âmbito local e regional. O desmembramento suscitou a perda do controle político de Criciúma pelo grupo liderado pelo coronel João Fernandes de Souza, que em âmbito estadual era próximo da oligarquia dos Ramos⁹

A emancipação formal e a transformação da localidade em município ocorre em 04 de novembro de 1925 com a sanção do projeto de lei nº 1516. Tratava-se de consequência natural da influência política, econômica e social que a região adquirira já nas primeiras décadas do século a partir da descoberta e exploração do carvão que paulatinamente ganhou espaço na região e no país¹⁰. Segundo Vol-

7 VOLPATO, Teresinha Gasho. A pirita humana: os mineiros de Criciúma. Florianópolis/SC: UFSC, 1982. P. 34

8 TEIXEIRA, José Paulo. Os donos da cidade. Florianópolis: Insular, 1996.p. 54.

9 TRICHES, Janete; ZANELATTO. João Henrique. História Política de Criciúma no século XX. Criciúma/SC: UNESC, 2015. P. 37

10 TRICHES, Janete; ZANELATTO. João Henrique. História Política de Criciúma no século XX. Criciúma/SC: UNESC, 2015. P.37

pato¹¹ o carvão já havia sido descoberto antes mesmo da chegada dos imigrantes italianos no ano de 1880, porém, segundo a autora não essas descobertas foram frutos de “expedições exploratórias” que somente “confirmaram a existência do mineral” sem que os exploradores “fixassem residência no local”.

O mineral se torna uma prioridade com a emancipação e a ascensão quase seguida de Getúlio Vargas ao poder em 1930 a extração do carvão se hegemonizou no cenário econômico de toda a região graças aos constantes subsídios governamentais oferecidos pela ditadura varguista¹².

Todo complexo energético-carbonífero montado na região sul de Santa Catarina (usinas termelétricas, sistema portuário e ferroviário, coqueiras industriais carbonífera, mineradoras, etc) e que forma o mosaico urbanamente caótico que se chama Criciúma, todo este complexo que caracteriza e fundamenta a história e o desenvolvimento econômico da cidade, foi constituindo a partir de uma ligação político-estrutural entre a esfera pública e privada, mais exatamente, entre o patrimônio público e o patrimônio privado¹³.

A oferta de empregos nas minas de carvão provocou uma segunda onda migratória de trabalhadores que aportaram na cidade oriundos de regiões do planalto serrano e do litoral em busca de emprego e renda. No município, eles encontraram nas minas de carvão a oportunidade de uma vida melhor, passando a ocupar as regiões periféricas da cidade¹⁴.

Outra consequência dessa massificação foi a mobilização dos mineiros em busca de melhores condições de trabalho e moradia. Ao mesmo tempo em que a elite da cidade se acomodou entre os proprietários das mineradoras, os trabalhadores iniciaram um processo de organização popular, imprescindível para inúmeras conquistas adquiridas naqueles tempos¹⁵.

Podendo-se dizer que o marco inicial de Criciúma se situa no rosto do imigrante, trabalhador, camponês e proletário, que como novamente diria Enrique Dussel, seriam alguns dos rostos negados da modernidade, junto do da mulher, do negro, do marginal. Ao longo desse processo de recontar a história ela é contada, como sendo masculina, esquecendo da mulher que também fez parte dessa empreitada¹⁶, é uma história branca (descendentes de italianos), deixando no es-

11 VOLPATO, Teresinha Gasho. A pirata humana: os mineiros de Criciúma. Florianópolis/SC: UFSC, 1982. P.34

12 TRICHES, Janete; ZANELATTO. João Henrique. História Política de Criciúma no século XX. Criciúma/SC: UNESC, 2015. P.51

13 TEIXEIRA, José Paulo. Os donos da cidade. Florianópolis: Insular, 1996. p. 16

14 TEIXEIRA, José Paulo. Os donos da cidade. Florianópolis: Insular, 1996. P. 51

15 TRICHES, Janete; ZANELATTO. João Henrique. História Política de Criciúma no século XX. Criciúma/SC: UNESC, 2015. P. 51

16 LEAL, Roberta Adamoli Santin. Maternidade, Infância e Gênero em Reações Capital- Trabalho na Região Carbonífera de Criciúma/ SC: Uma Análise de Políticas Sócio-Médico-Assistenciais mediadas pela

quecimento participação negra, e é uma história do sucesso do empreendimento, que sonega o processo de exploração brutal e construção de uma massa de desfavorecidos. E, diante disso, como lidar com esse contingente.

A hegemonização do carvão na cidade seguiu das primeiras décadas do século XX, ultrapassou todo o período varguista e começou a cambalear exatamente a partir da década de 60 e 70. A indústria dependia muito do auxílio governamental e a ajuda oscilou com o fim da Segunda Guerra Mundial, porque o acesso a outras fontes de energia mais baratas, até então dificultado pelo entrave do conflito, deixou de ser um problema¹⁷.

Diante das frequentes crises no setor, uma parcela do empresariado buscou outras fontes para a economia como nas atividades calçadista e azulejista que, paulatinamente, começaram a concorrer com a economia local e empurram o carvão do centro econômico da cidade¹⁸.

Com o estouro da crise do carvão, o desemprego, os baixos salários e as péssimas condições de trabalho as turbulências e a pobreza aumentaram na cidade. Neste mesmo período, o Brasil sofreu o golpe militar de 1964 que rapidamente foi apoiado pelas elites locais e contrariado pelos trabalhadores organizados da mineração. No cenário entre disputas políticas e a falta de condições dignas aos grupos subalternizados, iniciou-se um duro processo de repressão contra esses segmentos da população, transformando a sociedade criciumense¹⁹.

Em um período de dura repressão, o cárcere começa a ser objeto de maior atenção pelas autoridades já que os aprisionados eram alocados de forma improvisada em lugares não criados para isso no centro da cidade²⁰. A partir de então, as discussões e os trabalhos em torno da construção de uma cadeia pública são iniciados, de modo que as pessoas fossem alocadas em lugares supostamente adequados, sem improvisos²¹.

A primeira cadeia pública da cidade, o Presídio Santa Augusta (hoje Presídio Regional de Criciúma) foi inaugurada somente no ano de 1977 quando, desde o fim da década de 60, as autoridades viam a necessidade de alocação de um esta-

SATC(1960-1980), Ano de Obtenção: 2021

- 17 TRICHES, Janete; ZANELATTO, João Henrique. História Política de Criciúma no século XX. Criciúma/SC: UNESC, 2015. P.51
- 18 VOLPATO, Teresinha Gasho. A piritá humana: os mineiros de Criciúma. Florianópolis/SC: UFSC, 1982. P.37
- 19 TRICHES, Janete; ZANELATTO, João Henrique. História Política de Criciúma no século XX. Criciúma/SC: UNESC, 2015. P.106
- 20 TRICHES, Janete; ZANELATTO, João Henrique. História Política de Criciúma no século XX. Criciúma/SC: UNESC, 2015. P. 106
- 21 CÂMARA MUNICIPAL DE CRICIÚMA. Comissão Especial Resolução nº 006/01. Criciúma, SC, 2001. Disponível em: https://www.camaracriciúma.sc.gov.br/arquivo-digital?termo=pres%C3%ADdio+santa+augusta&tipo_documento=81&grupo_documento=&subgrupo_documento=&tipo_data=1&data_inicial=&data_final=. Acesso em 14 abr. 2022.

belecimento penal afastado do centro da cidade, conforme documento da Câmara Municipal de Criciúma²². A unidade que funciona até hoje, portanto, se relaciona em sua essência pela própria necessidade que as autoridades da época encontraram para alocar o excessivo número de prisioneiros que a cada ano aumentavam na cidade desde os grandes movimentos do Golpe Militar de 1964.

Posteriormente, já no século XXI, outras duas unidades prisionais foram construídas em socorro à superlotação do Presídio o qual, diante da expansão urbana, se viu rodeado pela cidade em uma estrutura da década de 70. Em junho de 2008, a Penitenciária Sul foi inaugurada em um bairro afastado do centro da cidade e do próprio Presídio Regional de Criciúma, e, de acordo com os dados extraídos do Departamento Penitenciário Nacional²³, destina-se ao recolhimento de pessoas condenadas em regime fechado. Em janeiro de 2018, a Penitenciária Feminina abriu 286 vagas para mulheres em um estabelecimento localizado ao lado da Penitenciária Sul.

Gestadas a partir das necessidades e emergências dos conflitos ocorridos no período de repressão e consolidadas por políticas penais de encarceramento em massa promovido especialmente a partir do fim do século XX²⁴, as instituições penais de Criciúma abrigavam, no ano de 2020, 2200 pessoas²⁵.

3 As disputas pela construção da historiografia local

Seguindo a lógica da construção promovida no capítulo anterior, observa-se uma estreita relação entre os conflitos ocorridos na cidade durante a década de 60 e a construção da cadeia pública na comarca. Mas para compreender as nuances que motivaram e ainda motivam o processo de encobrimento das instituições carcerárias na cidade de Criciúma/SC, é necessário compreender alguns conceitos locais que disputam a hegemonia da narrativa local.

José Paulo Teixeira²⁶ em sua obra *Os donos da cidade* realiza um resgate da historiografia do município de Criciúma/SC procurando “[...] compreender as

22 CÂMARA MUNICIPAL DE CRICIÚMA. Comissão Especial Resolução nº 006/01. Criciúma, SC, 2001. Disponível em: https://www.camaracriciuma.sc.gov.br/arquivo-digital?termo=pres%C3%ADdio+santa+augusta&tipo_documento=81&grupo_documento=&subgrupo_documento=&tipo_data=1&data_inicial=&data_final=. Acesso em 14 abr. 2022.

23 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Base de dados do SISDEPEN 2014/2021. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/bases-de-dados>. Acesso em: 20 mar. 2022.

24 BATISTA, Vera Malaguti. Introdução Crítica à Criminologia Brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2011. P. 100-01

25 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Base de dados do SISDEPEN 2014/2021. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/bases-de-dados>. Acesso em: 20 mar. 2022.

26 TEIXEIRA, José Paulo. *Os donos da cidade*. Florianópolis: Insular, 1996.

mudanças ocorridas em Criciúma, do ponto de vista econômico, político e cultural e elaborar um contra-discurso do poder e do imaginário dominante”²⁷.

O “imaginário dominante” citado por Teixeira²⁸ quando da apresentação do objeto de sua obra, foi construído a partir de duas narrativas que procuram se consolidar dentro da historiografia local, as quais, segundo o autor denomina, seriam a “ideologia do imigrante” e a “ideologia da mineração”.

O termo “ideologia” utilizado por Teixeira²⁹ se filia a concepção travada por Marilena Chauí³⁰ no sentido de que a ideologia não pode ser confundida com “ideário” porque, segundo ela, este consistiria em um “conjunto sistemático e encadeado de ideias”, enquanto que “ideologia” seria: [...] um ideário histórico, social e político que oculta a realidade, e esse ocultamento é uma forma de assegurar e manter a exploração econômica, a desigualdade social e a dominação política”³¹.

A “ideologia do imigrante”, na linha de Teixeira³², foi gestada pelas oligarquias locais descendentes dos imigrantes europeus aportados em Criciúma no fim do século XIX. Restou difundida através do domínio que a elite detinha – e ainda detém – sob o aparelho do Estado, colocando o imigrante como personagem central da historiografia local. Nessa perspectiva, construiu-se que o processo formativo da região teria ocorrido de forma convergente e pacífica entre os povos que aqui se instalaram³³.

Dessa forma, ainda segundo Teixeira³⁴, a “ideologia do imigrante” fabricou uma perspectiva de coesão social dos processos formativos da região. A prova de que essa primeira ideologia foi sustentada pelas oligarquias e abraçada pelas instituições oficiais do município foi a criação da “Quermesse de Tradição e Cultura” comemorada no ano de 1989, no centenário da chegada dos primeiros imigrantes ao local.

Antes de seguir na problematização é necessário consignar que não é o objetivo deste intercurso – e aparentemente o de José Paulo Teixeira também – revisar a história da cidade e deixar de reconhecer a importância do imigrante dentro do espectro formativo da cidade. O que se pretende, na verdade, é trazer o maior

27 TEIXEIRA, José Paulo. Os donos da cidade. Florianópolis: Insular, 1996.p. 22

28 TEIXEIRA, José Paulo. Os donos da cidade. Florianópolis: Insular, 1996. P. 23

29 TEIXEIRA, José Paulo. Os donos da cidade. Florianópolis: Insular, 1996.

30 CHAUÍ, Marilena. O que é ideologia. Brasiliense, 2017. P, 3

31 CHAUÍ, Marilena. O que é ideologia. Brasiliense, 2017. P. 3

32 TEIXEIRA, José Paulo. Os donos da cidade. Florianópolis: Insular, 1996.

33 CRICIÚMA. Criciúma: Uma história de todos! Prefeitura Municipal de Criciúma. Criciúma/SC 2020. Disponível em https://www.criciuma.sc.gov.br/site/pdfs_gravados/Livro-Com-Capa-Criciuma-Uma-Historia-de-todos.pdf. Acesso em 15 mar. 2022.

34 TEIXEIRA, José Paulo. Os donos da cidade. Florianópolis: Insular, 1996. P. 24

número de elementos possível para se compreender a falta de cuidado que a sociedade regional tem com a história das instituições prisionais locais e isso passa obrigatoriamente pela necessidade que as autoridades públicas detêm em propagar uma história de convergência na construção da localidade.

Disputando a perspectiva dominante, a “ideologia da mineração” surgiu como ponto de vista diferente da construção da historiografia oficial. Centrada na importância que a extração do carvão trouxe à economia da região, a qual, como se viu, foi determinante para o processo de emancipação municipal ocorrida no ano de 1925, a “ideologia da mineração” procurou retirar a centralidade do imigrante e relativizar a ideia de coesão social difundida pela “ideologia do imigrante”³⁵.

A ideologia da mineração se diferencia em muitos aspectos da matriz étnica oficial. Enquanto pelo viés das etnias se enaltecem as figuras mais destacadas da colonização e do comércio no processo de fundação histórica da cidade (1880 à 1930), na matriz da ideologia da mineração, não é possível pensar a história de Criciúma somente a partir do enaltecimento de seus grandes homens, daqueles membros mais destacados e pertencentes às classes dominantes, embora alguns deles [...] também tenham seus nomes emplacados nos espaços e logradouros públicos da cidade³⁶.

A explicação para a ideia de convergência no processo de formação social da cidade não ter sido confrontada de forma mais direta pela “ideologia da mineração” está no fato de ela ter sido desenhada também pelos proprietários das minas de carvão. Por esse motivo, apesar de fugir da perspectiva oficial e incluir o trabalhador das minas de carvão no cenário formativo social, como argumenta Teixeira³⁷, essa perspectiva ainda não conseguiu transmitir de forma ampla todos eventos e personagens importantes na construção social da cidade.

Pesquisando os eventos ocorridos na sociedade do século XX Triches e Zanelatto³⁸ dão pistas de que o discurso de convergência evocado pelas autoridades locais não refletiria efetivamente a realidade dos acontecimentos de Criciúma. Eles observam que a formação social cricumense estaria distante de um processo de coesão e se caracterizaria, na realidade, em um conjunto de lutas e conflitos ocorridos, sobretudo, a partir do século XX.

Desse período em diante, na linha de Teixeira³⁹, a cidade chegou a ser reconhecida no cenário nacional pelas “suas lutas sociais, populares e sindicais, pelas

35 TEIXEIRA, José Paulo. Os donos da cidade. Florianópolis: Insular, 1996. P. 34

36 TEIXEIRA, José Paulo. Os donos da cidade. Florianópolis: Insular, 1996. P. 34-35

37 TEIXEIRA, José Paulo. Os donos da cidade. Florianópolis: Insular, 1996. P. 43

38 TRICHES, Janete; ZANELATTO, João Henrique. História Política de Criciúma no século XX. Criciúma/SC: UNESC, 2015. P. 51

39 TEIXEIRA, José Paulo. Os donos da cidade. Florianópolis: Insular, 1996. P.18

constantes mobilizações de trabalhadores, cujos movimentos são considerados “de vanguarda”, no plano nacional”, sendo que, segundo o autor, muitos passaram a se referir a cidade como “a ABC de Santa Catarina” ou a “Cuba de Brasil” tamanho o envolvimento e organização sindical dos mineiros locais.

Dessa forma, as correntes narrativas intituladas por Teixeira como “do imigrante” e “da mineração” restaram emplacadas pelo autor como “ideologias” porque, embora disputem a hegemonia ideológica, ambas promovem, através do ideário histórico, político e social, uma narrativa de consenso que oculta a realidade sobre o processo de formação da cidade e encobre eventos e personagens importantes dentro desse contexto⁴⁰.

Diante disso, ciente de que tais ocultamentos entornam o caldo na consecução do conceito de ideologia trazido por Chauí⁴¹, Teixeira⁴² também aproveitou do conflito discursivo entre as ideologias “do imigrante” e “da mineração” e procurou promover um contra discurso suficiente a confrontá-las e incluir as pessoas e os eventos desconsiderados por essas ideologias. Assim, filiando-se nos objetivos propostos pelo autor, o trabalho avança para o seu objeto e discute o encobrimento do cárcere pelas ideologias dominantes no cenário local.

4 Criciúma: uma história de todos?

Como dito na introdução deste trabalho, no ano de 2020, foi publicado no sítio oficial da Prefeitura Municipal de Criciúma uma obra da Secretaria Municipal de Educação do município intitulada *Criciúma: Uma história de todos!* Fortemente influenciada pela “ideologia do imigrante”, o livro surgiu com o objetivo de promover “[...] uma reflexão sobre a realidade criciumense, para que, a partir dela, cada sujeito que faz parte dessa história possa contribuir no progresso de Criciúma”⁴³.

Logo nos objetivos gerais da obra, é possível observar a necessidade de manutenção do discurso de consenso difundido há muito pelos órgãos oficiais. Apesar dos vários questionamentos que poderiam ser realizados sobre o material colocado como uma “versão oficial” - porque publicado por uma autoridade pública-a ser utilizado no intuito de contar a história de forma “lúdica e pedagógi-

40 CHAUÍ, Marilena. O que é ideologia. Brasiliense, 2017. P. 3

41 CHAUÍ, Marilena. O que é ideologia. Brasiliense, 2017. P; 3

42 TEIXEIRA, José Paulo. Os donos da cidade. Florianópolis: Insular, 1996. P. 22

43 CRICIÚMA. Criciúma: Uma história de todos! Prefeitura Municipal de Criciúma. Criciúma/SC 2020. Disponível em https://www.criciuma.sc.gov.br/site/pdfs_gravados/Livro-Com-Capa-Criciuma-Uma-Historia-de-todos.pdf. Acesso em 15 mar. 2022.

ca”⁴⁴, procura-se focar em outros pontos importantes que foram esquecidos e são há muito encobertos pelas ideologias que disputam a historiografia local: a prisão.

Ao descrever as instituições - públicas e privadas - da cidade, destacando a importância de cada uma delas dentro do contexto da sociedade criciunense a obra referência dos organismos ligados à saúde, meio ambiente, educação, comércio, segurança pública, etc., mas não dedica qualquer espaço para os estabelecimentos penais da cidade. Como se as três unidades prisionais anteriormente remontadas não existissem na região.

Analisando esse processo de encobrimento promovido pelas instituições oficiais à luz do percurso realizado sob as ideologias do imigrante e da mineração constata-se uma certa coerência nesta atitude. Como se percebe, nunca foi o enfoque dessas doutrinas apresentar as lutas, conflitos e enlaces ocorridos durante o processo de formação da sociedade local. Por esse motivo, não faria sentido privilegiar instituições que são exatamente o resultado das contendas ocorridas ao longo do século XX na região⁴⁵.

Mas a realidade é que essas instituições, apesar de não fazerem parte “da história de todos”, estão presentes no contexto da sociedade local e da circunstância posta. As unidades prisionais que atualmente lidam com a superlotação, fruto da política de encarceramento em massa em curso⁴⁶ apresentam problemas que pela sua localização, alteram o dia-a-dia da população.

Outro ponto dessa narrativa pretensamente inclusiva como história de todos subtrai, é o papel da prisão como repositório dos despojos do desenvolvimento desigual, e nisto novamente recontar a história de Criciúma se presta a reflexão da constituição brasileira enquanto sociedade, dos seus múltiplos rostos negados, narrativas esquecidas, e exploração não contada. Assim que Criciúma se constitui ao longo do tempo – e não sem luta e contestação – em uma sociedade profundamente conservadora, na qual se tem creditado ao controle penal a gestão da desigualdade. A partir daí não surpreende que um município do seu porte (aproximadamente e 230 mil pessoas em 2023 possuir três unidades prisionais e mais de 2.000 pessoas reclusas cumprindo pena em seu território).

E que, com outros exemplos e políticas no Estado de Santa Catarina, permitam situar o Estado como na vanguarda de um projeto de segurança. Diga-se,

44 CRICIÚMA. Criciúma: Uma história de todos! Prefeitura Municipal de Criciúma. Criciúma/SC 2020. Disponível em https://www.criciuma.sc.gov.br/site/pdfs_gravados/Livro-Com-Capa-Criciuma-Uma-Historia-de-todos.pdf. Acesso em 15 mar. 2022

45 TRICHES, Janete; ZANELATTO, João Henrique. História Política de Criciúma no século XX. Criciúma/SC: UNESC, 2015. P. 51

46 BATISTA, Vera Malaguti. Introdução Crítica à Criminologia Brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2011. P. 100-01

vanguarda conservadora, na qual a segurança se transformou em mercadoria, e o preso em commodity⁴⁷.

A origem da primeira unidade prisional no sentido moderno clássico se situa como solução aos inúmeros conflitos que ocorreram desde a inauguração desses estabelecimentos. O Presídio Regional de Criciúma, como narrado, foi criado distante do centro, na década de 1970, exatamente para albergar aprisionados de forma pretensamente adequada, algo que as instituições do centro naquela oportunidade já não conseguiam. Com o passar do tempo, a cidade rapidamente cresceu e, do dia para a noite, o presídio se viu em meio urbano. Desde então os conflitos de superlotação que costumeiramente ocorriam com a vizinhança nas cadeias improvisadas na região central da cidade passaram a acontecer.

Atendendo ao pleito desta última, no ano de 2001 a Câmara Municipal de Criciúma instalou uma Comissão Especial para, conforme artigo 1º da Resolução nº 006/01, “tratar sobre o problema Presídio Santa Augusta”⁴⁸. A Comissão permaneceu ativa até o ano de 2002 e tentou de todas as formas retirar a cadeia pública do local sugerindo que ela fosse instalada em um sítio distante do bairro, naquela oportunidade já urbanizado.

As respostas formuladas pelas autoridades de segurança da época que constam no processo da Câmara Municipal foram no sentido da impossibilidade de outra remoção. O então Secretário de Segurança Pública propôs-se a tentar minorar o problema promovendo reformas internas no local já inadequado fisicamente⁴⁹. Daqueles tempos até os atuais, a cadeia pública em questão sofreu diversas reformas, sendo a última concluída no ano de 2017⁵⁰.

Na esteira dos confrontos discursivos das ideologias “do imigrante” e da “mineração” que encobrem os estabelecimentos penais da cidade, percebe-se que a comunidade local não se aproxima dessas instituições. Para além das vontades da população em se distanciar das unidades, o próprio Conselho da Comunidade local, instituição importante na execução penal brasileira, foi criada na cidade so-

47 LEAL, Jackson Silva. Criminologia da Dependência: Prisão e Estrutura Social Brasileira. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021. p.125 ss.

48 CÂMARA MUNICIPAL DE CRICIÚMA. Comissão Especial Resolução nº 006/01. Criciúma, SC, 2001. Disponível em: https://www.camaracriciuma.sc.gov.br/arquivo-digital?termo=pres%C3%ADdio+santa+augusta&tipo_documento=81&grupo_documento=&subgrupo_documento=&tipo_data=1&data_inicial=&data_final=. Acesso em 14 abr. 2022.

49 CÂMARA MUNICIPAL DE CRICIÚMA. Comissão Especial Resolução nº 006/01. Criciúma, SC, 2001. Disponível em: https://www.camaracriciuma.sc.gov.br/arquivo-digital?termo=pres%C3%ADdio+santa+augusta&tipo_documento=81&grupo_documento=&subgrupo_documento=&tipo_data=1&data_inicial=&data_final=. Acesso em 14 abr. 2022.

50 SANTA CATARINA. Secretaria de Estado da Administração Prisional e Socioeducativa. Florianópolis, 2017. Disponível em: https://www.sap.sc.gov.br/?option=com_content&view=article&id=1294:secretaria-da-justica-e-cidadania-entrega-reforma-e-ampliacao-do-presidio-regional-de-criciuma&catid=19&Itemid=260. Acesso em 14, abr. 2022.

mente no ano de 2017, ou seja, 40 anos depois da inauguração da cadeia pública e 33 anos após a entrada em vigor da lei de execuções penais⁵¹.

Nesse sentido, a mora na formação do conselho comunitário e a forma como a própria população local enxerga a prisão transformam-se em pistas significativas para compreender que o objetivo ideológico proposto tem cumprido o seu papel na formação da subjetividade local, fazendo com que a comunidade se desinteresse e até despreze a prisão.

Para além das perspectivas formativas do próprio conceito de ideologia⁵², a prisão tem um elemento adicional importante que precisa ser levado em consideração para compreender os motivos do encobrimento promovido pela obra *Criciúma: uma história de todos!* Em termos que remontam a Foucault⁵³, o cárcere se hegemonizou no século XIX como ferramenta de controle social porque conseguiu albergar uma ótima simbiose entre o discurso iluminista e a realidade impositiva materializando-se em instrumento utilitário de punição. Substituindo o modelo punitivo da Idade Média que se caracterizava, entre outras singularidades, pela publicidade dos castigos, o cárcere foi colocado como um meio de controle social extremamente reservado e eficaz. Nesse sentido é a contribuição de Leal:

[...] a assistência dos flagelos e as execuções em público se faziam como rotina para determinada organização social e, com a mudança das reações e dos sentimentos culturais, passaram a ser vistas como manifestações pouco civilizadas, ou mesmo pouco refinadas do uso da violência. Razão pela qual passaram aos espaços públicos (escondidos) longe dos olhos e dos sentimentos populares, se deslocando para dentro das prisões, para atrás dos muros⁵⁴.

Justamente a partir desses motivos apresentados, Goffman⁵⁵ coloca os estabelecimentos penais entre as espécies daquilo que ele denominou “instituições totais”. Segundo o autor⁵⁶:

Quando resenhamos as diferentes instituições de nossa sociedade ocidental, verificamos que algumas são muito mais “fechadas” do que outras. Seu “fechamento” ou seu caráter total é simbolizado pela barreira à relação social com o mundo externo e por proibições à saída que muitas vezes estão incluídas no esquema físico – por exemplo, portas fechadas, paredes altas, arame farpado, fossos, água, florestas ou pântanos.

51 BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

52 CHAÚÍ, Marilena. O que é ideologia. Brasiliense, 2017.

53 FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2014.p. 229

54 LEAL, Jackson Silva. Uma razoável quantidade de violência: a aceitação das prisões como síntese da atual sensibilidade acerca da violência. Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 15, n. 1, p. 58-73, 2021. P. 62

55 GOFFMAN, Erving. Manicômios, Prisões e Conventos. São Paulo: Perspectiva, 2015. P. 16

56 GOFFMAN, Erving. Manicômios, Prisões e Conventos. São Paulo: Perspectiva, 2015. P. 16

Embora seja um conceito que precise ser observado com cuidado no Brasil⁵⁷, a ideia de instituição fechada contribui para compreender movimentos como esses que nos propomos a problematizar. Por isso, é importante lembrar que os estabelecimentos penais se fecham de dentro para fora⁵⁸, na medida em que a sociedade cerra de fora para dentro com a ignorância e a pouca ou nenhuma participação e debate sobre o processo de execução penal⁵⁹.

5 A ideologia em ação: a prisão precisa ser esquecida

O resultado do fechamento da prisão se desnuda através de situações como as que são trazidas pela obra da cidade de Criciúma. Além de ignorar as pessoas privadas de liberdade, a Secretaria Municipal de Criciúma sequer tomou o cuidado de listar entre “as instituições da cidade” as categorias que representam o organismo prisional e fazem parte do corpo de funcionários das unidades responsáveis pela segurança dos estabelecimentos.

O cárcere e a sua episteme afetam as pessoas que convivem neste dia a dia. Antes mesmo de se ingressar na própria contemporaneidade nacional, estudando sobre o tema, observa-se que já nos anos de 1940, nos Estados Unidos, Donald Clemmer em seu livro *The Prison Community* dedicou-se a estudar sobre a vida na prisão e, inaugurando uma série de estudos subsequentes que se perpetuam até os dias atuais, já naquela época, discutiu que as relações sociais do cárcere traziam mazelas a todas as pessoas que lá estavam conceituando esses efeitos como *prisionização*, a qual, na linha do autor, seria a “aquisição, em maior ou menor grau das normas, costumes, moralidade, e cultura geral da prisão”⁶⁰.

Fortemente influenciado por Clemmer⁶¹ e também por Sykes⁶² o jurista Augusto Thompson, no ano de 1970, publicou no Brasil a obra *A Questão Penitenciária*⁶³ e através dela procurou importar o conceito de prisionização. A pessoa sujeita a pena privativa de liberdade entre todas os personagens do cotidiano carcerário é quem mais sofre as conseqüências do claustro, absorvendo a cultura da prisão. Submissa ao poder de disciplina e dos instrumentos coercitivos dispostos para im-

57 GODOI, Rafael. Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na virada dos tempos. Tese de doutoramento em Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 2015. P. 73

58 GOFFMAN, Erving. Manicômios, Prisões e Conventos. São Paulo: Perspectiva, 2015. P.16

59 LEAL, Jackson Silva. Uma razoável quantidade de violência: a aceitação das prisões como síntese da atual sensibilidade acerca da violência. Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 15, n. 1, p. 58-73, 2021.p. 62

60 CLEMMER, Donald. The Prison Community. New York: Holt, Rinehart & Winston, 1958.p. 270

61 CLEMMER, Donald. The Prison Community. New York: Holt, Rinehart & Winston, 1958.p. 270

62 SYKES, Gresham. La sociedade de loscautivos: Estudio de una cárcel de máxima seguridad. Buenos Aires: SigloVeintiuno Editores, 2017.

63 THOMPSON, Augusto. A Questão Penitenciária. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

por-se⁶⁴, a pessoa ainda precisa sobreviver às normas de socialização e convivência criadas entre os demais privados⁶⁵, algo que ganha maior complexidade com o advento das facções criminosas no interior das prisões brasileiras⁶⁶.

Chies⁶⁷, já citado neste trabalho, abre as portas para promover interessante debate a respeito do tema abordando o conceito a partir da lógica daquilo que Thompson⁶⁸ denominava de “o corpo de guarda”. Com o título “Prisonalização e sofrimento dos agentes penitenciários: fragmentos de uma pesquisa”, Chies⁶⁹ interpreta os dados extraídos em uma pesquisa elaborada entre os servidores do Presídio Regional de Pelotas. Além da importante contribuição dos números extraídos, o texto enxerga a mudança de comportamento (prisonalização) desses profissionais que lidam diariamente com o cárcere. A conclusão do estudo merece a referência:

Para mais além do desvelar da prisonalização do agente penitenciário, o que também entendemos que esta pesquisa nos permitiu descortinar – ainda que de forma inicial e, portanto preliminar (a requerer aprofundamentos) - foi a existência de outra (ou, mais uma) “perversidade do Sistema Punitivo Penitenciário (capitaneado pelo Estado Moderno), ou seja: o encarceramento “sem pena” – seja na acepção jurídico-legal de punição formal, seja mesmo no seu significado de piedade e compaixão – inclusive daqueles que se expõe para ao próprio Estado servir.

Recentemente a estrutura funcional das carreiras dos profissionais incumbidos da segurança dos estabelecimentos penais sofreu modificação jurídico-administrativa. A Emenda Constitucional nº 104/2019, instituiu o órgão das polícias penais às quais “cabe a segurança dos estabelecimentos penais”⁷⁰. Criando esse novo órgão dentro da segurança pública nacional, a constituição fixou que a polícia penal seria, portanto, constituída por concurso público específico e “por meio da transformação dos cargos isolados, dos cargos de carreira dos atuais agentes

64 DIAS, Camila Nunes. Disciplina, controle social e punição: o entrecruzamento das redes de poder no espaço prisional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 29, p. 113-127, 2014.

65 GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2015. P. 62

66 MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. *A guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil*. Editora Todavia SA, 2018.

67 CHIES, Luiz Antônio Bogo; BARROS, Ana Luisa Xavier; LOPES, Carmen Lúcia Alves da Silva; OLIVEIRA, Sinara Frank de. *Prisonalização e Sofrimento dos Agentes Penitenciários: fragmentos de uma pesquisa*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo. v. 13. n. 52. p. 309-335. Jan/fev. 2005. Disponível em <https://gitep.ucpel.edu.br/wp-ontent/uploads/2019/01/PRISIO1.pdf>. Acesso em 26.08.2021.

68 THOMPSON. Augusto. *A Questão Penitenciária*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

69 CHIES, Luiz Antônio Bogo; BARROS, Ana Luisa Xavier; LOPES, Carmen Lúcia Alves da Silva; OLIVEIRA, Sinara Frank de. *Prisonalização e Sofrimento dos Agentes Penitenciários: fragmentos de uma pesquisa*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo. v. 13. n. 52. p. 309-335. Jan/fev. 2005. Disponível em <https://gitep.ucpel.edu.br/wp-ontent/uploads/2019/01/PRISIO1.pdf>. Acesso em 26.08.2021. p. 331-332

70 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Emenda Constitucional nº 104, de 04 de dezembro de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc104.htm. Acesso em: 04/11/2021.

penitenciários e dos cargos públicos equivalentes”, de modo que, ainda conforme o documento, cabe aos estados promover a organização dessas estruturas policiais nas respectivas unidades da federação⁷¹.

Para além dos impactos que a prisionização causam às pessoas que convivem o dia a dia do cárcere, sejam elas encarceradas “com” ou “sem” pena⁷², o banimento social representado por lapsos como o da obra *Criciúma: Uma História de Todos* não somente é digno de nota, mas também importante pista para compreender os paradoxos institucionais que convergem para a Questão Penitenciária enquanto Campo⁷³.

Os diretores das prisões constituem outra categoria profissional presente no cárcere que, a partir de suas experiências, também fornecem pistas importantes sobre a forma como as autoridades públicas enxergam a prisão e o que elas esperam dele. Segundo Thompson, o gestor quando assume o comando da prisão precisa lidar com:

[...] a expectativa do Governador e do Secretariado é a de que consiga conduzir o sistema sem incidentes graves, livre de episódios capazes de macular a imagem da administração superior perante os olhos da população. Percebe que a imprensa só aparece, para fiscalizar-lhe a ação, quando há boatos (ou informações verdadeiras) acerca de eventos escandalosos, acontecidos intramuros⁷⁴.

A descrição de Thompson é representativa e demonstra o que as autoridades esperam da prisão: silêncio. Somente a partir dessa inanição social o cárcere se mostra realmente produtivo dentro da sociedade moderna. Isto está na sua essência⁷⁵. No entanto, para além do âmago da prisão, o encobrimento também é elementar na consolidação das ideologias que procuram apresentar um processo de formação social harmônico que oculta uma realidade de lutas e conflitos e encobre eventos e personagens importantes dentro desse contexto⁷⁶.

Para além da prisionização que afeta, embora de forma distinta, a todas as pessoas que fazem parte do cotidiano da prisão, a ideologia silenciadora dos conflitos sociais tão importantes na compreensão da sociedade atual apresenta o mes-

71 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Emenda Constitucional nº 104, de 04 de dezembro de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc104.htm. Acesso em: 04/11/2021.

72 CHIES, Luiz Antônio Bogo; BARROS, Ana Luisa Xavier; LOPES, Carmen Lúcia Alves da Silva; OLIVEIRA, Sinara Frank de. Prisionização e Sofrimento dos Agentes Penitenciários: fragmentos de uma pesquisa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 309-335, Jan/fev. 2005. Disponível em <https://gitep.ucpel.edu.br/wp-content/uploads/2019/01/PRISIO1.pdf>. Acesso em 26.08.2021

73 CHIES, Luiz Antônio Bogo. *Revisitando Foucault e outros escritos em questão penitenciária*. Curitiba: BrazilPublishing, 2019. P. 23

74 THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. P. 32

75 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 229

76 CHAUI, Marilena. *O que é ideologia*. Brasiliense, 2017. P. 3

mo efeito indistinto, porque além de encobrir a presença dos encarcerados “com” pena, também ignora aqueles “sem” pena⁷⁷. Isso faz com que a própria instituição seja esquecida e colocada de lado dentro desse contexto. Por isso, percebe-se ser impossível pensar que iniciativas como a obra *Criciúma: Uma História de Todos* sejam fruto de mero esquecimento^{78 79}.

6 Conclusão

É digna de registro a preocupação cultural das autoridades de Criciúma com a história local, no entanto, é necessário cuidado quando se observam iniciativas de órgãos do Estado que procuram construir uma narrativa oficial da historiografia, porque isso tende a limitar o campo de ação e incutir no imaginário social determinadas afirmativas como verdades absolutas, prejudicando o debate democrático tão necessário sobre os processos formativos de uma sociedade.

A iniciativa pública de divulgar e contar a história das suas instituições é da alta importância, vide a outra visão que se tem da história do Brasil a partir do recontar realizado por Lilia Moritz Schwarcz em *Espectáculo das Raças*⁸⁰. Entretanto, toda a história é uma história parcial, uma junção de fragmentos. Lilia Schwarcz ao recontar um das tantas histórias do Brasil reúne fragmentos - a participação de algumas institucionalidades nacionais - que são de fundamental importância para complementar a nossa compreensão sócio-histórica.

A produção teórica e histórica de Criciúma, a que se abordou nesse trabalho, reuniu uma história - talvez em uma perspectiva mais ortodoxa e conservadora (a história do sucesso, dos vencedores - que deixa de fora o que se tem como parte indesejável dessa história. Assim, ela não dedicou qualquer espaço para os estabelecimentos penais da cidade - que foram parte fundamental no processo sócio-histórico do crescimento e desenvolvimento pela exploração tendo na prisão um sustentáculo -, como se as três unidades prisionais que abrigavam, só em 2020, 2200 pessoas e mais um corpo expressivo de funcionários⁸¹, não existisse naquele contexto social.

Partindo do confronto discursivo entre as ideologias “do imigrante” e “da mineração” este texto procurou compreender os motivos pelos quais a historio-

77 Para mais além do desvelar da prisionalização do agente penitenciário, o que também entendemos que esta pesquisa nos permitiu descortinar - ainda que de forma inicial

78 CHAUÍ, Marilena. O que é ideologia. Brasiliense, 2017. P. 3

79 FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2014.p. 223

80 SCHWARCZ, Lilia Moritz. O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930). São Paulo: Cia. das Letras, 1993.

81 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Base de dados do SISDEPEN 2014/2021. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/depem/pt-br/sisdepem/mais-informacoes/bases-de-dados>. Acesso em: 20 mar. 2022.

grafia local encobre o cárcere da sua sociedade, como se os estabelecimentos penais, as pessoas recolhidas e os servidores não fizessem parte da construção da sociedade criciumense. Por isso, na tentativa de auxiliar autores como José Paulo Teixeira⁸² que procuram produzir um contradiscurso suficiente a superar essa polarização, nos propomos a trazer à tona essa questão e problematizá-la no mesmo sentido.

Representando mais um passo da “ideologia do imigrante”, a obra *Criciúma: Uma história de todos!* procura ratificar o discurso de coesão social promovido pelas entidades oficiais desde o século XX. O livro não se atenta aos importantes processos de lutas e rupturas que também foram importantes para a construção da comunidade Criciúma. A “ideologia da mineração” que, segundo José Paulo Teixeira⁸³, emergiu como um contraponto à doutrina oficial, embora tenha procurado contemplar os trabalhadores das minas de carvão da região, algo até então desprezado, também não pautou os conflitos sociais gestados a partir das lutas desses trabalhadores e a forma como se geriu (e gere) o antagonismo e o distúrbio que redundam em um processo cada vez mais amplo de uso da prisão (encoberta) a sustentar as narrativas de sucesso e seus vencedores.

O resultado disso, enquanto consequência lógica do conceito de ideologia trazido por Marilene Chauí⁸⁴ é o encobrimento de segmentos sociais, personagens e até instituições importantes que, por conta dessa omissão, permanecem à margem da historiografia local, escondidos da população geral.

Embora o encobrimento do cárcere não seja de exclusividade da historiografia de Criciúma – mas parte da história e da população encoberta, escondida, esquecida do Brasil –, é importante contextualizar as questões que levaram a necessidade de existência das três instituições penais. Diante disso, buscou-se nesse trabalho analítico, reflexivo e de esforço de pesquisa historiográfica recolocar a prisão nesse mapa e nessa herança cultural da região do carvão, e que se apresenta como imensamente ilustrativa de como a prisão se apresenta como ferramenta utilitária de primeiro recurso para gerir a miséria e exploração, e que possa ser escondida e esquecida quando contar a história.

Por esses motivos, ainda que continuem apropriados dos aparelhos estatais permitindo-lhes produzir narrativas oficiais da cidade, as ideologias dominantes da cidade conseguem manter-se na vitrine da produção de conteúdo, contando histórias. Mas não de todos.

82 TEIXEIRA, José Paulo. Os donos da cidade. Florianópolis: Insular, 1996. P. 22

83 TEIXEIRA, José Paulo. Os donos da cidade. Florianópolis: Insular, 1996.

84 CHAUÍ, Marilena. O que é ideologia. Brasiliense, 2017.

Referências bibliográficas

- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Emenda Constitucional nº 104, de 04 de dezembro de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc104.htm. Acesso em: 04/11/2021.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Base de dados do SISDEPEN 2014/2021**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/bases-de-dados>. Acesso em: 20 mar. 2022.
- CÂMARA MUNICIPAL DE CRICIÚMA. Comissão Especial Resolução nº 006/01. Criciúma, SC, 2001. Disponível em: https://www.camaracriciuma.sc.gov.br/arquivo-digital?termo=pres%C3%ADdio+santa+augusta&tipo_documento=81&grupo_documento=&subgrupo_documento=&tipo_data=1&data_inicial=&data_final=. Acesso em 14 abr. 2022.
- CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. Brasiliense, 2017.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo. **Revisitando Foucault e outros escritos em questão penitenciária**. Curitiba: BrazilPublishing, 2019.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo; BARROS, Ana Luisa Xavier; LOPES, Carmen Lúcia Alves da Silva; OLIVEIRA, Sinara Frank de. Prisionalização e Sofrimento dos Agentes Penitenciários: fragmentos de uma pesquisa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo. v. 13. n. 52. p. 309-335. Jan/fev. 2005. Disponível em <https://gitep.ucpel.edu.br/wp-content/uploads/2019/01/PRISIO1.pdf>. Acesso em 26.08.2021.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo. Administradores de presídios: na corda bamba dos paradoxos institucionais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 72, p. 295-326, 2008.
- CLEMMER, Donald. **The Prison Community**. New York: Holt, Rinehart & Winston, 1958.
- CRICIÚMA. Criciúma: Uma história de todos! Prefeitura Municipal de Criciúma. Criciúma/SC 2020. Disponível em https://www.criciuma.sc.gov.br/site/pdfs_gravados/Livro-Com-Capa-Criciuma-Uma-Historia-de-todos.pdf. Acesso em 15 mar. 2022.
- DIAS, Camila Nunes. **Disciplina, controle social e punição: o entrecruzamento das redes de poder no espaço prisional**. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 29, p. 113-127, 2014.
- DUSSEL, Enrique. **1492- o encobrimento do outro**; a origem do mito da modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2014.
- GODOI, Rafael. **Fluxos em Cadeia**: as prisões em São Paulo na virada do tempos. São Paulo: Boitempo, 2017.
- GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. [tradução Sante Moreira Leite] São Paulo: Perspectiva, 2015.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/sc.html>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- LEAL, Jackson Silva. Uma razoável quantidade de violência: a aceitação das prisões como síntese da atual sensibilidade acerca da violência. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, v. 15, n. 1, p. 58-73, 2021.
- LEAL, Jackson Silva. **Criminologia da Dependência: Prisão e Estrutura Social Brasileira**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021
- MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. **A guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil**. Editora Todavia SA, 2018.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Conselho da Comunidade de Criciúma toma posse e já faz visita ao Presídio Regional**. Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/impressa/-/conselho-da-comunidade-de-criciuma-toma-posse-e-ja-faz-visita-ao-presidio-regional>. Acesso em: 29 ago. 2022.

- SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930)**. São Paulo: Cia. das Letras, 1993.
- SYKES, Gresham. **La sociedade de loscautivos: Estudio de una cárcel de máxima seguridad**. Buenos Aires: SigloVeintiuno Editores, 2017.
- TEIXEIRA, José Paulo. **Os donos da cidade**. Florianópolis: Insular, 1996.
- THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- TRICHES, Janete; ZANELATTO, João Henrique. **História Política de Criciúma no século XX**. Criciúma/SC: UNESC, 2015.
- VOLPATO, Teresinha Gasho. **A pirita humana: os mineiros de Criciúma**. Florianópolis/SC: UFSC, 1982.

CRISI ED EMERGENZA NEL DIRITTO PROCESSUALE PENALE

CRISE E EMERGÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

CRISIS AND EMERGENCY IN CRIMINAL PROCEDURAL LAW

JAMILLA MONTEIRO SARKIS²

FLAVIANE DE MAGALHÃES BARROS BOLZAN DE MORAIS³

RIASSUNTO: L'obiettivo di questo articolo è quello di esporre gli effetti delle varie crisi che lo Stato moderno deve affrontare sul diritto processuale penale. Il problema da sviluppare si concentra sul fatto che, nei momenti di crisi dello Stato, il processo penale assume un volto emergenziale che giustifica l'adozione di provvedimenti eccezionali di intenso rigore ed "efficienza" punitiva. L'ipotesi, a sua volta, è che, immersa nella crisi, il processo penale d'emergenza utilizzi strumenti – come i provvedimenti cautelari, i patteggiamenti e i metodi investigativi nascosti – che rendono più flessibili le garanzie fondamentali, che cessano di essere eccezionali e diventano regole.

PAROLE CHIAVE: Parole chiave: Processo penale. Emergenza. Crisi.

ABSTRACT: The aim of this article is to expose the effects of the various crises faced by the modern state on criminal procedural law. The problem to be developed focuses on the fact that, at times of state crisis, Criminal Procedure takes on an emergency face that justifies the adoption of exceptional measures of intense rigor and punitive "efficiency". The hypothesis, in turn, is that, when immersed in crises, emergency criminal procedure adopts tools – such as precautionary measures, agreements and hidden investigation methods – which make fundamental guarantees more flexible and which cease to be exceptional and become rules.

KEYWORDS: Criminal procedure. Emergency. Crisis.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo expor os reflexos das diversas crises enfrentadas pelo Estado Moderno sobre o Direito Processual Penal. O problema a ser desenvolvido se concentra no fato de

1 Questo lavoro è stato realizzato con il supporto del Coordinamento per il Miglioramento del Personale dell'Istruzione Superiore – Brasile (CAPES) – Codice di Finanziamento 001. L'autore è membro del gruppo di ricerca "Centro giuridico per le politiche pubbliche", accreditato dal Consiglio nazionale per lo sviluppo scientifico e tecnologico.

2 Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora Substituta de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2730-5950>.

3 Pós-doutora pela Università degli studi di Roma Tre. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação na Universidade Federal de Ouro Preto e na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2377-6026>.

que, em momentos de crise do Estado, o Processo Penal assume uma face emergencialista que justifica a adoção de medidas excepcionais, de intenso rigor e “eficiência” punitiva. A hipótese, por sua vez, caminha no sentido de que, quando imerso em crises, o Processo Penal de emergência adota ferramentas – como as medidas cautelares, os acordos e os métodos ocultos de investigação – que flexibilizam garantias fundamentais e que deixam de ser excepcionais para converterem-se em regras.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal. Emergência. Crise.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 La crisi che precede l'emergenza; 3 Elementi della perenne emergenza processuale penale; 4 Emergenza processuale penale al servizio dell'efficacia; 5 Conclusione; Riferimenti bibliografici.

1 Introdução

Nel definire etimologicamente la parola “emergenza”, Fauzi Hassan Choukr⁴ fa riferimento all'inevitabile legame con l'idea di crisi. L'autore, pioniere degli studi sull'emergenza in Brasile, presenta la crisi come una circostanza capace di fare del diritto e del processo penale gli strumenti principali per ristabilire l'omogeneità sociale ed eliminare i conflitti umani.

Si rifà agli scritti di Franco Bricola,⁵ per il quale:

[T]ipica di tutti i momenti di crisi è l'attribuzione al diritto penale di ruolo e compiti primari. Se è vero che la giustizia penale è la punta dell'iceberg attraverso la quale affiorano e si evidenziano in forma spesso drammatica momenti patologici della vita sociale e istituzionale che dovrebbero trovare adeguata soluzione attraverso altri canali, è pur vero che la situazione di crisi fa ravvisare nello strumento penale il principale canale di ripristino dell'omogeneità sociale e dell'eliminazione della conflittualità in antitesi al suo ruolo de 'ultima ratio'.

In effetti, il processo penale è storicamente al centro della scena ogni volta che la società si trova in crisi. Partendo da questa problematica, questo articolo si concentrerà su una costruzione che parte dalla crisi dello Stato moderno e della paura come parte di una spirale perversa di emergenza che giustifica l'adozione di provvedimenti eccezionali di intenso rigore ed “efficienza” punitiva – il tutto all'interno della cornice teorica della “perenne emergenza” di Sergio Moccia.⁶

4 BRICOLA, Franco. Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale. In: AA.VV. Diritto premiale e sistema penale – Atti dei Simposi di studi di diritto e procedura penale. Milano: Giuffrè, 1983. p. 121-136. p. 121.

5 BRICOLA, Franco. Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale. In: AA.VV. Diritto premiale e sistema penale – Atti dei Simposi di studi di diritto e procedura penale. Milano: Giuffrè, 1983. p. 121-136. p. 121.

6 MOCCIA, Sergio. La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

L'ipotesi da sviluppare è che, nella ricerca dell'"efficienza", il processo penale d'emergenza adotta strumenti che rendono più flessibili le garanzie fondamentali, che cessano di essere eccezionali e diventano regole.

È il caso dell'abbreviazione del processo – che considera la cognizione ordinaria come un ritardo e quindi favorisce l'imposizione di provvedimenti cautelari nella ricerca della pena *ante factum*, attenuandone i diritti fondamentali –, dell'adozione di soluzioni consensuali raggiunte attraverso accordi – che fanno a meno del processo – e dell'acquisizione di prove con metodi occulti – come le intercettazioni telefoniche e telematiche, l'infiltrazione di agenti e le perquisizioni e i sequestri.

2 La crisi che precede l'emergenza

La comprensione del significato di "crisi" e delle sue ripercussioni giuridiche e penali deve essere preceduta da un'analisi più ampia, basata sul concetto di Stato moderno. Questo si distingue da altri modelli politici per le sue tre caratteristiche principali: l'autonomia e la supremazia del potere statale, la differenziazione tra sfera pubblica e privata e lo spostamento del fondamento del potere dalla proprietà al monarca, rappresentante della sovranità statale.⁷

Dalla metà degli anni Novanta, José Luís Bolzan de Moraes denuncia che lo Stato moderno ha attraversato fasi di rottura dei suoi paradigmi, le cui fondamenta hanno poca affinità con le strutture sociali contemporanee. L'autore ne descrive gli effetti di sgretolamento: "tutto ciò che era solido – reale o apparente – si è sgretolato o è stato decostruito, sia per invecchiamento – spesso prematuro, spesso indotto – sia per incompatibilità con le attuali strategie egemoniche".⁸

Bolzan de Moraes attribuisce a questa crisi dello Stato moderno cinque aspetti: concettuale, strutturale, costituzionale, funzionale e politico.

La crisi concettuale si imposta sulla struttura tipica dello Stato nazionale, la sovranità, caratterizzata dalla centralizzazione del potere e dal monopolio della forza e dei poteri politici sul territorio e su coloro che lo abitano. Tradizionalmente concepita come nucleo unico e incrollabile del potere politico, la sovranità – così come è concepita oggi – è diventata incompatibile con il carattere plurale delle società – quest'ultimo frutto del loro sviluppo e approfondimento democratico – e ha subito una vera e propria corrosione che può essere riassunta in quattro filoni co-dipendenti tra loro: il pluralismo politico e sociale interno, la formazione di centri di potere alternativi in concorrenza con lo Stato, l'istituzionalizzazione dei poteri

7 STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Ciência polícia e teoria do estado. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. E-book.

8 BOLZAN DE MORAIS, José Luís. As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. E-book.

in dimensioni sovrastatali e l'attribuzione di valore ai diritti individuali davanti alle giurisdizioni internazionali.

A sua volta, la crisi strutturale è dovuta alla precarietà dei diritti sociali, che un tempo imponevano al cosiddetto *welfare state* "un carattere interventista-promozionale volto a realizzare i suoi fini costituzionali, originariamente delimitati dai diritti economici, sociali e culturali".⁹

Storicamente, il *welfare state* si è evoluto da un carattere assistenziale fino ad aggiungere garanzie come il reddito minimo, l'alimentazione e la salute ai diritti politici, democratici e dei cittadini. In effetti, non lo ha fatto senza incidenti, che si stanno rivelando sempre più come veri e propri ostacoli allo sviluppo sociale: le sue varie crisi fiscali e finanziarie, così come quelle ideologiche e filosofiche, derivano da progetti neoliberali¹⁰ e neocapitalisti.

Nel contesto costituzionale, la crisi è un riflesso del contenuto concettuale e strutturale, visto che la Costituzione – documento giuridico-politico – «è sempre stata sommersa in un gioco di tensioni e poteri». ¹¹ In concreto, questo è uno degli effetti dell'indebolimento di ciò che la Costituzione effettivamente costituisce: lo Stato.

La crisi della costituzionalizzazione si ripercuote sui diritti umani, sulle relazioni sociali e sulle funzioni stesse dello Stato. Nel lavoro di Luigi Ferrajoli,¹² questa crisi è vista come un "processo decostituzionalizzante", legittimato dal consenso popolare – o dalla volontà della maggioranza – a prescindere dalle modalità con cui viene ottenuto, e che uccide alla radice la democrazia costituzionale perché non si basa sul pluralismo politico e costituzionale, sia perché svaluta le regole, mina il principio della separazione dei poteri o, infine, perché elimina il paradigma dello Stato di diritto costituzionale come sistema di obblighi giuridici imposti a qualsiasi potere.

Proprio per questo, il quarto aspetto della crisi dello Stato è quello funzionale, la cui prospettiva di indebolimento è incentrata sulla perdita di esclusività delle attività legislative, esecutive e giudiziarie di fronte alla pluralità dei *loci* del potere.

9 BOLZAN DE MORAIS, José Luís. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. E-book.

10 Il progetto neoliberale, secondo Pierre Dardot e Christian Laval, prima di essere un'ideologia o una politica economica, costituisce una razionalità e quindi "tende a strutturare e organizzare non solo le azioni di chi detiene il potere, ma persino la condotta stessa dei governati". Il neoliberalismo, in questo contesto, potrebbe essere definito come "l'insieme di discorsi, pratiche e dispositivi che determinano un nuovo modo di governare gli uomini". In questo senso: DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 17.

11 BOLZAN DE MORAIS, José Luís. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. E-book.

12 FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011.

In questo contesto, lo Stato perde il suo ruolo di guida e inizia a competere con “altri settori semipubblici, privati, marginali; nazionali, locali, regionali, internazionali, sovranazionali, ecc. – per la capacità, e spesso la legittimità, di prendere decisioni vincolanti sulla legge, sulla sua esecuzione e sulla gestione dei conflitti”.¹³ Per Zygmunt Bauman,¹⁴ questo svuotamento di funzioni non porta direttamente alla fine dello Stato. Al contrario, le tendenze economiche globalizzanti si sforzano di fare in modo che “tutti abbiano un interesse negli ‘Stati deboli’, cioè negli Stati che sono deboli, ma sono ancora Stati”.

Infine, l’ultimo aspetto della crisi dello Stato si concretizza nella questione della rappresentanza politica, sia perché il popolo – o i cittadini comuni – sono sempre più lontani dal gioco politico, sia perché le figure politiche sono distanti dai veri dibattiti sociali. Questo svuotamento della democrazia rappresentativa – o la fantozzizzazione della democrazia – evidenzia “l’indebolimento dello spazio pubblico della politica e la sua economicizzazione”.¹⁵

Combinando i cinque aspetti della crisi dello Stato contemporaneo elencati da Bolzan de Moraes, Elias Jacob Menezes Neto¹⁶ riflette su come la crisi dello Stato – a tutti i livelli – sia utile a quelli che Ferrajoli chiama “poteri selvaggi”, nella misura in cui assicura il potere e il controllo dello Stato in un ruolo che le nuove strutture responsabili del suo svuotamento non vogliono assumere: “quello di polizia, in altre parole, di garanzia dell’ordine locale”.

Lo Stato, secondo l’autore, inizia a funzionare come una marionetta, controllata da poteri anonimi che operano sulla base della globalizzazione e, attualmente, della tecnologia dell’informazione. Queste strutture, soprattutto quelle legate al flusso di dati e alle comunicazioni globali, sono organizzate sotto forma di reti con morfologie proprie ed eccezionali, essenziali nella congiuntura attuale.

In questo senso, Jürgen Habermas¹⁷ descrive che rete “è diventata una parola d’ordine, e non importa se si tratta di vie di trasporto per merci e persone, di flussi di merci, capitali e denaro, di trasmissione ed elaborazione elettronica

13 BOLZAN DE MORAIS, José Luís. As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. E-book.

14 BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999. p. 75.

15 BOLZAN DE MORAIS, José Luís. As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. E-book.

16 MENEZES NETO, Elias Jacob de. Surveillance, democracia e direitos humanos: os limites do Estado na era do big data. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016. p. 40.

17 HABERMAS, Jürgen. A constelação pós-nacional: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 84.

di informazioni o di movimento di persone”.¹⁸ Le varie reti che, con la *crisi* della modernità, hanno posto fine all’idea monista dello Stato “come unico e autonomo centro di potere, soggetto esclusivo della politica [e] unico protagonista nell’arena internazionale”,¹⁹ si stanno orientando verso una stretta collaborazione internazionale, responsabile dell’erosione e della limitazione dei poteri statali tradizionali.

Ciò non significa, tuttavia, che la crisi dello Stato nella modernità²⁰ ne precisi l’inutilità. Lo Stato continua a svolgere un ruolo di primo piano nella moderna struttura a rete, ma deve essere visto con occhi nuovi: invece di essere il fornitore di tutte le certezze,²¹ è ora soggetto alle nuove regole globali, i cui effetti si estendono alle sue varie strutture, comprese quelle più trascurate dai “poteri selvaggi”.

È interessante rendersi conto in questo contesto che, nonostante «siano supportati da una tecnologia senza precedenti, il cui uso pratico è regolato da un’etica discutibile»,²² gli Stati, ormai parte di un ordine globale, continuano a svolgere le loro attività di polizia e punizione nello stesso modo di un tempo: attraverso la logica della paura, che cerca, nel mondo giuridico, “soluzioni contingenti a problemi che sono, prima di tutto, contestuali”.²³

Convivere con la paura è sempre stata un’intensa sfida sociale. Già prima della nascita dello Stato o dei concetti di sovranità o di nazione, la paura giustificava e legittimava l’esercizio di poteri di polizia e di punizione in nome di un senso di sicurezza.

In “Storia della paura in Occidente”, Jean Delumeau sottolinea l’importanza del senso di sicurezza come elemento fondamentale dell’affettività e della morale umana. L’autore afferma che mentre “l’insicurezza è un simbolo di morte”, “la sicurezza è un simbolo di vita”.²⁴

18 È importante notare, come osserva Menezes Neto, che la modalità di organizzazione sotto forma di reti non è esattamente nuova e si è verificata in altri momenti storici. Infatti, l’emergere delle tecnologie dell’informazione favorisce «un’espansione della morfologia delle reti senza precedenti, sia in termini di velocità che di portata». (Menezes Neto, 2016, p. 65).

19 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 12. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. v. 2. p. 1.187.

20 Qui il concetto di modernità è quello lanciato da Bauman: “La modernità solida era un’epoca di impegno reciproco. La modernità ‘fluida’ è l’epoca del disimpegno, della fuga facile e dell’inseguimento inutile. Nella modernità ‘liquida’ comandano i più sfuggenti, quelli che sono liberi di muoversi impercettibilmente”. In questo senso: BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 140.

21 MENEZES NETO, Elias Jacob de. Surveillance, democracia e direitos humanos: os limites do Estado na era do big data. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016. p. 61.

22 CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal de Emergência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 34.

23 CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal de Emergência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 35.

24 DELUMEAU, Jean. A história do medo no Ocidente 1300-1800: uma cidade sitiada. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 23.

E inoltre Delumeau solleva anche la difficoltà di analizzare la paura da una prospettiva collettiva,²⁵ dato che “i comportamenti della folla esagerano, complicano e trasformano gli eccessi individuali”²⁶ e attribuiscono alla paura un significato diverso dalla prospettiva individuale:

Il termine paura assume allora un significato meno rigoroso e più ampio rispetto alle esperienze individuali, e questo singolare collettivo copre una gamma di emozioni che vanno dall'apprensione al terrore più vivo. La paura, in questo caso, è l'abitudine di un gruppo umano di temere tale e quale minaccia (reale o immaginaria). (Traduzione nostra)²⁷

Dal punto di vista dello Stato, Delumeau mostra che la paura è uno dei principali fattori di adattamento delle soggettività, soprattutto nel Medioevo e nel Rinascimento, e che ha acquisito un significato ancora più chiaro in epoca moderna perché ha vere e proprie funzioni sociali.

Lo storiografo francese sottolinea inoltre che, oltre alle paure spontanee – generalmente legate a eventi climatici o geografici –, alcuni eventi ciclici come le grandi epidemie e le guerre hanno rafforzato il legame tra la *paura* e le pratiche istituzionali – prima della Chiesa cattolica e poi dello stesso Stato moderno – intorno a un obiettivo comune: la lotta contro il male, nelle sue più diverse manifestazioni – il mare, i morti, le tenebre, la peste, la fame, la stregoneria, l'Apocalisse, Satana e i suoi agenti.

Ognuna di queste manifestazioni e i momenti storici in cui hanno avuto luogo hanno generato, nelle parole di Eugenio Raúl Zaffaroni,²⁸ “una comprensione del mondo e un discorso legittimante e delegittimante, con fenomeni violenti *integrati* e *apocalittici* e attrezzati in misura crescente, in funzione dell'aumento del potenziale tecnologico di controllo e distruzione”. Coincidono anche in quella che l'autore chiama la “formidabile capacità [dello Stato] di perversione, costruita – come sempre – sul pregiudizio”, consistente nell'imposizione della *paura* verso il diverso, il cattivo, il malvagio.

25 L'autore riconosce due significati all'espressione “collettivo”. Il primo designa “una folla - coinvolta in una corsa a perdifiato, o soffocata dall'apprensione a seguito di un sermone sull'inferno, o liberata dalla paura di morire di fame attaccando i treni del grano”. La seconda accezione significa “qualsiasi uomo come campione anonimo di un gruppo, al di là della specificità delle reazioni personali di tale e tal altro membro del gruppo”. In questo senso: DELUMEAU, Jean. *A história do medo no Ocidente 1300-1800: uma cidade sitiada*. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 31.

26 DELUMEAU, Jean. *A história do medo no Ocidente 1300-1800: uma cidade sitiada*. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 31.

27 DELUMEAU, Jean. *A história do medo no Ocidente 1300-1800: uma cidade sitiada*. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 32.

28 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. (Coleção Pensamento Criminológico, 14). p. 29, corsivo aggiunto dall'autore.

In effetti, la dualità stabilita dalla lotta tra bene e male ha funzionato – nell’Antichità e nello Stato moderno, anche in crisi – come un importante strumento di controllo sociale, sviluppato dal costante clima di sospetto verso i rischi che, pur essendo prodotti dalla società, non sono da essa gestiti o prevenuti.

Per questo motivo, secondo Winfried Hassemer,²⁹ la logica della repressione non solo rimane, ma si intensifica. Per l’autore, è come se lo Stato fosse andato oltre la forma del Leviatano, “che sostiene e protegge e minaccia i suoi cittadini”, per evolversi (o involversi) nella figura di un “partner nella lotta generale contro il rischio e il crimine”, per il quale i diritti fondamentali non sono altro che ostacoli nella lotta contro la paura.

È interessante notare, come scrive Paulo Busato,³⁰ che il problema del rischio è in continua espansione; del resto, la società “deve necessariamente convivere con l’imprevedibilità associata alle fonti di rischio”. Nel contesto moderno, l’autore sottolinea “l’emergere di nuove tecnologie che, se da un lato superano alcune difficoltà, dall’altro ne creano di nuove, la cui soluzione è ancora un mistero”, e “tale condizione suscita paura, insicurezza e persino il discredito degli organismi di protezione”.

Quindi, dopo aver compreso la struttura del rischio e il modo in cui esso si alimenta della crisi dello Stato moderno per sostenere la paura collettiva e accrescere ciò che resta del potere statale, dobbiamo passare a discutere la disciplina che occupa il ruolo principale in questo dibattito: il diritto processuale penale. Come si vedrà, il processo è responsabile dell’idea emergenziale di applicare le massime estensioni della legge nel più breve tempo possibile.

3 Elementi della perenne emergenza processuale penale

L’espressione “emergenza perenne” è stata coniata da Moccia³¹ nel suo omonimo lavoro e illustra che, nonostante sembri rappresentare momenti di crisi ciclici e puntuali, l’emergenza genera profondi cambiamenti strutturali e funzionali nelle leggi, nei sistemi giudiziari e nelle politiche penali. Di conseguenza, essi iniziano a operare in una “spirale perversa”, mettendo a rischio garanzie penali e processuali fondamentali, legittimate più dalle emozioni – in questo caso, dalla paura – che da un disegno strategico di ampio respiro.³²

29 HASSEMER, Winfried. *Processo penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 18.

30 BUSATO, Paulo. *O outro como inimigo: um discurso punitivo de exclusão*. In: MUNOZ-CONDE, Francisco; BUSATO, Paulo. *Crítica ao direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 155-229. p. 158.

31 MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. p. 9.

32 È valida la citazione dell’estratto originale nella sua interezza: “Tali fattori [...] incidono profondamente anche in rapporto allo stesso corretto funzionamento del processo, le cui carenze, d’altro canto – secondo una spirale perversa – finiscono con l’spirale scelte legislative che, tendendo, per lo più, a semplificare

La paura, di pari passo con l'involuzione dello Stato di diritto, giustifica la scelta emotiva e irrazionale di attribuire alle discipline penali la capacità di risolvere tutti i problemi sociali che, ridotti a una questione di ordine pubblico, dovrebbero giustificare l'adozione di provvedimenti emergenziali, caratterizzate da improvvisazione, caos, rigore repressivo, carattere simbolico, totale assenza di coordinamento sistematico e paralizzanti condoni a catena, e quindi destinate a essere inefficaci.

Secondo Moccia,³³ l'emergenzialismo, "in altre parole, ha generato l'uso simbolico del diritto penale in nome di una presunta politica criminale dell'efficienza, che ha finito per soppiantare la ricerca di soluzioni di politica sociale generale molto più efficienti".

L'involuzione del sistema penale, come descrive Moccia, non si è limitata al diritto penale, ma ha contaminato anche il processo penale: "nella ricerca di una maggiore efficienza, gli interventi di emergenza – legati all'espansione della criminalità organizzata e alla scoperta di una fitta rete di attività e pratiche illegali in ambiti di potere pubblico e privato – hanno delineato un nuovo modello di processo penale".³⁴

Questo nuovo modello è caratterizzato dalla presenza di caratteristiche inquisitorie poco (o per nulla) compatibili con lo Stato di diritto e che sembrano ignorare il fatto che, nel procedimento penale, il primato spetta ai diritti fondamentali dell'individuo, in particolare al diritto alla libertà. L'autore sottolinea che il rispetto dei diritti individuali non può essere considerato un ostacolo alla lotta contro la criminalità:

Certamente, tutelarsi nei confronti di fenomeni criminali, realizzando le condizioni per un effettivo esercizio della pretesa punitiva statale – ma questa deve esplicarsi con il rispetto delle garanzie – e che la necessità di un giusto processo è essa stessa una condizione vitale per uno stato sociale di diritto. Va, pertanto, nei fatti, scongiurato il formarsi di un divario, sovente notevole, tra l'enuncia-

problemi probatori, finiscono per porre in discussione alcuni dei principi elementari di garanzia, come quelli di materialità, offensività, determinatezza, e la stessa personalità della responsabilità penale. A ciò si assiepa la rinnovata esaltazione del carcere nella sua dimensione meramente afflittivo-deterrente, senza alcuna preoccupazione relativa a risocializzazione e/o non desocializzazione dell'individuo, che rappresenta l'espressione più sinistramente significativa di una politica criminale fondata maggiormente su emozioni, che non su di un ampio disegno strategico. Se si considera che in perfetta consonanza con questo stato di cose si può spostare la sanzionatoria tradizionale, ha finito per scaricare sul processo le istanze repressive, grazie anche ad un uso spregiudicato della custodia cautelare, il quadro, sconcertante, è completo". In questo senso: MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. p. 8-9.

33 MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. p. 62.

34 MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. p. 65.

zione solenne, anche nella Legge fondamentale, dei principi alla loro concretizzazione, sai a livello normativo che a livello di prassi.³⁵

Sul piano del processo penale, Moccia ritiene che vi sia stata una ripresa di criteri legislativi e giurisprudenziali “esemplari”, che si sono concretizzati in un significativo aumento della coercizione processuale, con la reintroduzione di meccanismi di applicazione automatica della custodia cautelare, l’ampliamento dei poteri investigativi della polizia giudiziaria e, più in generale, la messa in discussione dei principi fondamentali del processo penale democratico e l’eccessivo aumento dei poteri accusatori.

Moccia nota anche una differenza tra le proteste di emergenza che hanno avuto luogo nel corso del XX secolo. Secondo l’autore, mentre la prima ondata emergenziale – riscontrabile a partire dagli anni ‘70 – esprimeva una parabola simile per il diritto sostanziale e processuale, la “nuova” emergenza ha, tra i suoi effetti, una scala maggiore a livello processuale.³⁶

Qui occorre contestualizzare: gli anni Settanta sono stati segnati da azioni violente e aggressive da parte della mafia, che hanno provocato la morte di politici, membri della magistratura e giornalisti e sono culminate in varie modifiche del sistema e della prassi giuridica. Secondo Moccia, questo fu l’innescò della prima fase dell’emergenza penale.

Secondo Luigi Ferrajoli,³⁷ la caratteristica principale di questa prima fase fu il consolidamento di un sottosistema penale e processuale che iniziò ad affidare alla polizia funzioni che erano proprie del giudiziario. L’espansione dei poteri della polizia è stata analizzata da Alessandro Baratta e Michael Silbernagl³⁸ nella prospettiva del controllo sociale, che è arrivato a riconoscere nelle attività investigate le caratteristiche di sacralità e insormontabilità³⁹ dell’autorità giudiziaria.

L’obiettivo, come spiegano Baratta e Silbernagl,⁴⁰ di questo nuovo trattamento è stato quello di dare agli strumenti repressivi un carattere di risposta immediata. Come esempio dell’espansione dei poteri di polizia, gli autori citano la

35 MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. p. 143-144.

36 “Sembra, infatti, chiaro che la funzione di controllo sociale della sanzione penale sia stata orientata verso il processo penale”. In questo senso: MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. p. 144.

37 FERRAJOLI, Luigi. *Emergenza penale e crisi della giurisdizione. Dei delitti e delle pene*, v. 2, n. 2, p. 271-292, 1984.

38 BARATTA, Alessandro; SILBERNAGL, Michael. *La legislación de emergencia y la cultura jurídica garantista en el proceso penal*. Cuadernos de política criminal, Madrid, n. 28, p. 157-192, 1986.

39 A questo punto, gli autori fanno riferimento a Franco Bricola, per il quale ai poteri di polizia si aggiungeva il carattere sacrale e intoccabile dell’autorità.

40 BARATTA, Alessandro; SILBERNAGL, Michael. *La legislación de emergencia y la cultura jurídica garantista en el proceso penal*. Cuadernos de política criminal, Madrid, n. 28, p. 157-192, 1986. p.178-179.

creazione di processi speciali privilegiati per le forze di sicurezza della polizia – che avrebbero dovuto garantire la loro impunità o almeno rendere più difficile l'applicazione della legge se avessero praticato o agito in eccesso o in abuso nell'esercizio delle loro funzioni.

Nel frattempo, la “nuova” fase si percepisce la nascita di nuove leggi e la ripresa di potere da parte della magistratura, che trasformò la funzione giudiziaria in un'attività sostanzialmente di polizia e di politiche pubbliche.⁴¹ Gli effetti di questa seconda fase emergenziale sono stati analizzati nel marzo 1992 da autorevoli studiosi di scienze criminali, riuniti presso la Facoltà di Giurisprudenza di Bologna per discutere degli effetti legislativi dell'emergenza penale di fronte alla crescente ondata di criminalità organizzata.

In un articolo pubblicato sulla rivista fondata da Alessandro Baratta, “Dei Delitti e Delle Pene”, Alessandro Gamberini⁴² ha registrato i dibattiti, integrandoli con gli eventi storici che hanno segnato l'Italia, in particolare l'impostazione della cosiddetta operazione *Mani Pulite*.⁴³ In particolare, per quanto riguarda il processo penale, Gamberini scrive delle analisi condotte da Giulio Illuminati, il cui principale punto di interesse era l'avvicinamento del processo penale alla logica inquisitoriale.

Secondo Illuminati, il fatto che i processi di mafia comportassero il rischio di intimidazioni e violenze nei confronti dei testimoni rendeva indispensabile la giudiziizzazione delle prove e le informazioni raccolte dalla polizia erano sufficienti per le condanne. Secondo Gamberini, gli Illuminati confutano questa tesi, ritenendo che l'essenza dei processi sia la verifica delle prove stesse e il loro confronto contraddittorio:

Per altro verso, a proposito del problema della testimonianza e della formazione della prova nel dibattimento, Illuminati ha respinto le critiche di formalismo al riguardo rivolte agli ambienti giuridici, secondo le quali in essi non si terrebbe nel dovuto conto la realtà di intimidazione esistente nei processi di criminalità organizzata, e ha sottolineato che rientrano nell'essenza stessa dell'accertamento giurisdizionale la necessità di una verifica pubblica delle accuse e quella del confronto tra testimone e imputato, pena il ritorno alle logiche inquisitorie dell'accusa segreta.⁴⁴

41 FERRAJOLI, Luigi. Emergenza penale e crisi della giurisdizione. Dei delitti e delle pene, v. 2, n. 2, p. 271-292, 1984. p. 285.

42 GAMBERINI, Alessandro. Emergenza, legislazione speciale e riforma penale. Dei delitti e delle pene, v. 3, p. 53-56, 1992.

43 Su “Mani pulite”, si veda: ORLANDI, Renzo. Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional. Constituição, Economia e Desenvolvimento. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 8, n. 15, p. 378-405, jul./dez. 2016.

44 GAMBERINI, Alessandro. Emergenza, legislazione speciale e riforma penale. Dei delitti e delle pene, v. 3, p. 53-56, 1992. p. 69.

In questo stesso contesto di aumento del ruolo della polizia, Choukr⁴⁵ afferma che l'emergenzialismo si aggrappa a un'irrazionalità delle prove, anche se esistono regole formali sull'ammissibilità delle prove e sui metodi per ottenerle. Per l'autore, esiste un primato dell'indagine penale – "su cui basare un giudizio di colpevolezza".

In generale, sia Moccia⁴⁶ che Ferrajoli⁴⁷ e Gamberini⁴⁸ sottolineano l'abbandono del modello accusatorio nel periodo dell'emergenza, per privilegiare nel processo penale l'accertamento della verità materiale, liberando il processo da formalismi "sterili" che erano considerati un ostacolo per affrontare la criminalità organizzata.

Inoltre, Moccia⁴⁹ indica come caratteristica del processo penale d'urgenza il deterioramento del sistema probatorio, che trasforma il momento della fase istruttoria – in cui le prove vengono effettivamente sottoposte al contraddittorio⁵⁰ – in una mera convalida delle prove prodotte in sede cautelare. Di conseguenza, il processo penale – in quanto garante dei diritti individuali – viene svuotato e diventa un mero strumento burocratico per l'applicazione repressiva del diritto penale.

È interessante notare che, decenni dopo *Mani Pulite*, Giulio Illuminati⁵¹ ha rivisitato il tema delle modifiche processuali penali direzionate alla lotta alla criminalità e si è reso conto che la fase di "nuova emergenza", avviata dall'operazione del 1992, non era mai uscita di scena. Al contrario, il diritto e il processo penale sono rimasti come risposte a eventi occasionali, senza alcuna visione o ragionamento in termini sistemici.

Ecco, dunque, la logica emergenziale del processo penale: rendere possibile la massima applicazione del diritto penale alle persone nemiche.

45 CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 62.

46 MOCCIA, Sergio. *La perene emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. p. 145.

47 FERRAJOLI, Luigi. *Emergenza penale e crisi della giurisdizione*. *Dei delitti e delle pene*, v. 2, n. 2, p. 271-292, 1984. p. 284.

48 GAMBERINI, Alessandro. *Emergenza, legislazione speciale e riforma penale*. *Dei delitti e delle pene*, v. 3, p. 53-56, 1992. p. 68.

49 MOCCIA, Sergio. *La perene emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. p. 151.

50 Sergio Moccia (1997) non fornisce un concetto di contraddittorio nel suo lavoro. Tuttavia, sembra opportuno accennare brevemente alla definizione di contraddittorio secondo la concezione di Elio Fazzalari (1992), per il quale esso costituisce una posizione di simmetrica parità tra i soggetti interessati dal giudizio finale. Questo concetto, attualmente ampliato, include il principio dell'influenza come caratteristica del contraddittorio, nel senso che le parti hanno il diritto di influenzare argomentativamente le decisioni del processo, in altre parole, di influenzare lo sviluppo e l'esito del processo, come scrive Dierle Nunes. In questo senso: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

51 ILLUMINATI, Giulio. I riflessi della stagione di "Mani Pulite" sulla procedura penale degli anni novanta. In: NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michele (orgs.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Disponibile em: <https://www.quademifiorentini.eu/cache/biblioteca/093/0280.pdf>. Accesso em: 9 set. 2023. p. 277-283.

In combinazione con gli aspetti di crisi dello Stato moderno, soprattutto quelli che riguardano la sua credibilità nella sfera sociale e politica – sia interna che esterna – l'emergenzialismo processuale penale è il principale strumento dello Stato per affrontare i nemici: in fondo, è rendendo più flessibili le garanzie individuali che si garantisce l'“efficacia” dell'azione penale.

Non a caso, Sergio Moccia⁵² nota una proposizione dialettica tra i concetti di garanzie individuali ed “effettività”: sembrano essere idee contrastanti. Secondo l'autore, la presunta efficacia dello Stato di fronte alla paura e al rischio è una sola: “ripristinare la calma, la solidità, la fiducia e un equilibrio costante tra le ragioni dell'individuo e quelle della società”, anche a costo di non rispettare le regole del gioco.

4 Emergenza processuale penale al servizio dell'efficacia

Nella ricerca emergenziale dell'“effettività”, sono tre i principali contributi del Processo Penale, tutti basati sull'attenuazione delle garanzie individuali: l'abbreviazione del processo attraverso l'esaurimento della cognizione ordinaria a fronte della cognizione sommaria, le soluzioni consensuali raggiunte attraverso accordi e l'ottenimento di prove con metodi occulti.

Il primo di questi contributi è ravvisabile nella necessità di abbreviare i tempi – o immediatezza, come descritta da Baratta e Silbernagl⁵³ – che, secondo Flaviane Barros Bolzan de Moraes e Ulisses Dalle,⁵⁴ comprende provvedimenti che rendono impossibile “attendere il tempo necessario per stabilire la colpevolezza nel processo penale di cognizione”, con “cognizione ordinaria interpretata come ritardo”:

Quindi, il cosiddetto processo penale cautelare inizia molto prima e si sovrappone al processo di cognizione; tuttavia, è vero che solo il processo di cognizione si presta all'imputazione di comportamenti criminali e alla formazione della colpa. Ne consegue la mancanza di rispetto per il processo e la quasi impossibilità di ribaltare il cosiddetto giudizio cautelare, che non deve o non dovrebbe essere collegato alla colpevolezza. (Barros Bolzan de Moraes; Dalle, 2021, p. 97-98, traduzione nostra).

52 MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. p. 4.

53 BARATTA, Alessandro; SILBERNAGL, Michael. *La legislación de emergencia y la cultura jurídica garantista en el proceso penal*. Cuadernos de política criminal, Madrid, n. 28, p. 157-192, 1986. p. 178.

54 BARROS BOLZAN DE MORAIS, Flaviane de Magalhães; DALLE, Ulisses Moura. *Prisão preventiva: em busca de uma noção para garantia de direitos fundamentais*. Revista de Estudos Criminais, v. 20, n. 81, p. 89-114, 2021. p. 97.

Per questo motivo, secondo Flaviane Barros,⁵⁵ l'emergenzialismo influenza il processo penale nella ricerca di una punizione *ante factum*. Questo tipo di punizione "tiene conto della storia criminale del colpevole e non di un caso criminale", in un modello simile a quello adottato dal diritto penale del nemico.

Così, nella ricerca di risposte rapide ed efficaci, l'emergenza si avvale sia di provvedimenti cautelari personali – come la detenzione, che serve come ritorno immediato di fronte al rischio – sia di provvedimenti probatorie – come le intercettazioni telefoniche e telematiche, le registrazioni ambientali e altre – "utilizzate per costruire unilateralmente una certezza per l'anticipazione della colpevolezza".

Sulla stessa linea, João Andorfato⁵⁶ sottolinea che mentre un tempo il controllo penale avveniva *post factum*, "oggi c'è un intenso movimento basato sull'idea di protezione tecnica del rischio, che implica un modello di anticipazione del danno attraverso provvedimenti preventive", tutte di natura repressiva e che contribuiscono alla formazione immediata della responsabilità penale.

Vale la pena sottolineare anche la differenza cognitiva tra processo cautelare e processo di cognizione, che non si manifesta nella profondità o nell'estensione della cognizione, ma nella credibilità epistemica degli elementi su cui la cognizione cadrà.

Se nel processo cautelare la cognizione cade su elementi informativi – raccolti unilateralmente dall'accusa – la sua qualità epistemica sarà ridotta; nel processo di cognizione, quando cade su prove – prodotte in un contraddittorio giudiziario – la sua credibilità epistemica sarà maggiore.⁵⁷

Tenendo presente l'azione del processo precauzionale istantaneo, che nasce dalla paura e dall'imminenza della protezione contro il nemico, Barros traccia un parallelo tra la lotta al terrorismo – grande espressione dell'emergenzialismo – e la corruzione – condotta di straordinaria importanza nell'emergenza.

Pur essendo bandiere diverse, la lotta al terrorismo e la lotta alla corruzione si fondano su strutture criminali simili, come il riciclaggio di denaro e le organizzazioni criminali: interagendo con la malavita dei paradisi fiscali ed eludendo il controllo dei sistemi nazionali e internazionali, le grandi reti terroristiche e di corruzione rendono difficile la repressione e, di conseguenza, richiedono tutte le

55 BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. Revista Duc In Altum – Cadernos de Direito, Recife, v. 10, n. 21, p. 05-33, maio/ago. 2018. p. 21.

56 ANDORFATO, João Jacinto Anhô. Corrupção e processo penal de emergência: entre as garantias processuais penais e o discurso de combate à corrupção. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DE LAURENTIZ, Victoria Vitti (org.). Corrupção, direitos humanos e empresa. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 247-260. p. 249.

57 Nell'introduzione al suo libro "A Cadeira de Custódia da Prova no Processo Penal", Geraldo Prado afferma: "I dispositivi che compongono il sistema di controllo epistemico garantiscono l'affidabilità delle prove prodotte dalle parti in un determinato caso penale". In questo senso: PRADO, Geraldo. A cadeira de custódia da prova no processo penal. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 11.

eccezionali provvedimenti cautelari e probatorie personali previste dalla legislazione di emergenza.

E per di più: la legalità di questi provvedimenti, a causa della ricerca di efficienza e punizione, viene messa in secondo piano. Secondo Flaviane Barros,⁵⁸ c'è una "rottura nella struttura delle garanzie, soprattutto per quanto riguarda le questioni legate al rispetto del diritto alla privacy, alle garanzie di libertà individuale e di inviolabilità stabilite nel testo costituzionale".

In un panorama di tensione tra garanzie individuali – tra cui la libertà – e sicurezza – ispirata dalla retorica della paura e del rischio – la conclusione è che gli Stati tendono, come descrive Geraldo Prado,⁵⁹ a produrre "norme che attaccano i diritti fondamentali per ampliare le risorse disponibili per la repressione penale". Queste norme, tuttavia, non si vedono solo nell'immediatezza della risposta dello Stato al reato o nella (mancanza di) credibilità epistemica che ricade sulla cognizione.

Questo primato dei provvedimenti cautelari rispetto alla fase processuale e l'indebolimento delle garanzie processuali, nella logica dell'emergenza e dell'"efficienza", ha un secondo contributo all'abbreviazione del processo: il patteggiamento, la sospensione condizionale del procedimento, il patteggiamento e il non perseguimento penale.⁶⁰

Questi istituti sono stati "trapiantati"⁶¹ da legislazioni straniere, soprattutto statunitensi, nell'ordinamento brasiliano – cioè trasferiti da un corpo giuridico all'altro con la massima compatibilità possibile – piuttosto che "tradotti"⁶² giuridicamente – in base all'adeguatezza dell'istituto al contesto in cui è inserito. Tuttavia, l'ideologia alla base degli accordi, in qualsiasi contesto giuridico, trova la sua principale giustificazione nella pretesa di "efficienza".

Nel modello penale degli Stati Uniti d'America, i patteggiamenti si sono consolidati – o hanno trionfato, secondo le parole di George Fisher⁶³ – come strumento di amministrazione della giustizia, anche dal punto di vista economico. Il

58 BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. *Revista Duc In Altum – Cadernos de Direito*, Recife, v. 10, n. 21, p. 05-33, maio/ago. 2018. p. 23.

59 PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 59.

60 SARKIS, Jamilla Monteiro. Delação premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração. São Paulo: IBCCRIM, 2019.

61 LEGRAND, Pierre. The impossibility of 'Legal Transplants'. 4 *Maastricht Journal Eur. & Comp. L.*, MJ 4, p. 111-124, 1997. p. 111.

62 LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004. p. 60.

63 FISHER, George. *Plea bargaining's triumph: a history of plea bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press, 2003. p. 40.

principale precedente della Corte Suprema in materia, *Brady v. United States*, ha sancito l'indispensabilità dei patteggiamenti per ridurre i costi dello Stato con i tribunali, i pubblici ministeri, i difensori e, soprattutto, le spese investigative. Dopotutto, concludendo gli accordi, si rinunciarebbe all'intero apparato giudiziario, le persone accusate si assumerebbero le loro responsabilità e accetterebbero le loro pene, oltre a identificare eventualmente i coautori.

Inoltre, facendo del patteggiamento la regola procedurale dominante – circa il 90% dei casi penali in quel Paese si chiudono attraverso la negoziazione – la Corte Suprema ha riconosciuto che, sebbene possano risultare in sentenze inadeguate (o perché più clementi di quelle ottenute durante i processi, o per il rischio di punire persone innocenti), tutti i valori sacrificati sarebbero compensati dai vantaggi che portano alla comunità.

Per la realtà brasiliana, oltre all'“efficienza” attuariale che si traduce in condanne senza processi e nell'amministrativizzazione della giustizia penale⁶⁴ – la pratica del patteggiamento corrisponde a un altro riflesso delle crisi dello Stato moderno. In una prospettiva di precarietà strutturale, in cui lo Stato fa molta fatica a esercitare il suo potere di polizia e finisce per frustrare le aspettative della società, il patteggiamento gli permette di “raggiungere il suo obiettivo attraverso le informazioni fornite dall'imputato stesso, anche se ciò si traduce nella produzione di prove contro se stesso e nella presunzione di colpevolezza del soggetto”.⁶⁵

Ed è proprio nell'ambito del reperimento delle prove che si può vedere il terzo contributo dell'emergenza all'efficienza processuale penale. Quando Jakobs⁶⁶ prescrive come lo Stato deve trattare le persone che sono nemiche, non manca di delineare le linee guida affinché il processo penale miri anche a eliminare i rischi. L'autore tedesco spiega che, in relazione agli imputati, esiste una polarizzazione in termini di posizioni nel processo – a volte soggetti di diritto, a volte oggetti per l'estrazione di prove.

Per Jakobs, in quanto soggetti di diritti, gli accusati hanno generalmente il diritto di produrre prove a loro favore e di essere giudicati da tribunali competenti. D'altro canto, in quanto oggetti del processo, possono essere sottoposti a

64 LANGER, Maximo. Plea bargaining, conviction without trial, and the global administratization of criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, v. 4, p. 377-411, 2021. p. 386.

65 BRITO, Michelle Barbosa de. Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 86.

66 JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIA MELIÀ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. 2. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006. p. 21-56. p. 44-45. L'autore si rifà alla filosofia illuminista per distinguere tra il trattamento dei cittadini e quello dei nemici, concludendo che “l'individuo che non accetta di essere costretto in uno stato di cittadinanza non può partecipare ai benefici del concetto di persona”.

provvedimenti coercitive come la detenzione preventiva, l'estrazione obbligatoria di materiale genetico o l'intercettazione delle comunicazioni.

Questi provvedimenti, pur essendo invasive e limitative di diritti come la libertà e la privacy, hanno disposizioni legali e requisiti di autorizzazione espliciti. In altre parole, questi diritti potrebbero essere aboliti in modo legalmente ordinato in relazione a coloro che rappresentano un rischio per la sicurezza pubblica. In questo caso, le persone accusate servono il processo solo come mezzo per ottenere prove a loro favore. Queste prove sono generate dagli stessi imputati e utilizzate a loro svantaggio con un potente artificio: la segretezza.

Questi metodi segreti o nascosti di indagine penale – come l'infiltrazione di agenti, le intercettazioni telefoniche, telematiche e bancarie, le registrazioni ambientali, il tracciamento digitale, il monitoraggio della posizione e altri ancora – non sono esattamente nuovi. La figura degli informatori, ad esempio, esiste da migliaia di anni, con la differenza che in passato veniva utilizzata per perseguire i nemici politici e ancora oggi viene utilizzata per identificare il nemico criminale.

Secondo Manuel Valente,⁶⁷ i metodi segreti di acquisizione delle prove si basano sull'intersezione di due importanti pilastri sociali: in primo luogo, la richiesta a gran voce dei cittadini – in uno stato di paranoia e paura schizofrenica – di una giustizia rapida ed efficiente di fronte a fenomeni come il terrorismo, il traffico di droga e la criminalità organizzata. In secondo luogo, la scelta dei decisori politici di attuare politiche penali popolari, capaci di raccogliere voti ma insufficienti a risolvere il problema della criminalità dal punto di vista dello Stato di diritto.

Sulla base del clamore sociale e dell'avidità politica, i metodi di indagine segreti o nascosti si sono consolidati nel processo penale attraverso le caratteristiche individuate da Manuel Andrade: istituzionalizzazione e generalizzazione. La natura istituzionalizzata dei metodi dimostra la loro legittimazione formale e materiale da parte dell'ordinamento giuridico, mentre la generalizzazione delle pratiche mostra la loro massificazione sfrenata, resa possibile dalla tecnologia.

In effetti, sia l'istituzionalizzazione che la generalizzazione dei metodi di investigazione segreta danno un contributo unico al perseguimento penale, soprattutto a quello volto a combattere la criminalità organizzata, sofisticata per eccellenza e difficile da penetrare per le agenzie di pubblica sicurezza. L'autore portoghese respinge a priori l'ingenuità:

I vantaggi e i benefici delle indagini segrete sono evidenti. Soprattutto quando si tratta di perseguire le manifestazioni più gravi della criminalità contemporanea

67 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Editorial dossiê "Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias". Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 473-482, maio/ago. 2017. p. 473.

nea, la criminalità organizzata in generale e il terrorismo in particolare. Oltre a mobilitare risorse senza precedenti e ad esibire un potere pari a quello di molti Stati, esse adottano generalmente forme di organizzazione e di interazione che le rendono immuni dall'intrusione e dall'abuso degli organi di controllo sociale. Anche quando non seguono le forme più acute di proselitismo e fanatismo religioso, la verità è che i membri di queste organizzazioni tendono a stabilire tra loro rapporti improntati più al *consenso* che al *conflitto*. I trafficanti coinvolti, ad esempio, nella compravendita di droghe illecite non si considerano l'uno con l'altro come colpevole/vittima, aggressore/aggredito, ma piuttosto come fornitore/cliente, come è tipico della categoria criminologica dei *victimless crimes*. Nessuno dei due si sente motivato a cercare la solidarietà dell'ordine giuridico; al contrario, entrambi tendono a trincerarsi in un rapporto di solidarietà reciproca, animato da interessi comuni che contrastano con quelli dell'ordine giuridico e dei suoi agenti. In modo tale che spesso solo l'uso di indagini segrete è in grado di entrare nel "santuario", neutralizzare o rompere i legami di solidarietà e accedere alla verità. (Traduzione nostra)⁶⁸

Per Valente,⁶⁹ oltre a essere istituzionalizzati e diffusi, la pratica ha rivelato che i mezzi di indagine nascosti sono diventati comuni a causa della mancanza di sistematizzazione.

Per l'autore, la sistematizzazione implica il riconoscimento di una gradazione dei mezzi da utilizzare, da quello meno lesivo dei diritti fondamentali a quello che ha il maggiore impatto sulla loro violazione – quest'ultimo appropriato solo in situazioni estreme. Valente osserva, tuttavia, che l'adozione di un approccio sistematico ha cessato da tempo di essere la regola e ha ceduto il passo alla logica della banalizzazione, visti i successi ottenuti con i metodi segreti – anche se a costi elevati.

Pur facendo espresso riferimento alla legislazione portoghese e tedesca, la critica mossa da Manuel Andrade si adatta perfettamente alla realtà brasiliana, considerando che la previsione di metodi investigativi occulti è dispersa tra il Codice di procedura penale e varie leggi stravaganti, come la Legge sulle intercettazioni telefoniche (Legge n. 9.296/1996), la Legge sull'identificazione criminale mediante profilazione genetica (Legge n. 12.654/2012) e la Legge sulle organizzazioni criminali (Legge n. 12.850/13).

68 ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral). In: BONATO, Gilson (org.). Processo Penal, Constituição e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 531-550. p. 538.

69 VALENTE, Manuel. Escutas telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 59.

Inoltre, affinché i metodi di indagine nascosti abbiano successo, Hans-Jörg Albrecht⁷⁰ osserva che devono essere presenti alcune caratteristiche, che non sono cumulative. Queste sono: in primo luogo, il fatto che siano sconosciuti dai bersagli e neutralizzino i loro diritti fondamentali, tra cui il diritto di non autoincriminarsi e i diritti della personalità; in secondo luogo, la loro portata, considerando la capacità di raggiungere un numero indeterminato di persone e di raccogliere informazioni passate, presenti e future dalle fonti più diverse; in terzo luogo, la neutralizzazione dei diritti dei testimoni e di altre persone che possono essere colpite dello provvedimenti, anche se non sono oggetto dell'indagine; in quarto luogo, la possibilità di raccogliere informazioni indipendenti dall'intimità e dall'affidabilità.

Esiste tuttavia "l'altra faccia della luna", come dice Andrade:⁷¹ i danni causati alla società dai metodi di indagine nascosti, che si esprimono nel sacrificio di beni legali⁷² e diritti fondamentali. Nel contesto dei beni legali, la *privacy* e l'intimità, i diritti alla parola e all'immagine, l'inviolabilità del domicilio, le telecomunicazioni, il segreto professionale e l'autodeterminazione informativa sono i più frequentemente colpiti. Nel contesto dei diritti fondamentali, l'autore cita la non autoincriminazione, la libertà di espressione dell'imputato e il suo status di soggetto processuale, nonché il diritto al silenzio.

Per Andrade, quindi, una volta caratterizzato l'invariabile sacrificio dei diritti fondamentali derivante dall'uso di metodi investigativi occulti, alcuni requisiti in grado di renderli compatibili con la Costituzione sarebbero insormontabili.

Il primo di questi sarebbe la riserva di legge, e solo su questa base i mezzi segreti sarebbero ammissibili e validi se espressamente e specificamente previsti dalla legge, in grado di determinarne lo scopo e definirne i limiti.

Alla riserva di legge, Valente aggiunge l'obbligo di quello che chiama il "principio del catalogo chiuso", sia in relazione ai metodi di investigazione segreta che ai reati a cui si applicano. Secondo Valente,⁷³ lo scopo di questa esattezza

70 ALBRECHT, Hans-Jörg. *Vigilância das Telecomunicações: Análise teórica e empírica da sua implementação e efeitos*. In: FERREIRA MONTE, Mário et al. *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do código de processo penal português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 725-743.

71 ANDRADE, Manuel da Costa. *Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)*. In: BONATO, Gilson (org.). *Processo Penal, Constituição e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 531-550. p. 539.

72 Va notato che l'autore è affiliato alla teoria costituzionale dei beni giuridici, il cui presupposto risiede, come scrive Sheila Selim de Sales, "nel fatto che la libertà individuale, su cui grava la sanzione per eccellenza del diritto penale, è un bene giuridico non solo previsto dalla Costituzione, ma da essa garantito come inviolabile". In questo senso: SALES, Sheila Jorge Selim de. *Princípio da efetividade no Direito Penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 95, n. 848, p. 416-435, jun. 2006. p. 429, corsivo aggiunto dall'autrice.

73 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Editorial dossiê "Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias"*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 473-482, maio/ago. 2017. p. 476.

è quello di “eliminare dallo spazio e dal tempo dell’interprete e dell’applicatore della legge [norma] ampiezze e ammissibilità incongrue e costituzionalmente inaccettabili”.

Poiché la riserva di legge e il catalogo chiuso sono presupposti per la validità dei provvedimenti, Andrade⁷⁴ sottolinea che le lacune o le omissioni nella legge non possono essere superate ricorrendo all’analogia. A titolo di esempio, l’autore cita che la legislazione portoghese, pur autorizzando le “azioni segrete” (il corrispettivo brasiliano sarebbe le “azioni controllate” previste dalla legge 12.850/13), non prevede che nell’ambito dell’azione si possano effettuare intercettazioni, registrazioni o riprese fotografiche non consensuali. Pertanto, se effettuate, le intercettazioni, le registrazioni o le riprese non sarebbero supportate dall’analogia e sarebbero inammissibili.

Commentando quello che definisce un “buco nero in termini di regolamentazione”, Diogo Malan⁷⁵ descrive, in pratica, le conseguenze del deficit legislativo brasiliano in termini di metodi di indagine nascosti. L’autore cita le cosiddette “perquisizioni e sequestri virtuali” – solitamente rivolte a computer e telefoni cellulari – che sono in grado di copiare tutti i contenuti disponibili sui dispositivi, sottolineando che nella legge brasiliana non esiste una normativa che preveda una procedura probatoria specifica per questo metodo, né un metodo tipico che possa essere utilizzato per analogia.

Alla riserva di legge va aggiunto un altro fattore: la riserva di giurisdizione, ovvero l’autorità competente ad autorizzare i provvedimenti nascoste. Secondo Manuela Valença,⁷⁶ il controllo giudiziario e dal Pubblico Ministero sulle attività investigative costituirebbe una sorta di freno a possibili illegalità e arbitrarietà, in grado di affermare l’ordine costituzionale.

Per Andrade,⁷⁷ tuttavia, il discorso secondo cui il giudice agirebbe come una barriera efficace contro le esagerazioni o gli abusi sarebbe vanificato, descrivendo il controllo giudiziario come un “mito”. Infine, come sottolinea l’autore, empiricamente “la regola è che praticamente il 100% delle richieste vengono accolte e,

74 ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral). In: BONATO, Gilson (org.). *Processo Penal, Constituição e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 531-550. p. 542.

75 MALAN, Diogo. Métodos ocultos, devido processo e o enfrentamento da criminalidade organizada. In: BRITO CRUZ, Francisco; SIMÃO, Bárbara (org.). *Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate*. São Paulo: InternetLab, 2021. v. IV. E-book.

76 VALENÇA, Manuela Abath. *Processo penal e democracia: As práticas repressivas aos movimentos operários na primeira república*. Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, n. 133, p. 173-195, jul. 2017. p. 181.

77 ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral). In: BONATO, Gilson (org.). *Processo Penal, Constituição e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 531-550. p. 547.

soprattutto, vengono accolte con una remissione generalizzata o un'assunzione passiva delle argomentazioni e dei motivi addotti dal Pubblico Ministero".

D'altra parte, se si considera il significato e la funzione del giudice come mero custode preventivo dei diritti fondamentali, la riserva del giudice contribuisce al rispetto della garanzia di conformità della legge all'azione giudiziaria. Inoltre, il suo corretto esercizio contribuisce notevolmente all'obbligo di motivazione, nel provvedimento in cui rende l'autorizzazione di un certo mezzo di indagine occulto soggetto a un successivo controllo in qualsiasi azione penale o appello.

Da un altro punto di vista, Andrade sottolinea l'importanza della riserva di giurisdizione in assenza di contraddittorio che si verifica quando la polizia o il Pubblico Ministero richiedono un'indagine occulta protetta dal segreto:

Si capisce perché questa protezione preventiva che il giudice deve garantire sia così importante, visto che deciderà solo sulla base della richiesta e delle argomentazioni della polizia e dal Pubblico Ministero. Non avendo la possibilità di rispettare il comandamento *audiatur et altera pars*. Di conseguenza, il giudice deve vedersi come un vero giudice e non come qualcuno che svolge "una funzione ausiliaria dell'esecutivo o, più precisamente, come una sorta di autocontrollo esternalizzato (*extemalisierte Selbstkontrolle*) dell'amministrazione". Questa è anche l'opinione che la Corte costituzionale federale ha costantemente sostenuto. In una delle sue formulazioni: "La riserva del giudice mira a un controllo preventivo dei provvedimenti da parte di un organo indipendente e neutrale... Nelle indagini penali condotte autonomamente dal Pubblico Ministero, il giudice appare, in virtù della separazione tra l'autorità inquirente e quella giudicante, come un terzo disinteressato (*unbeteiligt*) che agisce solo su richiesta dal Pubblico Ministero". Per questo motivo la Corte costituzionale Federale ritiene che, di fronte a questo tipo di provvedimento (che equipara a un ordine di detenzione), adottato senza la preventiva audizione dell'interessato, il giudice debba anche curare gli interessi della persona colpita. (Traduzione nostra)⁷⁸

Infine, come elemento per la riserva di giurisdizione, Andrade⁷⁹ propone anche che, oltre a essere essenziale, il ragionamento alla base della decisione giudiziaria debba essere autonomo ed efficiente. Per quanto riguarda l'autonomia, l'autore descrive che "il giudice deve [...] soggettivamente egli stesso il ragionamento e il provvedimento. E per farlo, deve giudicare criticamente e autonomamente le ragioni di fatto e di diritto presentate dall'Pubblico Ministero per richiedere il provvedimento".

78 ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral). In: BONATO, Gilson (org.). Processo Penal, Constituição e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 531-550. p. 548, corsivo aggiunto dall'autore.

79 ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral). In: BONATO, Gilson (org.). Processo Penal, Constituição e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 531-550. p. 549.

Per quanto riguarda l'“efficienza”, Andrade utilizza le sentenze della Corte costituzionale federale tedesca (*Bundesgerichtshof* - BVerfG) su due aspetti importanti: la sospensione e la sussidiarietà. Per quanto riguarda il primo, sottolinea che non sono sufficienti mere speculazioni, ipotesi o supposizioni, anche se basate sull'esperienza concreta del giudice. Per quanto riguarda la sussidiarietà, sottolinea che la mera invocazione dell'utilità dei provvedimenti è insufficiente, e che nel caso specifico devono essere chiare le ragioni per cui altri provvedimenti – anche se nascoste, ma meno onerose – non sarebbero più appropriate.

Come ultimo fattore rilevante per la compatibilità dei metodi segreti o nascosti di acquisizione delle prove con l'ordinamento costituzionale, Manuel da Costa Andrade⁸⁰ si occupa della proporzionalità, che “costringe a mettere sulla bilancia un largo spettro di valori, interessi e controinteressi”, ponendo l'accento “sull'universo dei diritti e dei soggetti colpiti, sull'eminenza e la dignità dei beni giuridici da salvaguardare, nonché sull'idoneità dell'provvedimento a raggiungere questo obiettivo”. Spetta alla proporzionalità equiparare il sacrificio dei diritti fondamentali delle persone accusate con il perseguimento di diritti garantiti dalla Costituzione anche alla collettività.

La proporzionalità è direttamente correlata allo Stato di diritto e di giurisdizione, poiché ha due forme di impatto: in primo luogo, sulla scena legislativa; in secondo luogo, sull'attività giudiziaria.

Quando si regolamentano i metodi di investigazione segreta, ogni volta che c'è un impatto sui diritti fondamentali, il legislatore deve stabilire concretamente quali crimini o condizioni di fatto giustificano la clandestinità dell'indagine. In ambito legislativo, esiste difficoltà sia nel determinare la natura precisa e puntuale della norma, sia nel sussumerla al caso specifico. È proprio per la tensione tra diritti che si rende necessaria una valutazione giudiziale, capace di misurare l'adeguatezza dell'atto nascosto, adottando come parametro di riferimento i gradi di lesione dei diritti costituzionalmente protetti posti a confronto.

Dopo aver illustrato i fattori che, per Manuel Andrade e Manuel Valente, renderebbero i metodi di indagine occulta compatibili con il processo costituzionale, proponiamo una riflessione contemporanea basata sulla premessa elaborata da Hans-Jörg Albrecht⁸¹ e sui punti analizzati finora: per secoli, i mezzi occulti sono stati gli strumenti esclusivi delle agenzie di intelligence interessate a raccogliere informazioni, identificare potenziali *nemici* e prevenire possibili *rischi*. Dal

80 ANDRADE, Manuel da Costa. “Bruscamente no Verão Passado”, a Reforma do Código de processo penal: Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 116.

81 ALBRECHT, Hans-Jörg. Secret surveillance. Measures of secret investigation in the criminal process. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 19, n. 92, p. 123-153, set./out. 2011. p. 125.

momento in cui vengono adottati dalle forze di pubblica sicurezza per reprimere e punire il crimine, vengono banalizzati.

Questa banalizzazione è riassunta da Gustavo Garibaldi,⁸² per il quale i mezzi occulti – che tendono a facilitare le indagini e a consentire la punizione di chi commette reati gravi all'interno delle organizzazioni criminali – producono effetti identici per chi non commette reati così gravi o non è nemmeno coinvolto in condotte criminali. Questo perché la tendenza a legittimare situazioni eccezionali, che sarebbero vietate nella prospettiva ordinaria del funzionamento dello Stato, presuppone il sacrificio di alcuni diritti a favore della garanzia di altri, senza però considerare che il costo del sacrificio si riflette al di là di ciò che si vuole garantire.

Nel momento in cui i metodi investigativi occulti, segreti o clandestini vengono applicati in generale – e non eccezionalmente, anche in sostituzione di altri mezzi di prova convenzionali che comportano maggiori garanzie per la persona accusata – diventano protagonisti nella logica dell'emergenza processuale penale. E quando vengono elevati a questo livello, i requisiti del diritto riservato e della giurisdizione possono non essere sufficienti.

Alla fin fine, il legislatore non sembra preoccuparsi provvedimenti eccessive, purché siano popolari; mentre per il giudice, oltre a essere strettamente vincolato dalla legge, è difficile superare il fatto che mezzi nascosti sono più efficaci di altri. Proprio per questo motivo, è necessario riconoscere che i metodi segreti di indagine sono tendenzialmente in aumento.

5 Conclusione

Nei suoi continui cambiamenti di paradigma, lo Stato si è sempre basato su una delle caratteristiche responsabili dell'involuzione degli esseri umani, ma capace di unire gli individui più diversi intorno allo stesso ideale: la paura. Le fonti della paura sono state proiettate in modi diversi nel corso della storia, ma sono sempre servite al Processo Penale come vettori per identificare i mali da affrontare e i nemici da combattere.

Dal momento in cui i nemici diventano temibili per la loro sofisticazione, però, le consuete attività di repressione e punizione adottate dallo Stato diventano insufficienti. È in questo contesto che la normalità lascia il posto all'eccezionalità e la regola diventa emergenza. Senza limiti geografici o temporali, l'emergenza prende piede con la stessa facilità con cui deroga totalmente o parzialmente ai diritti fondamentali.

82 GARIBALDI, Gustavo E. L. *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito: su incidencia en el derecho penal y los principios constitucionales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010. p. 428-429.

Per quanto riguarda il processo penale, l'emergenza svuota ogni strumento che si frappone alla punizione rapida ed efficace del nemico. La cognizione ordinaria, tipica della disciplina processuale democratica che assegna la formazione della colpa alla fase della cognizione, viene ora interpretata come un ritardo ed è in ambito cautelare che si attuano la repressione e la punizione. È sempre nell'ambito cautelare che si concentra la produzione della prova, che oggi viene effettuata con metodi di indagine occulta più efficaci e precisi rispetto a quelli tradizionali.

Dal punto di vista dei metodi di indagine clandestina, è l'emergere del processo penale che ne consente l'istituzionalizzazione e la generalizzazione. Una volta legittimati dall'ordinamento giuridico e massificati dalla pratica forense, questi mezzi segreti diventano essenziali per il successo delle agenzie di pubblica sicurezza, indipendentemente dal fatto che sacrificino beni legali e diritti individuali fondamentali.

Riferimenti bibliografici

- ALBRECHT, Hans-Jörg. Secret surveillance. Measures of secret investigation in the criminal process. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 19, n. 92, p. 123-153, set./out. 2011.
- ALBRECHT, Hans-Jörg. Vigilância das Telecomunicações: Análise teórica e empírica da sua implementação e efeitos. In: FERREIRA MONTE, Mário et al. *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do código de processo penal português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- ANDORFATO, João Jacinto Anhô. Corrupção e processo penal de emergência: entre as garantias processuais penais e o discurso de combate à corrupção. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; DE LAURENTIZ, Victoria Vitti (org.). *Corrupção, direitos humanos e empresa*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- ANDRADE, Manuel da Costa. "Bruscamente no Verão Passado", a Reforma do Código de processo penal: Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral). In: BONATO, Gilson (org.). *Processo Penal, Constituição e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BARATTA, Alessandro; SILBERNAGL, Michael. La legislación de emergencia y la cultura jurídica garantista en el proceso penal. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 28, p. 157-192, 1986.
- BARROS BOLZAN DE MORAIS, Flaviane de Magalhães; DALLE, Ulisses Moura. *Prisão preventiva: em busca de uma noção para garantia de direitos fundamentais*. *Revista de Estudos Criminas*, v. 20, n. 81, p. 89-114, 2021.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. *Revista Duc In Altum - Cardernos de Direito*, Recife, v. 10, n. 21, p. 05-33, maio/ago. 2018.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. v. 2.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luís. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. *E-book*.
- BRICOLA, Franco. *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*. In: AA.VV. *Diritto premiale e sistema penale - Atti dei Simposi di studi di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, 1983.

- BRITO, Michelle Barbosa de. Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- BUSATO, Paulo. O outro como inimigo: um discurso punitivo de exclusão. In: MUÑOZ-CONDE, Francisco; BUSATO, Paulo. Crítica ao direito penal do inimigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal de Emergência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- DARROT, Pierre; LAVAL, Christian. A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DELUMEAU, Jean. A história do medo no Ocidente 1300-1800: uma cidade sitiada. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. Emergenza penale e crisi della giurisdizione. *Dei delitti e delle pene*, v. 2, n. 2, p. 271-292, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi. Poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011.
- FISHER, George. Plea bargaining's triumph: a history of plea bargaining in America. Stanford: Stanford University Press, 2003.
- GAMBERINI, Alessandro. Emergenza, legislazione speciale e riforma penale. *Dei delitti e delle pene*, v. 3, p. 53-56, 1992.
- GARIBALDI, Gustavo E. L. Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito: su incidencia en el derecho penal y los principios constitucionales. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. A constelação pós-nacional: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2004.
- ILLUMINATI, Giulio. I riflessi della stagione di "Mani Pulite" sulla procedura penale degli anni novanta. In: NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michele (orgs.). Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana.
- JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIA MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. 2. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006.
- LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004.
- LANGER, Maximo. Plea bargaining, conviction without trial, and the global administratization of criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, v. 4, p. 377-411, 2021.
- LEGRAND, Pierre. The impossibility of 'Legal Transplants'. *4 Maastricht Journal Eur. & Comp. L., MJ* 4, p. 111-124, 1997.
- MALAN, Diogo. Métodos ocultos, devido processo e o enfrentamento da criminalidade organizada. In: BRITO CRUZ, Francisco; SIMÃO, Bárbara (org.). Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate. São Paulo: InternetLab, 2021. v. IV. *E-book*.
- MENEZES NETO, Elias Jacob de. Surveillance, democracia e direitos humanos: os limites do Estado na era do *big data*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016.
- MOCCIA, Sergio. La perene emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático. Curitiba: Juruá, 2008.
- ORLANDI, Renzo. Operazione Mani Pulite" e seu contexto político, jurídico e constitucional. Constituição, Economia e Desenvolvimento. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 8, n. 15, p. 378-405, jul./dez. 2016.
- PRADO, Geraldo. A cadeia de custódia da prova no processo penal. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- SALES, Sheila Jorge Selim de. Princípio da efetividade no Direito Penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 95, n. 848, p. 416-435, jun. 2006.

- SARKIS, Jamilla Monteiro. Delação premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração. São Paulo: IBCCRIM, 2019.
- STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Ciência polícia e teoria do estado. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*.
- VALENÇA, Manuela Abath. Processo penal e democracia: As práticas repressivas aos movimentos operários na primeira república. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 133, p. 173-195, jul. 2017. p. 181.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Editorial dossiê "Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias". Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 473-482, maio/ago. 2017.
- VALENTE, Manuel. Escutas telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. (Coleção Pensamento Criminológico, 14).

O EMPREGO DO DOLO EVENTUAL PELA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

THE USE OF THE DOLUS EVENTUALIS BY THE BRAZILIAN SECURITIES EXCHANGE COMMISSION

THIAGO BOTTINO¹

EGMON HENRIQUE DE OLIVEIRA COSTA²

RESUMO: Este artigo tem o objetivo de analisar o emprego do conceito de dolo eventual na jurisprudência da Comissão de Valores Mobiliários, especificamente no julgamento de condutas que configurariam o ilícito administrativo de manipulação de mercado, previsto na Instrução CVM nº 08/79, substituída pela Resolução CVM nº 62/22. Por conta da proximidade teórica entre os conceitos de “dolo eventual” e “culpa consciente” e das diferentes teorias para conceituá-los, identificar a hipótese de aplicação de um ao invés de outro instituto no caso concreto pode implicar na decisão de absolvição ou condenação.

PALAVRAS-CHAVE: Dolo eventual. Culpa consciente. Manipulação de mercado. Comissão de Valores Mobiliários. Regulação.

ABSTRACT: This article analyzes the use of the concept of mens rea as dolus eventualis by the Securities and Exchange Commission on their decisions, specifically in the judgment of conducts that constitute the administrative offense of market manipulation, provided for in CVM Instruction No. 08/79, replaced by CVM Resolution No. 62/22. Due to the theoretical proximity between the concepts of “eventual intent” and “conscious guilt” (different species of mens rea), and the different theories to conceptualize them identifying the hypothesis of applying one instead of another institute in a concrete case may lead to a decision of acquittal or conviction.

KEYWORDS: Mens rea; Conscious negligence; Market manipulation; Brazilian Securities and Exchange Commission. Regulation

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 As controvérsias sobre o dolo eventual: conceituação e identificação; 2.1 As teorias do dolo eventual; 2.2 Dolo direto, dolo eventual e culpa consciente segundo a doutrina majoritária; 2.3 Dificuldades na comprovação do dolo eventual; 3 Metodologia e resultados da pesquisa jurisprudencial; 4 Descrição dos elementos dos casos; 4.1 O perfil dos casos sobre dolo eventual; 4.2 A teoria adotada pela CVM; 4.3 Índícios do dolo eventual; 5 Críticas à jurisprudência da CVM; 5.1 O “falso” cenário pacífico da definição de dolo

1 Pós-Doutor pela Columbia Law School, Doutor em Direito pela PUC-Rio. Professor da FGV Direito Rio e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Orcid: 0000-0003-0557-5412.

2 Graduado em Direito na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Orcid: 0000-0003-1904-1710.

eventual e a culpa grave; 5.2 Condenações fundamentadas por juízos presuntivos; 6 Considerações finais; Referências bibliográficas.

1 Introdução

O emprego de conceitos e regras do Direito Penal não é estranho aos processos administrativos sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Ao contrário, já se tornou algo comum que o Colegiado da autarquia (Colegiado) recorra a essa seara para fundamentar suas decisões, sendo certo que às vezes a própria legislação remete à aplicação de regras do Direito Penal³. Contudo, é inegável que matéria penal não é a especialidade da CVM. A autarquia foi estruturada para se voltar ao tratamento de questões jurídicas relativas ao Mercado de Capitais, ao Direito Societário e, no que diz respeito aos seus âmbitos de atuação, ao Direito Administrativo e Regulatório. Logo, pode-se questionar: será que o emprego de institutos penais pela CVM está sendo realizado de forma correta?

Aplicar um instituto de “forma correta” não significa necessariamente seguir a interpretação majoritária. O emprego dessa expressão na pergunta tem um outro significado. A “forma correta” seria considerar os problemas, discussões e interpretações conflitantes que rondam um determinado instituto de direito penal, deixando clara a opção adotada pela CVM dentre as diferentes correntes teóricas que definem o instituto.

Quando se recorre a um instituto próprio do Direito Penal, assim como de qualquer outra área, deve-se ter em mente que as dificuldades relativas à definição e à aplicação desse instituto irão acompanhá-lo. Em alguns casos, essas dificuldades estarão “pacificadas”, mas, dependendo de qual instituto se trata, nem mesmo a sua seara de origem conseguiu solucionar todos os problemas que cercam sua aplicação.

Para responder ao questionamento feito, é necessário identificar quais são os institutos penais geralmente empregados pela CVM, estudar as decisões em relação a eles e avaliá-las, considerando as questões que cada instituto carrega consigo. Este artigo se propõe a seguir essas etapas, mas em menor escala: será analisado apenas o emprego do instituto do dolo eventual pelo CVM. Esse estudo específico tem uma certa importância por duas razões.

Primeiramente, o dolo eventual está longe de ter seus problemas pacificados na seara penal. Como será demonstrado no primeiro tópico, há dificuldades relacionadas à sua conceituação e à sua identificação em casos concretos. Verificar

3 Um exemplo é o art. 1º, §2º, da Lei nº 9.873/99, que estabelece: “Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal”. Uma das questões relativas ao dispositivo é se, devido à palavra “fato”, a CVM deveria fazer uma análise dos elementos do crime (fato típico, antijurídico e culpável).

se a autarquia tem levado em conta essas questões – e, se sim, como tem feito isso – é relevante para entender os limites da sua especialização. Se tais dificuldades estiverem sendo consideradas de forma insuficiente ou inadequada, então esse fato seria um indicativo de que a CVM deve evitar recorrer a institutos desse ramo jurídico ou considerar as especificidades do instituto ao aplicá-lo para fundamentar suas decisões.

Em segundo lugar, há a possibilidade de que o emprego equivocado do dolo eventual pela CVM esteja resultando em interpretações prejudiciais aos acusados em processos administrativos sancionadores. Uma das dificuldades relativas ao dolo eventual é o fato de ele ter características semelhantes a um outro instituto: a culpa consciente.

No direito penal, distinguir os dois institutos é uma etapa essencial para que o julgador decida se o réu deve ser condenado pela prática de um crime doloso ou de um crime culposo – mesmo porque, caso não exista a modalidade culposa para o crime em questão, o acusado deve ser absolvido⁴. Da mesma forma, no processo administrativo sancionador, se a acusação estiver relacionada a um tipo administrativo que apenas admite a modalidade dolosa, a configuração do dolo eventual importará na condenação ao invés da absolvição do defendente. Com isso, percebe-se a importância de assegurar que eventuais condenações não sejam fruto de um emprego indevido de um instituto.

Tendo em vista as justificativas do estudo, passa-se à explicação de seus objetivos. Como dito anteriormente, o propósito é identificar se a CVM está empregando o dolo eventual da maneira correta nos julgamentos, ou seja, considerando efetivamente as controvérsias advindas do Direito Penal que cercam o instituto. Essa proposta será dividida em dois objetivos. O primeiro é compreender como o Colegiado tem abordado as questões sobre a definição do conceito de dolo eventual. Essa tarefa consiste em compreender se a corrente teórica adotada corresponde a uma das correntes debatidas no Direito Penal, bem como quais discussões se deram a respeito das demais teorias. O segundo objetivo é avaliar se o Colegiado tem conseguido superar as principais dificuldades relativas à comprovação do dolo eventual em casos concretos. A hipótese deste artigo é que, tanto na conceitualização quanto na identificação, o recurso ao dolo eventual não levou em conta os problemas relacionados ao instituto.

Para cumprir com esses objetivos, o artigo foi organizado em quatro tópicos. No primeiro tópico, serão descritas as discussões (i) sobre os múltiplos posicionamentos doutrinários que buscam conceituar o dolo eventual e (ii) sobre as

4 Art. 18, inciso II, parágrafo único, do Código Penal: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

dificuldades de sua comprovação. No segundo tópico, haverá a explicação da metodologia utilizada para pesquisar a jurisprudência da CVM em que o instituto é empregado. Serão apresentadas as principais informações dos casos selecionados para a análise da jurisprudência. No terceiro tópico, serão feitas (i) a delimitação do perfil dos casos em que ocorreram condenações por dolo eventual; (ii) a exposição de como foi realizada a conceituação do instituto; e, (iii) a identificação dos principais indícios considerados pelo Colegiado para condenar os acusados. No quarto e último tópico, será realizada a análise crítica relativa aos dois objetivos mencionados. Assim, espera-se demonstrar se o instituto penal tem sido empregado equivocadamente.

2 As controvérsias sobre o dolo eventual: conceituação e identificação

2.1 As teorias do dolo eventual

O art. 18, do Código Penal (“CP”) define as modalidades de crime doloso e culposo da seguinte forma: “*Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia*”. A parte destacada em negrito se refere ao conceito de dolo eventual.

Percebe-se que, pela definição legal, não se esclarece se “assumir o risco” é uma expressão que exige apenas o elemento intelectual (consciência de que a conduta pode lesionar ou colocar em risco um bem jurídico⁵) ou se, na verdade, também exige o elemento volitivo (vontade do agente de realizar a ação incriminada). Entretanto, como a redação legislativa não define expressamente, nem especifica exatamente os elementos dessa “assunção do risco de produção do resultado”, é fundamental que se busque compreender as diferentes possibilidades de aplicação desse conceito com base na doutrina.

Analisando-se o teor da definição de dolo fornecida pelo legislador brasileiro, logo percebe-se que se definiu muito pouco. Não basta simplesmente tomar o sentido comum das expressões ‘quis o resultado’ e ‘assumiu o risco de produzir [o resultado]’. É preciso definir o que pode ser entendido por querer um resultado, se há algum grau de volição e de cognição nesse querer. Da mesma forma, a assunção de risco de um resultado precisa ser definida, principalmente porque todo aquele que conscientemente cria um risco de lesão a bens jurídicos de alguma forma assume o risco de produzir a lesão representada como possível - ainda que se esteja atuando de forma imprudente, tomando as precauções necessárias para evitar que o resultado venha a ocorrer. Por tal motivo, mesmo quem atua

5 “O conhecimento que exige o dolo é um conhecimento atual, não bastando um conhecimento meramente potencial. Isto é, o sujeito deve saber o que faz, não basta que tivesse devido ou podido sabê-lo”. CONDE, 1988, p. 58.

culposamente assume o risco de produzir o resultado delitivo de sua conduta. É necessário, assim, que a dogmática do direito penal estabeleça a delimitação do alcance da expressão definida pelo legislador, de modo a orientar a correta aplicação do direito penal” (LUCCHESI, 2018, p. 135).

Nessa linha, dois grupos de teorias buscam definir no que esse instituto consiste.

O primeiro grupo – das teorias cognitivas – entende que a caracterização do dolo eventual depende apenas do conhecimento do agente. Assumir o risco não significa necessariamente concordar com a ocorrência do ilícito, mas compreender que a conduta praticada poderia configurar os elementos do tipo objetivo (CAVALI, 2018, p. 333). Em outras palavras, basta que o agente preveja que o ilícito pode ocorrer para que o dolo se configure.

As teorias que compõem esse grupo são: a teoria da possibilidade, a teoria da probabilidade, a teoria do risco não permitido, a teoria do perigo a descoberto e a teoria da vontade de evitação não comprovada (TAVAREZ, 2000, p. 272-278) – ressaltando-se que há posicionamentos que classificam esta última como volitiva (SALVATORI, 2020, p. 30). As divergências entre as teorias e suas respectivas variantes dizem respeito a qual o critério necessário para qualificar um resultado como previsível.

A teoria da possibilidade classifica como previsível o resultado que o agente entendeu ser possível de ocorrer. A implicação disso é que, para essa teoria, não existe culpa consciente. Por outro lado, a teoria da probabilidade defende que o agente deve entender o resultado como provável para que haja o dolo eventual – caso contrário, restará caracterizada a culpa consciente. Já uma variante dessa mesma teoria entende que haverá dolo eventual se o agente, com base no seu risco habitual, perceber que não é improvável que sua conduta cause o ilícito (TAVAREZ, 2000, p. 272-275). Por fim, a teoria da não comprovada vontade de evitação do resultado, por sua vez, aponta o dolo eventual “*na ausência de ativação de contra-fatores para evitar a ofensa ao bem jurídico*” (LUCCHESI, 2018, p. 138-139).

O segundo grupo – das teorias volitivas – também afirma que é necessário existir a percepção do agente de que o resultado lesivo possivelmente ou provavelmente irá ocorrer. A diferença entre os dois grupos está no fato de que as teorias volitivas exigem a presença do “querer” do agente – alvo também de discussões sobre sua definição. As teorias que fazem parte desse grupo são a teoria do consentimento e a teoria da indiferença⁶.

6 “Segundo a teoria do consentimento, supostamente adotada pelo CP, o autor age com vontade no dolo eventual em razão de uma vinculação emocional com o resultado, pois, além de o representar como possível, também se conforma com ele ou aceita a sua produção. Já, segundo a teoria da indiferença, haveria também

Segundo a teoria do consentimento, o “querer” representa a aceitação do risco de realização do tipo. Duas variantes dessa teoria discordam sobre o critério para delimitar os casos em que é possível haver dolo eventual. Conforme a primeira delas, sempre que o resultado lesivo não for agradável ao agente, haverá culpa consciente (TAVAREZ, 2000, p. 279). Por sua vez, a segunda variante entende que não é exigível tal vínculo com o lado emocional do agente; ao prever a possibilidade de praticar o ilícito, basta que ele tome o risco de produzi-lo como meio necessário para atingir seus objetivos, pouco importando se o resultado é desagradável ou se o agente tentou evitá-lo posteriormente (TAVAREZ, 2000, p. 279).

Já a teoria da indiferença afirma que o dolo eventual se configura com o desprezo ou o elevado grau de indiferença do agente em relação à lesão ao bem jurídico. Em outras palavras, o agente aprova ou não se importa com a eventual ocorrência do ilícito (SALVATORI, 2020, p. 37).

2.2 Dolo direto, dolo eventual e culpa consciente segundo a doutrina majoritária

Tanto a doutrina majoritária como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adotam teorias volitivas do dolo eventual, o que significa que a “assunção do risco” constante da redação do art. 18, I, do CP exige o elemento intelectual e o volitivo. No entanto, a doutrina se inclina pela segunda vertente da teoria do consentimento⁷, ao passo que a o STF tem preferido decisões indicando a aplicação da teoria da indiferença⁸. Com base nesse entendimento, são feitas também as principais distinções entre o conceito de “dolo eventual” com os de “dolo direto” e “culpa consciente”.

O dolo direto pode ser classificado em dolo de primeiro grau e de segundo grau. No primeiro, o agente tem o objetivo de realizar a ação típica e praticará

vontade em decorrência de um sentimento pelo autor, de modo semelhante à teoria do consentimento, no entanto o componente adicional da indiferença permite o reconhecimento de dolo até mesmo quando não houver representação consciente do risco de ofensa ao bem jurídico”. LUCCHESI, 2018, p. 138.

7 “No dolo direto, o resultado é querido diretamente (como fim ou como consequência necessária do meio escolhido), e esta forma de querer é diferente do querer um resultado concomitante, quando o aceitamos como possibilidade; este é o dolo eventual cujo embasamento legal acha-se na segunda parte do art. 18, I, do CP: quando o agente ‘assumiu o risco de produzi-lo [o resultado]’ ZAFFARONI e PIÉRANGELI, 2007. P. 429/430). “Há dolo eventual, numa concepção tradicional, quando o agente tem consciência do risco criado por seu comportamento, considera seriamente a realização do tipo e se conforma com o resultado lesivo. O agente sabe da ofensividade de sua conduta e mostra-se indiferente à ocorrência do evento lesivo. Numa definição mais atual, o agente representa a realização do tipo como possível e fica conformado com o resultado lesivo. Não há, no dolo eventual, diferentemente do dolo direto, um propósito, mediato ou imediato, de realização do tipo. Fica caracterizado o desprezo pelo bem jurídico tutelado, a completa indiferença ou conformidade quanto à sua lesão. Assim, além da previsibilidade do resultado, o agente não se importa se este venha a acontecer” MARTINELLI e DE BEM, 2022, p. 611-615. No mesmo sentido: SALVATORI, 2020, p. 32 e LUCCHESI, 2018, p. 134.

8 HC nº 160.500 Publicação: 05/10/2018. RHC nº 137.418. Publicação: 10/06/2021. RE nº 1.378.054. Publicação: 15/03/2023. HC nº 97.252. Publicação: 04/09/2009.

determinada conduta para alcançá-la. No dolo direto de segundo grau, embora as consequências ilícitas não sejam a finalidade do agente, elas decorrem necessariamente de sua conduta (SALVATORI, 2020, p. 24), ou seja, “quando o resultado típico constitui inexorável efeito dos meios escolhidos pelo agente, meios estes que devem estar abrangidos por sua vontade tanto quanto o próprio fim por ele procurado” (ZAFFARONI et alii, 2016, p. 275).

Já no dolo eventual, o entendimento que hoje prevalece é o de que para que reste configurada uma situação de dolo eventual, o objetivo do agente seja praticar a conduta – ainda que não busque causar o resultado – prevendo que a ocorrência do resultado é possível ou provável e não se importa se ele irá ocorrer ou seja indiferente à sua ocorrência. Portanto, assume-se o risco de causar o resultado⁹.

Por sua vez, a culpa consciente se distingue do dolo eventual na medida em que ela não envolve a assunção do risco pelo agente. Diferentemente da culpa inconsciente, o agente prevê o resultado ilícito decorrente da violação do seu dever de cuidado (comportamento negligente, imprudente ou imperito), mas acredita que o resultado não ocorrerá ou que poderá evitá-lo. Assim, ao prosseguir com a conduta, o agente não está tolerando o risco de produzir o resultado, pois, na sua percepção, ele confia que o resultado não ocorrerá. Se não houvesse tal confiança, o agente não praticaria a conduta (SALVATORI, 2020, p. 24-25).

2.3 As dificuldades na comprovação do dolo eventual

Parte das críticas relativas às duas vertentes teóricas do dolo eventual – a cognitiva e a volitiva – está relacionada aos problemas associados à comprovação de seus elementos. Por um lado, os defensores da corrente intelectual afirmam que é impossível identificar o elemento volitivo na prática, pois se trata de um dado interno ao agente (SANTOS, 2008, p. 286-287). Devido a essa dificuldade em comprovar que o agente assumiu o risco de praticar o ilícito, abre-se margem para que o julgador fundamente uma condenação apenas com base em presunções.

Por outro lado, as mesmas críticas são destinadas às teorias intelectivas. O fato de somente se exigir que o agente preveja um possível ou provável resultado lesivo é o que permitiria a realização de juízos presuntivos. Assim, o julgador acabaria por basear sua decisão justamente nas características da personalidade do agente (SALVATORI, 2020, p. 55). De qualquer forma, a comprovação do co-

⁹ “Basta que o agente tenha acreditado seriamente na possibilidade de sobrevir o resultado, resignando-se com isso” ZAFFARONI et alii, 2016, p. 279. “Não basta que o agente tenha tido como possível ou provável que realizando a conduta, iria se produzir determinado efeito; será preciso que, ao fazê-lo, aceite esse efeito como elemento integrante de sua própria motivação para o ato, de modo a incluí-lo no desenvolvimento causal por ele dominado. Sem o domínio da causalidade não pode haver dolo” WUNDERLICH; RUIVO; CARVALHO, 2022, p. 8

nhecimento do agente não deixa de ser um elemento ligado ao seu psicológico, o que torna complexa a sua identificação em casos concretos (VALLÈS, 2004, p. 17). O mais importante a se notar dessas críticas é que tanto a vontade quanto o conhecimento do agente são aspectos subjetivos.

A aferição desses elementos pode ser feita pela confissão, por provas documentais ou testemunhais ou, ainda, por provas indiciárias (VALLÈS, 2004, p. 18). Esta espécie de prova é constituída por indícios, os quais são definidos pelo art. 239 do Código de Processo Penal (CPP) como *“a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”*.

Por conta da inacessibilidade de dados subjetivos, do fato de que confissões são pouco frequentes e considerando ainda a provável dificuldade de obtenção de provas documentais ou testemunhais acerca da vontade que orientou a conduta do agente, as condenações por dolo eventual são geralmente fundamentadas com base em provas indiciárias¹⁰. O problema relevante para este artigo é justamente o que foi apontado pelas críticas anteriores: há o risco de o julgador considerar fatos que não são indícios e, a partir deles, construir uma série de presunções para ensejar condenações¹¹.

3 Metodologia da pesquisa jurisprudencial

A metodologia de pesquisa da jurisprudência foi realizada em novembro de 2021, em duas etapas. Primeiro, foi feita uma busca pela palavra-chave “dolo eventual” no mecanismo de busca de processos administrativos sancionadores do site da CVM¹², sem delimitação de período dos precedentes. Essa busca retornou um total de 23 processos contendo a expressão, julgados entre 2000 e 2019. Dentre esses processos, 4 casos foram descartados¹³, pois não trataram de acusações envolvendo dolo eventual nem tratavam, sequer superficialmente, sobre o assunto. Apenas as condenações nas quais o Colegiado empregou a expressão “dolo

10 “Dada a dificuldade de prova que poderia, inclusive, inviabilizar a punibilidade e tornar a infração legalmente prevista letra morta, a Instrução 358 da CVM prevê um conjunto de presunções relativas que se aplicam aos casos de insider primário, aquele que tem acesso direto à informação por fazer parte do corpo dirigente da companhia envolvida. Tais presunções são afastadas nas hipóteses de insider secundário, restando ao acusador comprovar, sem que haja dúvida, a ocorrência do ato infracional. E essa prova, pelos estudos da jurisprudência já consolidada da CVM, pode ser feita por meio de indícios, caracterizados esses por um conjunto robusto de atos e fatos, não afastados por contraindícios contundentes, que levam à conclusão certa de que a infração foi praticada.” CRUZ, 2020, pp 136-137.

11 “A questão principal a ser desenvolvida diz respeito à maneira adequada de atribuir conhecimento de modo a não depender unicamente da demonstração de processos mentais indemonstráveis que podem ou não ocorrer no interior do intelecto do autor”. LUCCHESI, , 2018, p. 149.

12 Link disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/index.html>>.

13 PAS CVM nº 04/2007, Dir. Rel. Otavio Yazbek, j. em 09.11.2010; PAS CVM nº RJ2013/1730, Dir. Rel. Luciana Dias, j. em 18.08.2015; PAS CVM nº 02/2014, Dir. Rel. Carlos Sobrinho, j. em 17.12.2019; PAS CVM nº 05/2012, Dir. Rel. Gustavo Gonzalez, j. em 03.12.2019.

eventual” ou expressões que indicassem haver dolo eventual, como “assumiu o risco” e “aceitou o resultado” foram examinadas. Os casos identificados incluem os processos administrativos sancionadores (“PAS”) e os inquéritos administrativos (“IA”).

A segunda etapa consistiu na identificação dos julgados que poderiam estar relacionados com o dolo eventual por meio de pesquisa das expressões “culpa grave” e “culpa consciente” no mesmo mecanismo de busca utilizado na etapa anterior. Para “culpa grave”, a busca retornou 16 processos. Com exceção de 2 processos¹⁴ novos, que foram incorporados para exame, os outros casos ou já tinham sido identificados na primeira etapa, ou meramente citaram o termo “culpa grave” sem nenhuma explicação sobre o seu conceito ou aplicação no caso concreto. Quanto ao termo “culpa consciente”, foram identificados apenas 2 resultados¹⁵, sendo que um já fora anteriormente selecionado e o outro apenas menciona a expressão em uma das defesas, sem haver a análise específica da “culpa consciente” no caso concreto.

Portanto, na relação abaixo, há a exposição do total de 21 processos administrativos sancionadores e inquéritos administrativos julgados ao longo de 19 anos. Em todos os casos foi observada a seguinte organização: (i) identificação do número, relator e data de julgamento de cada processo, (ii) transcrição de trechos de cada decisão que demonstrem como vem sendo utilizado o conceito de dolo eventual nas decisões do Colegiado da CVM, os quais foram grifados pelos autores, (iii) identificação das condenações por dolo eventual, indicando as infrações cometidas e quais foram os agentes condenados, e, por fim, (iv) identificação das absolvições relevantes para o objeto deste artigo.

1) IA CVM nº 33/1998, Dir. Rel. Wladimir Castro, julgado em 20.07.2000

Infração a normas relativas à contabilidade de companhias (art. 177, art. 184, inciso I, e art. 187, § 1º, alínea “b”, da Lei nº 6.404/76). Condenação de membros do conselho de administração. Os conselheiros teriam agido com dolo eventual ao apresentarem demonstrações financeiras contrárias a dispositivos legais.

No caso sob exame, o dolo, ainda que não acrescido da disposição adicional de causar prejuízos, esteve efetivamente presente na vontade – consubstanciada na ação - de apresentar demonstrações financeiras em contrário ao ordenamento jurídico estabelecido. Dolo eventual, admita-se, porém ainda assim o dolo, traduzido na ação levada a efeito.” (Voto do Dir. Rel. Wladimir Castro).

14 IA CVM nº 09/1999, Wladimir Castro, j. em 25.01.2001; IA CVM nº 33/1999, Dir. Rel. Wladimir Castro, j. em 30.08.2001.

15 PAS CVM nº 03/1997, Dir. Rel. Norma Parente, j. em 09.09.2004; PAS CVM nº 03/2005, Dir. Rel. Sergio Weguelin, j. 02.07.2008.

2) IA CVM nº 09/1999, Dir. Rel. Wladimir Castro, julgado em 25.01.2000

Operação fraudulenta (item II, alínea “c”, da Instrução CVM nº 08/79). Condenação da distribuidora de títulos e valores mobiliários e de seu diretor. A distribuidora, sob a administração de seu diretor, teria acatado ordens de compra e transferência de ações e emitido cheques em nomes de pessoas diferentes das dos comitentes, sem respaldo de documentação legal. Esses acusados teriam sido permissivos em relação à atuação do principal responsável pelas operações, o que demonstraria culpa grave, equiparável ao dolo segundo o Colegiado.

“Acho, entretanto, que neste caso o nível da culpa foi tamanho, que essa culpa passou da simples negligência, ela atingiu o nível de culpa grave equiparada ao dolo. Portanto, para efeitos da aplicação da Instrução 08, quer dizer, a permissividade com que atuou o indiciado Álvaro Miragaya sob as vistas da DTVM e de sua direção, faz com que essa culpa ultrapasse a mera negligência.” (Voto do Dir. Marcelo Trindade).

3) IA CVM nº 33/1999, Dir. Rel. Marcelo Trindade, julgado em 30.08.2001

Operação fraudulenta (item II, alínea “c”, da Instrução CVM nº 08/79). Absolvição de diretores da corretora de títulos e valores mobiliários. Os diretores absolvidos alegaram, em defesa, que não participaram dos contratos relacionados às operações ilícitas, além de não serem diretores responsáveis pela área envolvida com as irregularidades. O Colegiado absolveu esses diretores por entender que eles não tiveram intenção de celebrar os contratos danosos aos investidores. Além disso, o fato de os contratos assinados pelos diretores não atenderem a formalidades regulatórias não seria suficiente para ensejar dolo eventual ou culpa grave.

4) IA CVM nº 02/1999, Dir. Rel. Luiz Antonio Campos, julgado em 06.09.2001

Prática não equitativa (item II, alínea “d”, da Instrução CVM nº 08/1979). Condenação da corretora e de seus funcionários. A corretora e seus funcionários não teriam adotado providências para evitar operações com suspeitas de práticas ilícitas. A atuação da corretora nas pontas das operações e a participação da sua carteira para recebimento de comissões demonstraria o seu conhecimento sobre a ilicitude das operações. A obtenção de pequenos lucros com corretagem não foi considerada como um elemento capaz de afastar a tese do dolo eventual.

“Entretanto, é pacífico o entendimento nesta Autarquia de que, para a responsabilização com base nas infrações previstas na Instrução CVM nº 08/79, basta que exista a culpa grave (ou dolo eventual, isto é, assunção do risco do resultado), equiparável ao dolo.” (Voto do Dir. Rel. Luiz Antonio Campos).

“A culpa grave, no caso, decorreria da comprovação de que a Walpires e seus profissionais responsáveis teriam o conhecimento das operações e, podendo,

nada teriam feito para evitá-las. Tal conhecimento, por sua vez, encontra-se devidamente comprovado pela atuação da Walpires em ambas as pontas das operações ou, ainda, com a participação da sua carteira própria para fins de recebimento de comissões.” (Voto do Dir. Rel. Luiz Antonio Campos).

(Voto do Dir. Rel. Luiz Antonio Campos).

5) IA CVM nº 39/1998, Dir. Rel. Wladimir Castro, julgado em 21.11.2001

Operação fraudulenta (item II, alínea “c”, da Instrução CVM nº 08/79). Condenação da diretora de bolsa e da corretora. A diretora de bolsa da corretora foi condenada por negligenciar seus deveres de supervisão e controle das atividades da instituição, pois ela teria se afastado da administração ao outorgar procuração com amplos poderes para exercício de mandato de administrador a outros dois acusados no processo. Tais acusados foram considerados pelo Colegiado como os principais responsáveis pela operação fraudulenta.

“Entendo que a Defendente, muito embora não tivesse, talvez, a intenção deliberada de praticar fraudes, nas mesmas consentiu, dando-lhes causa, a título de dolo eventual.” (Voto do Dir. Rel. Wladimir Castro).

6) IA CVM nº 01/1999, Dir. Rel. Marcelo Trindade, julgado em 19.12.2001

Operação fraudulenta (item II, alínea “c”, da Instrução CVM nº 08/79). Condenação da distribuidora e de seu controlador. O controlador teria delegado funções relativas à custódia de ações a um funcionário de sua confiança, sem mecanismo de controle ou supervisão. O Colegiado considerou que o funcionário foi o principal agente das operações fraudulentas. O auferimento de vantagem financeira pelo controlador teria demonstrado o seu conhecimento sobre as operações e a prévia combinação com o funcionário.

Operação fraudulenta (item II, alínea “c”, da Instrução CVM nº 08/79). Absolução do sócio-gerente da distribuidora. O sócio-gerente teria sido omissos no cumprimento de normas regulamentares, deixando de supervisionar a custódia de ações e, assim, viabilizando a consecução e identificação tardia das operações fraudulentas. Contudo, não estaria presente a culpa grave ou o dolo eventual, pois (i) não se identificou apropriação indevida de valores ou títulos pelo acusado (ii) nem indícios de participação nas operações.

“No dolo eventual, como escreve Magalhães Noronha, ‘o sujeito ativo prevê o resultado e, embora não seja esta a razão de sua conduta, aceita-o’ (Direito Penal, vol. I, Saraiva, São Paulo, 25ª ed., 1987, p. 135). Trata-se, então, de verificar se o indiciado aceitou correr o risco do resultado danoso a seus clientes, ao abandonar a supervisão da custódia de ações.” (Voto do Dir. Rel. Marcelo Trindade).

7) IA CVM nº SP2001/0003, Dir. Rel. Wladimir Castro, julgado em 12.12.2002

Operação fraudulenta (item II, alínea “c”, da Instrução CVM nº 08/79) e viabilização de exercício irregular da atividade de intermediação de títulos e valores mobiliários (art. 16 da Lei nº 6.385/76). Condenação da corretora e de seu diretor de mercado de ações. A corretora e seu diretor teriam aceitado documentos com base em uma análise meramente formal e sido omissos na averiguação da veracidade de documentos e informações, assim viabilizando as irregularidades.

“A atitude ostensiva, sistemática e reiterada de aceitar operações propostas por pessoas não integrantes do sistema de intermediação, tais como as descritas nos autos, caracteriza o dolo eventual da entidade e de seu diretor, que assumiram o risco da ocorrência das irregularidades viabilizando-as com sua conduta.” (Voto do Dir. Rel. Wladimir Castro).

“Tendo a Walpires a autorização da CVM e, ainda que tenha sido omissa ou não tenha sido diligente, justificando, assim, o próprio dolo eventual como assinala o voto do diretor-relator, caberia a ela, tendo em vista esses fundamentos, a condenação imputada com base na violação a Instrução CVM nº 220/94, e não com relação ao artigo 16, da Lei 6.385/76. Como a Corretora possui autorização, a sua prática não é irregular.” (Voto divergente do Dir. Luiz Antonio Campos).

8) IA CVM nº 38/2000, Dir. Rel. Wladimir Castro, julgado em 02.04.2003

Operação fraudulenta (item II, alínea “c”, da Instrução CVM nº 08/79) e prática não equitativa (item II, alínea “d”, da Instrução CVM nº 08/79). Condenação do diretor financeiro, do diretor superintendente e de membros do comitê técnico de investimentos, todos funcionários da entidade de previdência privada. O diretor financeiro não teria sido diligente na verificação dos preços de venda das ações em relação à prática de mercado, enquanto o diretor superintendente teria autorizado a negociação. Os indícios considerados na decisão foram: (i) o nível dos cargos, (ii) competências atribuídas aos diretores e (iii) recursos à disposição dos diretores. O alegado fato de os diretores administrarem de “forma temerária” grande volume de recursos destinados a aposentados intensificaria a gravidade da infração. Em relação aos membros do comitê, um deles não teria conferido a veracidade dos preços de compra enviados pela corretora, e o outro teria elaborado relatórios recomendando a compra das ações sem indicar os preços de aquisição.

“Ora, considerando o cargo de direção ocupado pelo indiciado no CIBRIUS à época dos fatos (diretor-financeiro), sua competência para autorizar as inversões do CIBRIUS no mercado de valores mobiliários, e os recursos à sua disposição para bem cumprir seu papel na Fundação, só nos restam duas alternativas válidas para qualificar o seu comportamento: ou o defendente agiu com dolo, ou assumiu conscientemente o risco de comprar os papéis por um valor muito acima do praticado no mercado - o chamado dolo eventual -, colocando o CIBRIUS,

em qualquer caso, numa indevida posição de desvantagem.” (Voto do Dir. Rel. Vladimir Castro).

9) PAS CVM nº TA-SP2001/0236, Dir. Rel. Eli Loria, julgado em 19.07.2004.

Manipulação de preços (item II, alínea “b”, da Instrução CVM nº 08/79). Condenação do banco e da distribuidora. As instituições teriam realizado ajustes na carteira do banco no fechamento de pregão, acarretando quedas do Ibovespa futuro. Como o banco estava “vendido” no mercado futuro, ele teria auferido benefício financeiro com as quedas. O Colegiado considerou que (i) as instituições tinham clara consciência de que provavelmente o banco se beneficiaria e (ii) não se detiveram diante do risco causado. Também se considerou (iii) os elevados riscos operacionais, (iv) a especialização e capacidade das instituições perceberam a ocorrência do resultado, e (v) a possibilidade de auferimento de benefício econômico. Esse último elemento foi classificado como essencial para qualificar a conduta como dolosa.

“Ainda que não tenham desejado aqueles resultados danosos (dolo direto) os Defendentes aceitaram conscientemente o risco de produzir tais resultados, parecendo-me que tal dolo eventual é suficiente para a configuração da conduta indevida.” (Voto do Presidente Marcelo Trindade).

10) PAS CVM nº 03/1997, Dir. Rel. Norma Parente, julgado em 09.09.2004

Infração ao dever de diligência (art. 153 da Lei nº 6.404/76) e a normas relativas a demonstrações financeiras (arts. 176 e 177 da Lei nº 6.404/76). Condenação do diretor presidente (também acionista controlador) e de dois diretores vice-presidentes da instituição financeira. Os administradores haviam sido acusados de manter contas de empréstimo incompatíveis com a realidade da instituição, levando a uma distorção das demonstrações financeiras e descumprindo com princípios de contabilidade. O Colegiado entendeu que eles tinham conhecimento sobre as contas, as quais representavam a maioria dos ativos de crédito da instituição. O Colegiado levou em consideração as funções atribuídas aos administradores, a experiência profissional e os diferentes níveis de poder de decisão para impedir ou denunciar o ilícito.

Infração ao dever de diligência (art. 153 da Lei nº 6.404/76) e a normas relativas a demonstrações financeiras (arts. 176 e 177 da Lei nº 6.404/76). Absolvição de diretor e de um diretor vice-presidente. O Colegiado entendeu que, apesar de possivelmente esses administradores terem conhecimento sobre as contas, suas funções não eram relacionadas à contabilização dos créditos.

“Na verdade, as funções exercidas pelo indiciado impunham-lhe a condução dos negócios da companhia, sendo-lhe possível ter evitado a ocorrência do ilícito — ou alternativamente ter-se recusado a com eles compactuar, renunciando a seu

cargo. Até porque o indiciado deveria saber que sua grande reputação e bom nome eram considerados pelo mercado ao negociar com as ações e valores mobiliários de emissão do Banco.” (Voto vencedor do Presidente Marcelo Trindade).

11) PAS CVM nº 04/2000, Dir. Rel. Wladimir Castro, julgado em 17.02.2005

Prática não equitativa (item II, alínea “d”, da Instrução CVM nº 08/79). Condenação do diretor da entidade fechada de previdência privada. O diretor não teria sido diligente para evitar que a entidade sofresse prejuízos decorrentes de operações de retorno negativo e de *front-running*¹⁶. Foram considerados como indícios: (i) seu cargo de direção, (ii) sua competência para autorizar inversões no mercado e (iii) os recursos à sua disposição. O Colegiado entendeu que ele teria agido, no mínimo, com dolo eventual.

12) PAS CVM nº 35/2000, Dir. Rel. Wladimir Castro, julgado em 12.04.2005

Prática não equitativa (item II, alínea “d”, da Instrução CVM nº 08/79). Absolvção de diretores de entidades fechadas de previdência complementar. Verificou-se que os diretores teriam agido apenas com falta de diligência, conduta considerada insuficiente para ensejar a condenação por prática não equitativa.

13) PAS CVM nº SP2003/0489, Dir. Rel. Wladimir Castro, julgado em 04.05.2006

Operação fraudulenta (item II, alínea “c”, da Instrução CVM nº 08/79). Absolvção da corretora. Verificou-se que a corretora teria agido apenas com uma negligência inicial na fiscalização de seu agente autônomo, mas, posteriormente, teria adotado providências ao tomar conhecimento de operações suspeitas com saldos negativos dos clientes desse agente.

14) PAS CVM nº 16/2002, Dir. Rel. Presidente Marcelo Trindade, julgado em 10.10.2006

Operação fraudulenta (item II, alínea “c”, da Instrução CVM nº 08/79). Absolvção da corretora e de seu diretor. O indiciado havia sido acusado por não ter sido suficientemente diligente em verificar a autenticidade dos documentos de cadastramento de seus clientes. Considerou-se que a documentação estava formalmente correta, com aparência de legalidade. Assim, o Colegiado concluiu que o acusado não teria agido com dolo eventual ou culpa grave.

¹⁶ A conduta de *front-running* (correr na frente) representa a conduta de comprar ou vender de títulos ou ações tendo ciência de uma grande ordem de negociação de um cliente para obter um lucro pessoal. Exemplo dessa prática seria um corretor ter conhecimento da ordem de compra de uma quantidade suficientemente de ações que fará o preço do respectivo papel subir e, com base nessa informação, comprar ações antes de executar a referida ordem para revende-los logo após a alta do papel, obtendo ganhos indevidos.

Operação fraudulenta (item II, alínea “c”, da Instrução CVM nº 08/79). Absolução do diretor responsável pela custódia do banco. O diretor foi acusado por não impedir as operações com documentação falsa. Considerou-se que, (i) se nem a corretora poderia ser acusada de operação fraudulenta, o custodiante também não poderia ser acusado, (ii) que a corretora havia enviado documentação formalmente correta para o custodiante, (iii) que a acusação não fez uma análise de seu dever de conduta, (iv) que tal análise também seria difícil, dado que o custodiante processa milhares de operações. Assim, entendeu-se que não houve caracterização de dolo eventual ou culpa grave.

15) PAS CVM nº 06/2007, Dir. Rel. Marcos Pinto, julgado em 28.09.2010¹⁷

Operação fraudulenta (item II, alínea “c”, da Instrução CVM nº 08/79). Condenação da corretora e distribuidora que teriam aceitado intermediar operações sob condições indevidas, como (i) agir em nome de investidores em negócio não usual, (ii) as operações excediam a capacidade econômico-financeira dos investidores, (iii) fluxo de pagamentos extraordinário, (iv) participação da distribuidora na operação era completamente dispensável e não acarretava na assunção de risco por ela.

16) PAS CVM nº 20/2005, Dir. Rel. Eli Loria, julgado em 12.04.2011

Prática não equitativa (item II, alínea “d”, da Instrução CVM nº 08/79). Condenação da corretora e de seu diretor responsável. A corretora foi acusada de, por meio de suas graves falhas de controle interno, potencializar um ambiente propício para a realização de prática não equitativa por seus funcionários, em prejuízo de entidade fechada de previdência privada. O Colegiado considerou o ambiente em que a corretora se situava, que apresentava (i) um grau de negligência da entidade de previdência no controle de sua própria carteira; (ii) operações com ações entre familiares, que poderiam realizar algum conluio entre si; e (iii) existência de lapso temporal na especificação de comitentes. O alegado comportamento omissivo da corretora e do diretor, nesse contexto, levou à presunção de que o prejuízo era esperado.

“Nesse sentido, ainda que não seja possível afirmar que a corretora intencionasse os prejuízos, a manutenção de controles a tal ponto omissivos, faz presumir que os referidos prejuízos eram, no mínimo, esperados. Assim, devem ser responsabilizados tanto a UAMARÁ, quanto o seu diretor responsável pelas operações realizadas na BM&F, a quem competia fiscalizar e garantir a equidade de todas elas.” (Voto do Dir. Rel. Eli Loria).

¹⁷ O julgamento realizado em 28.09.2010 foi posteriormente anulado, tendo a CVM proferido nova decisão em 10.03.2020.

17) PAS CVM n° 30/2005, Dir. Rel. Roberto Fernandes, julgado em 11.12.2012

Embora a decisão do Colegiado comente sobre dolo eventual, não se conseguiu identificar quais eram as condutas que o envolviam.

“A esse respeito, como ressaltado pela Procuradoria Federal Especializada junto à CVM (PFE-CVM) na sessão de julgamento, em 07.08.12, do PAS CVM n° 21/06, o Colegiado desta Autarquia, assim como o próprio Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN), tem admitido, em diversos casos de ilícitos previstos na referida instrução, a mera presença do chamado dolo eventual, na medida em que se constate, pelas peculiaridades do caso concreto, assim como pelos atos e circunstâncias em que perpetradas as operações, que o sujeito assumiu, com suas ações ou omissões, o risco de produzir o evento danoso.” (Voto do Dir. Rel. Roberto Fernandes).

18) PAS CVM n° 05/2008, Dir. Rel. Ana Novaes, julgado em 12.12.2012

Operação fraudulenta (item II, alínea “c”, da Instrução CVM n° 08/79). Condenação de assessores da corretora e de comitentes beneficiários. Os assessores indevidamente teriam reespecificado ordens para beneficiarem a si mesmos e a terceiros, em prejuízo de fundo exclusivo de entidade fechada de previdência complementar. O Colegiado concluiu que os assessores agiram, no mínimo, com dolo eventual, pois participaram ou sabiam do “esquema” de reespecificações. Por sua vez, os comitentes teriam obtido a titularidade e se beneficiado de negócios “suspeitos” e sem risco. Em relação a parte dos comitentes, o Colegiado considerou como indício a experiência dos investidores no mercado financeiro, o que tornaria impossível que os comitentes pensassem que a taxa de sucesso dos negócios era factível. Quanto aos comitentes sem experiência, o Colegiado considerou que uma pessoa proba e de boa-fé teria consciência que operações sem risco e com alta lucratividade decorreriam de alguma ilicitude.

“O dolo é a vontade dirigida à realização de um ilícito. O dolo específico é a vontade de realizar o fato com um fim especial. Já no dolo eventual, o agente não quer o resultado, mas, prevendo que ele pode ocorrer, assume conscientemente o risco de causá-lo. (...) O primeiro grupo era composto por investidores experimentados ou que trabalharam no mercado financeiro e, que, portanto, conheciam o funcionamento do mercado futuro. Eles certamente tinham consciência do risco inerente às operações do mercado futuro. [...] O segundo grupo de beneficiários é formado por investidores sem nenhuma experiência no mercado futuro, e que realizavam operações ‘sem risco’. Entendo que o dolo eventual se aplica a este segundo grupo. Mesmo considerando que são pessoas sem conhecimento do funcionamento do mercado, qualquer pessoa proba e de boa-fé sabe que dinheiro não cai do helicóptero no seu quintal. Será que estes investidores achavam normal receber R\$ 100 mil – R\$ 200 mil ao longo de seis – nove meses, operando no mercado financeiro, de bolsa, sem fazer nenhum investimento e achando que não teriam risco? O homem proba médio certamente diria que isso

é impossível. Para isto ocorrer seria necessário incorrer em alguma ilicitude. E este é o caso! Não cabe a meu ver a desculpa do ‘eu não sabia.’” (Voto da Dir. Rel. Ana Novaes).

19) PAS CVM nº 06/2012, Dir. Rel. Gustavo Borba, julgado em 20.08.2018

Prática não equitativa (item II, alínea “d”, da Instrução CVM nº 08/79). Condenação de parte dos comitentes beneficiários. Os comitentes teriam anuído em participar e se beneficiar de operações com indícios de ilicitude. Dentre os indícios, o Colegiado considerou (i) as elevadas taxas de sucesso em operações com baixa probabilidade dessa ocorrência; (ii) lucros extravagantes decorrentes de operações de *day trade*; (iii) vínculos entre os comitentes e o acusado que estruturou as operações.

“Restaria comprovado, ainda, o dolo no mínimo eventual de Eduardo Cunha, José Batista, José Rodrigues, Arthur Camarinha, Francisco Magliocca e Guilherme Moraes, vez que teriam se beneficiado financeiramente do esquema de direcionamento de resultados, anuindo com as irregularidades ao assumirem a titularidade de negócios que não realizariam de outra forma, tendo todos, com isso, ao menos aceitado a possibilidade de produção do resultado ilícito.” (Trecho sobre o Termo de Acusação extraído do Relatório).

20) PAS CVM nº 02/2013, Dir. Rel. Gustavo Gonzalez, julgado em 22.01.2019

Operação fraudulenta (item II, alínea “c”, da Instrução CVM nº 08/79). Condenação da distribuidora, da gestora de fundo de investimento e do diretor das instituições. Os acusados teriam sido omissos em evitar operações, sabendo da elevada probabilidade de que elas seriam ilícitas. O Colegiado levou em consideração: (i) a ausência de controles mínimos nas operações (como a formalização de atas e relatórios); (ii) o fato de as operações terem sido realizadas de maneira dissimulada; (iii) o momento de realização das operações, que ocorreu após a CVM ter condenado as mesmas contrapartes em processo sancionador que versava sobre situação muito semelhante ao do caso concreto; (iv) as responsabilidades próprias de *gatekeepers* atribuídas às instituições; e (v) o nível do cargo e a experiência em mercado financeiro do diretor.

“Ainda que as supostas irregularidades referentes a precificação de ativos e realização de operações compromissadas não tenham ocorrido, todos os demais fatos supramencionados evidenciam que José Carlos de Oliveira estava, no mínimo, ciente da elevada probabilidade da origem delituosa das operações realizadas sob sua responsabilidade, e, mesmo assim, ainda que sendo experiente profissional de mercado financeiro, escolheu contribuir para a realização dos negócios, anuindo com o resultado. (...) Ante todo o exposto, entendo que José Carlos de Oliveira agiu, no mínimo, com dolo eventual, ao escolher levar adiante operações que apresentavam graves indícios de práticas ilícitas, mostrando-se

indiferente ao eventual resultado danoso ao fundo de pensão.” (Voto do Dir. Rel. Gustavo Gonzalez).

21) PAS CVM nº SP2018/15, Dir. Rel. Marcelo Barbosa, julgado em 13.08.2019

Operação fraudulenta (item II, alínea “c”, da Instrução CVM nº 08/79). Condenação de gerente de custódia da corretora. A gerente teria aprovado uma série de transferências de ações, tendo o conhecimento de que elas não tinham o consentimento dos clientes. A gerente afirmou que começou a suspeitar que as operações eram irregulares e, com isso, passou a aprová-las em nome de seu superior, considerado o principal agente pelas fraudes. O Colegiado entendeu que a conduta da gerente teve o objetivo de ocultar sua participação nas operações, demonstrando a sua conivência com os ilícitos.

“Isso porque, caso os acusados tenham registrado as operações no Sistema sabendo da ausência de consentimento dos clientes da Corretora, restará comprovado o dolo em sua conduta, na medida em que teriam assumido conscientemente o risco de ludibriar e lesar esses investidores e beneficiar a Corretora.” (Voto do Dir. Rel. Marcelo Barbosa).

4 Descrição dos elementos dos casos

4.1 O perfil dos casos sobre dolo eventual

Em algumas ocasiões, o Colegiado afirmou que o dolo eventual se configura em casos com circunstâncias muito específicas, sendo necessário *“um conjunto suficientemente robusto e convergente de indícios” para identificá-lo*¹⁸. No entanto, expressões como *“circunstâncias específicas”*, *“peculiaridades do caso”* e *“indícios convergentes”* são, por si só, vagas. Para compreender, em parte, o alcance desses termos, é necessário avaliar se existe um perfil nas acusações e condenações por dolo eventual.

A partir da análise dos casos, é possível perceber que há um perfil dos julgados de dolo eventual na CVM. Existem pontos comuns em relação às características dos defendentes, às condutas indiciadas e aos contextos nos quais esses elementos se inserem, de forma que se pode concluir que condenações relacionadas ao dolo eventual estão restritas a um grupo de situações específicas.

¹⁸ Manifestação de voto do Diretor Otavio Yazbek no PAS CVM nº 05/2008, Dir. Rel. Ana Novaes, j. em 12.12.2012.

Em relação às condutas, a maioria das condenações envolvendo dolo eventual foi pela realização de operação fraudulenta¹⁹ e prática não equitativa²⁰, ilícitos previstos respectivamente no item II, alíneas “c” e “d”, da Instrução CVM nº 08/79, então vigente, que trata das condutas sobre manipulação de mercado. Há apenas três exceções: o IA CVM nº 01/1999, cujas condenações ocorreram por violação a dispositivos da Lei das S.A. relativos à contabilidade de companhias; o PAS CVM nº TA-SP2001/0236, relacionado a uma condenação por manipulação de preços²¹ (item II, alínea “b”, da Instrução CVM nº 08/79), que não deixa de ser uma forma de manipulação de mercado; e o PAS CVM nº 03/1997, que tratou de infrações ao dever de diligência (art. 153 da Lei nº 6.404/76) e princípios de contabilidade (arts. 176 e 177 da Lei nº 6.404/76).

Desconsiderando o IA CVM nº 01/1999 e o PAS CVM nº 03/1997, os comportamentos que ensejaram tais condenações podem ser classificados em oito grupos: (a) omissão no direto impedimento de execução de operação diante de indícios de ilicitude; (b) descumprimento dos deveres de supervisão e controle de atividades; (c) omissão na verificação da autenticidade de documentos e informações; (d) elaboração de documentos sem informações essenciais para a análise da operação; (e) manutenção de graves falhas de controle interno; (f) intermediação de operações diante de indícios de ilicitude; (g) obtenção de titularidade e de benefícios de operações com indícios de ilicitude; e, (h) realização de ajustes na carteira em curto período de tempo, causando oscilações no mercado.

De modo geral, as condutas mencionadas podem ser divididas em duas categorias. Os comportamentos de (a) a (e) são omissões relativas a providências que deveriam ter sido tomadas pelos indiciados. Embora estejam relacionadas ao dolo eventual, frequentemente essas omissões foram relacionadas à falta de diligência dos acusados, o que está mais próximo de uma violação de dever objetivo de cuidado, na medida em que a falta de diligência caracteriza um comportamento negligente (e, portanto, culposos). Com efeito, uma omissão dolosa pressupõe o conhecimento da situação concreta que impõe o dever de agir, diante do qual o agente escolhe, de forma consciente e voluntária, não agir.

19 Item II da Instrução CVM nº 08/79: “c) operação fraudulenta no mercado de valores mobiliários, aquela em que se utilize ardil ou artifício destinado a induzir ou manter terceiros em erro, com a finalidade de se obter vantagem ilícita de natureza patrimonial para as partes na operação, para o intermediário ou para terceiros”.

20 Item II da Instrução CVM nº 08/79: “d) prática não equitativa no mercado de valores mobiliários, aquela de que resulte, direta ou indiretamente, efetiva ou potencialmente, um tratamento para qualquer das partes, em negociações com valores mobiliários, que a coloque em uma indevida posição de desequilíbrio ou desigualdade em face dos demais participantes da operação”.

21 Item II da Instrução CVM nº 08/79: “b) manipulação de preços no mercado de valores mobiliários, a utilização de qualquer processo ou artifício destinado, direta ou indiretamente, a elevar, manter ou baixar a cotação de um valor mobiliário, induzindo, terceiros à sua compra e venda”.

Já os itens (f), (g) e (h) fazem referência a condutas comissivas, ou seja, que dependem propriamente de uma ação dos indiciados. Logo, fica evidenciado que, para o Colegiado, tanto uma ação quanto uma omissão pode ser considerada como um comportamento de assunção do risco de produção do resultado ilícito.

Quanto às características dos defendentes, é importante notar que elas variam de acordo com o tipo de conduta. No caso das condutas omissivas, a maioria dos acusados é composta por distribuidoras e corretoras de títulos e valores mobiliários, por seus diretores e por diretores de entidades fechadas de previdência privada e todos os condenados pelas omissões apresentam em comum o fato de que, devido ao contexto e às suas posições ocupadas nas operações (muitas vezes, posições com elevado poder de decisão), eles teriam a obrigação de agir diligentemente para, de maneira direta ou indireta, evitar ou mitigar a concretização de eventuais ilicitudes perpetradas por outros agentes. No entanto, teriam faltado gravemente com as providências necessárias, e, por essa razão, suas omissões teriam sido essenciais para viabilizar operações fraudulentas ou práticas não equitativas. A tese adotada pelo Colegiado da CVM, portanto, é a de que os defendentes, ao agirem de forma negligente, seriam coautores desses ilícitos.

Já as acusações pelas condutas comissivas (f) e (g) envolvem corretoras e comitentes beneficiados, um grupo que abrange até mesmo indivíduos sem experiência no mercado financeiro. São situações nas quais os acusados, diante de indícios de que as operações eram ilícitas, teriam optado por participar e contribuir com elas. A conduta (h), presente apenas no PAS CVM nº TA-SP2001/0236, é distinta desses comportamentos comissivos. Ela está ligada à atuação conjunta de uma corretora com um banco, cuja carteira de ações deveria receber ajustes, mas, ao invés de eles terem sido feitos durante um período adequado, teriam ocorrido em um curto momento, durante fechamento de um pregão, o que resultou em quedas do Ibovespa.

Por fim, os julgados apresentam contextos semelhantes. Os casos geralmente apresentam um número considerável de agentes e/ou uma variedade de condutas investigadas. Há acusações que dizem respeito a práticas não equitativas ou operações fraudulentas realizadas com dolo direto, mas também há imputações relacionadas a outros ilícitos, inclusive culposos. Parte dos casos também têm em comum o fato de entidades fechadas de previdência privada figurarem como contrapartes prejudicadas pelos negócios implementados. Esse é um elemento importante para compreender a especificidade dos julgados, pois o Colegiado considera

que isso eleva a gravidade dos ilícitos, devido à administração e ao uso indevidos de recursos destinados a aposentados²².

4.2 A teoria adotada pela CVM

Os precedentes também demonstram que o Colegiado adotou a vertente teórica volitiva do dolo eventual. Logo, é necessário que estejam presentes o conhecimento e a vontade do agente. A adoção dessa vertente é perceptível pela descrição das imputações e condenações dos defendentes.

Além da descrição das imputações, nas ocasiões em que o Colegiado buscou conceituar o dolo eventual, houve menções a expressões ligadas à vontade do agente (como “mostrando-se indiferente”, “não se importam”, “consentiu”, “aceitou”, “assumiu”) e ao seu conhecimento (“consciência”, “prevê o resultado”). Logo, não há dúvidas de que a CVM adotou a vertente teórica volitiva do dolo eventual.

Por outro lado, não se pode afirmar com certeza a qual teoria volitiva o Colegiado aderiu. Os julgados não comentam o fato de que existem múltiplas teorias do dolo eventual, tampouco há discussões sobre qual teoria seria a mais adequada para avaliar ilícitos administrativos no mercado de capitais. Sem essa referência às discussões acadêmicas, há dificuldade em saber se expressões como “mostrar-se indiferente” e “aceitar” remetem, respectivamente, à teoria da indiferença e à teoria do consentimento ou se, na verdade, são apenas utilizadas como sinônimos.

De qualquer forma, pode-se dizer que, para a CVM, o elemento volitivo do dolo eventual é bastante abrangente, não sendo necessário que a ocorrência do ilícito gere algum benefício ao agente. Apesar disso, o Colegiado já considerou a ausência de ganhos como um “contraindício” relevante para afastar a condenação por dolo eventual²³.

Com relação ao elemento intelectual, o Colegiado entende que ele consiste, minimamente, na representação da possibilidade de realização do tipo administrativo. Logo, os casos em que há a representação da probabilidade também estão abarcados pelo dolo eventual.

22 “Também resta plenamente configurada na conduta do defendente a prática de operação fraudulenta, o que intensifica ainda mais a gravidade da falta cometida pelo defendente, que administrou de forma temerária grande volume de recursos recolhidos de trabalhadores com a finalidade de prover-lhes o sustento na aposentadoria, trabalhadores estes que foram inadvertidamente traídos em sua confiança e subtraídos em seu patrimônio.” (IA CVM nº 38/2000, Dir. Rel. Wladimir Castro, j. em 02.04.2003, grifo próprio).

23 IA CVM nº 01/1999, Dir. Rel. Marcelo Trindade, j. em 19.12.2001; PAS CVM nº TA-SP2001/0236, Dir. Rel. Eli Loria, j. em 19.04.2004.

Um ponto importante abordado pela CVM é a equiparação da culpa grave ao dolo eventual. Em diversos precedentes²⁴, o Colegiado firmou esse entendimento. Isso significa que a verificação da culpa grave é suficiente para ensejar a responsabilização pelos ilícitos de manipulação de mercado, que apenas admitem a modalidade dolosa. No entanto, deve-se perguntar qual o significado que a CVM atribui ao conceito de “culpa grave”. Essa expressão seria um sinônimo para “culpa consciente” ou estaria relacionada com o grau de intensidade da culpa?

Sob a ótica da responsabilidade civil, classifica-se o instituto da culpa em três graus: grave, leve e levíssima. A culpa grave é definida como um erro grosseiro, que se distancia extremamente do padrão médio de diligência e se aproxima do dolo. Ela apresenta uma situação em que o “*agente até que não queria o resultado, mas agiu com tamanha culpa de tal forma que parecia que o quisesse*” (TARTUCE, 2017, p. 442). Havendo essa aproximação entre culpa grave e dolo, o Direito Civil considera que ela gera os mesmos efeitos do dolo (“a culpa grave equipara-se ao dolo”) (TARTUCE, 2017, p. 442).

Em pelo menos dois julgados da CVM, o Colegiado adotou o conceito de “culpa grave” advindo da responsabilidade civil. O precedente que melhor demonstra isso é o IA CVM nº 09/1999²⁵, no qual o Diretor Marcelo Trindade afirma que ela ultrapassa a “mera negligência”:

“Em segundo lugar, no que refere à Instrução 08, também me parece que apenas os eventos dolosos permitem a incidência da Instrução 08, essa é a minha opinião. Acho, entretanto, que neste caso **o nível da culpa foi tamanho, que essa culpa passou da simples negligência, ela atingiu o nível de culpa grave equiparada ao dolo**. Portanto, para efeitos da aplicação da Instrução 08, quer dizer, **a permissividade com que atuou o indiciado [...]** sob as vistas da DTVM e de sua direção, **faz com que essa culpa ultrapasse a mera negligência**” (grifos do original).

Aparentemente, a culpa grave mencionada pela CVM se refere a um grau elevado de culpa, sendo possível afirmar que não é um sinônimo para “culpa consciente”. Portanto, mesmo considerando que a culpa grave se distingue do conceito de culpa consciente, verificou-se em decisões da CVM que a culpa consciente acarretou na responsabilização por um ilícito doloso.

24 Para exemplificar: PAS CVM nº 05/2012, Rel. Dir. Gustavo Gonzalez, j. em 03.12.2019; IA CVM nº 02/1999, Rel. Dir. Luiz Antonio Campos, j. em 06.09.2001. IA CVM nº 33/1999, Rel. Dir. Marcelo Trindade, j. em 30.08.2001.

25 IA CVM nº 09/1999, Rel. Dir. Wladimir Castelo Branco, j. em 25.01.2001.

4.3 Indícios do dolo eventual

Tendo em vista que a CVM adota a teoria volitiva, os indícios considerados pelo Colegiado se destinam a comprovar a existência da **consciência** e da **assunção do risco** pelo autor. Tais indícios estão, evidentemente, sempre relacionados às características das operações e dos contextos de cada caso, mas isso não é impeditivo para agrupá-los em categorias.

Nas condutas omissivas, o Colegiado somente condenou os acusados por dolo eventual nas situações em que se verificou a participação e conhecimento prévio das operações. Para atestar esses elementos, foram consideradas as seguintes situações: (a) a obtenção de lucro com as ilicitudes; (b) o tipo de cargo ocupado pelo diretor e suas respectivas funções; (c) a experiência profissional do diretor; (d) os recursos à disposição do diretor; e, (e) o poder de decisão e envolvimento do defendente nas operações.

Com exceção do indício do item (a), os demais foram frequentemente mencionados para comprovar que o defendente detinha conhecimento de potencial ilicitude das operações. Entretanto, tais elementos não eram considerados isoladamente. O Colegiado também analisou se, à época dos fatos, os negócios realizados continham indícios graves de fraude e prática não equitativa ou de, no mínimo, necessidade de haver cuidados maiores com os procedimentos. É o caso de existirem, por exemplo, negociação de ativos pouco negociados e de baixa liquidez, uma complexa estrutura de investimentos, condenações anteriores na CVM envolvendo os mesmos agentes e operações semelhantes – enfim, fatos que o Colegiado considera que deveriam chamar a atenção do diretor ou da corretora.

Nas condutas de obtenção de titularidade e de benefícios de operações, já foram considerados os seguintes indícios: (a) elevadas taxas de sucesso com operações; (b) probabilidade baixa ou nula de tais taxas efetivamente ocorrerem no mercado financeiro; (c) obtenção de elevados lucros em um curto período de tempo; (d) realização de operações *day trade* em mercados de risco; (e) proximidade e relação com os agentes que implementaram as operações ilícitas; (f) experiência no mercado financeiro; e (g) se a conduta do acusado era compatível com o padrão de conduta de uma pessoa proba e de boa-fé (por exemplo, se uma pessoa proba perceberia que tais ganhos e taxas de sucesso só poderiam advir de operações ilícitas).

5 Críticas à jurisprudência da CVM

5.1 Ausência de clareza acerca da teoria adotada para a definição de dolo eventual e culpa grave

A primeira crítica à jurisprudência da CVM é a ausência de discussão, menção e escolha dentre as diversas teorias do dolo eventual para adoção nos julgamentos. O fato de o Colegiado nunca ter discutido quais as vantagens e falhas de cada teoria ou, minimamente, ter mencionado que existem duas correntes distintas de interpretação do dolo confirma parte da hipótese deste artigo. As questões relativas à conceituação do instituto não foram consideradas pelo Colegiado, o que pode gerar uma impressão equivocada de que não existem divergências teóricas relativas à conceituação do dolo eventual, ou que tais divergências estejam pacificadas, bem como não há transparência sobre qual a teoria adotada a fim de orientar a conduta dos agentes a partir das decisões sancionadoras.

A segunda crítica está relacionada à equiparação da culpa grave ao dolo eventual. Conforme exposto anteriormente, as teorias intelectivas e volitivas têm discutido quais elementos compõem a estrutura do dolo, o que importa para traçar os limites entre dolo eventual e culpa consciente. Justamente por exigirem apenas a verificação do conhecimento, as teorias intelectivas expandem o escopo das situações que estariam abarcadas pelo dolo eventual, enquanto as teorias volitivas atuam no sentido de restringi-lo. Apesar dessas divergências, nenhuma teoria admite a possibilidade de condenar, pela prática de um ilícito doloso, um agente que tenha agido de forma culposa, independentemente do grau ou espécie da culpa.

O problema central desse entendimento da CVM está no pressuposto equivocado de que uma conduta culposa pode ser enquadrada como dolosa (COPOLA, 2007, p. 93). A distinção entre dolo e culpa não está apenas prevista no art. 18 do CP, mas também é admitida pelo Colegiado, e os próprios tipos administrativos da Instrução CVM nº 08/79 admitem apenas a modalidade dolosa. Além disso, para o Direito Penal, a gradação da culpa é irrelevante para a configuração de um crime, somente havendo relevância jurídica dessa distinção no momento de aplicação da pena (NUCCI, 2020, p. 315).

No Direito Civil, por mais que haja uma equiparação da culpa grave ao dolo, os efeitos disso dizem respeito somente à obrigação de o agente se responsabilizar integralmente pelos danos causados (TARTUCE, 2017, p. 436). Os graus de culpa são irrelevantes para configuração de atos ilícitos (SCHREIBER, 2020, p. 649-650), tendo uma aplicação reduzida na definição da quantificação de indenizações (art.

944, *caput*, do CC)²⁶. Logo, independentemente de haver dolo ou culpa levíssima, a constatação da existência de um desses elementos – assim como de dano e de nexos causal – levará à responsabilização do agente. Entretanto, se a regra de equiparação for aplicada no Direito Penal, o resultado seria completamente diferente e incompatível com a sistemática desta seara: seria possível condenar alguém que agiu culposamente por uma conduta tipificada apenas na forma dolosa.

Nota-se que há, então, uma importação de institutos do Direito Penal (dolo eventual e culpa consciente) e de uma regra do Direito Civil (equiparação da culpa grave ao dolo) e, em seguida, uma tentativa de combiná-los sem considerar o funcionamento dos institutos e da regra em suas respectivas searas. Portanto, a jurisprudência da CVM não apenas desconsidera as discussões próprias do Direito Penal relativas à conceituação do dolo eventual, como também atribui novos contornos ao instituto.

5.2 Condenações fundamentadas em juízos presuntivos

A comprovação do dolo eventual, assim como das demais espécies de dolo, envolve dificuldades decorrentes do seu próprio conceito. Nas teorias do consentimento e da indiferença, o elemento volitivo – a aceitação de ocorrência do resultado ou a indiferença em relação a essa ocorrência – se apresenta como um dado ligado ao psicológico do agente. Por sua vez, o elemento intelectual, sob qualquer teoria de dolo eventual, também é um dado atrelado ao psicológico, dado que é necessário descobrir se o agente sabia da possibilidade ou da probabilidade de realização dos elementos do tipo. Portanto, como foi exposto, esses dois elementos são inacessíveis para o julgador, bem como para qualquer pessoa, com exceção de quem praticou a conduta.

Considerando essa inacessibilidade, a CVM tem se pautado na obtenção de indícios para fundamentar condenações. A prova indiciária, por si só, não é uma ferramenta indesejável. Pelo contrário, ela é um mecanismo de extrema relevância para demonstrar a existência de fatos que dificilmente poderiam ser evidenciados mediante o uso da prova direta, como é o caso dos próprios elementos intelectivos e volitivos. Contudo, coloca-se o seguinte problema: alguns fatos considerados pelo Colegiado não deveriam ser qualificados como indícios, pois eles não permitem a indução da existência dos elementos do dolo eventual. Ao entender que tais fatos são indícios, a jurisprudência da CVM gera dois efeitos negativos aos defendentes: (i) rejeita, praticamente, qualquer hipótese de culpa consciente e (ii) cria uma presunção de dolo eventual de difícil reversão.

26 O art. 944, parágrafo único do Código Civil apresenta a possibilidade de redução proporcional da indenização com base no grau de culpa: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Esses efeitos são bastante perceptíveis nos casos de condutas omissivas. Como visto anteriormente, com exceção da obtenção de lucro, os indícios listados dizem respeito à posição ocupada pelo diretor ou pela distribuidora ou corretora nas operações. O raciocínio com esses indícios pode ser descrito em três etapas.

Primeiramente, quanto mais importante for o papel desempenhado pelo acusado, mais ele estará ciente dos fatos que cercam a operação. Em segundo, se houver indícios, principalmente graves, de que a operação se destina a fins ilícitos, o acusado também estará ciente deles. E em terceiro, como conclusão, se o acusado não tomar providências para evitar a operação, ele estará atuando com dolo eventual ou “culpa grave”. Percebe-se que a decisão de condenação é fundamentada essencialmente com base nas características relativas ao próprio defendente e na aparição de indícios de operações ilícitas.

Entretanto, o fato de um indivíduo ocupar um alto cargo da administração não significa que ele sempre fará prognósticos corretos. A mesma conclusão é aplicável às pessoas jurídicas que estiverem envolvidas em uma operação. É claro que se exige que integrantes do mercado financeiro atuem com a maior diligência possível, bem como que eles tenham o conhecimento técnico adequado para a execução de seus deveres. Também não se está negando a potencial gravidade da omissão desses agentes. Contudo, esses fatores guardam uma fraca relação com a questão de descobrir, em uma situação específica, se o defendente assumiu o risco ou efetivamente confiou que eventual resultado ilícito não iria ocorrer. A imputação de deveres e a experiência profissional não explicam como o acusado agiu no caso concreto.

Quanto à verificação do elemento intelectual, também é possível identificar pontos de crítica. A abertura de investigações e os julgamentos de casos pela CVM ocorrem em um momento posterior ao da tomada de decisão pelo defendente. Já a decisão pelo Colegiado é dada depois da concretização das operações investigadas e da ocorrência de eventuais prejuízos e/ou auferimento de lucros suspeitos. Logo, trata-se de um cenário em que será decidido justamente se o tipo administrativo foi ou não produzido, situação distinta da vivenciada pelo defendente, na qual havia apenas o suposto risco de realização do tipo.

Considerando esses dois momentos, é necessário que haja cautela do julgador ao se colocar na posição do acusado durante a tomada de decisão, pois esse exercício intelectual é, naturalmente, enviesado pela percepção que se tem após a concretização dos fatos. Alguns indícios considerados como “evidentes” podem não ter atraído a atenção do defendente ou, até mesmo, não terem chegado ao seu conhecimento. Afinal, há uma variedade de informações a serem obtidas e analisadas, e os responsáveis pela avaliação das operações alocarão mais tempo para estudar certas informações em detrimento de outras. Assim, é factível que, ao

tomar uma decisão específica, o diretor de uma corretora, distribuidora ou outra instituição realmente não tenha previsto a possibilidade de concretização de um ilícito, evitando a configuração de dolo eventual.

6 Considerações finais

Ao final deste artigo, foi possível constatar a hipótese inicialmente levantada: a jurisprudência da CVM emprega o instituto do dolo eventual de forma equivocada e as controvérsias que cercam o instituto não são levadas em conta na fundamentação das decisões do Colegiado.

Em relação à conceituação do dolo eventual, percebe-se que o Colegiado tem seguido a doutrina penal majoritária, exigindo tanto o elemento cognitivo quanto o volitivo. Contudo, não se consegue distinguir com precisão se tem sido aplicada a teoria do consentimento ou a da indiferença, já que os precedentes identificados não demonstram que o Colegiado discutiu ou fez menção às múltiplas teorias do dolo eventual.

Além de não refletir o arcabouço teórico por trás do dolo eventual, o Colegiado criou um entendimento rejeitado pelo Direito Penal. Nesta seara, é indiscutível que culpa e dolo são institutos com definições e efeitos práticos diferentes. Entretanto, para as infrações relativas à Instrução CVM nº 08/79, que apenas admitem a modalidade dolosa, o Colegiado tem equiparado a culpa grave ao dolo eventual, abrindo margem para a condenação por um ilícito doloso de acusados que agiram culposamente e, dessa forma, expandindo, de forma indevida, o âmbito do poder punitivo²⁷.

Referências bibliográficas

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. V. 1, 15ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAVALLI, Marcelo Costenaro. **Manipulação do Mercado de Capitais: Fundamentos e Limites da Repressão Penal e Administrativa**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- COPOLA, Marina. Sem Querer Querendo: Uma Discussão sobre o Uso do Dolo Eventual nos Ilícitos Administrativos do Mercado de Capitais, **Revista Semestral de Direito Empresarial**, nº 28, jan./jun., 2021, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Presumindo a culpa como dolo. O uso da cegueira deliberada no Brasil**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini e DE BEM, Leonardo Schmitt. **Direito penal, parte geral**. Belo Horizonte: D'Plácido. 2022.

27 "O dolo, sob quaisquer de suas formas, não pode jamais ser presumido: só diante de sua efetiva presença pode-se habilitar o poder punitivo. Já foi, no entanto, observado que quando a febre da reação punitiva sem lacunas torna-se obsessiva, o in dubio pro reo é percebido como obstáculo liberal; diante disso, e também de que o mito da emergência não consegue derrogá-lo, optou-se por um recurso dogmático: a presunção do dolo, uma ameaça equivalente que tem por inimigo ao conceito psicológico". ZAFFARONI, 2016, p. 281.

- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16^a ed., rev., atual. e ref., Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- ROXIN, Claus: **Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito**. Madri: Civitas, 2008.
- SALVATORI, Laura Ayub. As Teorias Diferenciadoras do Dolo Eventual e da Culpa Consciente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 166, ano 28, abril, 2020.
- SANTOS, Humberto Souza. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (coord.). **Temas de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SANTOS, Juarez Cirino dos: **Direito Penal. Parte geral**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 3^a ed., São Paulo: Saraiva, 2020.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 12^a ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- TAVAREZ, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.
- VALLÈS, Ramon Ragués I. Consideraciones sobre la prueba del dolo. **Revista de Estudios de la Justicia**, n. 4, 2004.
- WUNDERLICH, Alexandre; RUIVO, Marcelo Almeida; CARVALHO, Salo de. Dolo eventual: imputação e determinação da pena. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro: **Direito Penal Brasileiro. Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. vol 1**. 7^a ed. São Paulo: RT, 2007.

DIREITO PENAL DO INIMIGO E A POSSÍVEL INFLUÊNCIA DA SUA RACIONALIDADE SOBRE AS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS EUROPEIAS E SOBRE A INTEGRIDADE DO ESTADO DE DIREITO¹

CRIMINAL LAW OF THE ENEMY AND THE POSSIBLE INFLUENCE OF ITS RATIONALITY ON EUROPEAN MIGRATION POLICIES AND ON THE INTEGRITY OF THE RULE OF LAW

PABLO RODRIGO ALFLEN²

RICARDO STRAUCH AVELINE³

RESUMO: A pesquisa analisa a possível influência da racionalidade do Direito Penal do Inimigo sobre as políticas migratórias da União Europeia e do Reino Unido, e suas implicações sobre a integridade do Estado de Direito. Argumenta-se que essa racionalidade, orientada pela tendência de punir sujeitos considerados inimigos do Estado, mesmo antes de cometerem um crime e fazendo uso de práticas questionáveis quanto a sua legitimidade, está presente nas políticas migratórias europeias, principalmente após o atentado de 11 de setembro de 2001, levando, dentre outros fatores, à inobservância dos direitos humanos de migrantes e refugiados. Para tanto, utilizou-se de método dedutivo com técnica de revisão bibliográfica, tendo como marco teórico a teoria do “Direito Penal do Inimigo”, de Günther Jakobs, e seu diálogo com fontes relevantes de direito migratório europeu.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal do Inimigo. Direito Migratório. União Europeia e Reino Unido. Impactos. Estado de Direito.

ABSTRACT: The research analyzes the possible influence of the rationality of the Criminal Law of the Enemy on the migration policies of the European Union and the United Kingdom, and its implications for the integrity of the Rule of Law. It is argued that this rationality, guided by the tendency to punish subjects considered enemies of the State, even before they commit a crime and using practices that are questionable as to their legitimacy, is present in European migration policies, especially after the attack of September 11, 2001, leading, among other factors, to non-compliance with the human rights of migrants and refugees. To this end, a deductive method was used with a bibliographic review technique, using Günther Jakobs’ theory of “Cri-

1 O presente trabalho foi desenvolvido no marco do Projeto de Pesquisa “Modernas Tendências do Direito Penal” desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS.

2 Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7282-4186>.

3 Doutor em Ciências Sociais pela UNISINOS. Doutorando em Direito pela UFRGS. Professor de Direito da Faculdade Estácio do Rio Grande do Sul. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0713-0479>.

iminal Law of the Enemy” as a theoretical framework, and its dialog with relevant sources of European migration law.

KEYWORDS: Criminal Law of the Enemy. Migration Law. European Union and United Kingdom. Impacts. Rule of law.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Teoria do direito penal do inimigo; 3 Direito penal do inimigo aplicado à questão migratória; 4 Detenção migratória e a racionalidade do direito penal do inimigo; 5 Considerações finais; Referências bibliográficas.

1 Introdução

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi apresentada por Günther Jakobs, pela primeira vez, na palestra proferida na Conferência de Professores de Direito Penal realizada em Frankfurt a.M., de 16 a 19 de maio de 1985, no contexto de uma reflexão sobre as novas tendências da criminalidade e suas consequências para o Direito Penal, na Alemanha,⁴ e aprofundada, posteriormente, em vários outros trabalhos⁵.

Remontando às principais doutrinas filosóficas acerca do conceito de “inimigo”, mais precisamente de Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant, Jakobs sinaliza a existência de uma distinção histórica entre o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. Tal distinção ganhou maior projeção a partir da demonstração de Jakobs de se tratar de dois tipos ideais que, apesar de não encontrarem uma nítida correlação prática, tem se manifestado com maior intensidade nas últimas décadas. Nesse contexto, sua racionalidade vem ganhando importância desde o atentado de 11 de setembro de 2001, quando sua aplicação passou a ser amplamente difundida ao redor do mundo.

De acordo com a teoria, crimes como terrorismo implicam uma dimensão tão ampla de violação do contrato social que colocam em risco a própria concepção do Estado Liberal e dos valores iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade, representando uma traição que coloca seus agentes na posição de inimigos. Em relação aos inimigos, pelo risco que representam, não se trata de avaliar o seu nível de culpabilidade, mas sim de garantir a proteção da coletividade face ao perigo que representam. Por isso, medidas de segurança passam a ser apli-

4 JAKOBS Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW, vol. 97, fascículo 4, 1985, p. 751-785. Ademais, sobre a Conferência veja RENGIER, Rudolf. Strafrechtslehretagung 1985, Juristenzeitung, Ano 40, n° 20, out. de 1985, p. 936-938.

5 O principal trabalho a abordar a teoria consiste em JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: Hsu, Yu-hsiu (editor). Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure, An anthology in Memory of Professor Fu-Tseng Hun. Taipei, 2003, p. 41-63, o qual foi republicado em JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, Ritsumeikan Law Review, N° 21, 2004, p. 93-107, e também em JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 88-95. Posteriormente: JAKOBS Günther. Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechlichkeit, HRRS, vol. 8-9, set. 2006, p. 289-297; JAKOBS, Günther. Zur Theorie des Feindstrafrechts, in: ROSENAU, Henning; KIM, Sangyun (Hrsg.), Straftheorie und Strafgerechtigkeit. Frankfurt: Peter Lang, 2010, p. 167-182.

cadadas, às vezes, à margem da legalidade e em detrimento de direitos e garantias constitucionais da pessoa, para prevenir a prática de atos delituosos antes mesmo de sua ocorrência, tais como escutas telefônicas, espionagem policial, instalação generalizada de câmeras, fiscalizações ostensivas em locais públicos, formatando um verdadeiro Estado Policial.

Além disso, a punição dos inimigos passa a ser realizada com penas mais elevadas e sua segregação efetivada em locais fora da jurisdição do Estado, tais como Guantánamo, onde os sujeitos estariam desprovidos de direitos, inclusive os processuais, eis que, pela gravidade dos seus atos, deixariam de ser vistos como sujeitos de direitos (pessoas). Um limbo jurídico material e processual que inevitavelmente faz recordar a expressão “direito a ter direitos”, cunhada por Hannah Arendt.

Na filosofia contratualista, no entanto, Jakobs identifica duas vertentes. Enquanto Rousseau e Fichte sustentam que os inimigos devem, em qualquer caso, ser mantidos fora do Direito Penal do Cidadão, Hobbes e Kant aceitam tal premissa somente de forma excepcional, quando o *indivíduo* demonstrar reiteradamente que não consegue conviver de forma harmônica em sociedade, representando um perigo recorrente para a ordem pública.

O objetivo aqui, portanto, é identificar as principais características do Direito Penal do Inimigo e analisar se a sua racionalidade vem sendo aplicada também em relação ao campo do Direito Migratório, verificando se migrantes e refugiados que buscam proteção na Europa estariam sendo enquadrados como inimigos em uma espécie de “Direito Penal do Migrante Inimigo”.

Tanto em Rousseau quanto em Hobbes, a ideia do inimigo, como aquele que rompe o contrato social, colocando em risco a sociedade, parece partir de uma concepção de que o inimigo seria um nacional que traiu o seu Estado, demonstrando não possuir humanidade, motivo pelo qual, não deveria ser tido como sujeito de direitos e sua punição deveria ser severa o suficiente para garantir total segregação social. Quando se aplica a referida racionalidade ao estrangeiro, migrante ou refugiado, questiona-se se a concepção do Direito Penal do Inimigo estaria sendo aplicada para prevenir o ingresso de determinadas pessoas indesejadas que seriam vistas como um “perigo” cultural, racial e religioso, para países da União Europeia e Reino Unido.

Busca-se analisar por meio de que práticas migratórias essa racionalidade estaria sendo aplicada e de que forma isso representaria uma violação dos direitos humanos da coletividade em geral, a qual teria que se submeter a constantes procedimentos de segurança, que, muitas vezes, demonstram-se extremamente discriminatórios.

Para tanto, procura-se responder as seguintes questões que compõem o problema de pesquisa: em que medida a racionalidade do Direito Penal do Inimigo vem influenciando a política migratória da União Europeia e do Reino Unido? Por meio de que práticas se manifesta essa racionalidade em relação à referida política migratória? Quais os direitos humanos que restam violados pela aplicação desta racionalidade ao campo migratório? Qual é a dimensão dos impactos de tais violações sobre a integridade do Estado de Direito?

A relevância do tema se evidencia pelo crescente espaço que a migração vem ganhando nas esferas política e jurídica, especialmente nos países de destino, onde vem sendo crescentemente objeto de discussão em debates eleitorais e em conferências e acordos internacionais. A hipótese de que a racionalidade presente no Direito Penal do Inimigo transcenda os âmbitos do Direito Interno e do Direito Penal, alcançando o Direito Internacional e o Direito Migratório deve ser analisada, pois sua eventual confirmação auxiliará na compreensão de fenômenos sociais e jurídicos de extrema relevância para o futuro do Estado de Direito e do objetivo hegeliano do Estado de garantir paz social.

Enquanto organizações não-governamentais clamam pela aplicação dos direitos humanos aos migrantes e refugiados, muitos políticos alegam que o controle das fronteiras é parte essencial da soberania do Estado e acolhem o desejo popular e eleitoreiro de criminalizar a migração, vedando a entrada de migrantes não desejados por meio de práticas preventivas, punindo aqueles que chegam de forma irregular (e os que auxiliam), desenvolvendo políticas discriminatórias e violadoras de direitos humanos sob o pretexto de que são pessoas potencialmente perigosas, representando risco para a ordem pública e, até mesmo, para a preservação cultural.

A pesquisa fez uso do método hipotético-dedutivo, embasado em revisão bibliográfica, partindo de pressupostos gerais para se chegar em conclusões particulares.⁶ A abordagem da pesquisa se deu pelo modelo qualitativo, na medida em que se buscou o entendimento do fenômeno em seu próprio contexto.⁷

Segundo Triviños, a abordagem de cunho qualitativo trabalha os dados buscando seu significado. O uso da descrição qualitativa procura captar não só a aparência do fenômeno como também as suas essências, procurando explicar sua origem, relações e mudanças, e tentando intuir as consequências.⁸

6 GIL, Antonio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 9.

7 TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo da Silva. Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação. São Paulo: Atlas, 1987, p. 128-129.

8 TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo da Silva. Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação. São Paulo: Atlas, 1987, p. 128-129.

O trabalho tem como marco teórico os trabalhos de Günther Jakobs sobre Direito Penal do Inimigo, interpretados a partir de um diálogo com temas como “política migratória”, “crimigração”, “detenção migratória”, “precariedades construídas”, “apartheid global militarizado” e “retrocesso do Estado de Direito” (*rule of law backsliding*).

O primeiro capítulo é a presente introdução, o qual é seguido pelo segundo capítulo, onde é realizada uma análise da Teoria do Direito Penal do Inimigo. No terceiro capítulo é analisada a influência da racionalidade do Direito Penal do Inimigo nas políticas e práticas migratórias da União Europeia e do Reino Unido, assim como, as possíveis violações de direitos humanos envolvidas neste processo.

Nas considerações finais, os temas desenvolvidos ao longo do trabalho são retomados com uma abordagem crítica.

2 Teoria do direito penal do inimigo

Na análise dos projetos jurídico-filosóficos que procuram fundamentar a ideia de inimigo, Jakobs inicialmente contrapõe Rousseau e Fichte, teóricos rígidos do modelo do contrato social, à Hobbes e Kant, para quem, a princípio, o ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso.

Assim, enquanto Rousseau e Fichte sustentam que todo criminoso é um inimigo, na medida em que rompe com o contrato social, devendo ser alijado da sociedade, Hobbes e Kant entendem que o criminoso tem o direito de voltar a estar de acordo com a sociedade (*mit der Gesellschaft wieder ins Reine zu kommen*). Segundo Kant, somente se persistir ameaçando a coletividade com a sua ausência de legalidade, poderá ser expelido, pois o indivíduo que não consegue ou se recusa a entrar em um “estado comunitário geral” com os demais, deve ser afastado da vizinhança pelo Estado ou deve ser colocado sob sua custódia de segurança como um inimigo.⁹

Em “À Paz Perpétua”, Kant sustenta que, com base no respeito mútuo, deveria o indivíduo aceitar e respeitar os costumes culturais e as leis do Estado em que se encontra,¹⁰ podendo o Estado, inclusive, recusar o ingresso de um estrangeiro quando houvesse fundamentos para identificá-lo como inimigo.¹¹

9 JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 89.

10 HEIN, Christian. “Kant’s Perpetual Peace as a manual for the twenty-first century? Cosmopolitanism, ethics, and the role of the individual in a globalizing society”. *US-China Law Review*. Vol. 17, n. 2, p. 25-38, Feb. 2020, p. 29.

11 KANT, Immanuel. *Perpetual peace and other essays*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1983, p. 118-119.

No mesmo sentido, o direito universal à hospitalidade que, na teoria de Kant, é devido a toda pessoa humana, impõe um dever moral imperfeito de ajudar e de oferecer abrigo para aqueles cuja vida, integridade e bem-estar estão em perigo, porém este dever é “imperfeito” pela sua característica condicional, a qual permite exceções ao direito à hospitalidade temporária com base em motivos de autopreservação do contrato social.¹²

Para Rousseau qualquer “malfeitor” que ataque o “direito social” deixa de ser membro do Estado, pois se coloca em guerra com ele, por isso, quando se cumpre a sua pena com a execução, ela se dá não contra o cidadão, mas contra o inimigo. De forma similar, Fichte sustenta que quem abandona o contrato cidadão, seja voluntariamente, seja de forma imprevista, no sentido estrito, perde todos os seus direitos como cidadão, passando a um estado de ausência completa de direitos.¹³

Hobbes, de maneira semelhante, despersonaliza o réu de alta traição porque esse se nega, por princípio, a cumprir a Constituição existente. Para Hobbes, aquele que se rebela contra o contrato social, comete alta traição, *retornando ao estado de natureza*, tornando-se um inimigo do Estado.¹⁴ Para superar o estado de natureza foi necessário abdicar-se parcialmente da *liberdade* em prol da *segurança*. Por isso, seu comportamento de atacar a segurança é uma traição, na medida em que promove o rompimento da segurança que caracteriza a civilização, levando ao estado de natureza, caracterizado pela “guerra de todos os homens contra todos os homens”, em que “o homem é o lobo do homem”.¹⁵

Diante de tais circunstâncias, tanto Hobbes quanto Kant conhecem um Direito Penal do Cidadão em face de pessoas que não deliquem de modo persistente “por princípio”, e um Direito Penal do Inimigo em face de quem “por princípio” se desvia reiteradamente, ameaçando a segurança coletiva e a sociedade, devendo, por isso, ser excluído do *status* de cidadão. Isso se justificaria em decorrência do direito do Estado de buscar segurança frente a indivíduos que reincidem, colocando em risco a ordem pública, e em decorrência do direito dos cidadãos de exigir do Estado que tome medidas adequadas para assegurar o direito de viver em segurança.¹⁶

Para garantir a ordem no Estado Liberal, os inimigos não deveriam possuir os mesmos direitos, o que justificaria um tratamento jurídico distinto para terroris-

12 BENHABIB, Seyla. *The right of others: aliens, residents and citizens*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 36.

13 JAKOBS, Günther. *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, HRRS, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 89.

14 JAKOBS, Günther. *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, HRRS, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 89-90.

15 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 112-113.

16 JAKOBS, Günther. *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, HRRS, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 90.

tas, criminosos sexuais e autores de macrocriminalidade econômica. Em tais contextos, o afastamento dos comportamentos praticados em relação ao Direito seria de tamanha dimensão e duração no tempo que não haveria a garantia cognitiva mínima necessária para garantir um tratamento jurídico de sujeito de direitos.¹⁷

Diante desse contexto, no entanto, Jakobs adverte que a coação jurídica que recai sobre o inimigo deveria ser limitada desde uma dupla perspectiva: em primeiro lugar, o Estado não deve excluir o inimigo de todos os direitos, podendo flexibilizar alguns desde que o faça de *forma legítima*; em segundo lugar, o Estado não é livre para tudo o que bem entender, senão, deve se conter¹⁸. Nesse sentido, Jakobs reconhece ser possível se falar de um Direito Penal do Inimigo legítimo e de um Direito Penal do Inimigo ilegítimo.

No utilitarismo, que caracteriza a racionalidade anglo-saxã, “a maior felicidade do maior número é o fundamento da moral e da legislação” e o inimigo que coloca em risco “a maior felicidade do maior número” pode ter seus direitos sacrificados em prol da manutenção do contrato social.¹⁹ Essa racionalidade torna-se evidente em episódios como a invasão do território aéreo paquistanês pela força aérea norte-americana, seguida pela invasão de domicílio e assassinato do terrorista Osama Bin Laden em 2011.

De forma geral, a racionalidade do Direito Penal do Inimigo é tida como fonte de inspiração para as políticas de segurança adotadas após o atentado de 11 de setembro de 2001, na medida em que se tornou difícil tratar determinados indivíduos como “pessoas que atuam erroneamente”, ignorando a sua periculosidade para a sociedade.²⁰ Por isso, a intervenção penal nestes casos não é uma medida para compensação de um dano à vigência da norma, mas sim uma medida para eliminação de um perigo.²¹ O Direito Penal do Inimigo, neste sentido, não trabalha com fundamento na culpabilidade, mas sim na periculosidade do agente.

No ano de 2005, semanas após ataques terroristas em Londres, o brasileiro Jean Charles de Menezes foi confundido com o terrorista Hussain Osman, que vivia no mesmo conjunto de apartamentos, sua perseguição e assassinato a bordo do metrô com sete tiros na cabeça, na estação Stockwell, deu-se por se acreditar que

17 JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 92.

18 JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 90.

19 BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da religião. São Paulo: Abril, 1974, p. 10.

20 JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 92; mencionando a respeito ASHOLT, Martin. Die Debatte über das „Feindstrafrecht“ in Deutschland, ZIS, n° 4, 2011, p. 186; também SINN, Arndt, Moderne Verbrechenverfolgung - auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht? ZIS, vol. 3, 2006, p. 109, mencionando em relação aos Estados Unidos da América não apenas o atentado de 11 de setembro de 2001, como também o caso de Guantánamo.

21 JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 92; sobre a vigência da norma como bem jurídico veja JAKOBS, Günther. Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal. 2ª ed. Tradução de Pablo Rodrigo Alfien. Porto Alegre: CDS Editora, 2021, p. 44 e ss.

estaria prestes a ativar explosivos,²² ou seja, representaria um iminente perigo à coletividade, justificando um ato preventivo extremo. Sacrificou-se o bem jurídico da vida, o direito fundamental à vida, assim como as garantias processuais inerentes ao devido processo penal (presunção de inocência, julgamento por um juiz natural e imparcial, ampla defesa e contraditório, processo justo), com uma ação de intenção preventiva em prol do direito da coletividade. O caso de Jean Charles foi investigado e foi concluído que os policiais não deveriam responder a processos administrativos. O comissariado de polícia respondeu a uma ação judicial, sendo condenado ao pagamento de uma multa, havendo sinais de que a racionalidade do Direito Penal do Inimigo possui uma dimensão estrutural, contando com o apoio de variadas instituições do Estado, unidas contra os inimigos.

Percebe-se que o Direito Penal do Inimigo faz com que o ponto de referência passe a ser o que pode acontecer, em lugar do tradicional ponto de referência do fato cometido. Por isso, na intervenção penal, o inimigo deixa de ser visto como sujeito de direitos e passa a ser visto como objeto da coação, as garantias processuais são relativizadas ou mesmo suprimidas,²³ como ocorre nas prisões de Guantánamo, onde inúmeros afegãos vêm sendo mantidos há mais de vinte anos, desprovidos de direitos humanos como o de não ser submetido à tortura, ter acesso à justiça e a um advogado, a presunção de inocência, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, análise individualizada da conduta, pena proporcional e o duplo grau de jurisdição, entre outros direitos.

O Direito Penal do Inimigo, *nesse sentido, parece* tender a abandonar a lógica do Direito Penal do Fato, em que a pessoa é punida por aquilo que ela faz e passa a trabalhar com uma lógica de Direito Penal do Autor, em que ele é punido por aquilo que ele é, pelo perigo que representa,²⁴ o que amplia as possibilidades de erro. Com base no perfil criminal (*criminal profiling*), por exemplo, pessoas originárias de países islâmicos tendem a ser objeto de controles de segurança preventiva com maior frequência nos países do norte global, onde são vistas como inimigas em potencial.²⁵

22 BBC. Erros e mentiras no caso Jean Charles, brasileiro morto em Londres em 2005 pela polícia. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53512282>. Acesso em: 9 set. 2023.

23 JAKOBS, Günther. Terroristen als Personen im Recht? ZStW, vol. 117, n° 4, 2005, p. 850.

24 JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 92. Um Direito Penal do Inimigo legítimo, no entanto, não se afasta de ideia de Direito Penal do Fato, pois não leva em consideração a pessoa do autor pelo que ele é (enquanto ser natural), mas sim pela forma como ele se posiciona perante a sociedade (enquanto pessoa, como sujeito detentor de direitos e deveres), ou seja, pelo modo como organiza seus comportamentos, frustrando as expectativas normativas reconhecidas e cognitivamente cimentadas; sobre isso veja JAKOBS, Günther. Sistema de Imputação Penal. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre, CDS Editora, 2024, p. 23 e s.

25 GÜNDOGDU, Ayten. Rightlessness in an age of rights: Hannah Arendt and contemporary struggles of migrants. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 10.

A concepção de que existe um inimigo que representa um perigo para a ordem pública passou a justificar medidas preventivas, ou seja, medidas anteriores à prática do comportamento delituoso. Sob o *slogan* “quem não deve, não teme”, tais medidas passam a invadir a esfera da liberdade de circulação e dos direitos de personalidade, atingindo a imagem, os dados pessoais, biométricos, etc. Neste contexto se enquadram as escutas telefônicas, investigações secretas, investigadores infiltrados, proliferação de câmeras de segurança, coleta de dados biométricos, delações/colaborações premiadas, recorrentes abordagens policiais ostensivas em locais públicos como saídas de estações de metrô, entre outras medidas.²⁶

A existência de inimigos em nossas sociedades, neste sentido, justificaria a aplicação de medidas de segurança que possibilitam um imenso controle social, como visto durante o período da pandemia do Covid-19 na União Europeia, onde as pessoas foram mantidas em rígidos regimes de *lock down*, sujeitas a multas. Isso pode atender aos interesses de uma agenda destinada ao controle populacional em uma sociedade crescentemente desigual, onde a concentração de riqueza vem, por exemplo, colocando uma parcela cada vez maior da população norte-americana em situação de rua, já alcançando mais de meio milhão de pessoas.²⁷

Na racionalidade do Direito Penal do Inimigo, os atos já passam a serem passíveis de punição quando atingem o estágio da preparação. É o que ocorre no caso dos tratados internacionais para prevenção e punição do terrorismo e, no caso do Brasil, com a Lei nº 13.260/2016 (Lei de Terrorismo), que prevê no seu art. 5º, a punição do terrorismo desde os seus atos preparatórios (*frise-se*, atos que, muitas vezes, fora desse âmbito poderiam assumir o caráter de condutas neutras). Neste contexto, os Estados vêm ganhando gradualmente a configuração de Estados Policiais, em que o controle com medidas preventivas é seguido por penas cada vez mais elevadas contra os inimigos,²⁸ podendo chegar à prisão perpétua, como no caso do art. 77 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Conforme mencionado, o ataque de 11 de setembro de 2001 é tido como o impulsionador da racionalidade do Direito Penal do Inimigo, dando início a chamada “sociedade da vigilância”, caracterizada pela proliferação das mencionadas medidas de controle social, que provocaram uma revisão dos princípios cosmopolitas e democráticos sobre os quais as sociedades do segundo pós-guerra haviam sido construídas,²⁹ colocando em risco os próprios pilares do Estado de Direito, na

26 JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 93.

27 USA FACTS. How many homeless people are in the US what does the data miss. Disponível em: <https://usafacts.org/articles/how-many-homeless-people-are-in-the-us-what-does-the-data-miss/>. Acesso em: 9 set. 2023.

28 JAKOBS, Günther. Terroristen als Personen im Recht? ZStW, vol. 117, nº 4, 2005, p. 850.

29 FAZZI, Luca. Social work, exclusionary populism and xenophobia in Italy. *International Social Work*, v. 58, n. 4, 2015, p. 596.

medida em que o Estado passou a abolir direitos de forma juridicamente ordenada.³⁰

Essas mudanças vem sendo percebidas no contexto do chamado “retrocesso do Estado de Direito” (*rule of law backsliding*), em que uma crise de valores tem feito com que as instituições do Estado passem a ser ocupadas por pessoas contrárias à concepção do Estado Democrático de Direito e que utilizam o tema da “insegurança” para implantar maior controle sobre a coletividade, para alcançar objetivos eleitorais e implantar regimes autoritários.³¹ O discurso da *lei e da ordem* produz votos, tendo sido adotado até mesmo pela esquerda política, havendo, pois, um descontrole da política criminal do Estado, com incremento das sanções penais.³²

Essas observações iniciais demonstram que o *status* de sujeito de direitos não é algo que necessariamente não se possa perder, seja nas teorias de Rousseau, Fichte, Hobbes, Kant e Bentham, seja na realidade dos fatos sociais internacionais. Neste sentido Jakobs teve o mérito de tornar clara a existência de um fenômeno jurídico e social histórico, qual seja, a existência de um tratamento penal distinto para cidadãos e inimigos, ainda que, por vezes, de forma velada.

Jakobs não concorda com a separação radical entre o cidadão e o seu direito, sustentando que “um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso” para que ele possa acertar-se com a sociedade, mantendo seu *status* como pessoa e cidadão, sem deixar o âmbito do Direito.³³

No próximo capítulo será analisada a existência de traços da racionalidade do Direito Penal do Inimigo nas políticas e práticas migratórias, considerando o fato de que, no contexto da “guerra contra o terror”, o inimigo pode não apenas estar dentro do território nacional, mas também pode estar vislumbrando a possibilidade de ingressar com o objetivo de realizar um atentado terrorista que coloque em risco o contrato social e, neste sentido, a própria concepção do Estado Liberal.

3 Direito penal do inimigo aplicado à questão migratória

A concepção do Direito Penal do Inimigo, conforme visto no capítulo anterior, baseia-se no rompimento do contrato social que transforma o cidadão em um traidor, um inimigo e que, por isso, deixa de ser sujeito de direitos, sendo segregado socialmente para a proteção do Estado Liberal. No presente capítulo, analisa-se

30 JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 93.

31 TSOURDI, Evangelia L. “Asylum in the EU: one of the many faces of backsliding?”. European Constitutional Law Review. Vol. 17, 2021, p. 477.

32 JAKOBS, Günther. Terroristen als Personen im Recht? ZStW, vol. 117, n° 4, 2005, p. 844-846.

33 JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 89.

se e como essa racionalidade estaria presente também nas políticas migratórias da União Europeia e do Reino Unido.

Se no âmbito do direito interno a existência de potenciais inimigos vem justificando uma série de medidas de segurança e prevenção, tais como escutas telefônicas, espionagem de estado, fiscalizações em locais públicos. No âmbito internacional, as mesmas razões estariam sendo utilizadas para sustentar a necessidade de fiscalizar o mar com drones, interceptar botes com migrantes, fechar fronteiras com muros e cercas e realizar detenções migratórias em massa? A racionalidade do inimigo estaria por trás das coletas de dados biométricos de migrantes e da realização de acordos internacionais para que terceiros Estados contenham migrantes em centros de detenção e interceptem embarcações (Líbia, Marrocos e Turquia)?

Para Todorov o medo real ou construído do inimigo é peça central para compreender as políticas migratórias pós-11 de setembro. Segundo o autor, os Estados podem ser classificados em três grupos de acordo com o sentimento dominante: os Estados “do apetite”, os Estados “do ressentimento” e os Estados “do medo”. Os Estados “do medo” seriam aqueles que constituem o Ocidente, aqueles que dominaram o mundo por séculos e que temem os efeitos da sua perda de poder para os dois grupos precedentes. Os Estados “do apetite” (e.g. China, Índia, Coreia do Sul, Taiwan e outros), temem que a sua emergência econômica faça com que os mesmos sejam vistos como uma ameaça, tornando-os alvo de medidas de contenção no comércio internacional. No que se refere aos Estados de ressentimento (e.g. países da África e do Oriente Médio), temem os ataques bélicos e *coup d'état* que os Estados “do medo” poderiam desferir ou patrocinar, ocasionando instabilidades internas como guerras civis e emigração em massa dos seus habitantes para os Estados do medo.³⁴

De acordo com as estimativas do *Watson Institute*, instituto vinculado à *Brown University* dos Estados Unidos da América, elaboradas com base nos relatórios do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), desde o ataque terrorista de 11 de setembro de 2001, quando o então presidente norte-americano, George W. Bush, anunciou a “guerra global ao terror” (*global war on terror*), os Estados Unidos da América lançaram ou participaram de oito guerras (sem contar a Ucrânia), as quais obrigaram 37 milhões de pessoas a deixarem seus lares, em uma estimativa conservadora, e, entre 48 e 59 milhões de pessoas, em uma estimativa menos conservadora. Guerras que foram iniciadas e, eventualmente, abandonadas pelo governo norte-americano, deixando um rastro de

34 TODOROV, Tzvetan. O medo dos bárbaros. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 13.

mortes, miséria, traumas, atraso e um futuro repleto de incertezas nos Estados do “ressentimento”.³⁵

As instabilidades existentes nos Estados do “ressentimento” auxiliam na superação dos problemas de envelhecimento populacional nos Estados de destino, beneficiando majoritariamente as elites econômicas de diversos setores e de grandes corporações que se beneficiam com a mão de obra de baixo custo em inúmeros setores e com o aumento nos valores das locações imobiliárias. O ingresso de trabalhadores migrantes também possibilita redução no custo de serviços de empregados domésticos, babas, jardinagem, corte de cabelo, reformas e manutenção residencial, que se tornam mais acessíveis, beneficiando as elites econômicas.³⁶

Nesse sentido, a condição jurídica de irregularidade dos migrantes que não possuem documentos ou autorização legal para o trabalho atende ao interesse de se criar uma força de trabalho dócil e vulnerável.³⁷

Em um contexto de êxodo rural generalizado e progressivo nos países da Europa Ocidental, por exemplo, as zonas rurais têm representado um cenário favorável para os recém-chegados, pois facilitam o acesso às fontes básicas de subsistência e oportunidades de emprego. As áreas rurais também oferecem níveis de invisibilidade e informalidade que ajudam a acomodar os migrantes irregulares, o que abre caminho para situações de dura exploração.³⁸

O migrante irregular ou clandestino é colocado como um inimigo que está invadindo o território soberano de outro país, chegando em botes, com auxílio de coites, não devendo possuir direitos. Pouco se menciona, entretanto, que a irregularidade foi construída a partir de políticas e práticas migratórias conhecidas como “apartheid de passaporte” (*passport apartheid*),³⁹ que consiste na imposição de vistos para os nacionais dos Estados do ressentimento, com o objetivo de vedar o ingresso regular dos seus nacionais aos Estados de destino.

Diante do desespero vivido pelos migrantes e refugiados dos Estados de ressentimento, eles se submetem a pagar cerca de mil euros por pessoa aos coites

35 VINE, David; COFFMAN, Cala; KHOURY, Katalina; LOVASZ, Madison; BUSH, Helen; LEDUC, Rachel; WALKUP, Jennifer. “Creating refugees: displaced caused by the United States’ post-9/11 wars”. Watson Institute. Disponível em: https://watson.brown.edu/costsofwar/files/cow/imce/papers/2020/Displacement_Vine%20et%20al_Costs%20of%20War%202020%2009%2008.pdf. Acesso em: 2 set. 2023.

36 HAAS, Hein de; CASTLES, Stephen; MILLER, Mark J. The age of migration. 6. ed. New York: Guilford, 2020, p. 280.

37 HAAS, Hein de; CASTLES, Stephen; MILLER, Mark J. The age of migration. 6. ed. New York: Guilford, 2020, p. 280.

38 PALUMBO, Letizia; CORRADO, Alessandra; TRIANDAFYLIDOU, Anna. Migrant labour in the agro-food system in Europe: unpacking the social and legal factors of exploitation. *European Journal of Migration and Law*, v. 24, 2022, p. 182.

39 KOCHENOV, Dimitry Vladimirovich. “Ending the passport apartheid. The alternative to citizenship is no citizenship - A reply”. *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 18, n. 4, Dec. 2020, p. 1528.

para tentar ingressar nos países da União Europeia de forma irregular. A prática do “apartheid de passaporte”, assim, é uma manifestação de “precariedades construídas”, ou seja, barreiras desumanizadoras, artificialmente criadas, para impedir pessoas de exercer direitos humanos como o de deixar o seu país de origem em momentos de crise humanitária e o de buscar e usufruir refúgio nos Estados de destino. Direitos que estão previstos nos artigos 13 e 14 da Declaração Universal de Direitos Humanos.⁴⁰

O artigo 13 da Declaração Universal de Direitos Humanos reconhece o direito de migrar, ao estabelecer que todas as pessoas têm “direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio e a esse regressar”, reconhece também o “direito de procurar e de gozar asilo em outros países”, conforme disposto no artigo 14. A Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, por outro lado, reconhece que toda pessoa tem o direito de buscar refúgio em outros países devido à perseguição. Migrar ou buscar refúgio em outro país não são, portanto, atos ilegais.⁴¹

A prática do “apartheid de passaporte”, ao impedir que migrantes e refugiados alcancem os países de destino de forma segura, incentiva o embarque em transportes precários e clandestinos, fornecidos pelo crime organizado, colocando em risco o direito à vida e à segurança pessoal, previstos no artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Essa política migratória nega os direitos humanos aos migrantes, sob o pretexto de que são originários de países “inimigos” e que são pessoas possivelmente perigosas. Por outro lado, explora sua vulnerabilidade como meio de obter mão de obra dócil e de baixo custo.

Vistas de forma global, as medidas migratórias aplicadas aos migrantes e refugiados da África e do Oriente Médio na União Europeia e no Reino Unido (dentre outros) assemelham-se àquelas utilizadas durante o regime de *apartheid* na África do Sul, motivo pelo qual vêm sendo descritas por Besteman como “apartheid global militarizado”. Segundo Besteman, trata-se de um sistema que, a um custo elevadíssimo e, utilizando tecnologia de ponta, destina locais reservados (União Europeia e Reino Unido) para determinadas pessoas (os cidadãos e os turistas) com base em critérios raciais, religiosos, políticos, educacionais e econômicos (europeus, brancos, cristãos e pessoas ricas de outras regiões), possuindo controles de ingresso (*check points*), detenção daqueles que tentarem o ingresso de

40 CRÉPEAU, Françoise. “Towards a global and diverse world: ‘facilitating mobility’ as a central objective of the Global Compact on Migration”. *International Journal of Refugee Law*. Vol. 30, n. 4, 2018, p. 658.

41 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Revised Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers and Alternatives to Detention. Disponível em: <https://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3bd036a74/unhcr-revised-guidelines-applicable-criteria-standards-relating-detention.html>. Acesso em: 5 set. 2023.

forma irregular (os inimigos) e a criação de mecanismos legais que possibilitem o ingresso daqueles que prestam serviços necessários (os migrantes desejados por serem qualificados e com recursos) na região reservada.⁴²

Isso se torna evidente a partir da metáfora utilizada pelo chefe da diplomacia da União Europeia, Josep Borrell, que afirmou em seu discurso de inauguração da Academia Diplomática Europeia, no dia 13 de outubro de 2022, que “a Europa é um jardim” e que “o resto do mundo” “não é exatamente um jardim, a maior parte do resto do mundo é uma selva, e a selva poderia invadir o jardim”.⁴³ A metáfora foi utilizada para fundamentar o desejo de que as pessoas que moram na “selva”, os inimigos, permaneçam na “selva” e que a União Europeia adote medidas preventivas de contenção, dissuasão e externalização para conter a “selva”, como se as pessoas envolvidas não fossem sujeitos de direitos. Novamente a racionalidade do Direito Penal do Inimigo demonstra-se bastante presente.

Para o bem maior da coletividade, faz-se necessário garantir a preservação do “jardim” em face da invasão dos bárbaros, o que justificaria a utilização de um conjunto de práticas migratórias desumanizadoras ou *non-entrè mechanisms*, tais como, a interceptação de embarcações, os acordos com países de trânsito para detenção de migrantes, a utilização de centros de detenção migratória na União Europeia, o controle marítimo com drones, a criminalização de quem auxilia no resgate de migrantes em botes clandestinos e os *push backs* (retorno forçado de embarcações de refugiados no mar ou a proibição do ingresso de refugiados nas fronteiras através de muros, cercas, jatos de água e recusa no recebimento de pedido de refúgio, seguida por deportação). Dentre os objetivos dessas práticas, encontra-se o de tornar o Sistema Europeu Comum de Asilo e os tribunais europeus inacessíveis aos “inimigos”, o que faz sentido na ótica do Direito Penal do Inimigo, em que o inimigo perde os seus direitos.⁴⁴

Essas práticas de contenção são realizadas sobre o pretexto de garantir segurança em face do estrangeiro, de origem desconhecida, o chamado “extracomunitário”, visto como uma espécie de bárbaro.⁴⁵ Os mecanismos de contenção, enquanto conjunto de práticas desumanizadoras, podem ser utilizadas também com o objetivo de dissuadir futuros refugiados de buscar refúgio em determinados Estados de destino. Neste sentido, a informação sobre mecanismos de conten-

42 BESTEMAN, Catherine. “Militarized global apartheid”. *Current Anthropology*. Vol. 60, n. 19, Feb. 2019, p. 28.

43 LIBOREIRO, Jorge. Josep Borrell apologises for controversial ‘garden vs jungle’ metaphor but defends speech. *Euronews*. Disponível em: <https://www.euronews.com/my-europe/2022/10/19/josep-borrell-apologises-for-controversial-garden-vs-jungle-metaphor-but-stands-his-ground>. Acesso em: 7 set. 2023.

44 GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas; HATHAWAY, James C. “Non-Refoulement in a world of cooperative deterrence”. *Columbia Journal of Transnational Law*. Vol. 53, n. 2, 2015, p. 236-238.

45 TOMASELLI, Alessandro. “Sicurezza ed Immigrazione Nell’UE: Profili di Diritto Europeo e Riflessioni Critiche.” *Cross-Border Journal for International Studies*. Vol. 2, n. 1, 2017, p. 97.

ção, tais como, a autorização legal da Diretiva da União Europeia para detenção de solicitantes de refúgio por até um ano e meio em centros de detenção circula entre migrantes e refugiados com o objetivo de dissuadir pessoas indesejadas da ideia de migrar e buscar refúgio no bloco europeu.⁴⁶

Por serem majoritariamente de origem islâmica, os migrantes e refugiados que embarcam rumo à Europa em embarcações clandestinas recebem um tratamento bastante distinto daquele fornecido aos migrantes ucranianos, brancos, cristãos e aliados.

Na Bulgária, o Primeiro-Ministro, Kiril Petkov, justificou o tratamento diferenciado aos ucranianos com toques de racionalidade do Direito Penal do Inimigo, ao dizer que os ucranianos eram europeus, “pessoas inteligentes e educadas” e “não pessoas com passado incerto, que podem ter sido terroristas”. Com uma narrativa semelhante, o Presidente da Hungria, Viktor Orban, afirmou que não era necessário ser um cientista de ponta para perceber a diferença entre “as massas chegando de regiões muçulmanas em busca de uma vida melhor na Europa” e os “refugiados ucranianos que estão fugindo da guerra”.⁴⁷

Neste sentido, no âmbito migratório adota-se a racionalidade do Direito Penal do Inimigo na medida em que abandona a lógica do Direito Penal do Fato e passa a trabalhar com uma lógica de Direito Penal do Autor, em que o indivíduo é punido por aquilo que ele é, migrante indesejado. O migrante islâmico, originário de Estados falidos, é visto como uma ameaça, um inimigo em potencial, passando a ser punido com a restrição de uma série de direitos humanos.

Após o atentado de 11 de setembro de 2001, houve a adoção da perspectiva de securitização, em que migrantes passaram a serem vistos também como uma ameaça à segurança e à integridade cultural dos Estados de destino,⁴⁸ sendo estabelecida uma relação significativa entre migração e crime, conhecida pelo termo “crimigração”.⁴⁹

Em 2016, pesquisas do *Pew Research Center* apontaram que a crise de refugiados de 2015-2016 e a ameaça de terrorismo estavam muito relacionadas entre si na mente de inúmeros europeus. Em 8 das 10 nações europeias pesquisadas,

46 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Revised Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers and Alternatives to Detention. Disponível em: <https://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3bd036a74/unhcr-revised-guidelines-applicable-criteria-standards-relating-detention.html>. Acesso em: 5 set. 2023.

47 RELIEFWEB. The Ukraine Crisis Double Standards: Has Europe's Response to Refugees Changed? 2 mar. 2022. Disponível em: <https://reliefweb.int/report/ukraine/ukraine-crisis-double-standards-has-europe-s-response-refugees-changed>. Acesso em: 5 set. 2023.

48 HAAS, Hein de; CASTLES, Stephen; MILLER, Mark J. The age of migration. 6. ed. New York: Guilford, 2020, p. 234.

49 STUMPF, Juliet. The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *American University Law Review*, [s. l.], v. 56, n. 2, p. 367-419, Dec. 2006, p. 368-369.

mais de 50% das pessoas acreditavam que os refugiados que chegavam na União Europeia aumentavam a probabilidade de atentados terroristas em seus países.⁵⁰

Não surpreendentemente, o estudo descobriu que as percepções negativas em relação aos muçulmanos aumentaram na última década. A visão dominante é que eles querem se diferenciar do resto da sociedade, em vez de adotar os costumes e o modo de vida da nação,⁵¹ representando um perigo para a manutenção cultural e étnica da Europa. Além disso, a sua presença passou a ser associada a grupos extremistas e ataques terroristas por políticos oportunistas.⁵²

Um dos casos que ilustram a transformação de migrantes em inimigos ocorreu em 2015 na Polônia, quando a retórica “islamofóbica” se tornou uma estratégia de sucesso nas eleições. Durante a campanha, o líder do partido eleito, Jaroslaw Kaczynski, sustentou que os migrantes estavam impondo as leis islâmicas nas regiões da Suécia onde viviam e que o ingresso dos refugiados na Polônia implicaria na mudança da cultura e em níveis mais baixos de segurança. Essa retórica levou centenas de pessoas às ruas com *slogans* como: “hoje refugiados, amanhã terroristas” e “Polônia livre do Islã”.⁵³

A declaração de guerra ao terrorismo islâmico e a construção simbólica de um conflito de civilizações, neste sentido, aumentou a hostilidade em relação aos migrantes e refugiados, dando início à chamada “sociedade da vigilância”, caracterizada pela proliferação de medidas de controle social.⁵⁴

A mídia passou retratar migrantes e refugiados como uma ameaça à segurança, identidade e cultura.⁵⁵ Ao vincular o migrante ao terrorismo, torna-se mais factível a sua visualização como “inimigo”, o que facilita a justificativa de medidas de segurança que excepcionam os direitos humanos. A ideia de uma “crise de segurança”, neste sentido, que inclui também dimensões étnicas, culturais e religiosas, passou a ser utilizada para, na prática, retirar os direitos dos migrantes e refugiados, tornando-os alvos de práticas ilegais, tais como *push backs*, fechamento de fronteiras, detenção migratória e deportação de migrantes em massa, restrições

50 FERRIS, Elizabeth; DONATO, Katharine. Refugees, migration and global governance. New York: Routledge, 2020, p. 18.

51 FERRIS, Elizabeth; DONATO, Katharine. Refugees, migration and global governance. New York: Routledge, 2020, p. 18.

52 BLITZ, Brad. “Another story: what public opinion data tell us about humanitarian policy.” Journal on Migration and Human Security. Vol. 5, n. 2, 2017, p. 380.

53 FULLERTON, Maryellen. “Borders, bans, and courts in the European Union.” Roger Williams University Law Review. Vol. 23, n. 2, Spring 2018, p. 393.

54 FAZZI, Luca. Social work, exclusionary populism and xenophobia in Italy. International Social Work, v. 58, n. 4, 2015, p. 596.

55 FERRIS, Elizabeth; DONATO, Katharine. Refugees, migration and global governance. New York: Routledge, 2020, p. 3.

de acesso à justiça e outras medidas para contenção dos “inimigos” com práticas excepcionais, que outrora seriam inaceitáveis.⁵⁶

Migrantes e refugiados, dentro e fora da União Europeia e do Reino Unido, passaram a ser alvo de crescente hostilidade desde 2001, com aumento do nível de xenofobia, especialmente em relação a pessoas de origem islâmica. Esse comportamento tem como reflexo o aumento do ressentimento por parte da minoria islâmica nos países que compõem a União Europeia, agravando os conflitos, a violência e insegurança. Os exemplos mais recentes encontram-se na Suécia, onde grupos de pessoas contrárias ao islã realizaram a prática de queimar o Alcorão em locais públicos, o que gerou protestos em diversos países islâmicos com a queima da bandeira sueca em um protesto no Paquistão e a destruição do prédio da embaixada da Suécia em Bagdá, após manifestantes invadirem e atarem fogo no mesmo, em julho de 2023.

4 Detenção migratória e a racionalidade do direito penal do inimigo

No sistema judicial, as pessoas são presas por causa de algo que fizeram, enquanto na detenção migratória as pessoas estão sujeitas à privação de liberdade por aquilo que elas são, ou na linguagem das diretivas da União Europeia, porque não atendem a certos critérios administrativos. Em muitos casos, isso ocorre porque os detidos são originários de países islâmicos que vivem crises humanitárias, sendo classificados como pessoas que podem solicitar refúgio para evitar o seu retorno aos países de origem, representando despesas para os Estados de destino. Desta forma, “tecnicamente” não cumprem os requisitos para obtenção de visto e sua tentativa de ingresso poderá ser alvo de detenção migratória, seguida por deportação.⁵⁷

Na maioria dos países, a prisão judicial é regulamentada por procedimentos bem estabelecidos com o objetivo de proporcionar responsabilidade e transparência da prisão e das experiências dos presos. A detenção migratória não é regulamentada da mesma forma e, portanto, as condições dos detidos podem ser aplicadas arbitrariamente e muitas vezes são severas,⁵⁸ o que aproxima a detenção migratória da racionalidade de um Direito Penal do Inimigo ilegítimo, em que as garantias processuais são retiradas e as penas aplicadas são desproporcionais.

56 SINHA, Anita. “Defining detention: the intervention of the European Court of Human Rights in the detention of involuntary migrants.” *Columbia Human Rights Law Review*. Vol. 50, n. 3, Spring 2019, p. 182.

57 NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. Understanding immigration detention and its human impact. In: NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. (orgs.). *Immigration detention: the migration of a policy and its human impact*. New York: Routledge, 2015, p. 3.

58 NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. Understanding immigration detention and its human impact. In: NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. (orgs.). *Immigration detention: the migration of a policy and its human impact*. New York: Routledge, 2015, p. 3.

As detenções migratórias não costumam ser determinadas por decisões devidamente fundamentadas em lei e baseadas em fatos comprovados, mas sim em decisões discricionárias de autoridades migratórias que privam as pessoas da liberdade sem justificativa e, muitas vezes, nem prazo de duração. Assim, além de desconhecerem os motivos e fundamentos legais de suas detenções, migrantes e solicitantes de refúgio detidos, diferentemente das pessoas condenadas judicialmente a penas de privação de liberdade, não sabem quando voltarão a ter liberdade. As incertezas sobre a duração da detenção e sobre o resultado da solicitação de refúgio causam imensa ansiedade e outros problemas de saúde física e mental.

A detenção é geralmente justificada com base na percepção do risco de as pessoas fugirem ou serem um perigo para o público, na incerteza sobre a identidade, na facilitação da resolução de reivindicações de imigração ou na remoção do país.⁵⁹ Nestes procedimentos, migrantes e refugiados não são vistos como sujeitos de direito, mas sim como objetos da coação estatal.

A narrativa da segurança, baseada no medo do inimigo, assume tamanha dimensão que se deixa de considerar a existência de direitos a serem observados no contexto de um Estado de Direito. Práticas arbitrárias de detenção, que são vedadas pelas normas internacionais, passam a ser aplicadas à luz do dia e o direito à liberdade de movimento deixa de ser aplicado aos inimigos.⁶⁰ Assim, a privação de liberdade, em hipóteses não previstas em lei, que se configura como uma das mais sérias violações de direitos humanos, interferindo no direito de ir e vir e na liberdade física de uma pessoa passa a ser vista com naturalidade quando se trata de migrantes e refugiados.

5 Considerações finais

Percebe-se, assim, uma série de aplicações da racionalidade do Direito Penal do Inimigo nas políticas e práticas migratórias da União Europeia e do Reino Unido, destacando-se as medidas preventivas utilizadas contra sujeitos específicos, classificados como inimigos, independentemente da sua conduta, negando-lhes o acesso a direitos como o de solicitar refúgio, seguido pelas práticas de detenção migratória que, em muitos casos, tolhem direitos processuais como acesso à justiça, o devido processo legal, a ampla defesa e contraditório, culminando com

59 GRIFFITHS, Melanie. 'A proud tradition'? Immigration detention in the United Kingdom. In: NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. (orgs.). Immigration detention: the migration of a policy and its human impact. New York: Routledge, 2015, p. 14.

60 ACNUR. Diretrizes para a detenção. Diretrizes sobre os critérios aplicáveis e os padrões relativos à detenção de solicitantes de refúgio, e soluções alternativas à detenção. Genebra: UNHCR, 2012. Disponível em: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=53d602884>. Acesso em: 7 set. 2023.

punições desproporcionais como a criminalização do ingresso irregular de quem foge da miséria e da violência com penas elevadas.

A utilização da racionalidade do Direito Penal do Inimigo tanto no Direito Interno quanto no Direito Internacional afronta os direitos humanos e os ideais iluministas, colocando em risco a própria concepção do Estado de Direito que passa a ser substituído por um Estado Policial, onde as autoridades estão acima das leis, podendo, cada vez mais, agir de forma preventiva, fiscalizando e tolhendo a liberdade de pessoas pelo que elas são e não pelo que fizeram.

Ao direcionar tais medidas preventivas a um determinado grupo étnico, racial e religioso, as políticas migratórias inspiradas no Direito Penal do Inimigo agravam o ressentimento que é sentido por pessoas de origem islâmica, ampliando os riscos de atos de violência e animosidade na União Europeia e no Reino Unido.

O contrato social deve abranger toda a comunidade internacional, garantido a todos uma vida digna, independentemente de raça, religião, nacionalidade ou condição econômica. Os problemas climáticos, a concentração de riqueza e o domínio tecnológico em si tendem a criar cada vez mais ondas maciças de migrantes e refugiados ao redor do mundo. Deixá-los fora do contrato social e do Direito sob o pretexto de que são inimigos pode acabar isolando aqueles que estão no contrato social, que passam a representar uma minoria, e a história da queda do Império Romano pode se repetir.

A brilhante concepção de Günther Jakobs, sobre o “Direito Penal do Inimigo”, neste sentido, auxilia na compreensão de uma racionalidade que transcende o campo penal interno, alcançando os âmbitos internacional e migratório. Conhecer a teoria do Direito Penal do Inimigo é fundamental para compreender os impactos da sua racionalidade sobre o Estado de Direito e sobre as crescentes ameaças à paz internacional.

Referências bibliográficas

- ACNUR. Diretrizes para a detenção. *Diretrizes sobre os critérios aplicáveis e os padrões relativos à detenção de solicitantes de refúgio, e soluções alternativas à detenção*. Genebra: UNHCR, 2012. Disponível em: <https://www.refworld.org/cgi-bin/telex/vtx/rwmain/pendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=53d602884>. Acesso em: 7 set. 2023.
- ASHOLT, Martin. Die Debatte über das „Feindstrafrecht“ in Deutschland, *ZIS*, n° 4, 2011, p. 180-192.
- BBC. Erros e mentiras no caso Jean Charles, brasileiro morto em Londres em 2005 pela polícia. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53512282>. Acesso em: 9 set. 2023.
- BENHABIB, Seyla. *The right of others: aliens, residents and citizens*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da religião*. São Paulo: Abril, 1974.
- BESTEMAN, Catherine. “Militarized global apartheid”. *Current Anthropology*. Vol. 60, n. 19, Feb. 2019, p. 26-38.
- BLITZ, Brad. “Another story: what public opinion data tell us about humanitarian policy.” *Journal on Migration and Human Security*. Vol. 5, n. 2, 2017, p. 379-400.

- CLAYTON, Gina; FIRTH, Georgina. *Immigration and Asylum Law*. 8 ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- CRÉPEAU, Françoise. "Towards a global and diverse world: 'facilitating mobility' as a central objective of the Global Compact on Migration". *International Journal of Refugee Law*. Vol. 30, n. 4, 2018, p. 650-656.
- FAZZI, Luca. Social work, exclusionary populism and xenophobia in Italy. *International Social Work*, v. 58, n. 4, 2015, p. 595-605.
- FERRIS, Elizabeth; DONATO, Katharine. *Refugees, migration and global governance*. New York: Routledge, 2020.
- FULLERTON, Maryellen. "Borders, bans, and courts in the European Union." *Roger Williams University Law Review*. Vol. 23, n. 2, Spring 2018, p. 393-418.
- GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas; HATHAWAY, James C. "Non-Refoulement in a world of cooperative deterrence". *Columbia Journal of Transnational Law*. Vol. 53, n. 2, 2015, p. 235-284.
- GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GRIFFITHS, Melanie. 'A proud tradition'? Immigration detention in the United Kingdom. In: NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. (orgs.). *Immigration detention: the migration of a policy and its human impact*. New York: Routledge, 2015.
- GÜNDOĞDU, Ayten. *Rightlessness in an age of rights: Hannah Arendt and contemporary struggles of migrants*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- HAAS, Hein de; CASTLES, Stephen; MILLER, Mark J. *The age of migration*. 6. ed. New York: Guilford, 2020.
- HEIN, Christian. "Kant's Perpetual Peace as a manual for the twenty-first century? Cosmopolitanism, ethics, and the role of the individual in a globalizing society". *US-China Law Review*. Vol. 17, n. 2, p. 25-38, Feb. 2020.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- JAKOBS Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, *ZStW*, vol. 97, fascículo 4, 1985, p. 751-785.
- JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: Hsu, Yu-hsiu (editor). *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure*, An anthology in Memory of Professor Fu-Tseng Hun. Taipei, 2003, p. 41-63
- JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *Ritsumeikan Law Review*, Nº 21, 2004, p. 93-107.
- JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *HRRS*, Ano 5, vol. 3, março de 2004, p. 88-95.
- JAKOBS, Günther. Terroristen als Personen im Recht? *ZStW*, vol. 117, nº 4, 2005, p. 839-851.
- JAKOBS Günther. Feindstrafrecht? - Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtllichkeit, *HRRS*, vol. 8-9, set. 2006, p. 289-297.
- JAKOBS, Günther. Zur Theorie des Feindstrafrechts, in: ROSENAU, Henning; KIM, Sangyun (Hrsg.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*. Frankfurt: Peter Lang, 2010, p. 167-182.
- JAKOBS, Günther. *Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal*. 2ª ed. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: CDS Editora, 2021, p. 44 e ss.
- JAKOBS, Günther. *Sistema de Imputação Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre, CDS Editora, 2024, p. 23 e s.
- KANT, Immanuel. *Perpetual peace and other essays*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1983.
- KOCHENOV, Dmitry Vladimirovich. "Ending the passport apartheid. The alternative to citizenship is no citizenship - A reply". *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 18, n. 4, Dec. 2020, p. 1525-1530.
- LAVENEX, Sandra. "Failing forward towards which Europe: organized hypocrisy in the Common European Asylum System". *Journal of Common Market Studies*. Vol. 56, n. 5, July 2018, p. 1195-1212.
- LIBOREIRO, Jorge. Josep Borrell apologises for controversial 'garden vs jungle' metaphor but defends speech. *Euronews*. Disponível em: <https://www.euronews.com/my-europe/2022/10/19/josep-borrell-apologises-for-controversial-garden-vs-jungle-metaphor-but-stands-his-ground>. Acesso em:

7 set. 2023.

NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. Understanding immigration detention and its human impact. In: NETHERY, Amy; SILVERMAN, Stephanie J. (orgs.). *Immigration detention: the migration of a policy and its human impact*. New York: Routledge, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Revised Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers and Alternatives to Detention*. Disponível em: <https://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3bd036a74/unhcr-revised-guidelines-applicable-criteria-standards-relating-detention.html>. Acesso em: 5 set. 2023.

PALUMBO, Letizia; CORRADO, Alessandra; TRIANDAFYLIDOU, Anna. Migrant labour in the agro-food system in Europe: unpacking the social and legal factors of exploitation. *European Journal of Migration and Law*, v. 24, 2022, p. 179-192.

RELIEFWEB. *The Ukraine Crisis Double Standards: Has Europe's Response to Refugees Changed?* 2 mar. 2022. Disponível em: <https://reliefweb.int/report/ukraine/ukraine-crisis-double-standards-has-europe-s-response-refugees-changed>. Acesso em: 5 set. 2023.

SINHA, Anita. "Defining detention: the intervention of the European Court of Human Rights in the detention of involuntary migrants." *Columbia Human Rights Law Review*. Vol. 50, n. 3, Spring 2019, p. 176-227.

SINN, Arndt. *Moderne Verbrechenverfolgung - auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht?* ZIS, vol. 3, 2006, p. 107-117.

STUMPF, Juliet. The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *American University Law Review*, [s. l.], v. 56, n. 2, p. 367-419, Dec. 2006.

TODOROV, Tzvetan. *O medo dos bárbaros*. Petrópolis: Vozes, 2010.

TOMASELLI, Alessandro. "Sicurezza ed Immigrazione Nell'UE: Profili di Diritto Europeo e Riflessioni Critiche." *Cross-Border Journal for International Studies*. Vol. 2, n. 1, 2017, p. 81-102.

TRIVIÑOS, Augusto Nibaldo da Silva. *Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação*. São Paulo: Atlas, 1987.

TSOURDI, Evangelia L. "Asylum in the EU: one of the many faces of backsliding?". *European Constitutional Law Review*. Vol. 17, 2021, p. 471-497.

USA FACTS. *How many homeless people are in the US what does the data miss*. Disponível em: <https://usafacts.org/articles/how-many-homeless-people-are-in-the-us-what-does-the-data-miss/>. Acesso em: 9 set. 2023.

VINE, David; COFFMAN, Cala; KHOURY, Katalina; LOVASZ, Madison; BUSH, Helen; LEDUC, Rachel; WALKUP, Jennifer. "Creating refugees: displaced caused by the United States' post-9/11 wars". *Watson Institute*. Disponível em: https://watson.brown.edu/costsofwar/files/cow/imce/papers/2020/Displacement_Vine%20et%20al_Costs%20of%20War%202020%2009%2008.pdf. Acesso em: 2 set. 2023.

Confira nesta edição:

A (in)convencionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) no cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil

Salo de Carvalho

A teoria neo-retributiva da pena de fundamento onto-antropológico, de José de Faria Costa: contornos e potencialidades no Brasil

Rodrigo Moraes de Oliveira

Responsabilidade penal: uma contraposição entre o sentido das ações de pessoas coletivas e a produção de resultados por artificial intelligence

Paulo César Busato

Responsabilidade penal da pessoa jurídica após a extinção ou sucessão da empresa

Leandro Oss-Emer e Pedro Henrique Nunes

Lei penal no tempo e parcelamento tributário

José Raul Gavião de Almeida, Matheus Barbosa Melo e Caio Cesar Tomioto Mendes

Criciúma: uma história de todos? Considerações sobre o encobrimento das instituições penais em Criciúma/sc

Felipe Alves Goulart e Jackson da Silva Leal

Crisi ed emergenza nel diritto processuale penale

Jamilla Monteiro Sarkis e Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes

O emprego do dolo eventual pela comissão de valores mobiliários

Thiago Bottino e Egmon Henrique de Oliveira Costa

Direito penal do inimigo e a possível influência da sua racionalidade sobre as políticas migratórias europeias e sobre a integridade do estado de direito

Pablo Rodrigo Alfien e Ricardo Strauch Aveline

ISSN 1676-8698/94



+ ACESSO À **VERSÃO DIGITAL GRÁTIS** NA NOSSA PLATAFORMA DE LEITURA