

REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS

Nº 96 - JANEIRO/MARÇO 2025

tirant
lo blanch



ESCOLA DE
DIREITO

REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS

Nº 96 - JANEIRO/MARÇO 2025



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 96

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/

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS

Nº 96 - JANEIRO/MARÇO 2025



ESCOLA DE
DIREITO

REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS

ANO XXIV – 2024 – Nº 96

Editores-chefes

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

Editores-assistentes

Mestre Alberto Ruttke
Especialista Fernando Nerung
Mestra Gabriela Gomes Casarin
Mestre Ramiro Gomes von Saltiel

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'Ávila (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 96

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. Alao 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 Facenda 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'Ávila. Felipe De-Lorenzi. Felipe Faoro Bertoni. Felipe Mrack Giacomolli. Frederico Horta. Gabriel Divan. Gamil Föppel. Giovani Saavedra. Guilherme Michelotto Böes. Guilherme Lucchesi. Gustavo Noronha de Ávila. Henrique Saibro. Jacqueline Sinhoretto. Jader Marques. Jádía Timm dos Santos. Janaina Roland Matida. Jhonatas Péricles 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. Patrícia Carraro Rossetto. Paulo César Busato. Paulo Vinicius Sporleder de Souza. Raffaella Pallamolla. 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 96

PUCRS
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais

Decano da Escola de Direito
Prof. Dr. Sandro André Bobrzyk

Coordenador do PPGCCRIM
Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

ITEC
Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais

Diretoria
Camile Eltz de Lima – Presidente
Helena Costa Franco – Vice-Presidente
Alberto Ruttke – Secretário Geral
Cristiane Petró – Tesoureira

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 Vinicius Sporleder de Souza
Rafael Braude Canterji
Rodrigo Moraes de Oliveira
Salo de Carvalho

SUMÁRIO

- 12** | **Corrupção e anticorrupção: linguagem e validade da norma penal à luz da teoria da ação significativa de Vives Antón**
Léo Peruzzo Júnior e Carla Juliana Tortato
- 30** | **As chacinas e os B.O.s: estudo documental sobre a violência letal em Porto Alegre/RS**
Mário Francisco Pereira Vargas de Souza e Renata Almeida da Costa
- 51** | **Implementação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) como alternativa penal no município de São Paulo/SP**
Beatriz Ferruzzi Sacchetin e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo
- 71** | **A instigação como autoria? Menos política criminal, mais teoria das normas**
Bruno de Oliveira Moura
- 89** | **Criminalidad Estatal-Corporativa en la Industria Extractiva**
María Laura Böhm
- 119** | **Formação em justiça restaurativa pelo e no poder judiciário brasileiro: intencionalmente antirracista ou silenciosamente racista?**
Elaine Alves Silva de Santana, Fernanda Fonseca Rosenblatt e Tassiana Moura de Oliveira

SUMÁRIO

140 | **Jurisprudência criativa no processo penal
italiano e na *common law*: *abnormità*,
inexistência e *plain error rule***

*Elena Maria Catalano, Ricardo Jacobsen Gloeckner (tradutor)
e João Carlos Dalmagro Junior (tradutor)*

CORRUPÇÃO E ANTICORRUPÇÃO: LINGUAGEM E VALIDADE DA NORMA PENAL À LUZ DA TEORIA DA AÇÃO SIGNIFICATIVA DE VIVES ANTÓN

CORRUPTION AND ANTI-CORRUPTION: LANGUAGE AND VALIDITY OF THE CRIMINAL RULE IN THE LIGHT OF THE THEORY OF MEANINGFUL ACTION BY VIVES ANTÓN

LÉO PERUZZO JÚNIOR¹

CARLA JULIANA TORTATO²

RESUMO: Este artigo pretende mostrar, a partir da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa de S. Vives Antón, de que modo o discurso jurídico-penal acerca da *corrupção* não é um fenômeno empiricamente descritivo, mas, ao contrário, *conceitual*. Neste sentido, argumenta-se que se há uma narrativa metodológica sobre a corrupção, então, também deve ser verdadeiro pensar que há uma determinação conceitual que permite a manutenção do significado na avaliação da possibilidade ou não de sua consumação. Mas, efetivamente, poder-se-ia tomar o significado do termo corrupção independentemente de uma *prática* como sustenta a teoria da ação significativa de V. Antón? Haveria um binômio entre o conteúdo conceitual e os fenômenos que são por este descritos e abarcados? Ou, ao contrário, o discurso jurídico-penal continuaria a repetir o jargão culturalista ilustrado pela hipótese de que a melhor fonte para entender a corrupção deveriam ser as histórias produzidas por aquelas mesmas pessoas que tiveram o olhar mais próximo do fenômeno e, talvez, até mesmo foram cúmplices de ações corruptas? Mostra-se, por fim, que a *corrupção* engendra não apenas um problema lógico-dedutivo ao Direito Penal, mas também a pressuposição que a *práxis* está de um lado e, a *norma*, de outro, conforme concebe Vives Antón ao afirmar que a ação penal deve ser vista a partir de seu significado.

PALAVRAS-CHAVE: corrupção; anticorrupção; linguagem; Direito Penal; Ação Significativa; Wittgenstein; Vives Antón.

ABSTRACT: Based on the philosophy of language of Wittgenstein and the theory of meaningful action by S. Vives Antón, the present paper is aimed at showing how the legal-criminal discourse on *corruption* is not an empirically descriptive phenomenon, but rather a *conceptual* one. In this sense, it is argued that if there is a methodological

1 Professor da Escola de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pós-Doutor pela Università Cà Foscari (Itália). Doutor em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3084-5170>

2 Professora do Centro Universitário Santa Cruz (UNISANTACRUZ). Mestre em Teoria e História da Jurisdição pela UNINTER, Curitiba/PR. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0846-9594>.

narrative about corruption, then it must also be true to think that there is a conceptual determination that allows the maintenance of meaning in the evaluation of the possibility or not of its consummation. But, effectively, could the meaning of the term corruption be taken independently of a practice as sustained by the theory of meaningful action by V. Antón? Would there be a binomial between the conceptual content and the phenomena described and encompassed by it? Or, on the contrary, would the legal-criminal discourse continue to repeat the culturalist jargon illustrated by the hypothesis that the best source for understanding corruption should be the stories produced by those very individuals who have had the closest look at the phenomenon, and perhaps even been complicit in corrupt actions? Finally, it is shown that *corruption* engenders not only a logical-deductive problem for Criminal Law, but also the assumption that the *praxis* is on one side and the *rule* is on the other, as conceived by Vives Antón when he stated that the criminal action should be seen based on its meaning.

KEYWORDS: corruption; anti-corruption; language; Criminal Law; Meaningful action; Vives Antón.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A ação como sentido de um substrato; 3 A linguagem wittgensteiniana na teoria da ação significativa; 4 Corrupção ativa e passiva: o significado do tipo de ação; 5 Considerações finais; Referências bibliográficas

1 Introdução

A legislação penal no mundo romano-germânico, ao contrário daquele anglo-saxão, está assentada sobre o residual teórico da cultura. Isso significa que, por um lado, tipifica as condutas a partir de uma valoração axiológica e, por outro, mitiga seus resultados a partir de um procedimento ritualístico no qual, o possível apenado, vê-se como vítima cerceado pela tentativa inquisidora do processo penal em obter a *verdade* que este tinha na motivação do seu ato. Tal paradoxo revela a dificuldade que, na teoria do delito, o corpo técnico-judiciário encontra-se no momento da aplicação da pena e, conseqüentemente, na avaliação da vontade subjetiva e na conduta ou ação do agente³. A dificuldade de analisar estes elementos, portanto, pode explicar a dificuldade de criminalizar o crime de corrupção, embora esta tenha ganhado notoriedade e visibilidade nos discursos e agendas políticas de governos democráticos⁴.

3 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p.220.

4 Cf. FERNANDES, João M.N. Corrupção e violação a direitos humanos: obstáculos ao desenvolvimento brasileiro no século XXI. In: *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, 11(1), 2019; DOS ANJOS, Isabella Andreazza; GUARAGNI, Fábio André. Corrupção Privada e Tratamento Internacional. In: *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, v.7, n.1, jan./jul.2021, pp.1-16.

É neste âmbito jurídico que situamos o tema da *corrupção*⁵, isto é, nas possibilidades empírico-conceituais de avaliar tanto o momento de sua consumação bem como aquele que permite atribuir o dolo ao agente a partir do significado de *ação*. Esta investigação, ao contrário de uma série de outras⁶, pretende pautar-se na filosofia da linguagem de Wittgenstein e, por conseguinte, na teoria significativa de Vives Antón para argumentar contra os elementos utilizados pela teoria do delito vigente, mais especialmente a *teoria finalista*, segundo a qual o primeiro passo para a tipificação da conduta seria considerar inicialmente a consciência do agente, isto é, seu pensamento no momento de praticar a ação: “Atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em função do fim, enquanto o acontecimento causal no está dirigido em função de um fim, mas é o resultado causal da constelação de causas existente em cada momento”⁷. Assim, quando Welzel afirma, logo na sequência, que “a finalidade é, portanto – dito graficamente – ‘vidente’, já causalidade, cega”, abre-se uma estrutura de problemas processuais derivados da necessidade estatal de categorizar, por exemplo, a diferença entre dolo e culpa.

No caso do crime de corrupção, ao agregar um “conjunto de práticas heterogêneas e com alcances diversos que supera e questiona os limites das figuras penais que o contêm”⁸, parece ser insuficiente pensá-la a partir de “uma mera

5 Na legislação penal brasileira, os crimes de corrupção (Passiva e Ativa) encontram-se elencados no título XI do Código Penal, a saber, “Dos Crimes contra a Administração Pública”, os quais incluem os títulos destinados aos Crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral (Capítulo I), os Crimes praticados por particular contra a Administração em geral (Capítulo II), os Crimes praticados por particular contra a Administração Pública Estrangeira (Capítulo II-A), os Crimes em Licitações e Contratos Administrativos (Capítulo II-B), os Crimes contra a Administração da Justiça (Capítulo III) e os Crimes Contra as Finanças Públicas (Capítulo IV). O crime de corrupção passiva (art. 317) está, por sua vez, no capítulo que trata dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral, enquanto o crime de corrupção ativa (Art. 333) está naquele que trata dos crimes praticados por particular contra a Administração em geral, respectivamente nos Capítulos I e II.

6 Entre as várias perspectivas de tratamento ao tema da corrupção, encontra-se o exemplo clássico da denominada “operação mani pulite” (mãos limpas), ação judiciária que revelou os esquemas de corrupção na vida política e administrativa de Milão, na Itália. Em dois anos de operação, 2.993 mandados de prisão haviam sido expedidos, sendo que 6.059 pessoas estavam sob investigação, incluindo 872 empresários, 1.978 administradores locais e 438 parlamentares, entre os quais quatro haviam sido primeiros-ministros. Segundo Moro (2004, p.57), a operação “redesenhou o quadro político na Itália. Partidos que haviam dominado a vida política italiana no pós-guerra, como o Socialista (PSI) e o da Democracia Cristã (DC), foram levados ao colapso, obtendo, na eleição de 1994, somente 2,2% e 11,1% dos votos, respectivamente”. Desfecho semelhante pode ser encontrado no Brasil, mais especificamente na Operação Lava Jato, a qual desvendou “um gigantesco esquema de pilhagem dos cofres públicos e pagamento de propinas” (CHEMIM, 2018). Obviamente que no Brasil os efeitos políticos da Lava Jato ainda estão em curso e, portanto, a conclusão de Moro (2004, p.57) – “é ingenuidade pensar que processos criminais eficazes contra figuras poderosas, como autoridades governamentais ou empresários, possam ser conduzidos normalmente, sem reações. Um Judiciário independente, tanto de pressões externas como internas, é condição necessária para suportar ações judiciais da espécie. Entretanto, a opinião pública, como ilustra o exemplo italiano, é também essencial para o êxito da ação judicial” – torna-se insuflada de vários problemas jurídicos e metodológicos. O primeiro deles é o apelo à opinião pública no curso dos processos judiciais. Nesse trabalho, por conseguinte, nosso interesse não é explorar o viés político da corrupção, mas sua leitura a partir de uma abordagem na teoria do delito, mais precisamente aquela proposta por Vives Antón.

7 WELZEL, Hans. *El nuevo Sistema del Derecho Penal*. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de f, 2004, p.41.

8 SCHILLING, Flávia. Corrupção, Crime Organizado e Democracia. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.9, n.36, out./dez., 2001, p.401.

descrição da realidade ontológica da conduta humana⁹ e, ao mesmo tempo, como uma ilegalidade tolerada culturalmente ou com percepções internacionais atreladas à sistemas de específicos de valoração¹⁰. Sendo assim, o combate ao crime de corrupção não é apenas um movimento doméstico, pois exige que uma teoria do delito seja capaz de compreender a conduta humana e voluntária como *significado de uma ação*¹¹. Esta hipótese, por conseguinte, mostra porque o crime de corrupção (passiva e ativa) precisa ser tratado como um problema que está muito além da percepção cultural e geográfica das pessoas ou, então, como uma prática sistêmica.

Por isso, alguém de um reducionismo empírico, casuístico ou antropológico a corrupção é, a partir da teoria da ação significativa de Vives Antón, um fenômeno linguístico, cujo alcance de seu conteúdo conceitual permite marcar as possíveis fronteiras entre atos que ensejam ilicitude e comportamentos que estão *sub judice* da lei penal incriminadora ou de uma questão de política criminal. Do contrário, toda e qualquer explicação da corrupção estará assentada sobre o plano das políticas públicas, mas não, efetivamente, em seu escopo de *significação*. Afirmar, portanto, que a corrupção, “como um crime isolado, existe em todo o mundo. Mas a corrupção sistêmica – o pagamento de subornos como regra de jogo – não é tão comum e representa uma grave degeneração no funcionamento das esferas pública e privada, especialmente em nações democráticas”¹² não é suficiente para determinar o alcance desta simplesmente como um crime em espécie¹³ pois, como afirmará Vives Antón, “a ação não é um fato específico; nem pode definir-se como

9 BUSATO, Paulo; CAVAGNARI, Rodrigo. Tipicidade Penal Finalista e Tipo de Ação Significativo. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v.9, n.16, jan./jun., 2017. Pp.152-153.

10 O Exporting Corruption 2022, um relatório global publicado pela Transparência Internacional, indicou que o Brasil regrediu na implementação da Convenção Antissuborno da OCDE, mecanismo este responsável por combater a corrupção internacional. De acordo com o relatório, O Brasil saiu da categoria de “implementação moderada” em 2020 para a de “limitada”, em 2022. O mesmo documento afirma, por exemplo, “que a legislação brasileira permite a recuperação de danos materiais e morais à direitos coletivos e propriedade pública, incluindo os danos causados pela corrupção, por meio de ações civis públicas” (EXPORTING CORRUPTION, 2022, p.17).

11 Cf. BUSATO, Paulo C. **Direito Penal e Ação Significativa. Uma análise da Função Negativa do conceito de Ação em Direito Penal a partir da Filosofia da Linguagem**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; BUSATO, Paulo C. Delitos de Posse e Ação Significativa – Crítica aos Besitzdelikte a partir da Concepção Significativa da Ação. In: **Sequência** (Florianópolis), v. 73, May-Aug., 2016, pp.75-112.

12 MORO, Sérgio Fernando. Preventing Systemic Corruption in Brazil. In: **Deadalus**, vol. 147, nº. 3, 2018, pp.162.

13 Moro (2018) ainda afirma, por exemplo, a questão da corrupção é resultado de uma série de fatores: “a primeira é a lentidão com que o processo judicial avança no Brasil. Até recentemente, a execução de uma condenação criminal só era possível depois que o caso chegasse a uma decisão final que não podia mais ser apelada. A execução da sentença penal dependia do julgamento do último recurso. Só então o processo seria visto como transitado, ou julgado sem possibilidade de recurso. Anos podem passar entre um julgamento inicial e a sentença final. Essa regra surgiu de uma decisão do Supremo Tribunal, em 2008, sobre uma interpretação controversa da presunção de inocência na Constituição do Brasil. Teoricamente, fazer cumprir essa regra não seria um problema, mas por causa de um generoso sistema de recursos e do grande volume de processos dos Tribunais Superiores brasileiros, réus poderosos a usaram para manipular o processo judicial, iniciando intermináveis procedimentos de apelação para evitar que seus casos chegassem a um julgamento conclusivo evitando efetivamente a responsabilização” (MORO, 2018, p.158).

substrato de imputação jurídico-penal, pois a maioria das ações se definem à margem dessa circunstância”¹⁴.

Assim, tomando como argumento os efeitos produzidos pela corrupção (ativa e passiva) ao erário público e a impossibilidade de determinação de um sujeito passivo além da abstração estatal ou, na melhor das hipóteses, da pessoa jurídica, pública ou privada, diretamente prejudicada, tem-se como proposta neste trabalho realizar uma análise da corrupção à luz da teoria significativa de Vives Antón e sua retomada de pressupostos conceituais da filosofia da linguagem de Wittgenstein. É justamente por isso que “na prática forense se analisa um caso concreto a partir da identificação do tipo de ação, e não de uma ação. Na leitura de um inquérito policial ou de um processo criminal, em uma primeira impressão, não se indaga se houve ou não ação ou omissão”¹⁵. O que se faz, vale dizer, é olhar o tipo penal que corresponde à suposta ação ou omissão e, consequentemente, identificar os dados circunstanciais que podem ser colhidos o sentido do tipo. Por isso, na teoria da ação significativa, a primeira categoria básica do sistema é o *tipo de ação*, isto é, a delimitação conceitual das pretensões de validade da normal em obediência a uma pretensão geral de justiça.

Neste trabalho, inicialmente, apresentaremos os elementos linguísticos que permitem compreender o tema da corrupção à luz da filosofia da linguagem de Wittgenstein na proposta de Vives Anton para, posteriormente, analisar as faces da corrupção a partir da teoria do delito. Não se pretende, portanto, uma exploração do tema tomando a leitura das Ciências Sociais – como geralmente a literatura acadêmica têm explorado – mas, ao contrário, do cenário jurídico-filosófico que constituem a chave de leitura ao problema da corrupção. E, por último, pretendemos mostrar que a máscara linguística da corrupção está ancorada num fulcro de pressupostos morais, elemento este que deveria ser descartado na aplicação processualista da lei penal, como geralmente tem sido as interpretações dos Tribunais Superiores ao tema da corrupção.

2 A ação como sentido de um substrato

Com base nos elementos empíricos e sociais que servem de anteparo para o fundamento e o funcionamento do sistema penal, é possível perceber que o conceito de *corrupção* não é apenas metafórico, ambíguo e pressuposto aos distintos

14 VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 201, p.211.

15 BUSATO, Paulo; CAVAGNARI, Rodrigo. Tipicidade Penal Finalista e Tipo de Ação Significativo. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v.9, n.16, jan./jun., 2017, p.161.

atores sociais e contextos diferentes¹⁶. A tipologia da corrupção¹⁷ é um fenômeno que excede a mera ideia de um crime praticado por particulares contra a Administração Pública, pois para caracterizá-la como ilícito penal e, conseqüentemente, pensá-la como um ato de oferecer vantagem indevida, é necessário investigá-la como uma *categoria conceitual* e, ao mesmo tempo, como *significado de uma ação*. É justamente neste sentido que Reinhard Koselleck, por exemplo, indicará que todo conceito é sempre “fato” e “indicador”, isto é, além de um fato linguístico, o conceito é uma relação entre o próprio fato linguístico e a realidade concreta¹⁸. Assim, segundo ele, toda semântica está relacionada a conteúdos que ultrapassam a dimensão linguística, sendo importante a seleção crítica dos termos relevantes do ponto de vista social e político, uma vez que, embora a palavra permaneça a mesma, o conteúdo designado pode alterar-se substancialmente¹⁹.

Neste caso, questões propriamente internas ou externas à corrupção, aparentemente desnecessárias, são relevantes para uma possível avaliação do conteúdo manifestado pela opinião pública sobre o tema pois, parafraseando Koselleck²⁰, cada presente não apenas reconstrói o passado, mas também ressignifica tanto o passado como o futuro, isto é, o “horizonte de perspectivas”. Assim, é a própria determinação reflexiva da questão que torna possível, ou não, o fornecimento de razões para sua elucidação linguística. Neste sentido, algumas questões devem ser consideradas de segunda ordem, haja vista que elas dependeriam do arcabouço conceitual para tornarem-se possíveis:

Que tipo de ações ou práticas se consideram corruptas? Por que se considera a corrupção um problema? E que tipo de ações são consideradas soluções para este? E, na segunda parte, as perguntas são: quais são as metáforas principais associadas ao problema da corrupção política? E que implicações têm estes discursos para a forma de pensar e de atuar frente à corrupção?²¹

16 Cf. ESPINOSA, Carolina Isaza; ARAÚJO, Rodrigo Sandoval. Hablemos de corrupción. El discurso sobre la corrupción en la opinión pública colombiana. In: HENAO, Juan Carlos; ESPINOSA, Carolina Isaza (Eds). **Corrupción en Colombia: Corrupción, Política y Sociedad**. Bogotá: U. Externado de Colombia, 2018.

17 Bo Rothstein e Aiysha Varraich (2017, p.31) apontam que “o conceito de corrupção é uma questão milenar, talvez tão antiga quanto a civilização humana (...). O significado subjacente do conceito que é entendido universalmente, não importa qual cultura ou sociedade, é o que se transmite pela religião – onde a moralidade e a corrupção são dois lados da mesma moeda (ou dois produtos binários da interação humana)”.

18 KOSSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado**: Contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p.103.

19 Ainda segundo Koselleck (2006, p.141), “devemos partir teoricamente da possibilidade de que em cada uso pragmático da linguagem, que é sempre sincrônico, e relativo a uma situação específica, esteja contida também uma diacronia. Toda sincronia contém sempre uma diacronia presente na semântica, indicando temporalidades diversas que não posso alterar”.

20 Cf. KOSSELLECK, Reinhart. **Histórias de Conceitos**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2020.

21 ESPINOSA, Carolina Isaza; ARAÚJO, Rodrigo Sandoval. Hablemos de corrupción. El discurso sobre la corrupción en la opinión pública colombiana. In: HENAO, Juan Carlos; ESPINOSA, Carolina Isaza (Eds). **Corrupción en Colombia: Corrupción, Política y Sociedad**. Bogotá: U. Externado de Colombia, 2018, p.112.

Assim, analisar a corrupção enquanto *ação* significa vê-la não mais como um “acontecimento desenvolvido no mundo do ser, onde as distinções humanas e meros acontecimentos físicos são de difícil determinação, e passa a ser um sentido, ou seja, uma expressão simbólica de uma atividade”²². A teoria da ação significativa, portanto, legitima a desconfiança e a consciência na própria natureza substancial daquilo que seria a *corrupção* e, assim, evidencia que o domínio cotidiano da linguagem sobre as ações consideradas corruptíveis não consegue “abraçar”, por uma ingenuidade ontológica, o possível “domínio original” do termo. Por isso, como complementam Busato e Cavagnari, “mais que definir o que seja a ação no campo do direito penal, deve-se interpretar seu significado”²³.

Na teoria da ação significativa de ação de Vives Antón, portanto, deve-se operar uma desconstrução da noção objetiva de ação, bem como do caráter das teorias causais da ação, pois “o sentido do comportamento é determinado pela concreta compreensão social do significado contextualizado do acontecimento”²⁴. Assim, na concepção significativa da ação, os fatos humanos só possuem significado quando reconhecimentos através das normas, pois “conceber uma ação significativa de ação não é nada mais que expressar uma forma de percepção da ação no contexto social das circunstâncias que se produz”²⁵, isto é, como expressão de sentido e como substrato de comunicação da relação entre sujeito-objeto. Neste ponto, então, precisamos examinar como Vives Antón retoma a filosofia da linguagem de Wittgenstein e sua concepção de linguagem como “jogo de linguagem”.

Assim, descrever a corrupção no plano de sua funcionalidade, portanto, afasta-nos de uma possível teoria do delito por duas razões: a primeira, de caráter metodológico; a segunda, de caráter jurídico-penal. À primeira razão, porque a competência legislativo-política de combate a um crime, na esteira das modernas tendências do direito criminal, não é atributo exclusivista da competência judiciária²⁶. Aos dizeres wittgensteinianos, quando o discurso moralizador adentra na presunção criminal estaríamos cruzando jogos de linguagem distintos. Aliás, utilizando-nos de uma contra-crítica, a própria ideia de uma fronteira nítida entre competências e, por conseguinte, interpretações é sempre um dilema um tanto obscuro.

22 BUSATO, Paulo; CAVAGNARI, Rodrigo. Tipicidade Penal Finalista e Tipo de Ação Significativo. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v.9, n.16, jan./jun., 2017, p.162.

23 Idem.

24 GALVÃO DA ROCHA, Fernando A.N.; BUSATO, Paulo (Org.). **Direito Penal, Neurociência e Linguagem**. Porto Alegre: Editora FI, 2020, p.29.

25 BUSATO, Paulo; CAVAGNARI, Rodrigo. Tipicidade Penal Finalista e Tipo de Ação Significativo. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v.9, n.16, p.147-180, jan./jun., 2017, p.167.

26 Cf. DUFF, R. A.; GREEN, Stuart P. (Ed.). **Philosophical Foundations of Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

A segunda questão, de natureza jurídico-penal, é oriunda da própria ausência de uma semântica ao termo corrupção que oportunize um *continuum* na análise de todo e qualquer caso. A indeterminação do termo pode ser vista, por um lado, como sinônimo de precariedade do aparato legal e, por outro, como resultado da própria dinâmica linguística que perpassa a natureza do ordenamento jurídico²⁷. O delito de corrupção, então, se consumaria não apenas com a solicitação ou a promessa de vantagem indevida, mas também com o recebimento sem qualquer pedido, deixando escapar a necessidade de uma majorante quando os efeitos do ato atingem um bem jurídico tutelado de forma ampla [leia-se aqui o interesse difuso].

O tipo da ação *corrupção*, portanto, engendra não apenas um problema lógico-dedutivo ao Direito Penal, mas também a pressuposição que a *práxis* está de um lado e, a norma, de outro; que há uma linguagem, de um lado, e uma neutralidade no modo como vemos ou percebemos os fenômenos, as ações. É **contra essa imagem de classificação do tipo penal** que a teoria proposta por Vives Antón se posiciona atacando qualquer tipo de realismo jurídico ingênuo que postule uma dicotomia entre fatos/valores, linguagem/ações, significado/conduas. Por essa razão, a leitura da *teoria da ação significativa* de Vives Antón sugere que o tratamento dispensado à corrupção não deve se interessar naquilo que o infrator realiza, mas no significado do que o infrator executa, isto é, no significado que é transmitido pela ação ao mundo jurídico.

Por sua vez, vale salientar inicialmente que o sistema de Vives Antón não implica na destruição da estrutura dogmática previamente estabelecida. Ao contrário, procura introduzir, por meio de um modelo de compreensão do significado, uma nova abordagem valorativa do delito.

3 A linguagem wittgensteiniana na teoria da ação significativa

A teoria da ação significativa, conforme já mencionamos, compreende a ação como o significado do que as pessoas realizam. Isso significa dizer que não há, portanto, um modelo prévio e generalizado de ação humana, uma vez que ela só pode ser interpretada segundo normas²⁸. Não obstante, analisar o conceito de “corrupção” à luz da Filosofia da Linguagem significa, conforme Vives Antón, mapear seu itinerário no âmbito de “conceber as ações como interpretações que, segundo os distintos tipos de regras sociais, se podem dar ao comportamento hu-

27 Cf. BUSATO, Paulo. O significado do crime de corrupção e os limites do tipo de ação. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da; BUSATO, Paulo. **Direito Penal: Neurociência e linguagem**. Anais do III Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020; BUSATO, César; PERUZZO JÚNIOR, Léo (Orgs.). **Direito Penal e Filosofia da Linguagem: Ação, Intencionalidade e Norma Penal**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

28 Cf. BUSATO, César; PERUZZO JÚNIOR, Léo (Orgs.). **Direito Penal e Filosofia da Linguagem: Ação, Intencionalidade e Norma Penal**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

mano”²⁹. Por isso, tomando como ponto de partida os elementos da sintaxe, da semântica e, de forma mais enfática, aqueles da pragmática, a ação é o significado de um fato, o que cancela a investigação da ação como acontecimento natural, isto é, como realidade psicofísica. Posteriormente, então, afirmará que “os conceitos jurídicos não são teorias”³⁰, o que refletirá na posição de que a norma penal não pode representar nenhuma classe de estrutura objetiva, pois “não é uma imagem estilizada do delito, mas somente um conjunto ordenado de tópicos que permitem agrupar razoavelmente os problemas que podem apresentar-se na hora de aplicar a lei ao caso”³¹.

Por essa razão, para Vives Antón, seguindo Wittgenstein numa de suas passagens [parágrafo 23 de *Investigações Filosóficas*], não é necessário, para saber o significado, perguntar-se o que tal conceito é na gramática, mas aquilo que ele não é no *uso* cotidiano. Para tal, a teoria da ação significativa compreende que se deve ter em mente que um processo de comunicação exige que determinados símbolos ou marcas sejam social e coletivamente tomadas como portadores de significações e regidos por regras. Estas últimas precisam ser assumidas tacitamente por seus membros, isto é, precisam ser conhecidas e compreendidas em seus escopos específicos.

Assim, quando Vives Antón afirma que “descrito o significado como interpretação que nasce das regras de uso dos símbolos em diferentes ‘jogos de linguagem, o problema do conceito de ação (...) não se resolve”³², mas desaparece, o autor está colocando a ação e a intencionalidade como epígrafes da linguagem, seguindo o pensamento do segundo Wittgenstein. De acordo com o filósofo, então, “nossos jogos de linguagem claros e simples não são estudos preparatórios para uma regulamentação futura da linguagem (...). Os jogos de linguagem estão aí muito mais como objetos de comparação (...)”³³.

Esta hipótese permite visualizar que as *ações* relevantes para o Direito Penal, conforme expõe o autor, exigem a existência de prévias composições normativas sobre as quais o significado das condutas penalmente relevantes passa a existir. Pedro Fonseca (2017, p.193) sustenta, então, que na teoria da ação significativa o “significado da conduta não pode ser prévio à norma. A ação significativa pede um significado da conduta, para a conexão com a norma prévia”³⁴. Para tanto, o

29 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p.221.

30 Idem, p.475.

31 Idem, p.490.

32 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p.227.

33 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. *Investigações Filosóficas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996; 2001, §130.

34 FONSECA, Pedro H.C. Teoria da Ação Significativa: uma crítica sob o viés do Finalismo. In: *DELICTAE*, v.2, n.2, jan./jun., 2017, p.193.

primeiro passo é reposicionar a função do nível sintático e semântico da linguagem para aquele pragmático, pois se a língua não é feita, exclusivamente, de enunciados que representam ou descrevem o mundo [como ele é independentemente de nossas representações] e nem o significado das palavras que compõem os enunciados é dado pelo objeto que eles denotam, o que representa dizer o significado de uma palavra é o seu *uso* na linguagem. Para tanto, a ação significativa deixa de ser baseada na ideia de ação decorrente da intenção do agente e passa a ser “produto de interpretações decorrentes de regras sociais impostas por participantes que fazem parte de um contexto socialmente lastreado”³⁵.

Tendo essa leitura em mente, é importante agora recordar que a política anticorrupção originou-se nos Estados Unidos, em 1977, com o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), considerada o embrião da política criminal moderna contra as práticas corruptíveis. O FCPA, por sua vez, “passou a exigir do setor privado envolvimento e responsabilização na luta contra a corrupção”³⁶, sendo que seu objetivo principal foi “tornar ilegal que certas classes de pessoas e entidades façam pagamentos a funcionários de governos estrangeiros para auxiliar na obtenção ou manutenção de negócios”³⁷. Diante desse contexto, a implementação do FCPA marcou um ponto crucial na evolução da política anticorrupção, estabelecendo padrões que incentivaram a responsabilização do setor privado e contribuíram significativamente para a criminalização de práticas corruptíveis em nível global.

A partir deste cenário, quase três décadas depois, a Organização das Nações Unidas promoveu a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), em 2003, ratificada pelo Brasil e promulgada por meio do Decreto nº 5.687 de 2006, a qual destaca que “a finalidade da presente Convenção é: a) promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção”, além de “b) promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional” e “c) promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos”³⁸.

Embora a Convenção de Mérida apontasse em seu Preâmbulo, de forma enfática, que a “corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que todas as sociedades e economias”, o texto continuava expressando elementos semanticamente vagos como, por exemplo, a ideia de que o setor público deveria incluir “procedimentos adequados de seleção e formação

35 Idem, p.206.

36 DOS ANJOS, Isabella Andreadza; GUARAGNI, Fábio André. Corrupção Privada e Tratamento Internacional. In: *Revista de Direito Pena, Processo Penal e Constituição*, v.7, n.1, jan./jul.2021, p3.

37 DEPARTMENT OF JUSTICE (The United States). Foreign Corrupt Practices Act. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em: 30/10/2022, às 15h.

38 DECRETO 5.687/2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em 06/11/2022, às 10:44h.

dos titulares de cargos públicos que se considerem especialmente vulneráveis à corrupção” (Art. 7). Além disso, a Convenção de Mérida limitava-se a indicar que cada Estado deveria adotar a penalização de atos como suborno de funcionários públicos nacionais e estrangeiros, o peculato, o tráfico de influências, o abuso de funções, o enriquecimento ilícito, o suborno no setor privado, a lavagem de produto do delito, o encobrimento de recursos, a obstrução da justiça, a responsabilidade de pessoas jurídicas, bem como mecanismos de colaboração internacional para o intercâmbio de informações, confisco de bens e cumprimento de penas. Ao especificar determinados delitos, porém, a Convenção de Mérida tornou o crime de corrupção um gênero o que, consequentemente, foi dissolvido nas espécies acima mencionadas, limitando-se apenas ao uso de expressões como “combater a corrupção”, “prevenir a corrupção”, “vulneráveis à corrupção”, “riscos da corrupção”, “atos de corrupção”, “custos da corrupção”, “tendências da corrupção”, entre outras³⁹.

É exatamente neste ponto que a corrupção, analisada à luz da teoria da ação significativa de Vives Antón, admite a *ação como expressão de sentido*, tornando as atitudes intencionais simplesmente internas ou gramaticais. Vives Antón indica, então, que “a conexão entre uma atitude intencional qualquer, o objeto desta atitude e a tendência de satisfazê-la é interna ou gramatical, de modo que não se pode descrevê-la como uma relação externa entre elementos ou estados de coisas independentes”⁴⁰. Em outras palavras, a teoria da ação significativa, ao apontar que somente na ação se pode estabelecer as conexões intencionais, sustenta que o elemento volitivo do dolo não é um processo psicológico, mas normativo, isto é, um compromisso de atuar que se materializa no compromisso da lesão⁴¹. Logo, a pretensão de relevância é afirmada pela pretensão conceitual de relevância e pela pretensão de ofensividade.

4 Corrupção ativa e passiva: o significado do tipo de ação

A aparente tipificação dos crimes de corrupção ativa e passiva, na esteira do Direito Penal brasileiro, coleciona uma série de “pressupostos morais” para a determinação conceitual destes delitos. Enquanto o crime de Corrupção Passiva encontra-se no capítulo “Dos Crimes praticados por funcionário público contra a Administração em Geral” (Art. 317), o crime de Corrupção Ativa está elencado naquele que trata “Dos Crimes praticados por Particular contra a Administração

39 É importante destacar que a *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, ou Convenção de Mérida, ao longo de seus 71 artigos enuncia aproximadamente 70 vezes o termo “corrupção”, optando por tomá-lo como gênero de uma série de delitos econômicos.

40 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p.232.

41 Idem, p.253.

em Geral”, mais precisamente em seu Art. 333. Vejamos o que dispõem os referidos artigos:

Corrupção Passiva

Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

(...)

Corrupção Ativa

Art. 333. Oferecer ou promover vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

Os delitos de corrupção acima mencionados, de um modo geral, exigem a violação de um dever funcional e, conseqüentemente, a centralidade da questão do bem jurídico que está sendo tutelado. Assim, a normatividade penal da expressão “vantagem indevida” abarca todos os significados linguísticos possíveis que podem ser exercidos por alguém, mesmo que não soubéssemos, efetivamente, em que consistem tais atos corruptíveis. Parece claro, portanto, que é o significado da norma que torna a ação significativa (circunstâncias do crime de corrupção), e não ao contrário, conforme estabelece a proposta de Vives Antón⁴². Isso permite, por exemplo, compreender o conteúdo de injusto desse delito a partir do que Vives Antón chama de “pretensões de validade”, a qual inclui a própria pretensão de validade, a pretensão de ilicitude, a pretensão de reprovação e a reprovação de necessidade da pena⁴³.

Carlos Martínez-Buján Pérez aponta, então, que a intenção subjetiva, ao contrário de ser um *prius* lógico com relação às convenções que determinam o significado, é o “significado atribuído socialmente (ou juridicamente) a certos movimentos corporais ou à certa ausência deles”⁴⁴, os quais tendem a *objetivar-se* independentemente da própria intenção. Por isso, a intenção subjetiva não pertence ao tipo de ação na medida em que não cumpre uma “função definidora” da classe de ação de que se trate pois, observa Martínez-Buján Pérez, “existem classes de ações (como por exemplo, matar ou lesionar) que podem ser efetivadas com intenção ou sem ela”⁴⁵.

42 Cf. VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

43 Idem, p.491-495.

44 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Los elementos subjetivos del tipo de acción: un estudio a la luz de la Concepción significativa de la acción. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v.5, n.9, jul./dez. 2013, p.14.

45 Idem.

Aceitando essa última leitura, portanto, tem-se o argumento de que para a teoria da ação significativa, a norma anuncia a ação relevante para o Direito Penal e isso, por sua vez, reflete na hipótese de que a ofensividade ao bem jurídico tem relevância apenas depois da verificação do significado relevante da ação. A dogmática clássica, diferentemente, apoia-se na violação de um bem jurídico para, então, compreender a estrutura dos tipos penais.

Os efeitos imediatos da teoria da ação significativa de Vives Antón, portanto, revelam que há uma *máscara linguística* que encobre tanto a teoria do delito como o tipo de política criminal adotada pelos Tribunais, uma vez que parece ser notório, como observa Zaffaroni, que “o poder punitivo sempre discriminou a seres humanos e os colocou num trato punitivo que não correspondia à condição de pessoas, uma vez que somente os considerava como entes perigosos ou danosos”⁴⁶. Assim, segundo a teoria da ação significativa, não se identifica num primeiro plano o aspecto subjetivo do agente, assim como ocorre na dogmática tradicional, mas o sentido da ação a partir do tipo de ação, isto é, com os elementos significativos onde o dolo está situado. É neste sentido que Carlos Martínez-Buján Pérez argumenta que segundo na teoria do delito baseada na concepção significativa de ação o castigo justifica-se pela sua utilidade, isto é, pelos seus efeitos preventivos aplicados dentro dos limites legais e constitucionais⁴⁷. Note-se que a legislação brasileira, por exemplo, tem enfrentado sérios problemas ao tentar criminalizar a corrupção, especialmente por não situá-la a partir de uma *ação* cujo significado compreenderia o movimento intencional do agente e os próprios efeitos daí decorrentes.

No Recurso Especial Nº 1.745.410 – SP (2017/0007371-4), o Superior Tribunal de Justiça consolidou a ideia de que “o crime de corrupção passiva não exige nexo causal entre a oferta ou promessa de vantagem indevida e eventual ato de ofício praticável por funcionário público”. Ao contrário, o “nexo causal a ser reconhecido é entre a mencionada oferta ou promessa e eventual facilidade ou suscetibilidade usufruível em razão da função pública exercida pelo agente” (RE Nº1.745.410-SP). Assim, nestes termos, a corrupção passiva é consumada mesmo que o ato seja estranho às atribuições do servidor, mas que, em razão da função pública, tornem implícita alguma facilitação na prática no delito almejado.

Segundo Eloisa Yang (2023, p.15), “mesmo que se considere somente a esfera pública, o Código Penal não é exatamente unânime na sua delimitação, por trazer diferentes redações para a configuração dos tipos de corrupção passiva e ativa, de tal maneira que elas não configuram opostos da mesma conduta”. Em

46 ZAFFARONI, Eugenio R. *El enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006, p.5

47 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Los elementos subjetivos del tipo de acción: un estudio a la luz de la Concepción significativa de la acción. In: *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v.5, n.9, jul./dez. 2013, p.15.

meio às nuances legais destacadas por Yang, a complexidade na delimitação dos tipos de corrupção no Código Penal revela a necessidade de revisão e clareza nas definições legais para fortalecer efetivamente o combate à corrupção. A constatação da falta de uniformidade nos termos ressalta, ainda, a importância de aprimorar a legislação para enfrentar de maneira mais eficaz os desafios relacionados a esse fenômeno.

Embora o próprio tipo penal previsto no artigo 317 do Código Penal, literalmente, indique a solicitação ou recebimento de vantagem indevida, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, aceite promessa de tal vantagem adentra-se, observando-se a teoria do delito, no plano subjetivo da cogitação. Teríamos, portanto, duas opções interpretativas: a primeira, de que o legislador pretendeu sustentar a tese de que a consumação independe do efetivo recebimento, sendo este mero exaurimento; segundo, que a imoralidade do ato, isto é, da infração penal, especificamente neste caso, consuma-se no instante do pedido e da promessa, mesmo que o bem público não seja afetado diretamente, uma vez que aquilo que interessa é apenas a função pública do agente.

Caso assumíssemos uma resposta da teoria finalista, poderíamos sustentar, por um lado, que o agente, graças ao seu saber causal, poderia prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta atribuindo fins diversos e dirigir sua atividade para a realização destes fins. Entretanto, por outro lado, o significado da ação executada pela corrupção ativa atingiria a intitulada “administração pública geral” se, antes mesmo do movimento corporal do agente que pratica o delito, já estivéssemos situados dentro de uma ação significativa do ponto de vista penal. Caso contrário, não saberíamos definir se um ato particular praticado por um funcionário público, mesmo antes de seu efetivo exercício público, deveria ser punido pela lei penal. Isso mostra, portanto, que o engodo provocado por tais exemplos extrapola o formalismo jurídico da “dogmática jurídica tradicional”, uma vez que antes mesmo da possível violação do bem jurídico, precisamos compreender o significado linguístico da ação que tutela a norma penal.

Outro argumento que corrobora com essa questão pode ser encontrado nas decisões que não aplicam o princípio da insignificância nos casos de corrupção ativa, pois o bem tutelado é a moralidade da Administração Pública, e não os possíveis valores econômicos ou vantagens envolvidas (Ação Penal nº 5005723-60.2010.404.7001/PR). Nesse sentido, o que está em jogo na ação corrupta é o significado que ela representa ao bem jurídico tutelado e ao contexto social em que está inserida, e não apenas a conduta humana voluntária e sua finalidade.

Resumidamente, o entendimento do Recurso Especial supracitado, por exemplo, deteve-se no uso da expressão “em razão dela” para descartar a necessidade de causalidade entre o comportamento do agente e um possível ato de ofício,

que está apenas como majorante no parágrafo 2º do artigo 317. A expressão “em razão dela” também deveria significar, para tal, “contra ela”, o que não é o caso. Fica claro que o argumento é outro pois, segundo a ministra Laurita Vaz, divergente em seu voto do relator, “trata-se (...) de nítida opção legislativa direcionada a ampliar a abrangência da incriminação por corrupção passiva, quando comparada ao tipo de corrupção ativa, a fim de *potencializar a proteção ao aspecto moral do bem jurídico protegido* (grifo nosso), é dizer, a probidade da administração pública”⁴⁸.

O argumento anterior, assim como uma série de outros argumentos que têm insuflado as posições dos Tribunais (por exemplo, majoração no crime de corrupção ativa apenas se o ato praticado pelo funcionário público for ilegal; consumação da corrupção ativa antes ou após recebimento da voz de prisão; classificação como crime formal e seu exaurimento etc.), mostra que os próprios Tribunais têm optado pela criminalização do aspecto moral do bem protegido, isto é, a probidade da administração pública, enquanto têm ignorado a constante crise de uma teoria do delito que seja capaz de explicar a intencionalidade e sua localização a partir da ação. Por isso, a teoria da ação significativa de Vives Antón representa, por um lado, um redirecionamento da teoria do delito e, por outro, do programa processual-penal que ignora os efeitos da linguagem sobre a interpretação e aplicação da norma penal.

5 Considerações finais

Parece estar claro que o significado do termo “corrupção”, quando associado à Administração Pública, pretende tutelar a probidade administrativa. Há, porém, um lapso interpretativo na potencialização da tentativa de incriminação, mesmo que os *fins* do possível conceito não sejam alcançados. A insignificância da vantagem recebida, ou potencialmente recebida, ao contrário de outros delitos, sequer é considerada como elemento para dosimetria da pena por, implicitamente, mitigar questões de política criminal. Por isso, analisar o tema da corrupção a partir da teoria da ação significativa de Vives Antón significa reconsiderar o significado da ação como um primeiro pressuposto para determinar o alcance do conteúdo de injusto deste delito e, ainda, eliminar a ideia de que o “significado – a intencionalidade – verse sobre os fatos”⁴⁹, uma vez que ela também versa sobre as ações.

A teoria da ação significativa de Vives Antón, portanto, passa a conceber as normas jurídicas como diretivas de conduta, pois elas são, por um lado, decisões de poder e, por outro, determinações da razão. É a partir de tal ponto que a

48 Cf. Recurso Especial Nº 1.745.410 – SP (2017/0007371-4), SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

49 VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p.471.

dimensão diretiva das normas passa a ser amparada pela pretensão de validade e, conseqüentemente, à exigência da argumentação racional, seguindo então a filosofia de Habermas.

É importante destacarmos, ainda, que as hipóteses sustentadas pelas ciências sociais⁵⁰ podem ser extremamente elucidativas se considerarmos o fenômeno da corrupção sob o prisma antropológico⁵¹. Aliás, podem revelar a arquitetura produzida pela relação entre os discursos e as práticas sociais como, por exemplo, no estilo foucaultiano de pensar uma ciência dos espaços marginalizados ou da objetivação do sujeito falante em uma gramática geral⁵² ou, então, como denúncia de um sistema jurídico que pretende ligar cada vez mais a prática corruptiva à existência de uma entidade ontológica, neste caso, a corrupção, como forma de produzir um discurso catalizador tanto da normalidade como da possibilidade de legitimação da atuação do poder do Estado.

Entretanto, uma leitura antropológica, social, política ou econômica da corrupção é apenas um lado dessa esfinge, muitas vezes incapaz de criminalizar os seus efeitos⁵³. Seguindo a leitura de Vives Antón, é necessário pensá-la como um fenômeno linguístico, assim como os demais tipos penais, para que uma teoria do delito, construída sobre novas ferramentas, seja efetivamente racional na identificação da intencionalidade assim como na pretensão de reprovação e aplicação da pena.

Por fim, é inegável que a abstração normativa da corrupção [ativa e passiva] não persuade apenas a ânsia filosófica entre corruptores, principais beneficiários de um problema metodológico, mas serve para mascarar e revelar o *uso* interpretativo que os Tribunais têm realizado, de um modo geral, para combater um problema moral que, ironicamente, não possui uma definição semântica tão clara. Isso poderia explicar, também, porque a *percepção da corrupção* é um fenômeno muito mais complexo do que seus instrumentos de análise e medição.

50 Cf. HALLER, Dieter; SHORE, Cris (Ed.). **Corruption: Anthropological Perspectives**. London: Pluto Press, 2005, p.4-10.

51 Segundo o Índice de Percepção da Corrupção (IPC), documento produzido pela Transparência Internacional desde 1995, que avalia 180 países e territórios atribuindo notas em uma escala de 0 e 100, no qual quanto maior a nota, maior é a percepção de integridade no país, o Brasil ocupa a posição 96. Encontra-se atrás, por exemplo, de países com IDH extremamente baixos como, por exemplo, o Timor-Leste (posição 82), a Bielorrússia (posição 82) e a Etiópia (posição 87). Em primeiro lugar encontram-se Dinamarca, Finlândia e Nova Zelândia. O IPC procura avaliar, conforme aponta o referido documento da Transparência Internacional, a relação entre corrupção e abuso de direitos humanos, sendo que “países percebidos como altamente corruptos têm maior probabilidade de reduzir seu espaço cívico e democrático e atacar direitos da população” (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL, 2021).

52 Cf. FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: editora Nau, 2005.

53 Cf. GRECO, Luís; GUIMARÃES, Adriano Teixeira. Aproximação a uma Teoria da Corrupção. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 134, p.159-188, 2017; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Corrupção: uma perspectiva da filosofia da linguagem para seu enfrentamento. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 55, n. 55, out./dez., 2018, pp.13-28.

Por isso, compreender uma *ação*, seja ela um crime de corrupção ou não, envolve, segundo a *teoria da ação significativa* de Vives Antón, não um fato específico, mas as práticas que a cercam, pois estas estão enraizadas no uso cotidiano de nossa linguagem e no significado social atribuído à conduta.

Referências bibliográficas

- BUSATO, Paulo C. **Direito Penal e Ação Significativa. Uma análise da Função Negativa do conceito de Ação em Direito Penal a partir da Filosofia da Linguagem**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BUSATO, Paulo C. Delitos de Posse e Ação Significativa – Crítica aos Besitzdelikte a partir da Concepção Significativa da Ação. In: **Sequência** (Florianópolis), v. 73, May-Aug., 2016, pp.75-112.
- BUSATO, Paulo; CAVAGNARI, Rodrigo. Tipicidade Penal Finalista e Tipo de Ação Significativo. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v.9, n.16, p.147-180, jan./jun., 2017.
- BUSATO, Paulo. O significado do crime de corrupção e os limites do tipo de ação. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da; BUSATO, Paulo. **Direito Penal: Neurociência e linguagem**. Anais do III Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.
- BUSATO, César; PERUZZO JÚNIOR, Léo (Orgs.). **Direito Penal e Filosofia da Linguagem: Ação, Intencionalidade e Norma Penal**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Corrupção: uma perspectiva da filosofia da linguagem para seu enfrentamento. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 55, n. 55, out./dez., 2018, pp.13-28.
- CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lava Jato: a corrupção se olha no espelho**. Porto Alegre: Citadel, 2017.
- DECRETO 5.687/2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/_Decreto/D5687.htm. Acesso em 06/11/2022, às 10:44h.
- DEPARTMENT OF JUSTICE (The United States). Foreign Corrupt Practices Act. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em: 30/10/2022, às 15h.
- DOS ANJOS, Isabella Andreatza; GUARAGNI, Fábio André. Corrupção Privada e Tratamento Internacional. In: **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, v.7, n.1, jan./jul.2021, pp.1-16.
- DUFF, R. A.; GREEN, Stuart P. (Ed.). **Philosophical Foundations of Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- ESPINOSA, Carolina Isaza; ARAÚJO, Rodrigo Sandoval. Hablemos de corrupción. El discurso sobre la corrupción en la opinión pública colombiana. In: HENAO, Juan Carlos; ESPINOSA, Carolina Isaza (Eds). **Corrupción en Colombia: Corrupción, Política y Sociedad**. Bogotá: U. Externado de Colombia, 2018.
- EXPORTING CORRUPTION. Assessing enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention. Disponível em: < <https://www.transparency.org/en/publications/exporting-corruption-2022> >. Acesso em 30/10/2022, às 18:30h.
- FERNANDES, João M.N. Corrupção e violação a direitos humanos: obstáculos ao desenvolvimento brasileiro no século XXI. In: **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, 11(1), 2019, pp.107-128.
- FONSECA, Pedro H.C. Teoria da Ação Significativa: uma crítica sob o viés do Finalismo. In: **DELICTAE**, v.2, n.2, jan./jun., 2017, p.191-226.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: editora Nau, 2005.
- GALVÃO DA ROCHA, Fernando A.N.; BUSATO, Paulo (Org.). **Direito Penal, Neurociência e Linguagem**. Porto Alegre: Editora FI, 2020.
- GRECO, Luís; GUIMARÃES, Adriano Teixeira. Aproximação a uma Teoria da Corrupção. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 134, p.159-188, 2017.

- HALLER, Dieter; SHORE, Cris (Ed.). **Corruption: Antropological Perspectives**. London: Pluto Press, 2005.
- KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado: Contribuição à semântica dos tempos históricos**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.
- KOSELLECK, Reinhart. **Histórias de Conceitos**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2020.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La concepción significativa de la acción de T.S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. In: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, v. 1, n.2, 1999.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Los elementos subjetivos del tipo de acción: un estudio a la luz de la Concepción significativa de la acción. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v.5, n.9, jul./dez. 2013, p.9-76,
- MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. In: **Revista CEJ**, Brasília, n. 26, 2004, jul./set., p.56-62.
- MORO, Sérgio Fernando. Preventing Systemic Corruption in Brazil. In: **Deadalus**, vol. 147, nº. 3, 2018, pp.157-168.
- ROTHSTEIN, Bo; VARRAICH, Aiysha. **Making Sense of Corruption**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- SCHILLING, Flávia. Corrupção, Crime Organizado e Democracia. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.9, n.36, p.401-409, out./dez., 2001.
- TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. Índice de Percepção da Corrupção 2021. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc> . Acesso em 18/10/2022, às 14:18h.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- YANG, Eloisa. **O ato de ofício no delito de corrupção passiva**. São Paulo: Tirant Brasil, 2023.
- ZAFFARONI, Eugenio R. **El enemigo en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2006.
- WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal**. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Barcelona: Ariel, 1964, p. 25.
- WELZEL, Hans. **El nuevo Sistema del Derecho Penal**. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de f, 2004.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

AS CHACINAS E OS B.O.S: ESTUDO DOCUMENTAL SOBRE A VIOLÊNCIA LETAL EM PORTO ALEGRE/RS

*"CHACINAS" AND POLICE REPORTS: A DOCUMENTARY
STUDY ON LETHAL VIOLENCE IN PORTO ALEGRE/RS*

MÁRIO FRANCISCO PEREIRA VARGAS DE SOUZA¹

RENATA ALMEIDA DA COSTA²

RESUMO: Este estudo investiga o fenômeno das chacinas em Porto Alegre/RS, com base em pesquisa documental realizada no Departamento Estadual de Homicídios e Proteção à Pessoa (DHPP). A análise abrange um período de 14 anos (2010-2023), classificando os homicídios múltiplos em três categorias principais: faccionais, interpessoais e estatais. Os resultados apontam que a maioria das chacinas está relacionada às facções criminosas, correspondendo a 80,22% das vítimas. As chacinas interpessoais representaram 10,79% das vítimas e foram associadas a conflitos privados e emocionais, enquanto as chacinas estatais não apresentaram casos ilegais no período analisado. A pesquisa destaca a falta de uma categorização oficial para as chacinas nos registros estatísticos, tornando o problema invisível para formulação de políticas públicas. A necessidade de medidas preventivas, como o fortalecimento comunitário e a redução da desigualdade social, é enfatizada. O estudo contribui para a compreensão acadêmica das dinâmicas de violência letal e sugere diretrizes para aprimorar as políticas criminais e de segurança pública.

PALAVRAS-CHAVE: chacinas, homicídios múltiplos, facções criminosas, segurança pública, violência urbana.

ABSTRACT: This study investigates the phenomenon of massacres in Porto Alegre/RS through a documentary research conducted at the State Department of Homicides and Protection of Persons (DHPP). The analysis covers a 14-year period (2010-2023), classifying multiple homicides into three main categories: factional, interpersonal, and state-related. The results indicate that most massacres are linked to criminal factions, accounting for 80.22% of the victims. Interpersonal massacres represented 10.79% of the victims and were associated with private and emotional conflicts, while state-related massacres showed no illegal cases during the analyzed period. The research highlights the lack of an official categorization for massacres in statistical records, making the problem invisible for the formulation of public policies. The need for preventive measures, such as communi-

1 Doutor em Direito (Unilasalle, 2024). Diretor do Departamento de Homicídios da Polícia Civil do estado do Rio Grande do Sul.

2 Doutora em Direito (Unisinos, 2010). Advogada. Professora universitária.

ty strengthening and reducing social inequality, is emphasized. This study contributes to the academic understanding of lethal violence dynamics and suggests guidelines to improve criminal and public security policies.

KEYWORDS: massacres, multiple homicides, criminal factions, public security, urban violence.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A delimitação do campo: a estrutura da Polícia Civil e a localização das ocorrências; 3 Caminhos metodológicos da pesquisa documental; 4 Resultados: diferentes modalidades de chacinas; 5 Considerações finais; Referências bibliográficas.

1 Introdução

A pesquisa que originou este texto foi realizada no período de 2020 a 2024, por ocasião do doutoramento em Direito do primeiro autor. Orientada pela segunda autora, a tese do doutorado foi intitulada “O Fenômeno da Chacina entre o Estado, as mortes interpessoais e as facções criminosas”. Compondo o capítulo empírico da tese - exigência do Programa de Pós-graduação que tinha por área de concentração “Direito e Sociedade” - estava a análise dos dados sobre os homicídios praticados na região sul do Brasil. O acesso às informações estatísticas e aos boletins de ocorrências policiais foi alcançado com a anuência da Secretaria de Segurança Pública, mediante os trâmites formais de praxe (especialmente, submissão do projeto de pesquisa e carta de apresentação do doutorando firmada pela coordenação do PPGD). O manuseio e a interpretação dos dados foram realizados pelos autores, delegado de polícia e professora pesquisadora.

A tese original, embora tenha se debruçado sobre os boletins de ocorrência de homicídios múltiplos, focou na análise do fenômeno das chacinas. Considerou-se que, a despeito da frequência dos acontecimentos e da narrativa midiática, há carência de análise da área jurídica sobre o fenômeno. Não obstante, academicamente, o tema também recebe pouca ênfase nos debates acadêmicos³,

3 Realizou-se pesquisa no Banco de Teses e Dissertações da CAPES – MEC. Essa apuração foi realizada no banco digital de dados por meio do portal eletrônico da CAPES na rede mundial de computadores. Foi inserido no campo de “busca” a palavra “chacina” e obtiveram-se os seguintes resultados: 59 trabalhos acadêmicos, sendo 30 como dissertações e 15 teses. Excluindo-se os mestrados profissionais, têm-se 15 teses e 30 dissertações. Durante as análises, constatou-se que na área “Direito” existem 4 dissertações e 1 tese. Um total de 5 trabalhos acadêmicos na pós-graduação em 26 anos de produções armazenadas, sendo que o primeiro trabalho registrado é datado de 1997. Na sociologia, foram encontradas 6 produções, sendo: 3 dissertações de mestrado e 3 teses de doutorado. Pesquisou-se também na Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações – BDTD do Ministério da Ciência. Os resultados igualmente foram diminutos em relação a temática das chacinas. Em busca livre no banco digital, em moldes similares ao que foi feito no banco digital da CAPES, obteve-se como resultado um total de 76 menções em títulos de trabalhos *stricto sensu* com a palavra chacina. Sendo, 57 dissertações e 18 teses. Desses, resultados, refinando-se a busca encontra-se no campo do Direito 12 dissertações e uma tese com a menção no título à chacina. Em suma, nos dois bancos de teses e dissertações, densas referências de trabalhos deste nível no Brasil, fica exposta a pequena produção acadêmica que direta ou indiretamente trata do tema das chacinas.

em detrimento de outros assuntos vinculados à criminalidade urbana, tais como “drogas” ou “furto”⁴, por exemplo.

O município de Porto Alegre representou a delimitação espacial para a pesquisa documental realizada, uma vez que, marcada por altos índices⁵ de violência letal, fornece um cenário real e complexo para a teorização do tema. Parte-se, assim, do pressuposto de que os casos registrados na capital permitem a compreensão das dinâmicas dos homicídios e das chacinas realizadas no contexto da criminalidade organizada. Quer-se, com isso, empregar os dados concretos para a reflexão acerca da tipologia e da dogmática penal, a fim de promover o debate sobre delineamentos possíveis para a política criminal.

2 A delimitação do campo: a estrutura da Polícia Civil e a localização das ocorrências

No contexto do Rio Grande do Sul, a responsabilidade pelo registro e elucidação dos homicídios, no âmbito da Polícia Civil, se dá no Departamento Estadual de Homicídios e Proteção à Pessoa (DHPP). Contudo, nem sempre a estrutura atual esteve disponível. Até o ano de 1997, os homicídios eram investigados exclusivamente pelas Delegacias Distritais, responsáveis por ocorrências dentro de sua circunscrição. Essa configuração gerava desequilíbrios, pois os bairros periféricos, historicamente mais vulneráveis e com maior incidência de homicídios, sobrecarregavam as delegacias locais. Em contraste, os bairros de menor vulnerabilidade e maior poder econômico tinham, na expressão dos funcionários públicos, cargas de trabalho muito menores.

A criação do Departamento Estadual de Investigações Criminais, em 1997, se configurou em um marco inicial de especialização. A Lei n. 10.994/1997 reorganizou a Polícia Civil, transferindo os homicídios para uma divisão específica

4 Quando se realiza a pesquisa de forma livre, apenas digitando o termo no campo de busca do catálogo, fica mais gritante ainda o disparate de interesse pela temática. Colocando o termo “chacina” se encontram quarenta e nove trabalhos acadêmicos de todas as áreas, seja Direito, Sociologia, Antropologia, Comunicação etc. Comparando-se a partir de pesquisa documental no portal eletrônico, verifica-se o abismo acadêmico: o assunto drogas tem como resultado o número de quinze mil trezentos e dezesseis investigações e o assunto tráfico possui um mil seiscientos e quarenta e três textos; o furto, detém oito mil oitocentos e sessenta e cinco trabalhos de pós-graduação, e assim por diante.

5 O Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime apresenta, de acordo com o Estudo Global sobre Homicídios 2023⁴, o número de 458 mil pessoas vítimas de homicídio em todo o mundo durante o ano de 2021. O Brasil registrou, por sua vez, ao longo de 2023 o número de 46.328 mortes, de acordo com levantamento realizado pelo Fórum de Segurança Pública publicado no Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2024. O país ostenta, assim, um quantitativo expressivo de homicídios. Neste aspecto, destaca-se que a Organização das Nações Unidas, por meio da Organização Mundial da Saúde, elege o homicídio como a principal chave de entendimento da criminalidade violenta em uma sociedade, adotando as estatísticas desse crime como critério central para medir o nível de violência em um país. Conforme a OMS, a taxa tolerável de crime de homicídio é de dez homicídios para cada cem mil habitantes. Caso uma localidade apresente taxa acima desse limite, é considerada uma “zona epidêmica” de violência. (Organização Mundial da Saúde - Organização das Nações Unidas (ONU) - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), no Relatório Regional de Desenvolvimento Humano 2013 - 2014. Segurança Cidadã com rosto humano: Diagnóstico e Propostas para a América Latina de 2013).

dentro desse departamento. Tal mudança gerou uma abordagem mais centralizada das investigações de homicídios em Porto Alegre. Contudo, à medida que os índices de homicídios cresceram e o problema se tornou ainda mais complexo, novas reorganizações foram necessárias.

Em 2012, buscando ainda maior especialização, foi criada a Divisão de Homicídios e de Proteção à Pessoa, vinculada ao então Departamento Estadual de Polícia Judiciária de Trânsito (DPTRAN). Essa mudança reforçou a importância do enfrentamento ao homicídio. No ano seguinte, com a Portaria PC/RS n. 02/2013, houve uma ampliação significativa na estrutura da Divisão, que passou a contar com seis delegacias especializadas na capital. Em 2013, finalmente, a Lei n. 14.273/2013 consolidou a criação do Departamento Estadual de Homicídios e Proteção à Pessoa (DHPP), extinguindo o DPTRAN e centralizando as investigações de homicídios no Estado. A legislação estadual, mediante o Decreto n. 51.037 de 2013, estruturou o Departamento Estadual de Homicídios e Proteção à Pessoa (DHPP).

O DHPP, desde a sua criação, passou por diversas reorganizações para atender às demandas crescentes. Em 2020, sua área de atuação foi ampliada, passando a incluir delegacias de municípios da Região Metropolitana – como Alvorada, Canoas, Gravataí, Novo Hamburgo, São Leopoldo e Viamão. Sob o olhar dos funcionários do sistema, essa expansão permitiu uma abordagem mais integrada, ao mesmo tempo em que evidenciou os desafios logísticos e operacionais de um departamento que, diariamente, enfrenta a criminalidade violenta em diferentes contextos urbanos.

Mais recentemente, criou-se a Delegacia de Polícia de Investigação de Pessoas Desaparecidas (DPID) que, no ano de 2021, passou a concentrar os esforços nas investigações de desaparecimentos, especializando-se, frente ao atuar de outras delegacias. Em 2023, por sua vez, foi estabelecida a Delegacia de Repressão à Lavagem de Dinheiro (DRLD). Trata-se de um órgão estratégico, voltado para o combate às finanças ilícitas de facções criminosas envolvidas em homicídios, fortalecendo a atuação do DHPP na desarticulação das estruturas econômicas do crime organizado.

A estrutura do DHPP – que, hoje, abrange desde a investigação de homicídios e crimes conexos, como a lavagem de dinheiro – revela o esforço na busca de investigações de homicídios mais abrangentes. Essa organização se mostra complexa, posto que realiza mais do que o registro de boletins de ocorrência.

Em função da estrutura desse órgão, foi possível a realização desta pesquisa, uma vez que o acesso aos dados foi favorecido pela organização e pela sistematização das informações sobre os homicídios ocorridos em Porto Alegre.

Desse modo, a abordagem se debruçou sobre os boletins de ocorrência – que registram não apenas os crimes, mas também os contextos em que eles ocorreram – analisando-se, nessa análise documental, os padrões, as motivações e as áreas de maior incidência de cada delito na cidade de Porto Alegre.

Ao longo dos últimos dois anos, o trabalho documental foi realizado em duas etapas de investigação. Na primeira, foram analisados todos os boletins de ocorrência de homicídios dolosos consumados em Porto Alegre durante o primeiro semestre do ano de 2023. Os dados foram categorizados a partir de uma série de critérios⁶ propostos e, então, classificados em três tipos: homicídios faccionais, resultantes de intervenção estatal e interpessoais. Ao final dessa etapa, foi possível identificar que 79,85% dos homicídios estavam relacionados à atuação de facções criminosas; além disso, uma parte relevante desses eventos contava com mais de uma vítima.

Na segunda etapa, foi feita a análise de todos os boletins de ocorrência de homicídios múltiplos, dolosos e consumados, praticados em quatorze anos – de 2010 até 2023 – em Porto Alegre. Com base no material empírico, buscou-se sistematizar e compreender as chacinas no contexto de uma violência urbana que é protagonizada pela atuação de facções criminosas, mas também conta com mortes decorrentes da intervenção. Ainda, foi realizado um apanhado dos eventos considerados chacinas pela imprensa na cidade e que estão presentes no imaginário de parte da comunidade, para dimensionar também a percepção do fenômeno pelo olhar da imprensa e da sociedade. Contudo, reservam-se para outra publicação tais achados.

3 Caminhos Metodológicos da Pesquisa Documental

Durante o período em que esta pesquisa foi realizada, o primeiro autor exercia suas funções profissionais⁷ no Departamento Estadual de Homicídios e Proteção à Pessoa, da Polícia Civil do Rio Grande do Sul. Essa condição específica conferiu singularidade à investigação, permitindo uma aproximação prática e empírica rara, mas também exigindo cuidados redobrados na análise e na separação de papéis. A interpretação dos dados e a discussão dos resultados no âmbito acadêmico, e com submissão à crítica, foi responsável pela racionalidade crítica das leituras.

6 São 23 critérios para definir se o homicídio doloso consumado registrado no boletim de ocorrência se enquadra em crime que é investigado como advindo do contexto das facções criminais ou se é de circunstância interpessoal. Os casos de intervenção policial são contabilizados se, no final da investigação e do processo subsequente, for sentenciado como crime, posto que somente assim o caso passa a ser contabilizado como delito. Se for um caso de intervenção policial que seja considerado ilegal, o delito passa a ser considerado como chacina cometida por agentes de agentes estatais e em contextos interpessoais.

7 Por rigor metodológico e transparência científica, essa dualidade entre pesquisador e agente de controle precisa ser explicitada.

Desse modo, antes da análise de cada um dos boletins de ocorrência (leitura realizada de forma individual e por meio analítico das situações narradas em cada documento), fez-se revisão de bibliografia, tendo como marco teórico as premissas de Michel Misse (1999, 2006, 2011, 2014, 2016) e David Kennedy (2009, 2011), especialmente.

A primeira etapa da pesquisa foi dedicada à análise dos boletins de ocorrência do primeiro semestre de 2023, um recorte menor, mas que serviu como base para a construção de critérios analíticos. Cada boletim foi examinado individualmente, com atenção ao relato narrativo dos fatos descritos, permitindo classificar os homicídios em três categorias principais: faccionais criminais, interpessoais ou decorrentes de intervenções policiais. Esse trabalho de classificação, baseado em 23 critérios analíticos, revelou a predominância de homicídios oriundos da atividade das facções criminosas na cidade, com 79,85% dos casos envolvendo tanto autores quanto vítimas vinculadas às facções criminosas.

Nessa etapa, realizada somente com dados do primeiro semestre de 2023, adotaram-se os sistemas informatizados da Secretaria de Segurança Pública para são públicos e estão na própria página da Secretaria e Segurança Pública⁸. Foram utilizados 23 critérios analíticos, relativos às três possibilidades de enquadramento do delito. A primeira categoria era a de crime faccional advindo da conjectura da criminalidade das facções; a segunda era ser o homicídio um crime interpessoal; e a terceira alternativa de classificação era o fato ser uma intervenção policial, não sendo considerado delito.

A primeira etapa da pesquisa causou impacto com o seu resultado, pois revelou a influência das facções criminosas na violência letal de Porto Alegre⁹. Já a segunda etapa da pesquisa, mais abrangente, incluiu a análise de 14 anos de boletins de ocorrência, de 2010 a 2023. Esse período não foi escolhido de forma aleatória. Um dos fatores a ser considerado é que a partir do ano de 2010 as estatísticas criminais no Rio Grande do Sul passaram a ser consolidadas, garantindo maior transparência e confiabilidade nos dados. Essa etapa consumiu sete meses de trabalho e envolveu a sistematização de um grande volume de informações, incluindo a identificação de homicídios múltiplos e a aplicação dos mesmos critérios analíticos utilizados na primeira pesquisa.

8 Os dados da Secretaria de Segurança Pública do Rio Grande do Sul (2024), são de acesso livre e organizados. Nas Estatísticas - indicadores, estão postos uma gama considerável de crimes, dentre eles o homicídio.

9 Essa constatação impulsionou a implementação de um projeto piloto¹⁰⁵ no DHPP, baseado na teoria da dissuasão focada (Kennedy, 2009), que busca concentrar esforços na responsabilização não apenas dos executores, mas também dos mandantes e líderes das facções. Essa abordagem inovadora foi aplicada para reverter o ciclo de violência, priorizando a identificação e neutralização dos autores intelectuais dos homicídios. Nomeou-se, assim, o "Protocolo das Sete Medidas de Enfrentamento aos Homicídios - Dissuasão Focada" na Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento Estadual de Homicídios e Proteção à Pessoa. Conforme Portaria, n. 075 de 2023 DHPP/PC/RS.

O diagnóstico final identificou todos os homicídios múltiplos do período e separou os casos com duas vítimas daqueles com três ou mais vítimas, categorizando-os como chacinas “o homicídio quantificado em 3 vítimas ou mais”¹⁰. Essa separação foi essencial para compreender as diferentes naturezas do fenômeno, seja ele de origem estatal, interpessoal ou faccional criminosa.

Ao longo da pesquisa, ficou evidente a invisibilidade do fenômeno das chacinas nas estatísticas oficiais. Apesar de representarem um problema significativo de violência, as chacinas não possuem reconhecimento formal e, consequentemente, não são alvo de políticas públicas específicas.

Após a exploração dos dados - com a separação por ano (no período total de 14 anos), mapearam-se os homicídios múltiplos da cidade, verificando-se o número de vítimas. Separaram-se, desse modo, os homicídios múltiplos de duas vítimas e os de três ou mais vítimas.

Nesse diagnóstico, extraiu-se a quantidade de chacinas ocorridas na cidade, no período referido para, posteriormente, serem aplicados os mesmos 23 critérios da primeira etapa. Dessa forma, foi possível separar e identificar cada chacina, apontando de qual conjuntura emergia: estatal, interpessoal ou faccional/criminal.

Cumprir dizer que na conferência realizada manualmente nos boletins das ocorrências policiais, perceberam-se inconsistências nos dados sistematizados. Após a avaliação, verificou-se que eram atinentes a alterações sobre o estado das próprias vítimas. Por exemplo: na data da confecção do BO, a vítima estava viva, no entanto, semanas ou meses depois poderia falecer, em decorrência dos ferimentos do homicídio. O sistema tarda um período e, geralmente, pelo que foi percebido, realiza atualizações, que ajustam as informações.

Contudo, é imprescindível explicar que o corte temporal de 2010 até 2023, não foi aleatório. Aconteceu, porque no ano de 2010 as estatísticas foram consolidadas no Rio Grande do Sul, e isso tornou ainda mais transparentes os dados. Então, conforme a melhor disposição ética, é salutar que grande parte dos resultados obtidos sejam facilmente auditáveis pelos números do próprio sistema de estatística da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul, os quais são acessíveis ao público.

Importa atentar que, apesar de toda a representação de violência (ZALUAR, 1999) e criminalidade na chacina, o fenômeno não está presente em nenhuma estatística oficial, ficando em total invisibilidade. Isso pode ser dito porque (um) não

¹⁰ A justificativa para esse critério/conceito faz parte de um dos capítulos da tese de doutorado do autor, no prelo para publicação.

há forma para registro da categoria “chacina”; e, (dois) na ausência de previsão em um tipo penal, por exemplo, não há política criminal específica para homicídios múltiplos praticados em contextos diversos dos “grupos de extermínio” (majorante do artigo 121 do Código Penal que se aplica pela condição do sujeito ativo, não pela multiplicidade de vítimas).

4 Chacinas praticadas por agentes estatais; interpessoais e/ou faccionais criminosas em Porto Alegre/RS

Sabe-se que Porto Alegre, capital do estado do Rio Grande do Sul, apresenta as mais altas taxas de homicídios do Estado em comparação com a maioria dos municípios gaúchos¹¹, além de ser apontada como um relevante centro de operações para as principais facções criminosas do Rio Grande do Sul¹².

É, também por esse motivo, que o levantamento dos dados se concentrou sobre o registro das ocorrências nessa cidade. Já de imediato, verificou-se que 79,85% dos homicídios cometidos em Porto Alegre tinham como autores e vítimas membros do crime organizado, das facções. A inquietação inicial em torno dessas ocorrências levou a uma pesquisa exploratória sobre os relatórios preliminares de investigação e de oitivas de testemunhas em casos ocorridos no estado do Rio Grande do Sul durante o primeiro semestre de 2023. Naquele momento, o objetivo foi verificar a porcentagem de homicídios de responsabilidade das facções e a quantidade de homicídios considerados interpessoais.

Analisando as ocorrências, a partir da divisão entre o que era homicídio advindo da conjectura das facções criminosas, chegou-se a um total de 134 (cento e trinta e quatro) homicídios dolosos ocorridos em Porto Alegre de janeiro até junho de 2023, sendo que, à primeira vista, o número de homicídios atribuídos a atores envolvidos em facções ficou em 107 (cento e sete), o que representa 79,85% dos assassinatos da cidade.

Com relação aos outros 27 (vinte e sete) crimes, que equivalem a 20,15% dos homicídios, constatou-se que são delitos com características de contexto in-

11 Trata-se de nível mais alto em números absolutos, pois outras cidades apresentam uma taxa maior do número de homicídios para 100 mil habitantes, conforme os dados oficiais da Secretária da Segurança Pública do estado do Rio Grande do Sul. Todavia, como Porto Alegre é a cidade com o maior número de homicídios em números absolutos do estado, representando, assim, o município com o maior volume de crimes de homicídios, optou-se por analisar-se os dados da capital do Rio Grande do Sul (SSP/RS, 2023).

12 Algumas referências para Porto Alegre ser um dos maiores mercados de drogas ilícitas do Sul do Brasil, dados versam sobre apreensões de drogas; consumo de drogas em algumas faixas etárias e prisões por tráfico em Porto Alegre em comparação as outras 496 (quatrocentas e noventa e seis) cidades do estado do Rio Grande do Sul (IBGE, 2021). Apreensões de drogas ilícitas no Brasil, conforme Polícia Federal. Disponível em: https://www.gov.br/pf/pt-br/acao-a-informacao/estatisticas/diretoria-de-investigacao-e-combate-ao-crime-organizado-dicor/drogas-apreendidas_por_uf.pdf/view. Indicadores criminais de quantidade de autuações por tráfico de drogas no Rio Grande do Sul, por municípios, sendo Porto Alegre a cidade com a maior quantidade de autuações por esse delito (Secretaria de Segurança Pública, 2024).

terpessoal, que ocorreram em cenas passionais, disputas de vizinhos, brigas entre amigos, inimigos e outras situações similares.

No exame das ocorrências policiais de crimes de homicídios, em forma de formulário de verificação, foram utilizados 23 critérios objetivos sobre os autores, vítimas e circunstâncias dos eventos. Dizendo de outro modo, foram observados os seguintes pontos de avaliação (formados por itens avaliados): 1. Modo de execução do crime: 1.1 tipo de arma utilizada, se arma de fogo ou arma branca (facas); 1.2 utilização de armamento pesado (de grande poder de fogo); 1.3 quantidade de disparos de arma de fogo; 1.4 local no corpo da vítima dos disparos de arma de fogo; 1.5 utilização de veículos ou não no cometimento do crime; 1.6 escolha ou não, por método de esquartejamento, decapitação, tortura precedente do assassinato; 1.7 chacina. 2. Testemunhas, levando-se em conta: 2.1 presença de receio de depor, como expressões contidas nas oitivas: “medo de represálias”, “temer pela própria vida”, “não posso falar”, entre outras similares, que trouxeram o mesmo sentido; 2.2 declarações da forma como o crime ocorreu: violência, quantidade de criminosos que executaram o crime e frases (marcas registradas) proferidas por criminosos durante a execução do crime. 3. Perfil da vítima, avaliando-se: 3.1 presença ou não de antecedentes policiais de crime organizado, tráfico de drogas e homicídio; 3.2 ser a vítima uma liderança do crime organizado; 3.3 familiares de lideranças do crime organizado; 4. Passionalidade no crime: 4.1 detectada desavença entre marido e mulher; 4.2 vizinhos; 4.3 familiares e outros similares como conhecidos por exemplo. 5. Mulher como vítima: 5.1 antecedentes policiais; 5.2 visitas ao sistema prisional; 5.3 ligação com homem inserido no crime organizado. 6. Inteligência: avaliação de informações de inteligência anexas ao relatório preliminar de investigação. 7. Perfil criminal do suspeito ou indiciado: 7.1 se é membro de facção conforme registros do sistema prisional; 7.2 antecedentes policiais (quantidade e tipo de crime cometido); 7.3 vínculos criminais com líderes do crime organizado.

Além da análise por meio de leitura analítica de boletins de ocorrências, foram avaliadas as informações contidas em relatórios preliminares de investigação¹³. Por essa abordagem, percebe-se em Porto Alegre a conexão dos homicídios às atividades faccionais, aliando-se à reflexão acadêmica traçada: o cenário dos homicídios em Porto Alegre mostra a forte presença do contexto faccional e seus atritos (Cipriani, 2022).

Em números, isso se traduz em 120 (cento e vinte) homicídios ocorridos em Porto Alegre de janeiro a junho de 2023; com um número de homicídios atribuídos

13 Relatório de investigação preliminar, são relatórios realizados por uma equipe especializada de policiais civis que atendem ao local de crime e fazem o primeiro levantamento de dados e informações, as primeiras diligências.

à ação das facções de 107 (cento e sete) homicídios dos 134 (cento e trinta e quatro) ocorridos na cidade. Esses 107 (cento e sete) delitos eram - ao tempo da pesquisa - investigados como crimes ordenados pelas facções - resultando numa porcentagem de 79,85 % dos crimes de homicídio dolosos por ordem de facções criminosas, ou seja, 79,85 % dos homicídios têm forte probabilidade de terem sido ordenados por facção criminosa.

Gráfico 1 – Homicídios em Porto Alegre – janeiro a junho de 2023



Fonte: Dados obtidos nas ocorrências policiais do Departamento Estadual de Homicídios e Proteção à Pessoa da Polícia Civil do estado do Rio Grande do Sul

Com relação à segunda etapa da pesquisa, na verificação de 6.171 boletins de ocorrência, observou-se que Porto Alegre registrou, em 14 anos, 6.772 vítimas de homicídio doloso. Tendo como o ano mais violento o de 2016, com um total de 724 pessoas assassinadas - o que representa uma média de dois homicídios consumados por dia. Por outro lado, figurando o ano de 2023 como o ano menos violento desse período, encontram-se 274 homicídios.

4.1 Chacina Cometida por Agente Estatal

A espécie de chacina destacada neste estudo, referida como chacina cometida por agente estatal, abrange as situações em que, preenchidos os elementos do conceito doutrinário proposto, é cometida por agentes do Estado, atuando de forma ilegal. Trata-se de um crime cometido sob o manto do poder estatal, muitas vezes motivado por demonstrações de poder, reafirmação de autoridade ou, ain-

da, como uma forma de retaliação, seja pela morte de um colega policial ou pela vinculação a grupos de extermínio clandestinos (MISSE, 2014).

A imposição de poder, o autoritarismo e a estruturação histórica do Estado brasileiro – marcada por um legado escravocrata, excludente, elitista e imperiaalista – proporcionam um ambiente fértil para práticas de violência institucional e abuso de autoridade. Essa herança histórica molda a dinâmica do exercício do poder estatal, que, em algumas ocasiões, desvia-se para a ilegalidade. Assim, agentes públicos, investidos da autoridade conferida pelo Estado, excedem os limites do uso legítimo da força, cometendo atos que ferem os princípios de um Estado Democrático de Direito. Esses atos, embora justificados sob a aparência de cumprimento do dever público, configuram violações graves aos Direitos Humanos, comprometendo a legitimidade do sistema estatal e a confiança da sociedade em suas instituições (RUDNICKI, 2011).

Uma percepção de entendimento objetivo e funcional do conceito de chacina estatal, ancorando-se em pressupostos mínimos de uma concepção democrática e legalista de país, é a intenção. Nesse cenário, a violência estatal ganha contornos específicos e pode caracterizar-se como uma chacina estatal – uma manifestação extrema de poder desmedido, perpetrada por aqueles que deveriam, em tese, garantir a proteção e a segurança da população (ZALUAR, 2002, 2007).

Os homicídios cometidos por agentes estatais, embora muitas vezes apresentados como respostas ao crime, frequentemente geram ciclos de violência que se retroalimentam, como ilustrado pelos Crimes de Maio, ocorridos em São Paulo, em 2006 (Feltran, 2018). Nesses casos, a ação estatal ilegal não apenas provoca indignação social, mas também pode desencadear reações de atores criminais, ampliando o espectro de violência nas comunidades atingidas.

Exemplos emblemáticos, já citados, de chacinas cometidas por agentes estatais podem ser encontrados ao longo da história recente do Brasil, como a Chacina da Candelária, em 1993¹⁴. O evento permanece como uma ferida aberta na memória coletiva, simbolizando não apenas a violência estatal. Casos como o da Candelária demonstram o impacto devastador das chacinas estatais, que vão além das perdas humanas imediatas. Eles desestruturam comunidades inteiras, reforçam ciclos de exclusão e perpetuam a descrença nas instituições públicas.

Além disso, essas chacinas, ao serem tratadas com descaso ou impunidade, consolidam uma percepção sobre determinados grupos sociais – geralmente

14 Nesse sentido: COSTA, Renata Almeida da. RODRIGUES, João Marcelo de Souza Melo. ALMEIDA, Lúcio Antônio Machado Almeida. A política criminal no Brasil e os homicídios múltiplos: análise dos massacres e das chacinas executadas durante a redemocratização brasileira. In: *Direito e Relações Étnico-raciais*. Florianópolis: CONPEDI, 2024, p. 117-135.

pobres e marginalizados. Esse contexto não só agrava a vulnerabilidade dessas populações, como também reforça a ideia de que o poder público atua de forma seletiva, conferindo privilégios a determinados segmentos sociais, enquanto exerce repressão desproporcional sobre outros.

Portanto, entender a dinâmica das chacinas estatais é essencial para se pensar em políticas de prevenção que combinem a responsabilização efetiva de agentes que excedem sua autoridade com reformas estruturais nas instituições de segurança pública. (ADORNO, 2010).

Em suma, a espécie de chacina que destacamos aqui como a cometida por agente estatal será aquela na qual for identificada que, presentes os requisitos do conceito doutrinário proposto, agentes estatais tenham agido contra a lei, vindo a cometer homicídios múltiplos com dolo de atentar contra a(s) vida(s), sem que as excludentes ou justificantes típicas estivessem presente (legítima defesa, por exemplo) (ADORNO, DIAS, 2014).

No levantamento feito, encontraram-se registros de atuação policial em trocas de tiros, com resultado morte de pessoas associadas à facções. Foram identificados 5 eventos – o que representaria 6,02% das chacinas totais de Porto Alegre. Contudo, ainda não se pode afirmar, por ausência de elementos descritivos nos termos conceituais, que houve chacina cometida por agentes do Estado, na cidade de Porto Alegre.

Eis aqui mais um aspecto a confirmar a necessidade de aperfeiçoamento das ferramentas (típicas) para os registros das ocorrências, assim como, da definição de um conceito dogmático e penal sobre esse fenômeno.

4.2 Chacina Interpessoal

Nessa espécie de chacina, em conformidade com o conceito exposto, encontra-se um contexto diverso dos demais apresentados, com destaque aqui para os sentimentos da vida privada, das relações afetivas e da pulsão pelo ódio. Quando o sentimento que motiva uma chacina é esse, o ódio, frequentemente associado a ressentimentos profundos ou conflitos pessoais mal resolvidos, entende-se estar diante de um tipo específico de violência: as chacinas interpessoais.

Sociológica e criminologicamente essas tragédias ocorrem em relações próximas, envolvendo familiares, amigos, vizinhos ou conhecidos. Esse vínculo entre as partes potencializa o impacto do crime, e, ainda que ocorra muitas vezes em contexto familiar, não se limita às vítimas diretas, mas se espalha de forma devastadora pela comunidade, abalando sua estrutura e minando os laços sociais que sustentam a convivência coletiva.

Um caso emblemático de chacina interpessoal ocorreu em Porto Alegre, em 27 de abril de 2022 – crime esse que deixou marcas profundas na cidade e alcançou repercussão no Estado do Rio Grande do Sul. Nessa ocasião, um integrante de uma família foi responsável pelo assassinato de quatro parentes e posteriormente tirou a própria vida. O impacto desse evento foi significativo não apenas para os envolvidos diretamente, mas também para a cidade e o estado, que acompanharam o caso com perplexidade e comoção. O crime revelou, de forma dolorosa, os efeitos devastadores que um ato de violência interpessoal pode ter, tanto na esfera privada quanto no espaço público. Eventos como esse, ainda que localizados, possuem uma capacidade de reverberação que fragiliza o tecido social. O medo gerado extrapola os limites da residência onde ocorreu o crime, alcançando a vizinhança, o bairro e, em alguns casos, até mesmo a cidade como um todo. (ZALUAR, 2007; MISSE, 2014).

Nessa espécie de chacina, em conformidade com o conceito apresentado nesta pesquisa, encontramos um contexto distinto das outras categorias, com destaque para os sentimentos ligados à vida privada, às relações afetivas e, sobretudo, à pulsão destrutiva do ódio. Quando o sentimento que motiva uma chacina é o ódio, frequentemente associado a ressentimentos profundos ou conflitos pessoais não resolvidos, estamos diante de um tipo específico de chacina, a interpessoal. Esse tipo de evento reflete as complexidades das relações humanas, em que laços afetivos rompidos ou deteriorados podem gerar explosões de violência com consequências devastadoras. Sociológica e criminologicamente, essas tragédias acontecem dentro de círculos de relações próximas, envolvendo familiares, amigos, vizinhos ou conhecidos. A proximidade entre as partes envolvidas intensifica o impacto do crime. Apesar de muitas vezes essas chacinas estarem circunscritas ao contexto familiar, os danos que provocam vão muito além das vítimas diretas, reverberando na comunidade em que ocorrem.

A reflexão a que se chega, após a análise detalhada desses boletins de ocorrência, revela que os casos de chacinas interpessoais, em sua maioria, envolvem situações de conflitos acumulados ao longo do tempo, onde os atos de violência emergem como um ápice de ressentimentos e tensões não resolvidas. Esses eventos são frequentemente motivados por ciúmes, disputas patrimoniais, violência doméstica ou outras formas de desentendimento familiar. A singularidade desse tipo de chacina está na mistura de fatores emocionais intensos com a proximidade entre vítimas e autores, o que os distingue das outras categorias.

De todo modo, é necessário destacar que a invisibilidade das chacinas interpessoais no debate público e nas estatísticas oficiais reforça a necessidade de estudos aprofundados sobre o tema. Esses eventos violentos, ainda que ocorram de forma localizada, têm um efeito reverberante, fragilizando o tecido social e ge-

rando um medo coletivo que extrapola os limites do bairro ou da cidade onde acontecem. Do ponto de vista criminológico, as chacinas interpessoais levantam questionamentos importantes sobre a saúde mental, a ausência de suporte psicológico em situações de crise familiar e a falta de intervenção precoce em conflitos latentes. Acredita-se que, muitas vezes, os sinais de alerta para tragédias dessa magnitude estão presentes, mas são ignorados ou subestimados.

Em termos numéricos, constata-se que as chacinas interpessoais foram responsáveis por 10,79% de todas as vítimas de chacinas em Porto Alegre no período analisado, de 2010 a 2023. Em termos de eventos, essas chacinas representaram 9,64% dos casos registrados na capital gaúcha, com um total de oito ocorrências nesse período. Esses números, embora menores quando comparados às chacinas de natureza faccional, são extremamente relevantes, pois cada evento carrega um impacto emocional e social desproporcional, dado o envolvimento de pessoas próximas e os laços afetivos rompidos pela violência.

4.3 Chacina Faccional/Criminosa

A chacina faccional/criminosa será aquela praticada para imposição do medo contra a facção rival. O intuito, neste caso, está imbuído do propósito de aterrorizar, instalar receio, amedrontar – tudo isso, geralmente, dentro de um contexto que tem como objetivo avançar na sua atividade urbana, principalmente em busca de territórios para a venda de drogas no varejo.

Os dados demonstram que 80,22% das vítimas de homicídio em Porto Alegre são de circunstâncias e resultantes da atividade faccional. Seja na luta pelo território ou na realização do “repique” (FELTRAN, 2018, CIPRIANI, 2021). No contexto de assassinatos cometidos entre facções, é importante ressaltar como se dá o dolo em homicídios na modalidade de “atentados”¹⁵ (CIPRIANI, 2021), que são aqueles casos entendidos como atos de homicídios de pessoas faccionadas contra rivais. Isso ocorre quando a facção organiza os chamados “bondes” (grupo de indivíduos armados em veículos) de criminosos matadores, para realizar um “atentado” (CIPRIANI, 2021) contra um grupo de pessoas. Nesses casos, não existe somente um alvo específico. Em algumas situações, sequer há um alvo determinado para ser executado. O intuito dos indivíduos é, acima de tudo, causar medo e impor o sentimento de poder. Para isso, não raras vezes, atiram a ermo, em quaisquer vítimas que se encontrem em determinados locais ou localidades.

15 De acordo com Cipriani (2021), atentados são ataques rápidos feitos em vilas (áreas) rivais, normalmente cometidos por atiradores dentro veículos em movimento ou brevemente estacionados, cuja intenção não é “tomar uma boca” (controlar uma área de tráfico), mas “tocar o terror” (impor medo) nos “contras”, os inimigos.

Novamente o ciclo de violência e crime, aproximado das vulnerabilidades de uma camada social, tornam mais permeável as oportunidades de situações decorrentes dos atritos entre facções produzirem mais violência e mais criminalidade. (CIPRIANI, 2022). A mesma camada mais fragilizada e exposta ao ambiente do crime tem que conviver. (MISSE, 2006). E, aqueles que talvez pudessem romper ou que não estão nesse ciclo do crime, pode sofrer com estigma (COSTA, 2012).

Nos assassinatos cometidos entre facções, o dolo muitas vezes se manifesta de maneira específica, como nos homicídios classificados como “atentados” (CIPRIANI, 2021). Esses atentados são caracterizados por ações premeditadas, organizadas por grupos armados conhecidos como “bondes”, compostos por indivíduos que, em veículos, executam atos de extrema violência. Nesses episódios, nem sempre há um alvo definido; em algumas ocasiões, o objetivo é exclusivamente semear o pânico e reafirmar o domínio territorial. Essa dinâmica resulta em tiroteios indiscriminados, onde qualquer pessoa presente no local pode se tornar uma vítima. O elemento central, nesses casos, é a demonstração de força e a intimidação, elementos fundamentais para a manutenção do poder das facções.

A chacina, enquanto prática estratégica das facções criminosas, tem como propósito essencial a disseminação do medo. Essa tática busca enfraquecer os rivais e consolidar o controle sobre territórios específicos, tornando-se uma ferramenta crucial no arsenal de violência faccional. Em Porto Alegre e outras capitais, é comum observar eventos em que três, quatro ou até sete pessoas são brutalmente assassinadas em um único episódio. Além do alto número de vítimas, as facções frequentemente recorrem a métodos extremos, como decapitações e esquartejamentos, associados ao uso de armas de fogo de alto calibre. Esses atos são projetados para maximizar o impacto psicológico e aterrorizar tanto os rivais quanto as comunidades onde ocorrem (CIPRIANI, 2021).

Uma outra situação a se destacar nesse cenário das chacinas e facções é o tribunal da rua, em que muitas vezes os grupos criminosos impõem a membros da própria facção a sentença de morte. O indivíduo que não se adaptar, não cumprir o regramento e o desviar, “essa pessoa é encarada como um outsider” (BECKER, 2008 p. 15). Dessa maneira, “o outsider – aquele que se desvia das regras de grupo – [...]” (BECKER, 2008, p. 17).

Tanto é assim, que salta aos olhos uma cediça e precoce conclusão: todos os grupos editam regras (crimes, delitos), impostas por quem comanda esses grupos sociais, e que inclusive as facções também possuem regras e sanções próprias. “Todos os grupos sociais fazem regras e tentam, em certos momentos e em algumas circunstâncias, impô-las” (BECKER, 2008, p. 15). Ou seja, segundo o entendimento de Becker, dentro do grupo social há código próprio de conduta, assim como castigos.

Deste entendimento, não seria impossível sustentar que eventuais mortes praticadas no âmbito das facções criminosas possam ser compreendidas como sanções aplicadas pelos próprios grupos em face do descumprimento de determinadas regras praticadas pelos seus integrantes.

A confirmação e afirmação do comando da facção sobre os seus membros e a decisão sobre as ações a serem realizadas contra outros grupos ocorrem por meio do acordo e autorização entre os criminosos que lideram esse grupo, pode-se dizer pelo “Tribunal da Rua”. Nesse cenário, primeiramente é interessante evidenciar que se está a falar de Tribunal “da” Rua e não Tribunal “de” Rua – este último empregado no senso comum para definir casos de violência policial ilegal.

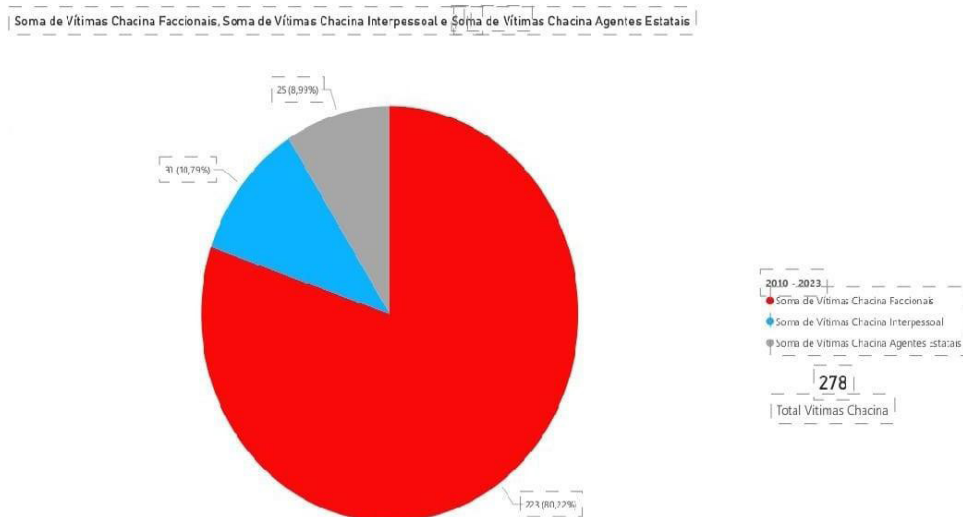
Em formas artísticas, que representam a sociedade, como a música, o mesmo já foi dito, nas expressões culturais como na letra da música da banda O Rappa, Tribunal de Rua, um resumo da ideia que paira no senso social comum está presente na letra da canção. Diz a música: “o cano do fuzil refletiu o lado ruim do Brasil... era só mais uma dura, resquício da ditadura, mostrando a mentalidade de quem se sente autoridade nesse tribunal de rua...” e segue narrando uma situação ilegal de atuação de policiais contra uma pessoa, nessa espécie de tribunal de rua, onde as decisões são tomadas completamente ao arrepio da legalidade.

Por outro lado, o tribunal da rua, se dá entre as facções ou dentro das próprias estruturas criminosas, quando os indivíduos com comando e que ocupam postos de mais alta hierarquia decidem pela pena capital contra os seus componentes ou membros de outra facção, numa espécie de decisão paralela, amparada pelo regramento dessa facção. Nessas situações, membros da organização criminosa podem ser assassinados por dívidas, traição, deslealdade, entre outras atitudes que demandem essa pena.

Assim, muitas das mortes realizadas no contexto do crime organizado não são por disputa de território, por exemplo, muito comum nas ações relativas ao narcotráfico, mas, sim, por decisão direta da facção em punir seus membros.

A facção emprega o medo para dentro e para fora de seu contexto criminoso, em busca de imposição e ocupação territorial, visando o objetivo econômico do tráfico de drogas.

Gráfico 2 – Soma de Vítimas das Chacinas



Fonte: Produzido pelos autores.

No gráfico acima consta a exposição da porcentagem de cada tipo de chacina, registrada ao longo desses 14 anos na capital. Do total de chacinas em Porto Alegre, entre os anos de 2010 até 2023, as facções criminosas foram responsáveis por 70 delas. E, nessas 70 chacinas, 223 pessoas foram assassinadas. Isso demonstra que as facções representam 84,34% dessas ocorrências policiais e 80,22% das vítimas de chacina na cidade.

É uma representação pronunciada que praticamente repete a porcentagem da pesquisa do primeiro semestre de 2023, demonstrando uma similaridade. Na primeira pesquisa sobre o primeiro semestre de 2023, 79,85% das vítimas de homicídios de Porto Alegre foram mortas em crimes envolvendo as facções criminosas, e na segunda pesquisa, especificamente sobre as chacinas, num recorte mais amplo, de 14 anos, encontrou-se um percentual de 80,22% das vítimas mortas em chacinas vinculadas às facções na capital. Essa observação confirma o contexto decisivo de que as facções criminais estão no epicentro da questão dos crimes de homicídios, sejam eles múltiplos ou não.

Essa experiência prática permitiu compreender, de forma direta, a dinâmica investigativa e os desafios enfrentados pelas agências de controle no enfrentamento aos homicídios dolosos em Porto Alegre. A condução dessa pesquisa em um ambiente institucional como o DHPP, responsável pela apuração de homicídios dolosos na capital, evidenciou a complexidade do fenômeno e a lacuna existente em relação às políticas criminais voltadas em priorizar os homicídios, em especial

as chacinas. O esforço científico foi constante e orientado por uma postura crítica, pois “não há objetividade na ciência e o pesquisador nunca será neutro” (CARVALHO, 2022, p. 21). Entretanto, esse alerta não significa ausência de comprometimento com a integridade científica, mas reforça a importância de manter uma postura de desconfiança em relação às verdades absolutas e métodos considerados infalíveis. É claro que isso não quer dizer que não há comprometimento com a lisura e sinceridade intelectual na utilização dos recursos empíricos e teóricos. Contudo, na esteira do pensamento crítico “o sentimento de desconfiança com as respostas corretas, as verdades absolutas e os métodos infalíveis é o pressuposto de uma postura crítica” (CARVALHO, 2022, p. 34). Sem olvidar que, “ademais, no campo das ciências criminais, esse espírito de dúvida deve ser sempre direcionado aos discursos e às práticas que legitimam o sistema punitivo e reforçam a autoridade das agências de controle ou, em última instância, à crença em um ‘bom poder’” (CARVALHO, 2022, p. 34).

Em suma, os casos verificados não apenas ilustram a gravidade do problema, mas também revelam as lacunas existentes nas políticas de segurança pública e na resposta estatal às chacinas. São episódios que, ao mesmo tempo, chocam pela brutalidade e convidam à reflexão sobre as ações preventivas e repressivas que têm sido empregadas.

5 Considerações finais

O estudo realizado permitiu uma análise aprofundada sobre a dinâmica das chacinas ocorridas na cidade de Porto Alegre ao longo de 14 anos, demonstrando como esse fenômeno se insere no contexto da violência urbana, particularmente no âmbito da criminalidade organizada. A pesquisa documental revelou que a grande maioria das chacinas está associada às facções criminosas, com um percentual significativo de homicídios resultantes de disputas territoriais, retaliações e mecanismos internos de controle dentro dessas organizações.

Ao categorizar as chacinas em três principais modalidades – faccionais, interpessoais e estatais – o estudo evidenciou que a primeira delas corresponde à ampla maioria dos casos, tornando-se um elemento estruturante da violência letal na região. Os dados analisados também indicaram que, apesar da gravidade do fenômeno, não há uma categoria específica para registro das chacinas nos sistemas estatísticos oficiais, o que contribui para a invisibilidade do problema e dificulta a formulação de políticas públicas eficazes.

No que tange à atuação estatal, não foram identificadas chacinas cometidas por agentes do Estado no período analisado, embora eventos de intervenção policial tenham sido registrados e, por isso, constam do gráfico e integram o volume dos casos analisados. Em que pese as ausências de elementos descritivos nos re-

gistros a considerar o cometimento de chacinas por policiais na região metropolitana de Porto Alegre, há que se realizar um monitoramento constante para evitar execuções e garantir a legalidade das ações de segurança pública.

As chacinas interpessoais, por sua vez, representam um percentual menor, mas igualmente significativo, revelando a presença de conflitos enraizados na esfera privada que culminam em eventos de extrema violência. A identificação desses casos reforça a necessidade de iniciativas voltadas à prevenção de violência doméstica, ao suporte psicológico e à mediação de conflitos, além do fortalecimento de redes de apoio social.

Diante desse panorama, torna-se imperativo o desenvolvimento de estratégias integradas que combinem o controle das ilegalidades com medidas preventivas voltadas para a redução da desigualdade social e o fortalecimento comunitário. A criação de um marco legal e estatístico para a categorização das chacinas também se apresenta como uma medida essencial para o aprimoramento da gestão da segurança pública e o desenho de políticas criminais mais eficazes.

Por fim, este texto não esgota o assunto mas procura, com a aproximação empírica realizada, reforçar a importância do olhar do campo do Direito e de seus operadores sobre a violência letal e seu impacto na sociedade. Afinal, o enfrentamento do fenômeno das chacinas demanda um compromisso multidisciplinar, que envolva não apenas as forças de segurança, mas também acadêmicos, gestores públicos e a sociedade civil, de modo a construir soluções que promovam uma convivência mais segura e democrática para todos.

Referências bibliográficas

- ADORNO, Sérgio. **A criminalidade urbana violenta no Brasil**: um recorte temático. BIB, Rio de Janeiro, n. 35, p. 3-24, 1. sem. 1993
- ADORNO, Sérgio. Exclusão socioeconômica e violência urbana. **Sociologia**, Porto Alegre, ano 4, n. 8, jul/dez 2002, p. 84-135, 2002.
- ADORNO, Sérgio; PASINATO, Wânia. Violência e impunidade penal: Da criminalidade detectada à criminalidade investigada. **DILEMAS, Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, vol. 3, nº 7, p. 51-84, 2010.
- ADORNO, Sérgio; DIAS, Camila. Monopólio estatal da violência. In: **Crime, Polícia e Justiça no Brasil**. Organização de Renato Sérgio de Lima; José Luiz Ratton e Rodrigo Ghiringelli de Azevedo, 1 ed. 1ª reimpressão, São Paulo: Contexto, 2014
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringelli de; HYPOLITO, Laura Girardi. A política criminal de drogas no Brasil. Um estudo contemporâneo sobre a legislação e seus impactos. **Rev. Cien. Soc.**, vol. 36, n. 53, p. 63-88. 2023.
- BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução, Maria Luiza X. de Borges; revisão técnica Karina Kuschmir. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Ministério da Educação. **Banco de Teses e Dissertações**. Disponível em: <https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/>. Acesso em: 11 out. 2024.
- CARVALHO, Salo de. **Curso de Criminologia Crítica Brasileira**: dimensões epistemológicas,

- metodológicas e políticas. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2022.
- CIPRIANI, Marcelli. **Os coletivos criminais em Porto Alegre entre a “paz” na prisão e a guerra nas ruas**. São Paulo: Huítec, 2021.
- COSTA, Renata Almeida da. Midiando o terror: o caso do PCC no Brasil. **Revista Sistema Penal e Violência**, v. 4, n. 1, p. 60-74, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/11255>. Acesso em 6 jan. 2023.
- COSTA, Renata Almeida da. RODRIGUES, João Marcelo de Souza Melo. ALMEIDA, Lúcio Antônio Machado Almeida. **A política criminal no Brasil e os homicídios múltiplos: análise dos massacres e das chacinas executadas durante a redemocratização brasileira**. In: Direito e Relações Étnico-raciais. Florianópolis: CONPEDI, 2024, p. 117-135.
- FELTRAN, Antônio Carlos. et. al. **Variações nas taxas de homicídios no Brasil: Uma explicação centrada nos conflitos faccionais**. Dilemas, ver. estud. Conflito controle Soc. – Rio de Janeiro – Edição n. 4 – 2022 – p. 311-348.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **18º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. p. 27-27. 2024. Disponível em <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/items/f62c4196-561d-452d-a2a8-9d33d1163af0>. Acesso em: 11 set. 2024.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2024. Fonte Segura**, 2024. Disponível em: https://fontesegura.forumseguranca.org.br/18o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica-revela-queda-de-34-na-taxa-de-mortes-violentas-intencionais-mvi-patamar-de-violencia-no-pais-ainda-e-um-dos-maiores-do-mundo/?utm_so. Acesso em: 11 set. 2024.
- GOVERNO DO ESTADO DO RS. Secretaria da Justiça e da Segurança. **Lei nº 10.994, de 18 de agosto de 1997**. Atualizada até a Lei nº 12.102, de 28 de maio de 2004. Estabelece organização básica da Polícia Civil, dispõe sobre sua regulamentação e dá outras providências. Disponível em: <https://www.al.rs.gov.br/filerepository/replegiscomp/lei%20n%c2%ba%2010.994.htm#:~:text=lei%20n%c2%ba%2010.994%2c%20de%2018%20de%20agosto%20de,dis p%c3%b5e%20sobre%20sua%20regulamenta%c3%a7%c3%a3o%20e%20d%c3%a1%20outras%20provid%c3%aancias>. Acesso em: 06 jul. 2023.
- GOVERNO DO ESTADO DO RS. Assembleia Legislativa - Gabinete de Consultoria Legislativa. **Decreto nº 51.037, de 17 de dezembro de 2013**. Disponível: <https://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/DEC%2051.037.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2023
- KENNEDY, David M. **Deterrence and crime prevention**. Reconsidering the prospect of sanction. New York, NY. Routledge, 2009
- KENNEDY, David M. **Don't Shoot: onde man, a street fellowship, and the ende of violence in inner-city America**. New Yorl: Bloomsbury, USA, 2011.
- MISSE, Michel. **Malandros, Marginais e Vagabundos & a acumulação social da violência no Rio de Janeiro**. Tese de doutorado, 1999.
- MISSE, Michel. Crime e Violência no Brasil Contemporâneo: estudos de sociologia do crime e da violência urbana. **Coleção: conflitos, Direitos e Culturas**. Lumen Juris Editora. Rio de Janeiro. 2006.
- MISSE, Michel; GRILLO, Carolina Christoph; NERI, Natasha Elvas. Letalidade policial e indiferença legal: a apuração judiciária dos “autos de resistência” no Rio de Janeiro. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, edição especial, n. 1, p. 43-71, 2014.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE - Organização das Nações Unidas (ONU) – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). **Relatório Regional de Desenvolvimento Humano 2013 – 2014**. Segurança Cidadã com rosto humano: Diagnóstico e Propostas para a América Latina de 2013.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE - Organização Das Nações Unidas. **World report on violence and health**. Genebra. OMS, 2002. Disponível em: https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/. Acesso em: 11 fev. 2023.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Estudo Global sobre Homicídios, 2023**. UNODC – Escritório sobre Drogas e Crime – da ONU, 2023. Disponível em <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/global-study-on-homicide.html>. Acesso em: 11 set. 2024.

- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Estudo Global sobre Homicídios** – Capítulo 1 Sumário Executivo, 2023. UNODC – Escritório sobre Drogas e Crime – da ONU - Organização das Nações Unidas. Acesso em: 11 set. 2024.
- RUDNICKI, Dani. A Polícia (brasileira) contemporânea no Estado Democrático de Direito. In: SANTOS, José Vicente; TEIXEIRA, Alex Niche; RUSSO, Maurício. Organizadores. **Violência e Cidadania: práticas sociológicas e compromissos sociais**. Porto Alegre. Editora Sulina, editora da UFRGS. 2011.
- SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA. Indicadores Criminais. **Gov.br**. 2024. Disponível em: <https://ssp.rs.gov.br/indicadores-criminais>. Acesso em: 5 out. 2024.
- SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA. Estatísticas. **Gov.br**. 2024. Disponível em: <https://www.ssp.rs.gov.br/estatisticas>. Acesso em: 07 jul. 2024.
- SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAIIS. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Polícia Civil prende quarto suspeito de participar de chacina na Capital**. 2004. Disponível em: <https://ssp.rs.gov.br/policia-civil-prende-quarto-suspeito-de-participar-de-chacina-na-capital>. Acesso em: 15 mai. 2022.
- SOUZA, Mario Francisco Pereira Vargas de; COSTA, Renata Almeida da. “Análise da responsabilização criminal das facções criminosas que atuam na cidade de Porto Alegre nos crimes de homicídios no primeiro semestre de 2023 sob a perspectiva da criminologia crítica”. **SAPIENS**, vol. 2, p. 97-99, 2023.
- SOUZA, Mario Francisco Pereira Vargas de. Análise da responsabilização criminal das facções criminosas que atuam na cidade de porto alegre nos crimes de homicídios no primeiro semestre de 2023 sob a perspectiva da criminologia crítica. In: **Direito Penal, Processo Penal e Criminologia**. organização CONPEDI. Gabriel DIVAN, Antinolfi; FACHIN, Zulmar Antonio (Coords.). – Florianópolis: CONPEDI, 2023.
- ZALUAR, Alba. Um debate disperso: violência e crime no Brasil da redemocratização. **São Paulo em Perspectiva**, v. 13, n. 3, p. 3-18, 1999.
- ZALUAR, Alba. Oito temas para debate: violência e segurança pública. **Sociologia, Problemas e Práticas**. Lisboa, n. 38, p. 19-24, 2002.
- ZALUAR, Alba. Democratização inacabada: fracasso da segurança pública. **Estudos Avançados**, v. 21, n. 61, p. 31-49, 2007.

IMPLEMENTAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP) COMO ALTERNATIVA PENAL NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO/SP

IMPLEMENTATION OF THE NON-PROSECUTION AGREEMENT (ANPP) AS A PENAL ALTERNATIVE IN THE CITY OF SÃO PAULO/SP

BEATRIZ FERRUZZI SACCHETIN¹

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO²

RESUMO: O presente estudo analisou a implementação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) como alternativa penal no município de São Paulo/SP, considerando seu impacto nas dinâmicas do sistema de justiça criminal, com o objetivo de compreender as formas de sua aplicação e seus efeitos em termos de seletividade penal e racionalidade punitiva. A metodologia adotada consistiu no levantamento de dados no portal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), abrangendo as sentenças que homologaram ANPPs entre janeiro de 2020 e novembro de 2023. Foram analisadas 111 decisões, considerando variáveis como perfil dos beneficiários, natureza dos delitos e tipos de penas aplicadas e, posteriormente, os dados foram comparados ao perfil da população carcerária do estado, conforme informações do Relatório de Informações Penais (RELIPEN) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Os resultados indicaram que o ANPP não representou uma alternativa efetiva ao encarceramento, mas uma reconfiguração das formas de punição, já que foi majoritariamente aplicado a crimes patrimoniais sem violência e a indivíduos com maior escolaridade e menor índice de reincidência. A pesquisa reforçou a tese de que o ANPP expandiu o controle penal sem necessariamente reduzir a população carcerária, evidenciando sua inserção na lógica gerencialista da justiça criminal contemporânea e demonstrando, assim, a necessidade de construção de uma agenda de pesquisa voltada a uma avaliação de seus impactos para maior transparência em sua aplicação, tendo em vista sua consolidação como uma realidade no sistema de justiça criminal brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de Não Persecução Penal. Alternativas Penais. Justiça Criminal. Gerencialismo Penal.

ABSTRACT: The present study analyzed the implementation of the Non-Prosecution Agreement (ANPP) as a penal alternative in the city

1 Mestra em Direito Político e Econômico (Mackenzie/SP) e Doutoranda em Ciências Criminais (PUCRS). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1088-5765>; Advogada criminalista. Pesquisadora do GPESC-PUCRS (Grupo de Pesquisa em Políticas de Segurança e Administração da Justiça Penal).

2 Doutor em Sociologia (UFRGS). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7050-8852>; Professor titular da Escola de Direito da PUCRS. Pesquisador de produtividade em pesquisa 1C do CNPq.

of São Paulo/SP, considering its impact on the dynamics of the criminal justice system, with the objective of understanding the ways in which it has been applied and its effects in terms of penal selectivity and punitive rationality. The methodology consisted of data collection from the website of the São Paulo State Court of Justice (TJSP), covering rulings that approved ANPPs between January 2020 and November 2023. A total of 111 decisions were analyzed, considering variables such as the profile of the beneficiaries, the nature of the offenses, and the types of penalties applied and, subsequently, the data were compared to the profile of the state's incarcerated population, based on information from the Penal Information Report (RELIPEN) and the National Justice Council (CNJ). The results indicated that the ANPP did not represent an effective alternative to incarceration but rather a reconfiguration of forms of punishment, as it was predominantly applied to non-violent property crimes and to individuals with higher education levels and lower recidivism rates. The study reinforced the thesis that the ANPP expanded penal control without necessarily reducing the incarcerated population, highlighting its integration into the managerial logic of contemporary criminal justice and thus demonstrating the need to develop a research agenda aimed at assessing its impact to ensure greater transparency in its application, considering its consolidation as a reality within the Brazilian criminal justice system.

KEYWORDS: Non-Prosecution Agreement. Penal Alternatives. Criminal Justice. Penal Management.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) como alternativa penal; 3 Aspectos metodológicos; 4 Perfil populacional; 5 Características relevantes da aplicação do ANPP; 6 Considerações finais; Referências bibliográficas.

1 Introdução

As alternativas penais não são uma inovação jurídica propriamente recente, todavia dados apontam para uma expansão em sua aplicação nas últimas décadas, especialmente no contexto brasileiro posterior à Reforma Penal de 1984³. Ocorre que essas alternativas não podem ser entendidas como um fenômeno simples ou ontológico, devendo sua análise perpassar pela compreensão de que são instrumentos utilizados para a implementação ou manutenção de estratégias punitivas. Essas medidas estão, portanto, localizadas no mesmo campo sociopolítico que as medidas de encarceramento, como expressão do emprego de diferentes tecnologias no âmbito das relações de saber-poder.

3 SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Alternativas penais no Brasil após 1984 e seus efeitos: uma análise a partir de discursos sobre crime e punição. *Contemporânea*, v. 5, n. 1, jan.-jun./2015, p. 69-92.

Dessa forma, a ampliação da rede de alternativas penais não pode ser lida de forma superficial, com a conclusão limitada de que estariam promovendo o desencarceramento no cenário criminal brasileiro. Ao contrário, os dados coletados no período após a Reforma Penal de 1984 indicam com clareza a ocorrência de uma ampliação também no uso do encarceramento no sistema penal brasileiro, com marcado recorte de raça e classe no processo de seletividade penal⁴. Então, conforme já vinha sendo apontado por Larrauri desde 2000, a expansão da normatização e utilização de medidas alternativas ao encarceramento não necessariamente está atrelada a um movimento desencarcerador, uma vez que traz consigo a possibilidade de mera complementação àqueles mecanismos já vigentes⁵.

Carvalho e Achutti, nesse mesmo sentido, reforçam que há uma potencialidade intrínseca ao sistema carcerário de transformação das alternativas penais em *aditivos* penais⁶. Assim, embora se observe um crescimento significativo da transação penal, das penas alternativas e de medidas diversas da prisão preventiva, os dados colhidos apontam inequivocamente para a persistência do aumento da população carcerária no Brasil. A esse respeito, Souza e Azevedo⁷ indicam que a existência de aumento de políticas neocriminalizantes e a maximização do Estado penal por um lado, e o incremento das alternativas penais por outro, representam uma contradição que é meramente aparente, pois há, em verdade, um movimento combinatório entre esses mecanismos no contexto da emergência de novas racionalidades de controle do crime, conforme termo cunhado por David Garland⁸.

Nesse contexto, observa-se a coexistência entre mecanismos correcionalistas, característicos da modernidade penal, voltados à patologização da conduta criminoso e à busca da transformação do indivíduo criminoso; e mecanismos próprios da perspectiva da modernidade tardia, que concebem a criminalidade como característica da imperfeição humana e que exigem a ação voltada à minimização de riscos e redução de danos, numa perspectiva de gerencialismo penal. Da mesma forma, observam-se também políticas de reação ao crime voltadas à eliminação de determinados sujeitos considerados criminosos pela existência de características que geram sentimentos de ameaça, dando consequência a discursos de populismo penal⁹. É possível identificar no cenário brasileiro contemporâneo, portanto, uma grande ambivalência na construção das políticas de segurança pública, divididas

4 SINHORETTO, Jacqueline. Violência, controle do crime e racismo no Brasil contemporâneo. *Novos Olhares Sociais*, Salvador, v. 1, p. 4-20, 2018.

5 LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno, 2000.

6 CARVALHO, Salo de; ACHUTTI, Daniel. Justiça restaurativa em risco: a crítica criminológica ao modelo judicial brasileiro. *Sequência: Estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, v. 42, n. 87, 2021, p. 1-39.

7 SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Op. cit.*

8 GARLAND, David. *La cultura del control*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2012.

9 SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Op. cit.*

entre o que Garland denomina como *criminologia do eu* e *criminologia do outro* que respectivamente concebem o criminoso como um consumidor racional ou como um estrangeiro ameaçador¹⁰.

2 O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) como alternativa penal

Tendo essa conjuntura em vista, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) surgiu como uma política penal inovadora após a aprovação da Lei nº 13.964/2019, em vigor desde 24 de janeiro de 2020. Vale destacar, nesse ponto, que essa medida tem encaixe na definição de alternativas penais cunhada por Souza e Azevedo¹¹:

[...] por “alternativas penais” designamos as medidas definitivas diversas da prisão a que são submetidas pelo Estado aqueles condenados pela prática de uma conduta prevista como crime, assim como as medidas previstas a que aceitam se submeter, de forma a evitar o prosseguimento de um processo penal, aqueles acusados da prática de determinadas infrações penais de menor potencial ofensivo.

O ANPP seria uma mescla entre essas duas espécies de alternativas penais, pois tem caráter de definitividade – por ser homologado por sentença judicial –, na mesma medida em que visa à não submissão do sujeito ao processo penal em caso de crimes tidos como menos graves pelo ordenamento penal. Ademais, essa medida é também reconhecida pelo Conselho Nacional de Justiça como uma alternativa penal, uma vez que se enquadra nos critérios estabelecidos pela Resolução nº 288, de 25 de junho de 2019, e é assim tratada para o fim de análise e promoção de políticas penais.

Conforme exposto, o ANPP está previsto na Lei nº 13.964/2019, que foi proposta naquele mesmo ano pelo então Ministro da Justiça, Sérgio Moro, no bojo do chamado Pacote Anticrime. Diversas discussões foram originadas após o oferecimento da proposta, ocorrido no contexto de um governo federal com características autoritárias e eleito a partir de propostas eminentemente voltadas para uma política de populismo penal, direcionada a um endurecimento do sistema criminal nos moldes do conceito da *criminologia do outro*, acima referida. Conforme apontado por Schabbach¹², o contexto da proposta e aprovação do Pacote Anticrime foi marcado pela desconsideração da participação da sociedade civil e pela violação a preceitos garantistas básicos, propondo políticas contrárias a disposições fundamentais do Estado democrático de direito inscritas na Constituição de 1988.

10 AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. *Civitas*, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 118, jan.-mar. 2015.

11 SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Op. cit.*, p. 70.

12 SCHABBACH, Letícia Maria. David Garland e a segurança pública brasileira. *Dilemas*, Rev. Estud. Conflito Controle Soc., Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, 2023, p. 1-25.

Em razão dessa dinâmica, diversos alertas foram apresentados a respeito de aspectos relevantes das inovações presentes na Lei quando da sua implementação no sistema criminal brasileiro. Coutinho indicou que estaria sendo implementada uma “tentativa de *americanização à brasileira*”¹³, uma vez que se estaria adaptando o instituto do *plea bargaining* característico do sistema acusatório estadunidense ao sistema inquisitório brasileiro, com aspectos marcadamente distintos. Também Ribeiro e Toledo indicaram um possível “recrudescimento dos resquícios inquisitórios do sistema criminal”¹⁴ com a aprovação da referida legislação, pela possibilidade de promoção de acordo mesmo sem a observância dos requisitos de autoria e materialidade inerentes ao delito. Dotti e Scandelari ainda apontaram a dificuldade de sua inserção no contexto brasileiro por motivos que já são socialmente relevantes no contexto norte-americano, relacionado à seletividade penal e marcadores socioeconômicos da criminalização¹⁵.

O discurso encontrado na exposição de motivos do projeto apresentado pelo então Ministro Sérgio Moro trouxe como justificativa principal para a implementação do ANPP o descongestionamento dos serviços judiciários, que poderia dispendar seus recursos com crimes considerados mais graves¹⁶:

O art. 28-A. estende a possibilidade de acordo quando o acusado confessa o crime de pena máxima inferior a quatro anos, praticado sem violência ou grave ameaça. A tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável. O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais. Desde 1995, a Lei nº 9.099 permite transação nos crimes de menor potencial ofensivo e suspensão do processo nos apenados com o mínimo de 1 ano de prisão. Na esfera ambiental, o Termo de Ajustamento de Conduta vige desde a Lei nº 7.347, de 1995. Os acordos entraram na pauta, inclusive, do poder público, que hoje pode submeter-se à mediação (Lei nº 13.140, de 2015). O acordo descongestiona os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves.

Porém, neste novo tipo de acordo que ora se propõe, as partes submetem-se a uma série de requisitos, citando-se como exemplo a proibição de ser concedida de quem já o tenha recebido nos últimos cinco anos. Por outro lado, pode o juiz recusar a proposta se considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas. É dizer, a homologação judicial dá a necessária segurança à avença.

13 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 27, n. 317, abr./2019, p. 2-3.

14 RIBEIRO, Natália Pimenta; TOLEDO, Yashmin Crispim Baiocchi de Paula e. *Plea bargain à brasileira: A justiça penal negociada do Projeto de Lei Anticrime e o recrudescimento dos resquícios inquisitórios do sistema criminal*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 27, n. 317, abr./2019, p. 33.

15 DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. *Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o plea bargain brasileiro*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 27, n. 317, abr./2019, p. 5-7.

16 BRASIL. Ministério da Justiça. *Exposição de motivos nº 14/2019*. Brasília, 2019.

Tendo em vista o discurso oficial de legitimação e as controvérsias trazidas a esse respeito, faz-se necessário compreender a adoção dessa alternativa penal no cenário brasileiro das políticas penais dos últimos quase quatro anos – desde sua implementação. Essa análise é necessária, uma vez que “a relação entre a prisão e as alternativas que se propõem no seu lugar não é necessariamente de ruptura, mas também de coexistência, continuidade e funcionamento recíproco”¹⁷. Deve-se ter em conta, portanto, que o ANPP passou a figurar no campo das políticas penais desde sua entrada em vigor, como uma das medidas possíveis a serem aplicadas em reação ao delito, no complexo contexto das racionalidades de controle do crime, trazido por Garland¹⁸.

3 Aspectos metodológicos

O objetivo dessa análise, então, é de compreender a forma como esse novo instituto tem sido implementado especificamente no município de São Paulo/SP, desde que começou a ser aplicado, em janeiro de 2020, até o início do levantamento de dados, em novembro de 2023. O trabalho de diagnóstico desse cenário tem especial importância no contexto de avaliação da política penal em questão, ainda relativamente recente, como forma de consolidação de seu ciclo e aprimoramento de seus objetivos políticos, de acordo com as considerações realizadas por Duarte¹⁹.

O início do recorte temporal adotado se justifica, evidentemente, pelo período máximo possível a ser analisado, desde o início da implementação da medida; e o recorte espacial se dá pela viabilidade e pelo próprio local de realização do levantamento de dados, além da dimensão expressiva de habitantes da cidade selecionada. Dessa forma, embora o tempo selecionado seja abrangente, merece destaque a limitação regional da pesquisa, que certamente possui aspectos e características marcantes do município em que foi realizada – o que, no entanto, não impede a realização de certos comparativos com dados em âmbito nacional ou de posterior extravasamento da análise para outras regiões do país.

Para alcançar os objetivos da análise, então, foi realizado um levantamento diretamente no portal *online* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), considerando-se as sentenças que expressamente homologaram a realização de ANPPs entre o Ministério Público e acusados no âmbito penal. A partir da seleção de todas as varas criminais do foro central (Barra Funda) como recorte específico

17 SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Op. cit.*

18 Garland, David. *Op. cit.*

19 DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins e BRASIL, Patricia Cristina (orgs.). *O Direito e as Políticas Públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, pp.16-43.

(total de 32 varas), foram buscadas as sentenças a partir das palavras-chave *homologação* e *Acordo de Não Persecução Penal*. Foram realizadas buscas preliminares exploratórias para a determinação das palavras-chave e outras combinações possíveis envolvendo os termos em questão apontaram demasiados resultados irrelevantes, afastados do recorte específico da análise.

Entre o período de 24 de janeiro (início da vigência da lei) e 31 de dezembro de 2020, foram encontrados 20 resultados para os critérios acima indicados, sendo apenas 12 deles relevantes para a pesquisa; no ano de 2021, surgiram 35 resultados, dos quais 31 eram relevantes; no ano de 2022, foram 50 resultados, com 35 relevantes; e entre 1º de janeiro e 15 de novembro de 2023, despontaram 47 resultados, dos quais 33 eram relevantes para a pesquisa. Os resultados irrelevantes que foram descartados de acordo com critérios objetivos de exclusão desenhados anteriormente tratavam de meras menções ao ANPP e homologação de outros institutos na prolação de sentença: nenhum deles efetivamente homologou a realização do acordo que é objeto da pesquisa. Da mesma forma, foram descartados resultados apresentados em duplicidade no momento da busca, uma vez que não havia qualquer divergência nos documentos apresentados mais de uma vez no sistema de buscas do TJSP.

Nos 111 processos encontrados, havia 121 sujeitos que acordaram com o Ministério Público o cumprimento do ANPP, e para cada um deles foi realizado um levantamento detalhado dos aspectos do caso. Para isso, foi necessário acessar cada um dos processos por meio do sistema *online* e-Saj, do Tribunal de Justiça paulista e localizar os detalhes referentes ao crime envolvido e ao perfil do sujeito selecionado para a realização do ANPP. Para os elementos pertinentes ao crime, foram extraídos da própria sentença de homologação, da denúncia ofertada pelo Ministério Público e, caso necessário por não constar em nenhum dos dois documentos, do termo de acordo firmado por ambas as partes. Já em relação aos dados de perfilamento da população, foram utilizados os documentos produzidos em sede policial, em especial o boletim de ocorrência, auto de qualificação e termo de interrogatório.

As informações constantes na base de dados, portanto, foram: i) a data e ano da sentença; ii) o número do processo; iii) a vara criminal; iv) se a defesa foi realizada ou não pela Defensoria Pública do Estado; v) se havia prisão preventiva em curso pelo mesmo processo no momento da homologação do acordo; vi) a espécie de alternativa penal acordada entre o acusado e o Ministério Público; vii) se houve denúncia anteriormente à proposta de acordo; viii) a data do fato delituoso; ix) o delito imputado pelo Ministério Público; x) o nome do acusado; xi) a data de nascimento; xii) a idade à época do cometimento do delito; xiii) o sexo da pessoa;

xiv) a raça/etnia; xv) o estado civil; xvi) a profissão; xvii) o grau de escolaridade; xviii) a naturalidade (cidade e estado); e xix) a nacionalidade.

Com os dados levantados, foi possível realizar uma análise da aplicação do ANPP no contexto paulistano entre 2020 e finais de 2023, inclusive no tocante à comparação do perfil das pessoas submetidas à pena de prisão no estado de São Paulo. As informações do delineamento populacional prisional regular foram extraídas do Relatório de Informações Penais – Relipen – elaborado pela Secretaria Nacional de Políticas Penais com respeito a dados de janeiro a junho de 2023. Finalmente, também foram utilizadas algumas informações do Conselho Nacional de Justiça publicadas em 2023, especificamente a respeito do ANPP em âmbito nacional, em documento denominado “Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do Acordo de Não Persecução Penal no Brasil”²⁰.

4 Perfil populacional

Primeiramente, em relação ao sexo dos acusados que celebraram o acordo, observou-se uma grande disparidade da quantidade de homens e mulheres, assim como é característica marcante do sistema carcerário, todavia, de forma um pouco menos desproporcional. Dos 121 acordantes, 101 eram homens (83,5%), enquanto 20 eram mulheres (16,5%); a partir dos dados do Relipen, tem-se que no sistema carcerário há uma proporção de 92,3% de homens para 7,7% de mulheres.

No tocante à raça/etnia, foram utilizados os mesmos critérios de tabulação utilizados para o levantamento de dados pela polícia e pelos relatórios da Secretaria Nacional de Políticas Penais, ainda que seja necessário o questionamento acerca de como tais dados têm sido produzidos por essas instituições. Fleury, Ribeiro e Oliveira²¹, a esse respeito, destacam que a raça não pode ser considerada como um conceito estático, mas sim socialmente construído, e que as estatísticas estatais a esse respeito costumam retroalimentar linguagens e estruturas já racialmente marcadas. A produção desse dado pelas instituições policiais possui diversos aspectos problemáticos, inclusive no tocante à falta de levantamento de dados: para 15 dos 121 acusados submetidos a ANPP não foram encontrados dados referentes à sua raça/etnia nos documentos analisados, correspondente a 12,4% dos total de casos. Não obstante, é certo que a própria ausência de dados deve ser tomada como um dado relevante no cenário do dito apagamento racial nas estatísticas criminais apontado pelas autoras.

Tais considerações feitas, observa-se que o recorte racial da aplicação dos acordos é bastante similar ao recorte da população carcerária no estado de São

20 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do Acordo de Não Persecução Penal no Brasil*. Brasília, 2023, p. 1.

21 FLEURY, Daniely Roberta dos Reis; RIBEIRO, Ludmila; OLIVEIRA, Valéria Cristina. O apagamento racial nas estatísticas criminais. In: LIMA, Renato Sérgio de; BARROS, Betina Warmling (ed.). *Estatísticas de segurança pública: produção e uso de dados criminais no Brasil*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022.

Paulo, conforme os dados compilados na Tabela 1. Há, no entanto, uma concentração ainda maior de pretos e pardos no sistema carcerário do estado, correspondente a 60% do total, enquanto na aplicação dos ANPPs na capital esse percentual é de 50,4%. A proporção de brancos é quase a mesma e no caso dos ANPPs nenhuma pessoa foi explicitamente identificada pelas instituições como amarela e/ou indígena. A esse respeito, vale destacar novamente a relevância da falta de informações sobre raça/etnia em 12,4% dos casos levantados na pesquisa.

Tabela 1: Recorte racial na aplicação de ANPPs no foro central de São Paulo/SP entre 2020 e 2023

Raça	ANPPs	%	Presos	%
Branca	45	37,2%	74.859	38,2%
Preta	9	7,4%	26.591	13,6%
Parda	52	43,0%	90.836	46,4%
Amarela	0	0,0%	3.173	1,6%
Indígena	0	0,0%	16	0,0%
N/C	15	12,4%	312	0,2%
TOTAL	121	100%	195.787	100%

Fonte: tabela elaborada pelos autores a partir de dados disponíveis no portal *online* do TJSP.

Conforme se extrai das tabelas 2 e 3, a seguir, nota-se que o estado civil das pessoas que realizaram Acordo de Não Persecução Penal é muito similar ao das pessoas encarceradas no estado de São Paulo, bem como da nacionalidade das pessoas estrangeiras englobadas nesses dois grupos.

Tabela 2: Estado civil na aplicação de ANPPs no foro central de São Paulo/SP entre 2020 e 2023

Estado Civil	ANPPs	%	Presos	%
Casado	21	17,4%	17.361	8,9%
Divorciado	7	5,8%	6.408	3,3%
Solteiro	58	47,9%	93.736	47,9%
União estável	18	14,9%	66.292	33,9%
Viúvo	0	0,0%	1.437	0,7%
N/C	17	14,0%	10.387	5,3%
TOTAL	121	100%	195.621	100%

Fonte: tabela elaborada pelos autores a partir de dados disponíveis no portal *online* do TJSP.

Grande parte das pessoas estrangeiras encarceradas, assim como das submetidas à realização do ANPP, são oriundas de países da América do Sul, seguidas por pessoas de origem africana. Há bastante semelhança entre os dados

encontrados em ambos os contextos, demonstrando-se novamente uma grande semelhança no perfil encontrado entre ambos os grupos.

Tabela 3: Nacionalidade de estrangeiros na aplicação de ANPPs no foro central de São Paulo/SP entre 2020 e 2023

Nacionalidade (Continente)	ANPPs	%	Presos	%
África	2	18,2%	247	24,5%
América Central	1	9,1%	21	2,1%
América do Norte	0	0,0%	9	0,9%
América do Sul	6	54,5%	605	60,1%
Ásia	1	9,1%	51	5,1%
Ásia/Europa	0	0,0%	6	0,6%
Europa	1	9,1%	60	6,0%
Europa/Ásia	0	0,0%	4	0,4%
Oceania	0	0,0%	4	0,4%
TOTAL	11	100%	1007	100%

Fonte: tabela elaborada pelos autores a partir de dados disponíveis no portal *online* do TJSP.

Entretanto, dois dados que não tiveram correspondência tão clara entre o perfil dos encarcerados e o perfil dos indivíduos que realizaram o Acordo de Não Persecução Penal foram o de escolaridade e faixa etária.

Tabela 4: Recorte etário na aplicação de ANPPs no foro central de São Paulo/SP entre 2020 e 2023

Idade	ANPPs	%	Presos	%
18 a 24	32	26,4%	36.131	18,7%
25 a 29	18	14,9%	41.688	21,6%
30 a 34	17	14,0%	38.120	19,7%
35 a 45	24	19,8%	52.792	27,3%
46 a 60	20	16,5%	20.361	10,5%
61 a 70	5	4,1%	3.008	1,6%
70+	2	1,7%	691	0,4%
N/C	3	2,5%	312	0,2%
TOTAL	121	100%	193.103	100%

Fonte: tabela elaborada pelos autores a partir de dados disponíveis no portal *online* do TJSP.

As pessoas que firmaram acordo para evitar sua persecução penal são, em geral, um pouco mais jovens e definitivamente mais escolarizadas que as pessoas apontadas pelo Relipen como incluídas no sistema carcerário do estado de São Paulo.

Tabela 5: Escolaridade na aplicação de ANPPs no foro central de São Paulo/SP entre 2020 e 2023

Escolaridade	ANPPs	%	Presos	%
Analfabeto	1	0,8%	2.495	1,3%
Alfabetizado	0	0,0%	1.489	0,8%
1 Grau incompleto	14	11,6%	81.824	41,6%
1 Grau completo	22	18,2%	26.656	13,5%
2 Grau incompleto	16	13,2%	46.090	23,4%
2 Grau completo	29	24,0%	33.305	16,9%
Superior incompleto	1	0,8%	2.502	1,3%
Superior completo	5	4,1%	1.626	0,8%
Acima de superior completo	0	0,0%	23	0,0%
N/C	33	27,3%	737	0,4%
TOTAL	121	100%	196.747	100%

Fonte: tabela elaborada pelos autores a partir de dados disponíveis no portal *online* do TJSP.

Ainda, em relação às ocupações declaradas pelas pessoas que tiveram seus processos analisados, observou-se uma formação já um pouco mais consolidada e especializada, ainda que a maior concentração observada tenha sido de desempregados, seguida por trabalhadores autônomos, e vendedores/ambulantes, demonstrando alto grau de informalização do trabalho dessa população²².

Existem, portanto, notáveis semelhanças entre o perfil da população submetida ao cárcere no estado de São Paulo e as pessoas que firmaram ANPP em sua capital, ao mesmo tempo em que algumas diferenças importantes podem ser identificadas. O grupo que firmou ANPP é: i) mais feminino que a população no

²² Ajudante (4), ajudante de cozinha (1), ajudante de eletricitista (1), ajudante de motorista (1), ajudante geral (2), aposentado (2), atendente (3), auditor (1), autônomo (11), auxiliar de cozinha (1), auxiliar de lavanderia (1), auxiliar de limpeza (1), auxiliar de serviços gerais (1), auxiliar financeiro (1), balconista (1), bombeiro (1), comerciante (4), corretor (1), costureiro (2), dentista (1), desempregado (12), dona de casa (2), eletricitista (4), empresário (4), encarregado (1), entregador (2), estudante (4), feirante (1), funileiro (1), gerente (2), jardineiro (1), montador (1), *motoboy* (5), motorista (3), músico (1), operador de caixa (1), padeiro (1), pedreiro (1), pizzaiolo (1), porteiro (2), publicitário (2), recepcionista (1), reciclador (1), segurança (1), técnico de processamento de dados (1), vendedor (6), vendedor ambulante (5) e vigilante (1).

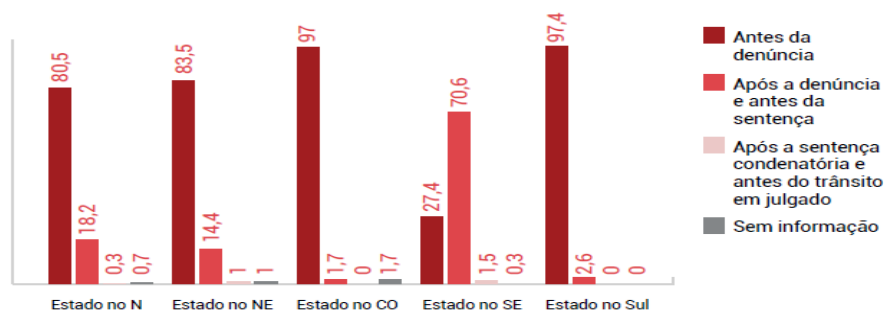
sistema carcerário do estado; ii) mais branco; iii) igualmente solteiro, mas com uniões matrimoniais mais formalizadas; iv) mais jovem; v) mais escolarizado; e vi) com ocupações ainda precarizadas, mas com algum teor de especialização. Tendo isso em vista, faz-se necessário, ainda, compreender as diferenças relacionadas aos delitos e penas aplicados nesses dois âmbitos, com fundamento nas mesmas bases de dados, para determinar de forma mais precisa a dinâmica de sua construção no âmbito das políticas penais brasileiras.

5 Características relevantes da aplicação do ANPP

Primeiramente, necessário indicar que não foi notado um padrão específico de distribuição dos acordos ao longo do tempo, já que a curva de sua variação demonstrou certa irregularidade nos dados encontrados. Ainda em relação à aplicação da alternativa penal propriamente dita, vale destacar que apenas em um dos processos não foi oferecida denúncia antes do oferecimento do acordo: em todos os outros casos, a denúncia precedeu a possibilidade de finalização do processo nos moldes da justiça negocial. Interessante notar que esse dado segue em alguma medida a tendência da aplicação do ANPP na região sudeste, de acordo com o levantamento realizado pelo CNJ acerca do instituto, mas diverge das outras regiões do país, que costumam realizar o acordo antes mesmo do oferecimento da denúncia.

Gráfico 1: Momento em que o acordo ocorreu por estado (percentual)²³

Gráfico 21: Momento em que o acordo ocorreu por estado (percentual)



Em relação ao tempo para o sentenciamento de homologação do acordo, tem-se que a média foi de quatro anos, três meses e 14 dias desde o fato delituoso, com um tempo mínimo de 36 dias e o tempo máximo de 19 anos e nove me-

²³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do Acordo de Não Persecução Penal no Brasil*. Brasília, 2023, p. 110.

ses, com grande variação entre os dados encontrados. Dois outros cruzamentos de dados trouxeram informações de grande importância para a análise, voltados especificamente à tipificação do fato punível e às medidas efetivamente aplicadas aos sujeitos cujos processos foram analisados. A primeira delas diz respeito a um comparativo dos delitos cometidos pelas pessoas que optaram por firmar o acordo de não persecução penal e dos delitos cometidos pelas pessoas em situação de encarceramento no estado de São Paulo.

Tabela 6: Tipificação dos delitos cometidos pelas pessoas que firmaram ANPPs no foro central de São Paulo/SP entre 2020 e 2023

Tipificação do delito	ANPPs	%	Presos	%
Contra a Administração Pública	2	1,6%	353	0,2%
Contra a Dignidade Sexual	0	0,0%	12.755	5,7%
Contra a Paz e a Fé Pública	11	8,7%	3.495	1,6%
Contra a Incolumidade Pública	2	1,6%	0	0,0%
Contra a Propriedade Imaterial	3	2,4%	0	0,0%
Contra a Vida	0	0,0%	25.537	11,4%
Contra as Relações de Consumo	2	1,6%	0	0,0%
Contra o Meio Ambiente	1	0,8%	61	0,0%
Contra o Patrimônio	82	65,1%	96.613	43,1%
Crimes da Lei de Armas	8	6,3%	3.232	1,4%
Crimes da Lei de Drogas	9	7,1%	81.112	36,2%
Crimes de Tortura	0	0,0%	163	0,1%
Crimes do Código de Trânsito	5	4,0%	612	0,3%
Crimes do ECA	1	0,8%	306	0,1%
TOTAL	126	100%	224.239	100%

Fonte: tabela elaborada pelos autores a partir de dados disponíveis no portal *online* do TJSP.

Considerando-se o recorte legal da aplicação do ANPP apenas para delitos sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, as principais distinções encontradas nesse aspecto foram em relação aos crimes contra a vida, ao tráfico de drogas e à proporção de crimes contra o patrimônio selecionados. Nenhum crime contra a vida foi passível de realização de acordo de não persecução, enquanto 11,4% das pessoas presas cometeram essa espécie de delito; e os crimes previstos na lei de drogas representaram apenas 7,1% do total de

casos, enquanto o sistema carcerário tem 36,2% de seus casos referentes a tráfico de drogas e associação para o tráfico. No entanto, o dado que chama ainda mais atenção é a enorme disparidade entre os crimes contra o patrimônio em ambos os contextos: enquanto no sistema carcerário esse número já é o mais alto, de 43,1% – englobando crimes que também envolvem violência, como roubo, latrocínio e extorsão mediante sequestro –, no caso dos ANPPs o valor é ainda mais expressivo, representando quase dois terços do total de acordos firmados (65,1%).

Diante desse cenário, foi necessária a realização de um comparativo específico a respeito das espécies de crimes cometidos por esses dois grupos, a fim de compreender qual o foco específico da oferta e aceitação de acordos de não persecução penal no tocante ao delito (Tabela 7).

Tabela 7: Crimes contra o patrimônio cometidos pelas pessoas que firmaram ANPPs no foro central de São Paulo/SP entre 2020 e 2023

Crimes contra o patrimônio	ANPPs	%	Presos	%
Apropriação indébita	7	8,5%	798	0,8%
Estelionato	6	7,3%	1.400	1,4%
Furto	22	26,8%	28.165	29,2%
Receptação	47	57,3%	4.276	4,4%
Roubo	0	0,0%	54.804	56,7%
Latrocínio	0	0,0%	4.582	4,7%
Extorsão	0	0,0%	2.150	2,2%
Outros	0	0,0%	438	0,5%
TOTAL	82	100%	96.613	100%

Fonte: tabela elaborada pelos autores a partir de dados disponíveis no portal *online* do TJSP.

Furtos simples e qualificados representaram proporções similares nos dois cenários, mas observa-se que o número mais expressivo dos delitos no caso das prisões foi em relação aos roubos (56,7%), enquanto nos ANPPs houve um número significativo de receptações para a qual a alternativa penal foi aplicada (57,3%). Interessante notar, a esse respeito, que a proporção de pessoas presas por delito de receptação é bastante reduzida em relação aos outros delitos patrimoniais, em número inferior até mesmo aos casos de latrocínio. Reforça-se a tese, com esses dados, de que as alternativas penais têm sido usadas como uma ampliação da rede de controle penal para delitos de menor gravidade, não tendo impacto direto na redução do encarceramento, mas na seleção de outro público – com perfil

populacional semelhante e com diferentes delitos praticados – para a aplicação de reações penais.

Ainda, faz-se necessário compreender quais foram as medidas efetivamente aplicadas após a homologação dos ANPPs. No entanto, antes de detalhá-las, importa destacar que quatro das sentenças analisadas não determinaram de forma explícita qual a medida que seria cumprida: nos quatro casos, os sujeitos estavam presos preventivamente. Em três desses quatro casos, simplesmente foi dito que a alternativa (indeterminada) deveria ser aplicada pelo tempo em que já haviam ficado presos; e no outro caso, não houve sequer determinação do tempo de cumprimento. Verifica-se, nesses casos, uma legitimação da prisão preventiva, que passa a ser lida sob a alcinha de cumprimento de alternativa penal por meio do acordo firmado com o Ministério Público. Em síntese, passa-se a chamar a medida prisional de alternativa penal, como se o Poder Judiciário dissesse *fica tudo certo até aqui*, sem uma condenação para além do tempo em que já se manteve preso, mas tampouco sem sua absolvição e declaração do descabimento de sua prisão preventiva.

Das penas que foram efetivamente determinadas no bojo da sentença judicial, foram observadas: multa, perdimento da fiança, prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária, renúncia aos bens/valores apreendidos e ressarcimento à vítima. A enorme parte dos casos foi de aplicação de prestação pecuniária e de perdimento da fiança (uma subespécie da primeira) a casos em que houve denúncia por crimes contra o patrimônio: somados esses casos, representam praticamente 60% do total dos ANPPs analisados. Há, portanto, um caráter altamente atrelado ao âmbito patrimonial na alternativa penal em questão, todavia, ainda pouco atrelada à busca pelo ressarcimento da vítima, que representou apenas sete dos 121 casos levantados.

Tabela 8: Medidas aplicadas de acordo com os crimes cometidos pelas pessoas que firmaram ANPPs no foro central de São Paulo/SP entre 2020 e 2023

Crime	Indeterminada	Multa	Perdimento da fiança	Prestação de serviços à comunidade	Prestação pecuniária	Renúncia aos bens/valores apreendidos	Ressarcimento à vítima
Administração Pública			1		1		
Código de Trânsito			2		3		
ECA					1		
Fé Pública			2		9		
Incolumidade Pública			1		1		
Lei de Armas			1	1	6	1	
Lei de Drogas	3			3	1	1	1
Meio Ambiente					1		
Patrimônio	1	1	25	5	47	2	6
Propriedade Imaterial			2		1		
Relações de Consumo			1		1		

Fonte: tabela elaborada pelos autores a partir de dados disponíveis no portal *online* do TJSP.

Em relação ao perfil populacional, não foram observados recortes tão significativos em relação à medida aplicada a essas pessoas. No entanto, um dado bastante relevante diz respeito à prisão preventiva anterior à aplicação do ANPP. Das oito prestações de serviços à comunidade aplicadas, seis foram acordadas com pessoas que estavam presas preventivamente e apenas duas em liberdade (75-25%). Isso ainda sem contar os quatro casos de penas apontadas como *indeterminadas*, que em realidade foram uma forma de aplicação da própria prisão cautelar como condição de cumprimento do ANPP por pessoas que haviam sido presas preventivamente.

Já das 114 penas com caráter financeiro aplicadas (multa, prestação pecuniária, perdimento da fiança, renúncia aos bens e ressarcimento à vítima), apenas uma pessoa havia estado presa preventivamente e foi solta para o pagamento de prestação pecuniária como forma de cumprimento do ANPP: trata-se de apenas 0,01% dos casos analisados. Há, portanto, uma correlação forte entre a submissão dos acusados à medida cautelar de prisão e a espécie de medida sugerida e aceita no bojo do ANPP, estando o caráter financeiro da medida diretamente atrelado à liberdade do acusado no momento da negociação e da homologação do acordo.

Tabela 9: Prisão preventiva no momento de homologação do ANPP, de acordo com as medidas aplicadas

Prestação de serviços à comunidade/indeterminada		
Preso preventivamente?	Não	Sim
Prestação de serviços à comunidade	2	6
Indeterminada	0	4
TOTAL	2	10
Prestação financeira		
Preso preventivamente?	Não	Sim
Perdimento da fiança	34	0
Prestação pecuniária	67	1
Renúncia aos bens apreendidos	4	0
Multa	1	0
Ressarcimento à vítima	8	0
TOTAL	114	1

Fonte: tabela elaborada pelos autores a partir de dados disponíveis no portal *online* do TJSP.

Finalmente, não foram encontrados fatores de relevância em relação aos recortes de perfil da população que realizou os acordos de não persecução penal em relação às medidas que lhe foram aplicadas, tendo sido mantidas proporções semelhantes aos próprios dados de perfil, ressalvadas as questões atinentes à falta de dados em alguns desses aspectos, já tratadas anteriormente.

6 Considerações finais

Os dados coletados e aqui apresentados demonstram que o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), apesar de ter sido concebido como um mecanismo de eficiência processual para o *descongestionamento* do sistema de justiça criminal, opera dentro das mesmas lógicas de seletividade penal que caracterizam o sistema prisional brasileiro. Os resultados corroboram as críticas já formuladas na literatura criminológica acerca do uso das alternativas penais como instrumentos de ampliação do controle penal, ao invés de efetivas estratégias de desencarceramento.

A pesquisa evidencia que a introdução do ANPP no ordenamento jurídico não representou uma ruptura com o modelo punitivo tradicional, mas antes uma reconfiguração das formas de punição, sem impacto significativo na redução do encarceramento. Ao contrário, verificou-se um processo de monetarização da

resposta penal, e que a aplicação de penas pecuniárias, assim como da prestação de serviços à comunidade e até mesmo a transformação da prisão preventiva em cumprimento antecipado de uma medida alternativa reforçam a lógica gerencialista do sistema penal contemporâneo.

Outro aspecto relevante identificado foi a ausência de critérios objetivos para a aplicação do ANPP, o que resultou em um processo decisório altamente discricionário, marcado por assimetrias no tratamento dos acusados. A seletividade penal, historicamente presente no sistema carcerário brasileiro, mostrou-se também na aplicação dos acordos, com impactos diferenciados conforme o perfil socioeconômico dos envolvidos. A predominância de crimes patrimoniais sem violência entre os delitos passíveis de ANPP, bem como a baixa incidência de acordos em casos relacionados a drogas – mesmo quando tipificados como tráfico privilegiado –, sugere uma operacionalização enviesada que mantém os grupos tradicionalmente mais vulneráveis sob vigilância penal, ainda que por outros meios.

Além disso, as análises revelam que o ANPP não apenas convive com a lógica punitiva tradicional, mas, em alguns casos, legitima práticas questionáveis, como a transformação da prisão preventiva em medida substitutiva do próprio acordo. Essa realidade reforça as críticas de que o instituto, ao ser implementado sem um controle rigoroso de sua aplicação, pode contribuir para a precarização das garantias processuais e a consolidação de uma justiça penal negociada que infringe princípios fundamentais do devido processo legal.

Nesse sentido, o ANPP se insere na matriz de racionalidades penais da modernidade tardia, conforme descrito por Garland, em que o gerencialismo penal se sobrepõe a preocupações com direitos e garantias individuais²⁴. A expansão desse tipo de mecanismo não pode ser dissociada da tendência contemporânea de administração do crime como um problema de eficiência e custo-benefício, reforçando um modelo de justiça que opera mais como um sistema de gestão de populações do que como um instrumento de resolução substantiva dos conflitos penais.

Assim, longe de representar um avanço garantista ou um passo efetivo rumo ao desencarceramento, o ANPP se apresenta como mais uma ferramenta na engrenagem da ampliação do controle penal, ajustando-se aos imperativos de racionalização do sistema, mas sem romper com sua estrutura excludente e seletiva. Os dados analisados reforçam a necessidade de um olhar crítico sobre a implementação de políticas penais que, sob o discurso da eficiência e da celeridade processual, perpetuam dinâmicas punitivas já consolidadas, sem enfrentar as raízes estruturais da seletividade e do hiperencarceramento no Brasil.

24 GARLAND, David. *Op. cit.*

Por outro lado, é preciso reconhecer que o ANPP é uma realidade consolidada no sistema penal brasileiro e segue uma tendência observada em outros países, como os Estados Unidos, onde o *plea bargaining* responde pela grande maioria das resoluções, e na Europa, onde modelos de justiça negocial foram incorporados em países como Alemanha e Itália. Diante desse cenário, torna-se fundamental o desenvolvimento de uma agenda de pesquisa voltada a ampliar a transparência dos acordos efetivamente realizados, permitindo uma avaliação crítica e sistemática de seus impactos. O aprimoramento do ANPP deve ser orientado pela criação de protocolos que assegurem a preservação dos direitos e garantias fundamentais dos acusados, ao mesmo tempo em que possibilitem que o sistema penal seja capaz de lidar com a complexidade dos conflitos criminais. Isso exige um olhar mais atento para a multiplicidade de caminhos possíveis na resolução de infrações penais, evitando que a justiça negocial se transforme exclusivamente em um instrumento de gestão da punição e ampliação do controle penal.

Referências bibliográficas

- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. *Civitas*, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 118, jan.-mar. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/civitas/a/mwXKqHPT9JMKXgJ9JyrJrn/abstract/?lang=pt#>. Último acesso em: 15 nov. 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Fortalecendo vias para as alternativas penais**: um levantamento nacional da aplicação do Acordo de Não Persecução Penal no Brasil. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/lancamento-levantamento-anpp/>. Último acesso em: 15 nov. 2023.
- BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Relatório de Informações Penais – RELIPEN**. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-lanca-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referentes-ao-primeiro-semester-de-2023/relipen/@download/file>. Último acesso em: 15 nov. 2023.
- BRASIL. Ministério da Justiça. **Exposição de motivos nº 14/2019**. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projeto/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm. Último acesso em: 15 nov. 2023.
- CARVALHO, Salo de; ACHUTTI, Daniel. Justiça restaurativa em risco: a crítica criminológica ao modelo judicial brasileiro. **Sequência: Estudos jurídicos e políticos**, Florianópolis, v. 42, n. 87, 2021, p. 1-39. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/55XnwLMzGrRXnFpJGrY4vKQ>. Último acesso em: 15 nov. 2023.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Plea bargaining* no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 27, n. 317, abr./2019, p. 2-5. Disponível em: <http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim317.pdf>. Último acesso em: 15 nov. 2023.
- DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o *plea bargain* brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 27, n. 317, abr./2019, p. 5-7. Disponível em: <http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim317.pdf>. Último acesso em: 15 nov. 2023.
- DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins e BRASIL, Patrícia Cristina (orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo, Atlas, 2013, pp.16-43.
- FLEURY, Daniely Roberta dos Reis; RIBEIRO, Ludmila; OLIVEIRA, Valéria Cristina. O apagamento racial nas estatísticas criminais. In: LIMA, Renato Sérgio de; BARROS, Betina Warmling (ed.). **Estatísticas de segurança pública: produção e uso de dados criminais no Brasil**. São Paulo: Fórum

- Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Disponível em: [https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/09/estatisticas-de-seguranca-publica.pdf]. Último acesso em: 15 nov. 2023.
- GARLAND, David. **La cultura del control**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2012.
- LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminología crítica**. Madrid: Siglo Veintiuno, 2000.
- RIBEIRO, Natália Pimenta; TOLEDO, Yashmin Crispim Baiocchi de Paula e. *Plea bargain à brasileira: A justiça penal negociada do Projeto de Lei Anticrime e o recrudescimento dos resquícios inquisitórios do sistema criminal*. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 27, n. 317, abr./2019, p. 32-34. Disponível em: [http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim317.pdf]. Último acesso em: 15 nov. 2023.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Consulta de julgados de 1º grau**. Disponível em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cjpg/]. Último acesso em: 15 nov. 2023.
- SCHABBACH, Leticia Maria. David Garland e a segurança pública brasileira. **Dilemas**, Rev. Estud. Conflito Controle Soc., Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, 2023, p. 1-25. Disponível em: [https://www.scielo.br/j/dilemas/a/Q3wKRJR9cpQsGNkDxJrwF9B/]. Último acesso em: 15 nov. 2023.
- SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Alternativas penais no Brasil após 1984 e seus efeitos: uma análise a partir de discursos sobre crime e punição. **Contemporânea**, v. 5, n. 1, jan.-jun./2015, p. 69-92. Disponível em: [https://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/view/297]. Último acesso em: 15 nov. 2023.
- SINHORETTO, Jacqueline. Violência, controle do crime e racismo no Brasil contemporâneo. **Novos Olhares Sociais**, Salvador, v. 1, p. 4-20, 2018. Disponível em: [https://www3.ufrb.edu.br/ojs/index.php/novosolharessociais/article/view/451/206]. Último acesso em: 15 nov. 2023.

A INSTIGAÇÃO COMO AUTORIA? MENOS POLÍTICA CRIMINAL, MAIS TEORIA DAS NORMAS

BRUNO DE OLIVEIRA MOURA¹

RESUMO: No Direito Penal português ainda vai preponderando a tese de que a instigação é uma autêntica forma de autoria, diversa mas próxima da autoria mediata. Do ponto de vista dogmático, essa tese encontra respaldo em uma versão alargada da teoria do domínio do facto, que inclui o chamado “domínio da decisão”. O presente trabalho aborda criticamente este modelo, sustentando, a partir de uma ideia forte de autonomia (liberdade) do «eu», que a instigação é um título de participação no facto alheio.

ABSTRACT: In Portuguese Criminal Law still prevails the thesis that instigation is an authentic form of perpetration, different but close to the perpetrator-by-means. From a legal-dogmatic point of view, this thesis is supported by an expanded version of the theory of the domain of the fact, which includes the so-called “domain of decision”. The paper critically addresses this model, arguing, based on a strong idea of citizen autonomy (freedom) of the «Self», that instigation is a title of participation in a someone else’s fact.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; concurso de pessoas; teoria do domínio do facto; autoria; participação; instigação; política criminal; teoria das normas; incumbência.

KEYWORDS: Criminal Law; plurality of offenders; theory of the domain of the fact; perpetration; participation; instigation; criminal policies; norms theory; obligation.

SUMÁRIO: 1 Aproximação; 2 A delimitação do problema à luz do artigo 26.º do Código Penal português; 3 Uma teoria do domínio do facto alargada; 3.1 O argumento histórico-sistemático; 3.2 O argumento do conceito restritivo de autor e do domínio da decisão; 3.3 O argumento do princípio da (auto-)responsabilidade; 3.4 O argumento da exteriorização da vontade; 4 Balanço; Referências bibliográficas.

¹ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona (CUL). Investigador do CEAD Francisco Suárez. ORCID iD 0000-0002-5218-955X. Contacto: bruno.oliveira.moura@ulusofona.pt. O presente artigo é, no essencial, uma versão traduzida do texto (ainda não publicado em espanhol) que serviu de apoio para a minha intervenção, com o título “¿La instigación como autoría? Menos política criminal, más teoría de las normas”, no “I Congreso Ibérico de Derecho Penal: retos del Derecho Penal en el siglo XXI”, realizado em Madrid, na Universidade Rey Juan Carlos, nos dias 6 e 7 de Julho de 2023. Mantém-se a forma e o espírito de conferência, por isso sendo agora acrescentadas algumas notas de rodapé, a maioria delas apenas para que o leitor possa enquadrar a leitura à luz do Direito português, em diálogo com o Direito espanhol. Para o debate sobre o estatuto jurídico-dogmático da instigação no Direito brasileiro é fundamental a obra de Beatriz Corrêa CAMARGO, *A teoria do concurso de pessoas. Uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação*, Madri / São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp. 33 ss.

1 Aproximação

Na última viragem de século já era muito candente, nos planos teórico e prático, a preocupação com a fenómeno da *delinquência organizada*, encarada como um dos grandes desafios do Direito Penal no século XXI. Quer na perspectiva criminológica, quer na perspectiva político-criminal ou, ainda, na perspectiva estritamente jurídico-dogmática. Uma preocupação que, desde então, aparece como um dos tópicos centrais da agenda penal contemporânea.

O 16.º congresso da Associação Internacional de Direito Penal, realizado em 1999, foi inteiramente dedicado àquela temática, tendo ali sido discutido o problema do *concurso de pessoas (comparticipação criminosa)*, em particular a questão de saber se seria suficiente punir como mero participante (instigador ou cúmplice) quem, exercendo o poder de mando em organizações criminosas, ordena ao subalterno a prática de um crime, mas sem chegar a intervir directamente («de própria mão») na sua execução. Antecipava-se, assim, o despontar de uma “nova” dogmática do Direito Penal “referida ao futuro”, superadora da “mera protecção de interesses individuais”, sendo a delinquência organizada precisamente uma “expressão paradigmática” dessa mudança².

Por certo, o problema estava longe de ser uma novidade³. E a urgência de abordá-lo em face de necessidades político-criminais — que se tornariam ainda mais prementes com os atentados terroristas de 11 de Setembro de 2001 (EUA) e 11 de Março de 2004 (Madrid) — fez com que a questão da comparticipação voltasse a ser debatida em 2009, no 18.º congresso daquela mesma associação, especificamente voltado para a tendência de expansão das formas de intervenção delitiva nos crimes dolosos de acção⁴. Espalhava-se a convicção de que as margens de punição a título de autoria deveriam ser alargadas, em sobreposição à participação *stricto sensu*, com destaque para o critério da autoria mediata em virtude do domínio sobre aparatos organizados de poder⁵.

2 Jorge de FIGUEIREDO DIAS, «Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el ‘dominio de la organización’», Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ / Enrique ANARTE BORRALLÓ, *Delincuencia Organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva: Universidad de Huelva, 1999, pp. 99 e 106.

3 Com efeito, não custa recordar os antecedentes históricos do debate alemão, travado logo após a segunda guerra mundial, a propósito do título de imputação mais adequado (autores ou meros instigadores?) às pessoas que, ocupando posições de liderança ou intermediárias no seio da estrutura político-governamental-administrativa do Terceiro Reich, determinaram aos seus subordinados à prática de «crimes de sistema» ou «crimes em massa» durante o regime nacional-socialista. Para um retrato da discussão havida na altura: Claus ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 2022, pp. 271 ss., 611 ss., 761 ss.

4 A respeito dos congressos de Budapeste e Istambul, respectivamente, veja-se a informação disponível em <https://penal.org/en/list-aidpiapl%e2%80%99s-congresses> (acesso em 29.06.2023).

5 Também amplamente debatido na doutrina espanhola, como ilustra a exhaustiva monografia de Eva FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Granada: Editorial Comares, 2006, p. 122 s., 243 s., com detida análise da tendência de relativização do princípio da (auto-)responsabilidade (pp. 20 ss.).

Porém, o redimensionamento das formas de comparticipação no delito não se deu somente através da ampliação da figura da autoria mediata. Um resultado prático semelhante ou equivalente também pôde e tem vindo a ser alcançado, pelo menos no seio do Direito Penal português, através da conversão da instigação em uma outra forma de autoria, distinta mas próxima da autoria mediata. É exactamente essa via alternativa de alongamento do conceito de autor — como a correspondente redução do conceito de partícipe — que pretendo analisar a seguir, mas sem qualquer pretensão de empreender, aqui, um estudo de Direito Penal comparado (luso-espanhol).

2 A delimitação do problema à luz do artigo 26.º do Código Penal português

Não será arriscado dizer que no Direito Penal espanhol permanece pacífico o entendimento de que a instigação (indução) *é*⁶ — ao lado da cumplicidade — uma verdadeira *forma de participação* (em sentido estrito) no facto. E isso apesar da formulação vertida no artigo 28.º, alínea *a*), do Código Penal, onde se lê que “também serão considerados autores” (itálico meu) “os que induzem directamente outro ou outros a executá-lo”⁷.

Algo bem distinto se passa em Portugal, onde continua a existir uma acesa controvérsia sobre a natureza jurídica da instigação, enquanto título de responsabilidade criminal que, nos termos do artigo 26.º do Código Penal⁸, habilita a punição de “quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que

6 Com isso nos movemos no plano estritamente conceitual, categorial ou analítico.

7 Ao invés de muitos: Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona: Editorial Reppertor, 2016, p. 417: “[s]egundo este preceito, «também serão considerados autores: «os que induzem directamente a outro ou outros a executá-lo» (o facto). Castiga-se, portanto, o indutor com a pena do verdadeiro autor, o que não implica que materialmente constitua uma forma de participação, acessória do facto do autor — diversamente do que ocorre com a autoria mediata, que se distingue da indução por pressupor na pessoa de trás uma posição mais importante do que a do indutor em relação ao executor material”. Com um exemplo (p. 410): “[o] indutor a um homicídio não «mata», não realiza o tipo de homicídio, mas apenas o tipo de indução ao homicídio, que consiste em determinar a outrem que «mate»”. Já assim, sob a égide do Direito anterior (art. 14.º, n.º 2, do Código Penal de 1973): Francisco MUÑOZ CONDE, *Teoría geral do delito*, tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 202: “*Instigação*. Citada expressamente no art. 14, n.º 2, como uma forma de autoria, é, na realidade, uma forma típica de participação, ainda que, pela sua natureza qualitativa, o legislador, para efeito de pena, a equipare à autoria”. No mesmo lugar ainda se lê, a propósito da acessoridade quantitativa, que “outra prova de que a instigação ao ato depende do autor principal (instigado) é que, se este não começa a execução do delito (não há sequer ato típico), não se pode punir o instigador, salvo quando o seu comportamento se enquadrar em uma das formas de participação tentada especialmente punível, a provocação”. E conclui (p. 203): “[p]ara isso, é necessário, também, que a instigação seja eficaz, isto é, que tenha valoração suficiente para que o instigado decida cometer o delito e, pelo menos, comece sua execução”. Ainda a propósito da ficção contida na técnica legislativa de «considerar autores» “simplesmente para impor a mesma pena dos autores a sujeitos que, na realidade, não o são”: Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Buenos Aires: B de F, 2006, p. 187. Também à luz do artigo 26.º do Código Penal português não é incomum a interpretação no sentido de que o preceito apenas manda punir (considera punível) “como autor”, sem implicar que o instigador *seja* realmente um autor: Maria da CONCEIÇÃO VALDÁGUA, AA. VV., «Figura central, aliciamento e autoria mediata», *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra: Coimbra Editora, 2021, pp. 918-920 (nota 8).

8 “Artigo 26.º. Autoria. É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”.

haja execução ou começo de execução”. Apesar disso, segundo a concepção ainda maioritária⁹, a instigação não constitui uma modalidade de participação no facto alheio, mas antes uma *autêntica forma de autoria*¹⁰.

A grande voz de defesa e difusão desta leitura tem sido Jorge de Figueiredo Dias. Aliás, em um conhecido livro que celebra a obra de Gonzalo Rodriguez Mourullo, o professor catedrático jubilado da Universidade de Coimbra sintetizou as premissas e as consequências da tese de que o instigador — se bem que no pressuposto de um conceito restritivo de “determinação”, que limita a instigação aos casos de dependência da vontade da pessoa-da-frente em relação à vontade da pessoa-de-trás — carrega uma responsabilidade primária (principal) pelo facto executado pelo instigado e não uma responsabilidade secundária (derivada) por adesão (aderência) ao facto de outrem¹¹. Para ficarmos com um exemplo, basta pensar no cenário do «pacto para matar»:

Querendo a morte de Patrício, Mafalda alicia Rui e recruta os seus serviços: promete-lhe uma contrapartida em dinheiro para que se disponha a tirar a vida daquele. Rui aceita a oferta e cumpre o combinado com Mafalda, matando Patrício.

Além de recuperar e desenvolver a tese do instigador autor na dogmática portuguesa, o pensamento de Jorge de Figueiredo Dias encontrou ressonância

9 Pelo menos na jurisprudência, que continua a trabalhar com a contraposição entre autoria material e autoria moral. Veja-se, entre outros, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13.07.2022 (921/19.7JAPRT. PLS1), disponível em <https://www.dgsi.pt/> (acesso em 29.06.2023). Na doutrina a situação é mais divisiva e a disputa está bastante equilibrada, muito próxima de um «empate técnico». Com referências: Bruno de OLIVEIRA MOURA, *A conduta prévia e a culpa na comparticipação. A distinção entre autoria mediata e instigação, a partir de um conceito restritivo de facto*, Lisboa: Âncora Editora, 2021, pp. 30 ss.

10 Por exemplo, Ana Catarina Martins OLIVEIRA, «Autoria e comparticipação criminosa nos crimes relativos a estupefacientes», CEJ (Org.), *Autoria e Comparticipação - Tráfico de estupefacientes*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, p. 21: “há dois autores (ou mais), portanto, daí que a instigação seja um afloramento de autoria plural”. Também assim, apesar de reconhecer as dificuldades da tese do instigador autor: João Athayde VARELA, *Os limites de punibilidade em sede de autoria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 140 e 404. Contra, ao invés de muitos: Duarte RODRIGUES NUNES, *Curso de Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, Coimbra: Gestlegal, 2021, pp. 617 ss. Deixando a questão em aberto: Sérgio Mascarenhas de ALMEIDA, «Comparticipação criminosa e comportamento organizacional», Teresa PIZARRO BELEZA / Frederico de Lacerda da COSTA PINTO (Coords.), *Comparticipação, pessoas colectivas e responsabilidade*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 344-354: “[c] onsideremos a determinação de outrem à prática do facto. Enquadra-a o Código na autoria por definição? Não. O Art. 26.º diz apenas que aquela determinação tem o desvalor da autoria e, por isso, é tratada como essa. A doutrina ou a jurisprudência que decidam se tal determinação deve ser qualificada ou conceptualizada como instigação, mas com autoria ou noutros termos”. Vendo na quarta proposição do artigo 26.º uma autêntica forma de autoria, mas com um enquadramento dogmático que considera supérfluo o conceito de instigação e propõe a sua abolição enquanto categoria participativa: António Manuel de ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal, imputação objectiva e comparticipação em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 1194 ss., 1207 ss., concluindo — a partir da sua teoria do “domínio-da-não-impossibilidade-do-facto” — que esta interpretação “evita o ‘faz de conta’ de um instigador que se qualifica de participante mas é punido como autor” (p. 1206).

11 Jorge de FIGUEIREDO DIAS, «La instigación como autoría. ¿Un requiem por la “participación” como categoría de la dogmática jurídico-penal portuguesa?», AA. VV., *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid: Civitas, 2005, pp. 353-363.

não só na dogmática espanhola¹², mas também na dogmática alemã¹³, neste último caso por meio de um artigo publicado em lugar igualmente destacado¹⁴, no qual pretendeu reforçar a compatibilidade entre a sua proposta de um conceito de “instigação autoral” e a chamada *teoria do domínio do facto*.

Como é sabido, Gonzalo Rodríguez Mourullo dedicou uma importante parte da sua obra aos temas do *concurso delinquentium*, seguindo a tradicional ideia de que o instigador é um (simples) partícipe no facto de terceiro¹⁵, uma tese que, como já destacado, segue indisputada no quadro normativo do Direito espanhol. Tratando-se de um congresso ibérico, creio que será interessante analisar o contraste entre estas duas posições à luz de um tópico que não deixará de ser, também no século XXI, um desafio para o Direito Penal: o *problema da autonomia (liberdade) do «ser-aí»*¹⁶.

3 Uma teoria do domínio do facto alargada

No quadro do pensamento de Jorge de Figueiredo Dias, compondo aquilo que se poderia chamar de uma *teoria do domínio do facto alargada*, a tese da autoria *sub specie* instigação encontra apoio em quatro diferentes argumentos elaborados à luz do Direito positivo português, os quais passo examinar, ainda que sucintamente.

- 12 Joaquín CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español*, Vol. II, Madrid: Dykinson, 2009, p. 293, sublinhando que, “ao partir de uma regulação como a portuguesa, que também castiga a instigação como autoria”, a tese do autor instigador “explicaria as dificuldades actuais de alguns casos entre autoria mediata e instigação, sempre e quando tenha havido começo de execução”.
- 13 Não obstante constar da lista bibliográfica (alusiva ao período 1962-2022) da última edição da celebrada obra de Claus ROXIN (*supra*, *op. cit.*, p. 933), o trabalho identificado na nota seguinte não aparece referenciado em nenhum outro lugar daquele mesmo livro.
- 14 Jorge de FIGUEIREDO DIAS, «Täterschaftliche Anstiftung. Vereinbarkeit des Konzepts mit der Lehre von der Täterschaft», Georg FREUND, et al. (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Frisch*, Berlin: Duncker & Humblot, 2013, pp. 633 ss.
- 15 Ao convocar uma “diversidade ontológica” entre a instigação enquanto “participação no facto alheio” e a autoria mediata enquanto “realização do facto próprio”, uma distinção crucial para a punibilidade do crime tentado: Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, «El actor mediato en Derecho penal español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 22 (1969), pp. 464 e 465: “no primeiro caso, a existência de uma tentativa punível surge tão somente quando o instigado dá início à execução do facto. Até então, o indutor permanece, como tal, impune em virtude da acessoriedade da participação. Diferentemente, na autoria mediata o início da execução constitutivo da tentativa começa com a actuação sobre o instrumento”. Ali se convoca ainda a tradicional ideia de que a instigação é a *corrupção* de uma pessoa-da-frente *livre*, enquanto a autoria mediata é o *abuso* de uma pessoa-da-frente *não-livre* (p. 474, nota 55). O mencionado critério para aferição do início da execução do facto na autoria mediata tem feito carreira nos tribunais portugueses, bastando aqui referir o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 11/2009, de 21 de julho, que fixa jurisprudência nos cenários de “pacto para matar”, disponível em <https://www.dgsi.pt/> (acesso em 29.06.2023).
- 16 Não se trata de uma liberdade de corte neo-idealista, mas de uma liberdade de matriz onto-antropológica e prático-normativamente vivida: José de FARIA COSTA, *Filosofia do Direito. Livro Primeiro*, Lisboa: Âncora, 2021, pp. 90 ss. Por isso, a autonomia aqui convocada em nada se aproxima da liberdade “cidadã” pressuposta na tese que fundamenta a imputação por instigação em uma acessoriedade *estrita* (que exige a culpabilidade do instigado), sustentada, *v.g.*, por Michael PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, pp. 90 ss., 120 ss., 272 ss.

3.1 O argumento histórico-sistemático

O primeiro deles tem natureza histórico-sistemática, apontando para as representações teóricas que estiveram nas raízes da actual redacção do artigo 26.º do Código Penal. Este preceito tem a sua origem mais remota no projecto de Parte Geral elaborado por Eduardo Correia, reflectindo um *conceito extensivo (causal) de autor* baseado na teoria da *causalidade adequada*, onde a instigação era indiferenciadamente tratada — junto com a autoria mediata ou nesta diluída — como uma mera variante fenomenológica (sem autonomia conceitual) da *autoria moral ou intelectual*¹⁷.

Para Jorge de Figueiredo Dias, o citado artigo 26.º é o fruto de uma transacção ou compromisso entre aquele modelo — que fez escola na doutrina portuguesa até os anos 70 do século passado — e a influência da então nascente teoria do domínio do facto, sem que se tenha colocado em dúvida, na génese da lei, a manutenção do estatuto da instigação — agora separada ou desentranhada da autoria mediata — como uma genuína forma de autoria. O que teria sido confirmado quer pela epígrafe daquele preceito legal (“Autoria”), quer pela segregação, no corpo do artigo 27.^o¹⁸, da figura da cumplicidade¹⁹.

É certo que a tradição portuguesa da comparticipação foi muito marcada pela antiga doutrina da *originação (Urheberschaft)*, famosa — sobretudo na época do chamado *Ius Commune* — por trabalhar com a distinção entre autores materiais (físicos) e autores morais (intelectuais)²⁰. Porém, não se percebe como esta construção pode ser assimilada, sem mais, no bojo da teoria do domínio do facto, ainda que seja uma versão mais alargada desta última. A não ser que o *objecto* do domínio exercido pelo autor já *não* seja o *facto* propriamente dito (penalmente típico), mas alguma outra realidade diversa, que o ultrapassa (antecede). O que nos remete para o próximo argumento.

17 Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, Tomo II, Coimbra: Almedina, 1963, p. 245 ss., 251 ss., 258 ss.

18 “Artigo 27.º. Cumplicidade. 1 - É punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso. 2 - É aplicável ao cúmplice a pena fixada para o autor, especialmente atenuada”.

19 Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Homenage al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (cit.), pp. 347 (nota 13). Mais desenvolvido em IDEM, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 3.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019, pp. 902-904. Ver ainda IDEM / Susana Aires de SOUSA, «Autoria mediata do crime de condução ilegal de veículo automóvel: anotação ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24 de Novembro de 2004», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 3937 (2006), p. 255 (nota 4).

20 Progressivamente, já durante o século XIX, a autoria intelectual foi sendo designada de “instigação” (*Anstiftung*), reconhecendo-se também os casos de instigação meramente aparente, onde a pessoa-da-dianteira aparecia como um simples instrumento (sem culpabilidade) usado pela pessoa-da-retaguarda, de tal modo que o suposto instigador era, na verdade, um originador físico (autor material). Uma situação que, algum tempo depois, passou a ser designada de autoria mediata (*mittelbare Täterschaft*). Para esta evolução histórica: Bruno de OLIVEIRA MOURA, *A conduta prévia e a culpa na comparticipação* (cit.), pp. 100 ss., 106 ss.

3.2 O argumento do conceito restritivo de autor e do domínio da decisão

Um segundo argumento destaca que, por força do princípio da legalidade penal, “nos termos do art. 26.º, autor não é quem *causa* o facto, mas quem o *executa*, directa ou indirectamente: e é isto que corresponde à exigência própria do Estado de Direito de que a punição se vincule e refira à *realização do tipo*”, de tal modo que a autoria se funda na “*realização pessoal de um ilícito típico*”²¹.

De acordo com este “conceito restritivo de autor”²², nos delitos dolosos de acção a autoria abrange não apenas (i) a execução por si próprio (autoria imediata), (ii) a execução por intermédio de outrem (autoria mediata) e (iii) a execução conjunta (coautoria), mas ainda (iv) o acto de determinar outra pessoa a praticar o facto (instigação). A propósito desta última hipótese, Jorge de Figueiredo Dias ensina que o instigador é

“unicamente quem *produz* ou *cria* de forma cabal — podia talvez dizer-se, pedindo ajuda à língua francesa: quem ‘*fabrica de toutes pièces*’ — no executor a *decisão* de atentar contra um certo bem jurídico-penal através da comissão de um *concreto ilícito típico*; se necessário inculcando-lhe a ideia, revelando-lhe a sua possibilidade, as suas vantagens e o seu interesse, ou aproveitando a sua plena disponibilidade e acompanhando de perto e ao pormenor a tomada de *decisão definitiva* pelo executor (...). O instigador possui deste modo — tanto ou mais que, em muitos casos, o autor mediato ou o co-autor — o domínio do facto sob a forma de *domínio da decisão*”²³ (itálicos no original e grifos meus).

Contudo, este conceito restritivo de autor *alargado* envolve uma contradição nos termos. Afinal: o instigado é ou não também um *executor* (indirecto) do facto? A passagem transcrita indica que o único “executor” do facto é o instigado. Ora, se só pode ser autor quem executa o facto e se o instigador não é (também) um executor (indirecto), então não poderá ser autor. Pois imputar, nesta hipótese, a autoria *sub specie* instigação seria abandonar a premissa de que “autor não é quem *causa* o facto, mas quem o *executa*, directa ou indirectamente”.

21 Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *PG (I)*³ (cit.), pp. 891 e 892 (com negritos no original, aqui substituídos por itálicos), concluindo que “correto só pode ser por isso um conceito restritivo de autor segundo o qual a autoria está vinculada ao sentido pessoal do ilícito vazado no tipo e, por aqui, à conduta ilícita típica”. Em moldes idênticos, antes: IDEM, «Legalidade e tipo em Direito Penal», AA. VV., *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 224; IDEM, *Homenage al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (cit.), pp. 346-347.

22 Referências na nota anterior. Também falando na “aceitação de um conceito restritivo de autor” como um dos consensos que resultou do compromisso entre a concepção causal de Eduardo Correia e a teoria do domínio do facto: IDEM / Susana Aires de SOUSA, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 3937 (2006) (cit.), p. 255 (nota 4).

23 Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *PG (I)*³ (cit.), pp. 932-933: eis a “a instigação-determinação e por conseguinte a instigação que é autoria”. Muito similar: IDEM, *Homenage al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (cit.), pp. 352-353. Cf. ainda: IDEM, *Festschrift für Wolfgang Frisch* (cit.), pp. 638-639.

Algo semelhante poderá ser dito sobre a adição do «domínio da decisão» como “quarta forma de domínio do facto”²⁴, diversa dos tradicionais «domínio da acção», «domínio da vontade» e «domínio funcional»: se a decisão “definitiva” está (*ex ante*) nas mãos do instigado enquanto único executor, não se compreende como é que o instigador pode exercer algum domínio sobre essa decisão²⁵. Certamente não será através dos actos (inculcar, revelar, etc.) que ali exemplificam a ressalva “se necessário”, os quais — quando muito — só conseguirão fundamentar uma participação *sub specie* cumplicidade (material ou moral)²⁶, sujeita a uma mol-dura penal menor (art. 27.^o).

As coisas não melhoram se interpretarmos a tese no sentido de que o instigador também é executor. Desde logo porque isso implicaria apagar os limites entre a instigação e a coautoria, entendida esta última como “tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros” (art. 26.^o, terceira proposição). Além disso, tal conceito de autor só seria *restritivo* na comparação com o conceito extensivo extremo característico dos sistemas unitários de autoria, sendo *extensivo* quando cotejado com o conceito restritivo habitualmente utilizado pelos sistemas diferenciadores de autoria e participação. Se o que importa é a *execução* (*realização*) da factualidade típica, do ponto de vista do Estado de Direito e do princípio da legalidade penal só muito dificilmente se poderá dizer que o instigador — ao determinar (dolosamente) outra pessoa a praticar (executar) um facto típico e ilícito (doloso) — também executa (realiza) *este mesmíssimo facto*.

Tanto mais quanto é o próprio legislador que diferencia categorialmente entre a *determinação* propriamente dita e a *execução ou começo de execução* (art. 26.^o, *in fine*): se quem determina outra pessoa à prática “do facto” fosse já um executor *deste facto*, a cláusula “desde que haja execução ou começo de execução” seria redundante, pois a execução “do facto” já teria sido iniciada pelo próprio determinador. Bem vistas as coisas, o que o argumento propõe é a pura e simples *substituição* (*antecipação*) do objecto da imputação a título de autoria. Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias:

24 IDEM / Susana Aires de SOUSA, «“Manda quem pode, obedece quem deve”? Sobre o sentido e os limites da teoria do domínio do facto no contexto empresarial», Alberto SILVA FRANCO, et al. (Coords.), *Quase noventa anos. Homenagem a Ranulfo de Melo Freire*, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 230.

25 Criticamente, apontando que “não se pode falar aqui em domínio da decisão, que — a admitir-se esta modalidade de domínio do facto — existiria, não no instigador, mas no instigado, a quem, repetimos, cabe tomar a decisão final acerca do *como* e do *se* da execução do facto”: Duarte RODRIGUES NUNES, *PG* (cit.), p. 618, onde acrescenta que a tese em estudo não consegue “destrinçar claramente este ‘domínio da decisão’ do ‘domínio da vontade’ (...)”.

26 Ao convocar (*supra*, nota 22) “a instigação-determinação e, por conseguinte, a instigação que é autoria”, o modelo parece sugerir que também há uma instigação (-sem-determinação) que não é autoria. Porém, essa é uma abordagem conceitual e terminológica pouco clara, que (dando um carácter dúplice ou ambivalente à instigação), complica desnecessariamente a sua compreensão. E pouco muda quando se diz que, para designar os actos de “instigação-auxílio moral”, caberá “usar o termo (legal e doutrinalmente descomprometido) de *indução*”. Assim, entretanto: Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *PG* (I)³ (cit.), p. 934 (com negrito no original, aqui substituído pelo itálico); IDEM, *Festschrift für Wolfgang Frisch* (cit.), p. 639 (“*Verleitung*”).

“o instigador surge, então, realmente, como verdadeiro senhor, dono ou dominador, se não do ilícito típico como tal, pelo menos e seguramente da decisão do instigado de cometê-lo; determinação que, desta maneira, integra, seguramente por antecipação, a totalidade dos elementos constitutivos do ilícito típico (...)”²⁷ (itálicos no original e grifos meus).

Entretanto, com isso se perde precisamente a pretendida (íntima) conexão com o tipo legal de crime. Pois, no final das contas, o objecto do domínio do instigador já não é a *execução (realização) do facto* em si mesmo considerado, mas apenas a *decisão (resolução) de executá-lo (realizá-lo)*. Como se tratasse de duas realidades distintas e autónomas. Ora, um Direito Penal do facto não conhece nenhuma diferença entre a execução (realização) do facto e a decisão de executá-lo (realizá-lo)²⁸: na perspectiva dos destinatários das regras de conduta, *a única decisão jurídico-penalmente relevante é o facto propriamente dito, enquanto agressão típica à esfera jurídica de outrem*. No final das contas, o mencionado *conceito restritivo de autor* opera a com um *conceito extensivo de facto*²⁹.

3.3 O argumento do princípio da (auto-)responsabilidade

Um terceiro argumento mobiliza o chamado *princípio da (auto-)responsabilidade*. Na sua formulação mais difundida (estrita)³⁰, essa exigência práctico-normativa implica que a autoria mediata deve ser excluída quando a pessoa-da-frente se comporta de maneira plenamente responsável do ponto de vista jurídico-penal (isto é, com culpabilidade). Ou seja: incide, nesta específica hipótese, uma espécie de *proibição de regresso* (da responsabilidade) à pessoa-de-trás³¹.

27 Referências acima, na nota 22. Seguindo essa formulação: Susana Aires de SOUSA, «A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 15 (2005), p. 355.

28 Contra, recorrendo a esta suposta distinção (entre “decisão criminal” e execução do facto) para sustentar que a instigação não é uma forma de participação *no* delito de outrem, mas um crime independente, diverso do crime instigado: Percy GARCÍA CAVERO, «La instigación al delito: ¿forma de participación o delito autónomo?», Martin BÖSE / Kay H. SCHUMANN / Friedrich TOEPEL (Hrsg.), *Festschrift für Urs Kindhäuser*, Baden-Baden: Nomos, 2019, pp. 137 ss., onde fala em um “delito de instigação ao delito” (p. 134), no qual a execução do facto instigado constitui uma mera condição objectiva de punibilidade do instigador.

29 Mesmo quando o legislador (CP, art. 22.º, n.º 1) define a tentativa a partir da cláusula “praticar actos de execução de um crime que *decidit* cometer” (itálico meu), não se trata de separar entre execução e decisão, mas apenas de enfatizar que o regime da tentativa é incompatível com os delitos negligentes. Sobre tudo isso, com referências: Bruno de OLIVEIRA MOURA, *Conduta prévia e culpa na participação* (cit.), pp. 483 ss., 620 ss. No contexto do debate sobre o chamado “*omnimodo facturus*”: IDEM, «A instigação por omissão», AA. VV., Prof. Doutor Augusto Silva Dias - In Memoriam, Vol. I, Lisboa: AAFDL, 2022, pp. 344 ss.

30 Para as suas diferentes versões (estrita e limitada): Thomas HILLENKAMP / Kai CORNELIUS, 32 *Probleme aus dem Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 15. Aufl., München: Vahlen, 2017, pp. 181 ss. Ainda sobre os distintos alcances daquela categoria criticando a sua utilização como parâmetro (mais ou menos) geral e admitindo a figura do autor-de-trás-do-autor (plenamente responsável): Luís Z., «Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade», IDEM, et al., *Autoria como domínio do facto. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro*, Madri / São Paulo, Marcial Pons, 2014, pp. 205 ss.

31 Sendo certo que não há apenas uma, mas várias teorias da proibição de regresso. Para um panorama: Ricardo ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid: Marcial Pons, 2003, pp. 80 ss., sustentando que a teoria do concurso de pessoas não é uma verdadeira excepção ao princípio da (auto-)

Porém, de acordo com Jorge de Figueiredo Dias, o princípio da (auto-)responsabilidade não opera no campo da instigação. Pois é possível reconhecer, neste âmbito, uma “repartição (duplicação) do domínio do facto relativo ao cometimento do mesmo ilícito típico”³². Essa seria inclusive a solução mais adequada não apenas para os casos de erro sobre o sentido concreto da acção, mas também para a delinquência em aparatos organizados de poder e outras situações semelhantes no contexto da criminalidade empresarial («pessoa sentada no escritório»):

“[n]o plano das realidades psicológicas aceitar-se-á muito bem que também seja compatível com a ‘liberdade’ do agente imediato uma sua actuação num estado de *dependência psicológica* traduzida em que ele execute voluntariamente uma decisão todavia criada ou produzida no seu espírito pelo homem-da-retaguarda. Como no plano da valoração jurídica se compreende e deve aceitar que, em casos tais, a afirmação da plena responsabilidade — da responsabilidade dolosa — do autor imediato seja compatível com a chamada à responsabilidade do verdadeiro ‘senhor’ do facto, isto é, daquele que criou no homem-da-frente a decisão da realização típica”³³ (itálico no original e grifos meus).

Concordo que a instigação seja a figura comparticipativa mais ajustada a todos estes cenários. Todavia, isso não pode significar a afirmação da autoria da pessoa-de-trás. Não há nenhuma razão plausível para derogar o princípio da (auto-)responsabilidade quando alguém subordina livremente a sua vontade à vontade de outrem, mantendo, entretanto, a sua liberdade de actuação no momento decisivo: “ao ser medida pela bitola de um mesmo ordenamento axiológico, uma conduta não pode se mostrar livre e ao mesmo tempo dominada por outrem, ou seja, como não-livre”³⁴. Trata-se de uma questão de formulação do parâmetro que concretiza a exigência de fundo embutida no princípio da (auto-)responsabilidade: a *autonomia do «eu»*.

Na autoria mediata o critério vale *pela negativa*: se a pessoa-da-frente actua de maneira plenamente responsável, realizando um determinado facto típico, ilícito e culpável, a pessoa-de-trás *não pode* ser autor mediato *deste mesmo* facto típico, ilícito e culpável. Diversamente, na instigação o critério vale *pela positiva*: se a pessoa-da-frente actua de maneira plenamente responsável, realizando um facto típico, ilícito e culpável, a pessoa-de-trás *pode* ser instigador *deste mesmo* facto típico,

responsabilidade e que ao mero partícipe também se imputa uma execução conjunta como seu próprio facto (pp. 124 ss., 161 ss., 166 ss., 177 ss.).

32 Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Homenage al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (cit.), p. 355. Detidamente sobre o papel do princípio da (auto-)responsabilidade nesta concepção: IDEM, *Festschrift für Wolfgang Frisch* (cit.), pp. 640 ss.; IDEM / Susana Aires de SOUSA, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 3937 (2006) (cit.), pp. 257 ss.

33 Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *PG* (I)³ (cit.), p. 932. Antes também em IDEM, *Homenage al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (cit.), p. 352. Cf. ainda: IDEM, *Festschrift für Wolfgang Frisch* (cit.), pp. 638-639; IDEM / Susana Aires de SOUSA, *Homenagem a Ramalho de Melo Freire* (cit.), p. 231.

34 Wilhelm GALLAS, «Täterschaft und Teilnahme», *Materialien zur Strafrechtsreform* 1 (1954), p. 134.

ilícito e culpável, mas apenas com base em um fundamento de imputação diverso da autoria, isto é, enquanto partícipe. Também aqui incide *um efeito de bloqueio* da imputação do título de autoria.

No mais, a tese em exame é no mínimo incoerente: emprega uma versão rigorosa do princípio da (auto-)responsabilidade para afastar — em nome do tal conceito restritivo de autor — a possibilidade de um autor-detrás-do-autor (plenamente responsável) na autoria mediata, para praticamente no mesmo fôlego admitir essa possibilidade — ao abrigo de um critério quantitativo-psicologista muito vago para ser dogmaticamente útil e para atender às exigências de certeza e segurança jurídicas no Direito Penal — no âmbito de uma instigação que também é autoria³⁵. Ou seja: deixa entrar pela janela aquilo que havia expulsado pela porta. Portanto, a proibição de regresso — aquilo que o argumento supõe como sendo um princípio sectorial — é, na verdade, um *princípio geral* que incide (pelo menos) sempre que a pessoa-da-frente actue com a liberdade de *motivação* relevante no plano da culpabilidade³⁶. Contra isso não cabe convocar supostas lacunas de punibilidade³⁷ que decorreriam da punição a título de mera participação³⁸, tampouco o “sentimento geral, substancialmente fundado, de que o facto, se é do executor, *não o é menos do instigador*”³⁹.

É certo que um conceito reduzido de instigação baseado na subordinação voluntária do instigado à vontade do instigador até pode explicar a punição deste último com a mesma moldura penal do autor⁴⁰. Contudo, isso não significa que o

35 Criticamente neste ponto, falando em uma “inultrapassável aporia”: António Manuel de ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal, imputação objectiva e comparticipação em Direito Penal* (cit.), pp. 1203-1205, se bem que aceitando (pp. 1084 ss.), a figura do autor-detrás-do-autor (plenamente responsável).

36 Também *pode* haver instigação quando a pessoa-da-frente, embora não actuando de maneira *plenamente* responsável, ainda actua responsávelmente *em alguma medida*, por exemplo, quando se trata de um executor que age apenas sem culpabilidade. Com efeito, em uma versão ainda mais rigorosa («forte»), a proibição de regresso já incide quando a pessoa-da-frente actualiza a sua liberdade de *acção* relevante no plano do injusto penal (isto é, com dolo). Aliás, isso não deixa de ser expressamente reconhecido pelo legislador português, ao punir pelo crime de incitamento ou ajuda ao suicídio (na forma qualificada) — e não como autor mediato de um crime de homicídio através da autolesão do instrumento humano — quem incita o suicídio de um inimputável (CP, art. 135.º, n.º 1 e 2). Sobre tudo isso, com referências: Bruno de OLIVEIRA MOURA, *Conduta prévia e culpa na comparticipação* (cit.), pp. 156 ss., 626 ss.

37 Com esse argumento, entretanto: IDEM, *Festschrift für Wolfgang Frisch* (cit.), p. 641, vendo uma lacuna de punibilidade quando se pune o instigador (que tem a “maior culpa”) a título de mero participante.

38 Ainda mais porque a moldura penal aplicável ao instigador é a mesma prevista para o autor, quer no Direito Penal português, quer no Direito Penal espanhol: em ambos os sistemas, apenas o cúmplice é punido com uma pena especialmente atenuada (CP, art. 27.º; CPE, art. 63).

39 Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Homenage al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (cit.), p. 353. Idêntico em IDEM, *PG (I)*³ (cit.), p. 936. Veja-se também IDEM / Susana Aires de SOUSA, *Homenagem a Ramúlf de Melo Freire* (cit.), p. 230.

40 Convocando o “pacto de injusto” como determinação que cria um domínio sobre a “resolução de cometer o crime” e fundamenta a imputação da participação *sub specie* instigação: Ingeborg PUPPE, «Der objektive Tatbestand der Anstiftung», *Golttdammer's Archiv für Strafrecht*, 131 (1984), pp. 112 ss., onde resume (p. 113): “este domínio do instigado reside em que o agente principal torna a sua decisão de actuar e, com isso, a execução do facto dependentes da continuidade do acordo para o ilícito e, com isso, da vontade do instigador”. Semelhante, mas com uma clara *referência extra-típica*: René BLOX, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 1985, pp. 338-342, mencionado uma dominância sobre a “formação da decisão”, incluindo (na vertente cognitiva ou intelectual) o chamado “domínio do plano”; Andreas HOYER,

instigador seja “o verdadeiro ‘senhor’ do facto” no sentido da doutrina da autoria⁴¹. Por mais intensas e socialmente relevantes que possam ser, as eventuais necessidades político-criminais não alteram as estruturas de imputação que suportam as formas de comparticipação: quem actualiza a sua liberdade no momento da prática de um facto típico e ilícito (doloso) põe um *novo começo* para o juízo de responsabilidade⁴².

Por conseguinte, do ponto de vista de uma teoria das normas centrada no princípio da autonomia do «eu»⁴³, só é autor quem agride ilicitamente a esfera jurídica de outrem⁴⁴. A autoria (culpável ou não) do instigado estabelece uma proibição de regresso à pessoa-de-trás que o instigou. Afinal, o instigador não agride ninguém. Por isso, ele não pode ser responsabilizado no quadro de uma imputação originária e independente, baseada na violação de um dever de evitação concretamente ligado a uma *norma de ilicitude* (regra de conduta) que lhe é dirigida. Quando muito, poderá ser um partícipe no injusto penal alheio⁴⁵.

Na verdade, a instigação convoca uma estrutura de imputação completamente diversa. Em um Estado de liberdades vigora a máxima de que, em geral, os actos preparatórios não gozam de relevância jurídico-criminal: são penalmente atípicos. Por igualdade, a mesma conclusão se impõe quando o acto preparatório é levado a cabo por um terceiro que apenas determina (dolosamente) outra pessoa à prática de um facto típico e ilícito (doloso). Tampouco esta conduta prévia alheia está proibida por uma autêntica norma de ilicitude. Pois nesta hipótese também há

«Anstiftung», Hans-Joachim RUDOLPH, et al. (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I, 7. Aufl., München: Luchterhand, 2000, § 26, nm. 13-14, vendo o “pacto de injusto” como suporte de um “domínio do motivo”. Veja-se ainda infra, nota 42.

41 A respeito da teoria da dependência da vontade da vítima em relação à vontade do instigador, em tom crítico: Beatriz Corrêa CAMARGO, *A teoria do concurso de pessoas* (cit.), pp. 282 ss. Veja-se também António Manuel de ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal, imputação objectiva e comparticipação em Direito Penal* (cit.), pp. 1198 ss.

42 Com referências: Bruno de OLIVEIRA MOURA, *Conduta prévia e culpa na comparticipação* (cit.), pp. 172 ss., 448 ss.

43 Já nessa linha, mas com uma versão «estrita» (ainda «fraca») do princípio da autonomia, conseguindo deslocar pelo menos a figura do “domínio da organização” para os quadros da instigação: Joachim RENZI KOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, pp. 54 ss., 72 ss. Com um versão mais «forte» do princípio da autonomia, chegando a um redimensionamento ainda maior das margens da instigação em detrimento da autoria mediata, se bem que fundando a instigação na dependência da vontade do instigado em relação à vontade do instigador (acima, nota 39) e concluindo que a punição deste último com a mesma moldura penal do autor decorre do exercício de um poder (domínio) não sobre a execução do facto e sim sobre a “realização de fins extratípicos” (*aufseratbestandliche Zweckerwirklichung*), na medida em que o instigador restringe — através da vinculação a um imperativo pragmático — a liberdade existencial do instigado, tornando-o dependente da sua ordem de preferências (escala de «fins» ou concepção de «bem»): Michael KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin: Springer, 1997, pp. 521 ss. Parecido, também a partir de uma versão mais «rigorosa» do princípio da autonomia: Bettina NOLTENIUS, *Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft. Ein Beitrag auf der Grundlage einer personalen Handlungslehre*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003, pp. 115 ss., 139 ss., 256 ss., 288 ss.: o instigador “não possui o domínio sobre a execução do facto em si mesmo, mas o seu poder de acção decorre do facto de que ele estabelece ou explora uma relação de dependência do outro” (pp. 284-285).

44 Fundamental para a elaboração da teoria da autoria como agressão: Diethelm KLESZEWSKI, *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung an einer Straftat*, Universität Hamburg (tese de habilitação), 1998, pp. 102 ss., 151 ss., 249 ss.

45 Bruno de OLIVEIRA MOURA, *Conduta prévia e culpa na comparticipação* (cit.), pp. 177 ss., 518 ss.

um comportamento precedente que, *sem um outro agir autónomo*, não tem nenhuma projecção exterior sobre a esfera jurídica da vítima. Sustentar o contrário é violar o *princípio do Direito Penal do facto*.

Se o destinatário da determinação *fez sua, de modo eficaz para a acção*, a razão de agir oferecida por quem o abordou prescritivamente⁴⁶, este último só pode ser responsabilizado com fundamento na violação de uma *incumbência* (*Obliegenheit*) de não determinar (dolosamente) outra pessoa a praticar um facto típico e ilícito (doloso)⁴⁷. De certo modo, o instigador é um *legislador das más acções*. E o legislador democraticamente legitimado tem um legítimo interesse em calar («cancelar») o seu «concorrente» no campo prévio ao início da realização da factualidade típica.

Mas esse silenciamento não se faz através da emissão de uma norma de comportamento que proíba (sob pena de um juízo de ilicitude) a conduta de determinar, mas apenas com a emissão de uma regra de imputação que comunica ao potencial instigador — oferecendo-lhe, em jeito de imperativo pragmático, uma contra-razão para abster-se de actuar como centro criador de normatividade — que, *se* ele determinar (dolosamente) alguém a praticar um facto (doloso) e *se* essa outra pessoa executar este facto *próprio*, então ele perderá a chance (oportunidade processual) de alegar (invocar, mobilizar), em sua defesa, como argumento judicialmente válido⁴⁸, que não tem nenhuma responsabilidade por este facto *alheio*⁴⁹.

3.4 O argumento da exteriorização da vontade

O último argumento convoca um requisito de *exteriorização* do tal «domínio da decisão». Como visto, o Código Penal português só pune a instigação *se houver execução ou começo de execução* (art. 26.º, *in fine*). Novamente com Jorge de Figueiredo Dias: não se trata de uma cláusula de acessoriedade quantitativa (externa), característica da participação no facto alheio, mas apenas de

46 Esse conceito normativo de determinação abrange não só os cenários de «pacto para o injusto», mas todas as demais hipóteses (não menos vinculativas) onde a pessoa-de-trás faz uso de uma *linguagem prescritiva*, comunicando ao seu destinatário (bastando um pedido nesse sentido) que o facto «deve ser». Também concebendo a instigação como responsabilidade pelas razões operativas do autor, embora com uma fundamentação normológica diversa: Beatriz Corrêa CAMARGO, *A teoria do concurso de pessoas* (cit.), pp. 290 ss., onde sustenta que o instigador viola um dever secundário de respeito à regra de comportamento subjacente ao tipo legal de crime (pp. 199 ss., 208 ss.).

47 Similar, não obstante adoptando um princípio de acessoriedade estrita (supra, nota 15) da comparticipação: Günther JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, pp. 9 ss., 18 ss., 40 ss.

48 Isto é: digno de ser ouvido pelo auditório comunicativo (tribunal) e de surtir os seus normais efeitos persuasivos (desoneração).

49 Detidamente: Bruno de OLIVEIRA MOURA, *A conduta prévia e a culpa na comparticipação* (cit.), pp. 605 ss. *Brevitatis causa*, não posso enfrentar, aqui, as críticas contra uma teoria da participação fundada na violação de uma incumbência. Com objecções: Joachim RENZI KOWSKI, «Teilnahme», Reinhart MAURACH / Heinz ZIPF / Karl-Heinz GÖSEL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band 2, 8. Aufl., Heidelberg: Müller, 2014, cap. 13, § 50, nm. 23 e 24; Ezequiel VACCHELLI, *Intervención delictiva: significado y función del principio de accesoriidad*, Barcelona: Atelier, 2020, pp. 198 ss.

“uma exigência político-criminal unida à ideia de que a pesada dependência psicológica que supõe a verdadeira determinação só pode ser considerada comprovável, relativamente a um agente que, apesar dela, é plenamente responsável, quando conduza à prática pelo instigado de acto(s) que revele(m) e execute(m) — também se poderia dizer: que exteriorize(m) — aquela dependência”⁵⁰ (itálicos no original e grifos meus).

Supostamente, essa conclusão seria reforçada por dois argumentos complementares. Em primeiro lugar, ao contrário que previa o projecto de Parte Geral de 1963, o legislador português acabou preferindo não punir a *tentativa de instigação*. O segundo é um raciocínio comparativo buscado precisamente “ao artigo 28.º do CP espanhol, onde a indução não é verdadeira autoria (ainda que o agente seja, por lei, ‘considerado como autor’), sem que, para sua condenação, se estabeleça a exigência adicional da prática de um acto de execução por parte do induzido”⁵¹.

Estou em desacordo com esta opinião. Porque a exigência do início da execução pelo instigado não reflecte apenas uma escolha “político-criminal” do legislador sobre a possibilidade de estender o *jus puniendi* ao campo prévio dos actos meramente preparatórios do crime, eventualmente recomendada por potenciais necessidades probatórias. Antes disso: a execução pela pessoa-da-frente é um elemento ínsito ao conceito de instigar⁵². Ou seja: em sentido autêntico (técnico-jurídico-dogmático), só há instigação — enquanto título de responsabilidade *secundária* ou *acessória*, dependente da responsabilidade *primária* ou *autónoma* que define a autoria — quando a pessoa-da-frente se comporta como *instigado*, isto é, quando ele “atravessa o Rubicão”⁵³, sendo este o momento exacto no qual converte o (até então) mero determinador em um verdadeiro *instigador*.

Ou seja: a instigação surge se e somente quando o destinatário da determinação assume vinculativamente a razão de agir que lhe foi dada pelo homem-da-reta-guarda, *apropriando-se* dela e *tornando-a* uma razão eficiente para a *sua* acção. Logo, estamos diante de uma *acessoriedade em sentido jurídico* e não de uma *acessoriedade* meramente fáctica (presente na autoria mediata e na coautoria). Como se trata de um aspecto *categorial* (conceitual), a opção *político-criminal* de não punir a tentativa de instigação é irrelevante para a compreensão da estrutura analítica da instigação enquanto tal. Ademais, para ser coerente, a tese em debate teria de

50 Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Homenage al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (cit.), p. 360; IDEM, *Festschrift für Wolfgang Frisch* (cit.), pp. 638-639. Parecido: IDEM, *PG (I)*³ (cit.), pp. 943-944.

51 IDEM, *Homenage al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (cit.), p. 361.

52 Ainda que não o seja do conceito (analiticamente menor) de “determinar”.

53 Bruno de OLIVEIRA MOURA, *Conduta prévia e culpa na participação* (cit.), pp. 441 ss.

caracterizar a execução ou início da execução pelo instigado como uma mera *condição objectiva de punibilidade* do instigador⁵⁴.

Por fim, o argumento de Direito comparado erra completamente o alvo. Afinal, como já destacado, apesar da truncada redacção do artigo 28 do Código Penal espanhol, segue incontroversa na doutrina e na jurisprudência do país vizinho a exigência de uma acessoriedade externa ou quantitativa para a instigação: só há indução propriamente dita quando o destinatário da determinação inicia a execução do *seu* facto, tornando-se, neste instante, um induzido, e fazendo da pessoa-da-reta-guarda um indutor⁵⁵. O que é confirmado pelo artigo 18.º, que admite — nas hipóteses expressamente previstas na Parte Especial — a punição da chamada “provocação”, com a ressalva de que se esta “tiver sido seguida da prática do crime, será punida como indução”.

4 Balanço

É hora de concluir. A funcionalização político-criminal da figura da instigação como título de imputação operatório no contexto da criminalidade organizada contribuiu, em alguma medida, pelo menos no Direito Penal português, para a recuperação e o desenvolvimento da tese de que quem determina (dolosamente) outra pessoa a praticar um facto típico e ilícito (doloso) também é um genuíno autor deste mesmíssimo facto. Espero ter conseguido articular as fragilidades analítico-estruturais desta compreensão à luz de uma teoria das normas centrada em um princípio de autonomia do «outro», reciprocamente fundada na liberdade do «eu»⁵⁶.

Portanto, a responsabilização a título de instigação, entendida como título de participação em sentido estrito, continuará a ser uma importante resposta — ao lado da eventual imputação a título de coautoria, desde que verificados os

54 Como fazem as concepções que procuram fundamentar um ilícito penal próprio, baseado em uma norma de conduta também autónoma, dirigida ao potencial instigador. Veja-se supra, na nota 27, bem como infra, na nota 56.

55 Acima, nota 6. No mais, a caracterização do modelo de concurso de agentes em vigor em um certo sistema jurídico não depende apenas do desenho do regime legal aplicável, mas também da compreensão das estruturas de imputação subjacentes, que devem ser assumidas como referentes de validade prático-normativa da responsabilização criminal.

56 Esta posição está longe de ser pacífica. Com duras críticas: Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*¹¹ (cit.), pp. 779-782, 808-814 e 852-853, convocando a vontade histórica do legislador alemão e apontando sobretudo a indeterminação do conceito de autonomia e o exagero neo-idealista de excluir a autoria mediata quando a pessoa-da-frente é apenas “potencialmente” autónomo (estando *in concreto* privado do uso da sua liberdade), bem como algumas contradições — principalmente a incoerente aceitação, ainda que pontual, da figura do autor-detrás-do-autor (plenamente responsável) — nos resultados alcançados por alguns defensores de versões mais «fortes» do princípio da (auto-)responsabilidade à luz da premissa de que “uma autonomia reduzida ainda é autonomia” (p. 813). Por razões de economia, não posso abordar tais objecções nesta sede. Limito-me a remeter o leitor para aquilo que sustentei em *A conduta prévia e a culpa na comparticipação* (cit.), pp. 385 ss., 626 ss., 639 ss., recusando em termos absolutos — a partir daquela premissa — a possibilidade de um autor-detrás-do-autor, não só quando a pessoa-da-frente é plenamente responsável, mas também quando ela é limitadamente (no plano da ilicitude) responsável, actuando de maneira dolosa.

seus pressupostos — ao fenómeno da criminalidade organizada, em particular nos sistemas jurídicos nos quais o instigador é punido com a mesma moldura penal prevista para o autor. Contudo, desta *consequência* sancionatória não se deve deduzir nenhum argumento para alterar a *natureza* da instigação enquanto forma de responsabilidade acessória: ao contrário do que o texto da última hipótese do artigo 26.º do Código Penal parece sugerir, o Direito português não possui nenhuma “regra que, apesar da autonomia da pessoa-da-frente, autoriza a imputação do facto à pessoa-de-trás”⁵⁷.

Naturalmente, também a temática do *concurso de pessoas* pode ser perspectivada à luz dos mais recentes avanços tecnológicos que lançam novos desafios ao Direito Penal do século XXI. Basta pensar, por exemplo, na possibilidade de utilização de sistemas de inteligência artificial programados com a finalidade de instigar ou auxiliar, em diferentes contextos de acção, comportamentos delitivos de pessoas que tenham contacto com essas ferramentas. Ou ainda na discussão sobre a punição, também a título de participação, seja como cúmplices, seja como instigadores, de pessoas que associam *likes* em publicações em redes sociais.

Sem prejuízo disso e sem negar a importância de outros desafios «pós-modernos» que os meus colegas de painel já abordaram ou vão abordar, creio que um não menos relevante desafio que o Direito Penal do século XXI seguirá enfrentando — por se tratar de uma questão permanente (e, por isso mesmo, sempre actual) para a legitimação do exercício do *jus puniendi* estatal — corresponde a uma tradicional inquietação dos «modernos»: o problema da liberdade do ser-aí.

Não só porque o Direito Penal é um ordenamento de liberdade para a liberdade e porque a liberdade continua a ser um projecto (ainda por cumprir) da modernidade. Mas também porque dessa premissa depende a solução de questões dogmáticas mais específicas, como a justa delimitação entre a autoria (mediata) e a participação (instigação). Esta é uma tarefa urgente em Portugal, onde os desentendimentos teóricos em matéria de participação criminosa levaram a uma infeliz jurisprudência fixada (quase-obrigatória) que, nos casos de «pacto para matar», tem punido como *autor mediato* de um crime de homicídio tentado quem alicia ou recruta alguém para tirar a vida de outrem, ainda que o aliciado não venha a praticar qualquer acto de execução do facto⁵⁸.

57 Diversamente, citando a quarta proposição do artigo 26.º do CP português como exemplo daquele tipo de regra: Joachim RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung* (cit.), p. 91 (nota 165), onde concebe a instigação como um ilícito próprio fundado na violação de norma de conduta (ilicitude) autónoma, sendo o início da execução do facto instigado uma mera condição objectiva de punibilidade do instigador (pp. 123 ss.).

58 Cf. a jurisprudência acima citada, na nota 14. Veja-se também o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24.05.2017 (Processo 1898/09.2JAPRT-A.P2.S1), disponível em <https://www.dgsi.pt/> (acesso em 29.06.2023).

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Sérgio Mascarenhas de, «Comparticipação criminosa e comportamento organizacional», PIZARRO BELEZA, Teresa / COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da (Coords.), *Comparticipação, pessoas colectivas e responsabilidade*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 333-367.
- ALMEIDA COSTA, António Manuel de, *Ilícito pessoal, imputação objectiva e participação em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2014.
- BLOY, René, *Die Beteiligungstypen als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 1985.
- CAMARGO, Beatriz Corrêa, *A teoria do concurso de pessoas. Uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação*, Madri / São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- CONCEIÇÃO VALDÁGUA, Maria da, AA. VV., «Figura central, aliciamento e autoria mediata», *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra: Coimbra Editora, 2021, pp. 917-938.
- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Tomo II, Coimbra: Almedina, 1963.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho Penal Español*, Vol. II, Madrid: Dykinson, 2009.
- FARIA COSTA, José de, *Filosofia do Direito. Livro Primeiro*, Lisboa: Âncora, 2021.
- FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Granada: Editorial Comares, 2006.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, «Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el 'domínio de la organización'», FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / ANARTE BORRALLA, Enrique, *Delincuencia Organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva: Universidad de Huelva, 1999, pp. 99-107.
- —, «La instigación como autoría. ¿Un requiem por la "participación" como categoría de la dogmática jurídico-penal portuguesa?», AA. VV., *Homenage al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid: Civitas, 2005, pp. 343-362.
- —, «Täterschaftliche Anstiftung. Vereinbarkeit des Konzepts mit der Lehre von der Tatherrschaft», FREUND, Georg, et al. (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Frisch*, Berlin: Duncker & Humblot, 2013, pp. 633-649.
- —, «Legalidade e tipo em Direito Penal», AA. VV., *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 213-225.
- —, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 3.^a ed., Coimbra: Gestlegal, 2019.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de / SOUSA, Susana Aires de, «“Manda quem pode, obedece quem deve”? Sobre o sentido e os limites da teoria do domínio do facto no contexto empresarial», SILVA FRANCO, Alberto, et al. (Coords.), *Quase noventa anos. Homenagem a Ranulfo de Melo Freire*, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pp. 222-239.
- — / — —, «Autoria mediata do crime de condução ilegal de veículo automóvel: anotação ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24 de Novembro de 2004», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 3937 (2006), pp. 249-260.
- GALLAS, Wilhelm, «Täterschaft und Teilnahme», *Materialien zur Strafrechtsreform 1* (1954), pp. 121-153.
- GARCÍA CAVERO, Percy, «La instigación al delito: ¿forma de participación o delito autónomo?», BÖSE, Martin / SCHUMANN, Kay H. / TOEPEL, Friedrich (Hrsg.), *Festschrift für Urs Kindhäuser*, Baden-Baden: Nomos, 2019, pp. 131-146.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Buenos Aires: B de F, 2006.
- GRECO, Luís, «Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade», IDEM, et al., *Autoria como domínio do facto. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro*, Madri / São Paulo, Marcial Pons, 2014, pp. 203-214.
- HILLENKAMP, Thomas / CORNELIUS, Kai, 32 *Probleme aus dem Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 15. Aufl., München: Vahlen, 2017.
- HOYER, Andreas, «Anstiftung», RUDOLPHI, Hans-Joachim, et al. (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I, 7. Aufl., München: Luchterhand, 2000, § 26.
- JAKOBS, Günther, *Theorie der Beteiligung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
- KÖHLER, Michael, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin: Springer, 1997.

- KLESZCZEWSKI, Diethelm *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung an einer Straftat*, Universität Hamburg (tese de habilitação), 1998.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona: Editorial Reppertor, 2016.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoria geral do delito*, tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- NOLTENIUS, Bettina, *Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft. Ein Beitrag auf der Grundlage einer personalen Handlungslehre*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003.
- OLIVEIRA, Ana Catarina Martins, «Autoria e participação criminosa nos crimes relativos a estupefacientes», CEJ (Org.), *Autoria e Participação - Tráfico de estupefacientes*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, pp. 13-48.
- OLIVEIRA MOURA, Bruno de, *A conduta prévia e a culpa na participação. A distinção entre autoria mediata e instigação, a partir de um conceito restritivo de facto*, Lisboa: Âncora Editora, 2021.
- —, «A instigação por omissão», AA. VV., *Prof. Doutor Augusto Silva Dias - In Memoriam*, Vol. I, Lisboa: AAFDL, 2022, pp. 321-349.
- PAWLIK, Michael, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- PUPPE, Ingeborg «Der objektive Tatbestand der Anstiftung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 131 (1984), pp. 112 ss
- RENZIKOWSKI, Joachim, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.
- RENZIKOWSKI, Joachim, «Teilnahme», MAURACH, Heinz ZIPF / GÖSSEL, Karl-Heinz, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band 2, 8. Aufl., Heidelberg: Müller, 2014, capítulo 13, § 50, pp. 372-647.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y limites*, Madrid: Marcial Pons, 2003.
- RODRIGUES NUNES, Duarte, *Curso de Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, Coimbra: Gestlegal, 2021.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «El actor mediato en Derecho penal español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 22 (1969), pp. 461-487.
- ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 2022.
- SOUSA, Susana Aires de, «A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 15 (2005), pp. 343-368.
- VACCHELLI, Ezequiel, *Intervención delictiva: significado y función del principio de accesoriedad*, Barcelona: Atelier, 2020.
- VARELA, João Athayde, *Os limites de punibilidade em sede de autoria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

CRIMINALIDAD ESTATAL-CORPORATIVA EN LA INDUSTRIA EXTRACTIVA¹

MARÍA LAURA BÖHM

RESUMEN: El artículo estudia rasgos criminales de proyectos de industrias extractivas en América Latina. El análisis se desarrolla a partir del concepto *criminalidad estatal-corporativa* (CEC), el cual hace referencia a una forma dañina de interacción entre los intereses y prácticas de actores políticos y económicos, y se postula aquí una modalidad específica, la *criminalidad estatal-corporativa relacionada con recursos naturales* (CEC-RRN). Luego de una exposición contextual de la industria extractiva el texto conceptualiza la criminalidad estatal-corporativa, y presenta resumidamente cuatro casos de estudio. El análisis se enfoca en la sistematización de la información relativa a las actividades, interacciones y daños ocasionados en dichos casos; para presentar finalmente características criminológicamente relevantes de la criminalidad estatal-corporativa relacionada con materias primas.

PALABRAS CLAVE: criminalidad estatal-corporativa, industria extractiva, criminología verde, daño social, violencia invisible

SUMARIO: 1 Introducción; 2 Industrias Extractivas en el Siglo Veintiuno; 3 Criminalidad estatal-corporativa; 4 Cuatro Casos de Criminalidad estatal-corporativa relacionada con Materias Primas; 5 Sistematización criminológica de los incidentes, interacciones y daños; 5.1 Acontecimientos; 5.2 Interacción de intereses; 5.3 Daño; 6 Características de la criminalidad estatal-corporativa relacionada con recursos naturales (CEC-RRN); 6.1 Dispersión de actores; 6.2 Complejidad temporal y espacial; 6.3 Glocalidad; 6.4 Interculturalidad Postcolonial; 6.5 Deterioro medioambiental; 6.6 Violencia; 7 Conclusión; Referencias bibliográficas.

1 Introducción

Hace unos años sentí por primera vez la necesidad de conocer más acerca del vínculo entre los intereses económicos del Norte Global (un término que no se utilizaba de forma tan generalizada en aquella época) y la intervención directa en las actividades extractivas en el Sur Global. Desde los reconocidos diamantes de sangre obtenidos en África y vendidos en joyerías europeas de lujo, hasta la tradición antigua de extracción de caucho en Sudamérica por sus propiedades

¹ El artículo fue publicado en español por primera vez en Revista Penal, Nro 54, Julio 2024, pp. 13-32. Traducción de María Camila Sanin Cedeño (abogada de la Universidad de los Andes, y especialista en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario). Revisión y ligera ampliación por la autora. Versión original del texto: Böhm, M.L., 'The State-Corporate Crime of Extractive Industries', en: Goyes, David R. (Ed.): *Green Crime in the Global South. Essays on Southern Green Criminology*, Palgrave Macmillan (<https://doi.org/10.1007/978-3-031-27754-2>), 33-67.

industriales que eran utilizadas en otros contextos, empecé a aprender paulatinamente sobre estos casos y los estudié con entusiasmo. Después de visitar y hablar con miembros de comunidades indígenas, la necesidad de este estudio se volvió más evidente.

La preocupación y la curiosidad se tornaron en una investigación criminológica que se prolonga ya por años, algunos de cuyos resultados más recientes constituyen el tema del presente texto, en el cual comparto los hallazgos del estudio de los rasgos criminales de proyectos de industrias extractivas. Para ello, presento cuatro casos latinoamericanos: *ChevronTexaco* en Ecuador, *Mariana* en Brasil, *Valle de Siria* en Honduras, y *Lote 8* en Guatemala². Para el análisis utilizo el concepto de *criminalidad estatal-corporativa* (CEC, originalmente en inglés, *state-corporate crime - scc*) el cual hace referencia a un tipo de criminalidad que resulta de la interacción entre los intereses de actores políticos y económicos. Esta interacción lleva a un comportamiento que no siempre es criminal pero que de todas formas genera un daño social y medioambiental significativos. En este artículo, entonces, el concepto de CEC es aplicado específicamente a las industrias que extraen materias primas. Es por esto que el fenómeno y herramienta analítica se presenta como *criminalidad estatal-corporativa relacionada con recursos naturales* (CEC- RRN).

Luego de esta introducción el trabajo continúa con una breve exposición contextual de la industria extractiva, una puntual conceptualización sobre la criminalidad estatal-corporativa, y una presentación resumida de los cuatro casos de industrias extractivas mencionados. El análisis luego se desarrolla en dos secciones que se enfocan en (1) la presentación sistemática de la información obtenida respecto de las actividades, interacciones y daños ocasionados en dichos casos; y en (2) las características relevantes de la criminalidad estatal-corporativa relacionada con materias primas. El objetivo del presente trabajo es contribuir al estudio y desarrollo del concepto de CEC con una mirada que integre la perspectiva del Sur Global.

2 Industrias Extractivas en el Siglo Veintiuno

Las industrias extractivas dedicadas a materias primas son aquellas que tienen por actividad principal la exploración, la explotación, el procesamiento y el transporte de “recursos” naturales, considerados como mercancías³.

2 El proyecto *Transnationale Wirtschaftskriminalita't als globales State-Corporate Crime - Rohstoffbeziehungen mit Lateinamerika auf dem kriminologischen Pru'fstand*, trabajo esencial del cual se presentan aquí sintéticamente resultados escogidos, fue evaluado como tesis doctoral por la Facultad de Derecho (Departamento de Derecho Penal y Criminología) de la Ludwig-Maximilians-Universita't Mu'nchen en mayo de 2022, recibiendo en dicha ocasión la calificación *summa cum laude* y el reconocimiento *Fakultätspreis 2022*. La publicación se realizó en la serie *Schriften zur Kriminologie* de Nomos Verlag (Böhm. 2023).

3 Hillebrand, 2016, p. 12 ss.

Es claro que las industrias extractivas de recursos naturales del siglo veintiuno tienen características que dicha industria no tenía hace 500 o incluso 80 años⁴. La demanda de materias primas ha aumentado⁵ y los métodos de minería y las regiones en las que se explora y explota, en algunos casos, también han cambiado⁶. Latinoamérica, por ejemplo, es una región extractiva que sigue siendo igual de popular a como lo era hace 500 años: en aquella época se extraía oro, plata y caucho⁷, mientras que hoy se extrae, entre otros, litio para la fabricación de automóviles eléctricos y de baterías⁸ y aceite de palma para la generación de biodiesel⁹. Además, la incrementada demanda y las nuevas empresas son de América y de Asia¹⁰, y ya no solo de Europa.

Nuevos proyectos en la industria de materias primas a menudo traen consigo ventajas evidentes, no solo para las empresas, sino también para la población. Sin embargo, las consecuencias negativas pueden ser muchas más que las positivas. Aunque los métodos utilizados hoy en día son más amigables y respetuosos con los empleados, se debe considerar que el enorme volumen de extracción, la cantidad de emprendimientos y la agresiva aceleración de varios de los proyectos actuales de minería y otros recursos (hidrocarburos, generación eléctrica), generan un impacto extremadamente negativo que va más allá de la instalación del proyecto. Como se verá, la población local, los lugares aledaños, la flora, la fauna, la tierra, el agua y el aire se ven afectados; también se genera a menudo un profundo daño social, económico e incluso institucional. Algunas formas de desalojo a residentes, el reasentamiento involuntario de comunidades a través de promesas fraudulentas, la abolición de derechos laborales y la financiación de grupos armados involucrados en la comisión de crímenes graves también son prácticas comunes¹¹.

Estas actividades dañinas pueden ser actos de comisión o de omisión y pueden ser legales o ilegales¹². Solo porque se habla de actividades dañinas no quiere decir que estas sean ilegales¹³. Pueden ser completamente legales e igual causar consecuencias nocivas, como el uso de algunos químicos cuestionables para la ex-

4 Peluso & Lund, 2011, p. 669.

5 Bebbington, 2012, p. 8; Rachman, 2016, p. 4.

6 Svampa & Viale, 2014, pp. 171 ss., 299 ss.

7 Galeano, 1984, p. 15 ss., pp. 139-144; IDAMHO 2012, p. 11 ss.

8 Cfr. Gómez Lende, 2017, p. 160 ss.

9 Cfr. Dammert, 2019, p. 53 s.

10 Palacios et al., 2018, p. 12; Rachman, 2016, pp. 4 ss.; Svampa & Viale, 2014, p. 359.

11 Bo'hm, 2016, 2019; Goyes & South, 2016a, 2016b, 2019.

12 Eisenberg & Ko'lb, 2017, §47, nota marginal 4; Fernández Steinko, 2008, 2013; Huisman, 2008; Huisman & van Sliedregt, 2010.

13 Godson, 2003, Huisman, 2008, Huisman & van Sliedregt, 2010, p. 826; Ruggiero, 1996.

tracción de oro¹⁴, como cercar una fábrica y su terreno, lo que impide que las comunidades locales puedan acceder diariamente a las fuentes hídricas¹⁵.

Los actores económicos que llevan a cabo estas actividades son generalmente transnacionales. A menudo perciben y obtienen rédito de la fragilidad o desorden económico, político, institucional, legal y social de las regiones donde se encuentran los recursos, como sucede en gran parte de Latinoamérica; en consecuencia, consideran a estas regiones como áreas económicamente rentables para el desarrollo de sus negocios¹⁶.

Los Estados frecuentemente fallan en la prevención de estas actividades y las graves consecuencias que estas generan. Esta es una afirmación generalizada, pero describe la idea de “complacencia regulatoria (o negligencia)”¹⁷ por parte del Estado y refleja la realidad de muchas regiones que cuentan con recursos en el Sur Global¹⁸. El poder ejecutivo promueve ciertas industrias extractivas, las apoya con impuestos -a menudo en detrimento de la comunidad local- y ofrece a otros países condiciones privilegiadas, sin la imposición de sanciones administrativas a los infractores¹⁹. El Estado y su actividad o negligencia se muestra así como un fenómeno fragmentado, en las formas más diversas, en la que se repite la reticencia en los distintos niveles y ámbitos. La “sub-criminalización”²⁰ es así una versión legal astuta de esta forma difusa de falta de control²¹. En este contexto, las categorías legales formales son inapropiadas para el estudio del problema. Esto es central a la aplicación del concepto de criminalidad estatal-corporativa, el cual se mueve en las zonas grises entre la legalidad y la ilegalidad. La impunidad legal y fáctica se encuentran intrínsecamente relacionadas.

La interacción entre Estado y actores privados explica la actitud a veces apática y a veces de apoyo por parte del Estado. De esta manera, el fenómeno de las “puertas giratorias” (“*revolving doors*”) por ejemplo, explica el permanente intercambio de actores entre ambos espacios, y así la evasión mutua entre actores privados y el Estado²². Pero también explica el conocimiento detallado que tienen las compañías privadas de cómo funciona el gobierno, y facilita el desarrollo de

14 Bundschuh et al., 2012, pp. 18, 23; Pieth, 2019, p. 126.

15 Opel, 2016, pp. 20, 22 s., 47; Sandoval Vinelli, 2018.

16 Bruckmann, 2017; Bussmann, 2010, p. 20.

17 Eisenberg & Ko'lbél, 2017, §47, nota marginal 18.

18 Bebbington, 2012, p. 6; Ezeonu, 2015, p. 99; Svampa & Viale, 2014, pp. 217, 360.

19 Bruckmann, 2017; Gorenstein, 2016, p. 20 ss.; Gudynas, 2015, p. 22; Opel, 2016, p. 187; Raskovsky, 2020, p. 156 ss.; Zabalo, 2008.

20 Barak, 2017, p. 44 s.; Friedrichs, 2006, p. 128; Henry, 1991.

21 Eisenberg & Ko'lbél, 2017, §47, nota al pie 239.

22 Barak, 2016, p. 139; Hoogenboom, 2010, p. 178 f.; Ko'lbél, 2019, p. 265; Michałowski & Kramer, 2006, p. 2; Zaitch & Gutiérrez Gómez, 2015, p. 392 s.

influencia política en el escenario legislativo y de estrategias para prevenir la detección y sanción.

3 Criminalidad estatal-corporativa

El concepto *state-corporate crime*, aquí criminalidad estatal-corporativa, fue introducido por primera vez por *Ronald Kramer* en 1990²³. El problema al que hace referencia es a la intersección socialmente dañina entre los intereses corporativos y los actores estatales. Antes de acuñar el concepto, *Kramer* había investigado sobre el tema junto con *Raymond Michalowski* unos años antes. Allí quedó asentado que la criminalidad estatal-corporativa es sobre “la interacción entre agencias gubernamentales y empresas privadas”²⁴.

La definición dada por *Judy R. Aulette* y *Raymond Michalowski*, quienes revisaron propuestas previas, es la que se adopta en el presente trabajo y es utilizada para las relaciones comerciales vinculadas a la industria extractiva:

La criminalidad estatal-corporativa son actos ilegales o socialmente dañinos que resultan de una interacción mutuamente reforzada entre (1) políticas y/o prácticas que persiguen objetivos de una o más instituciones de gobierno político y (2) políticas y/o prácticas que persiguen objetivos de una o más instituciones de producción y distribución económicas.²⁵

Una contribución fundamental de esta aproximación es que sugiere que cuando se investigan delitos y actos desviados al interior de una compañía, se debe tener en cuenta que ni las grandes empresas ni sus economías pueden crecer, y que sus redes de actividades no se pueden desarrollar a menos de que estén directamente relacionadas con las actividades e intereses del Estado²⁶. Es decir, el crecimiento empresarial avanza de la mano de la mayor o menos aceptación estatal.

Después de años de desarrollo fundamentalmente en países anglosajones, el concepto y su uso entró en una fase de internacionalización en la década de 2010. Por una parte, autores de diferentes regiones se involucraron en la teorización de la conexión entre corporaciones y Estados, y, por otro lado, las preguntas generadas en los estudios iban principalmente dirigidas a la necesidad de trabajar en las interacciones entre actores globales. Esta nueva aproximación rápidamente se enfocó en los problemas y daños medioambientales ocasionados por la criminalidad estatal-corporativa transnacional, generando así mayor desarrollo sobre la

23 Kramer, 1992, 2006.

24 Matthews & Kauzlarich, 2000, p. 282.

25 Aulette & Michalowski, 1993, p. 175; 2006, p. 47.

26 Kramer et al., 2002, p. 266.

perspectiva de daño. Las poblaciones afectadas fueron examinadas más de cerca bajo los lentes de violaciones de derechos humanos y procesos desiguales y efectos de la criminalidad estatal-corporativa desde una perspectiva decolonial de África, Asia, Oceanía y América Latina²⁷.

El enfoque del trabajo de este nuevo periodo viene siendo el daño medioambiental y social - incluyendo la negación de derechos fundamentales²⁸.

Actualmente, el concepto de criminalidad estatal-corporativa parece estar en tránsito hacia una fase de especialización, en la que cada vez más y más tipos específicos de crímenes y áreas son examinados. En el caso de la industria y relaciones económicas vinculadas a recursos naturales y materias primas, pueden encontrarse ya varios trabajos enfocados en el tema²⁹. Sin embargo, parecía no haber todavía una propuesta de estudio sistemático de esta criminalidad especializada. El trabajo aquí propuesto expone resultados en este sentido, obtenidos de un primer intento de análisis sistemático de criterios específicos, y este es el objetivo de la investigación presentada aquí: la aplicación del concepto de criminalidad estatal-corporativa al estudio de las relaciones transnacionales basadas en la extracción de recursos.

4 Cuatro Casos de Criminalidad estatal-corporativa relacionada con Materias Primas

Cuatro casos son presentados brevemente en esta sección para mostrar la diversidad de situaciones y actores que pueden estar involucrados. Todos fueron analizados detalladamente en el proyecto de investigación sobre el que se basa el presente artículo³⁰. Estos casos no son explicados en detalle, sino que son solo resumidos como información situacional y presentación de casos reales para volver más comprensible las partes conceptuales presentadas en las secciones “La sistematización criminológica de incidentes, interacciones y daños” (5.) y “Características de la criminalidad estatal-corporativa relacionada con materias primas” (6.).

Chevron/Texaco en Ecuador: Entre 1964 y 1992, Texaco Inc. (en adelante Chevron/Texaco) en cooperación con la compañía de petróleo del Estado ecuatoriano CEPE (en adelante Petroecuador), exploraron, construyeron y explotaron oleoductos entre Lago Agrio y el puerto de Esmeraldas en la provincia de los Sucum-

27 Bo'hm, 2019; Bran-Guzmán, 2017; Brisman & South, 2018; Brisman et al., 2017; Ezeonu, 2015; Friedrichs & Rothe, 2015; Goyes et al., 2017, 2019, 2022; Middeldorp, 2016b; Torres Wong, 2018; Zaitch & Gutiérrez Gómez, 2015.

28 Cunneen, 2015; Cunneen & Tauri, 2017, pp. 433 ss.; Stańczak, 2017, p. 235; Torres Wong, 2018.

29 Ezeonu, 2015, 2018; Torres Wong, 2018; Zaitch & Gutiérrez Gómez, 2015.

30 Cfr. Böhm 2023. Desde la perspectiva de violencia invisible y para explicar la propuesta criminológica de “Criminalidad del Maldesarrollo” (“Crime of Maldevelopment”) los casos de Chevron/Texaco, Valle de Siria y Lote 8 ya fueron -junto con otros cinco casos- analizados detalladamente en Bo'hm (2019).

bíos de Ecuador. La extracción de petróleo fue realizada mediante tecnología de baja calidad, a pesar de que en ese momento Texaco contaba con tecnología más avanzada que de hecho empleaba en los Estados Unidos. Los métodos escogidos por la empresa para Ecuador significaban utilizar estructuras imperfectas para el transporte y procesamiento del crudo de petróleo y para el almacenamiento de desechos, dejando el agua y la tierra de la selva infiltrada con sustancias tóxicas. Las consecuencias del proyecto de producción de petróleo se pueden resumir en: serio daño medioambiental, enfermedades degenerativas con una incidencia particular de cáncer, e impedimentos económicos, sociales y culturales en las condiciones de vida de la comunidad local³¹.

Mariana en Brasil: El 5 de noviembre de 2015, el vertedero minero de Dam Fundão de Samarco Mineração S.A. (empresa mixta de capital brasileiro y anglo-australiano) colapsó. Entre 50 y 60 millones de metros cúbicos de desechos tóxicos empantanaron el valle de Santarém (Minas Gerais). La ola de lodo tóxico inundó la cuenca del río Gualaxo do Norte y destruyó completamente el pueblo de Bento Rodrigues. Después de alcanzar el río Do Carmo la avalancha de lodo se tardó tres horas en alcanzar el río Doce, desde donde tardó otras dos semanas para viajar 680 km hasta el Océano Atlántico, donde se dispersó. La inapropiada administración y supervisión del vertedero minero resultó en la muerte de 19 personas, en el deterioro de salud de comunidades enteras, en un daño ambiental serio e impactos negativos sobre la flora y la fauna, al igual que en pérdidas sociales, culturales y económicas, y por último, pero no menos relevante, en la eliminación completa de una comunidad entera³².

Valle de Siria en Honduras: Valle de Siria (Francisco Morazán, Honduras) está ubicado en una zona exclusivamente agrícola conocida tanto por su escasez de agua superficial como por la pobreza extrema en la que viven sus habitantes. En 1995, estalló allí la fiebre del oro, atrayendo la atención de los mercados internacionales e incrementando el interés por la región. En este contexto, los trabajos de exploración comenzaron en 1995 y luego la explotación a cielo abierto de yacimientos de oro inició entre 2000 y 2007 por Mar West Resources, luego Goldcorp (Canadá) a través de su subsidiaria en Honduras, Entre Mares. Las actividades de minería cesaron en 2008 sin un programa apropiado de desactivación minera. Dentro de los daños causados por el proyecto se encuentran el desplazamiento de comunidades, la contaminación del agua y de la tierra, la afectación a la flora

31 Las principales fuentes de este breve resumen son Kimerling (1991, 1994, 2006), Donziger et al. (2010), and Ortiz (2011). Para más información y fuentes, en detalles, véase Böhm (2019).

32 Las fuentes principales de este breve resumen son Russau (2016), Galindo de Fonseca/ Galindo de Fonseca (2016), Brasil/Pires (2017), y Da Silva et al. (2017). Para mayor información y detalle sobre las fuentes ver Böhm (2019).

y la fauna, y la emergencia de diversas enfermedades severas, algunas de ellas mortales³³.

Lote 8 en Guatemala: En 2006 y 2007, la Compañía Guatemalteca de Níquel (CGN) forzó a las comunidades Q'eqchi' a reubicarse de las comunas de Panzós (distrito de Alta Verapaz) y de El Estor (distrito de Izabal) al valle de Polochic para que pudieran llevarse a cabo actividades de minería. En este contexto, por lo menos 11 mujeres de la comunidad Q'eqchi' provenientes de Lote 8 (El Estor) fueron violadas por miembros de fuerzas de seguridad pública y privada. Las mujeres solo denunciaron las violaciones después del homicidio del profesor y líder comunitario indígena Adolfo Ich Chaman. Este asesinato también ocurrió en el contexto de maniobras expansionistas de la compañía en la región. CGN era en aquel momento subsidiaria de la compañía minera transnacional Skye Resources, la cual fue adquirida por HudBay Minerals en 2008, asumiendo la responsabilidad legal por Skye, cuya sede principal se encuentra en Toronto³⁴.

5 Sistematización criminológica de los incidentes, interacciones y daños

5.1 Acontecimientos

Para el análisis de los casos y sus acontecimientos salientes, la recolección de los datos fue guiada por las siguientes preguntas: ¿Dónde y cuándo ocurrieron estos eventos?, ¿Quién estuvo involucrado? ¿Qué tan desviados fueron los actos? La información se ha clasificado de acuerdo al lugar y momento del evento, la función o posición de poder de los perpetradores y los actores involucrados, y la intensidad de la desviación. De acuerdo con cada criterio surgieron varias posibilidades. Los resultados se resumen en la Tabla 1 y son explicados en este apartado.

Tabla 1. Sistematización analítica de los eventos tomando como ejemplo los casos *Chevron/Texaco, Mariana, Valle de Siria, y Lote 8*

A. Ubicación de los eventos	1. En el lugar de extracción de la materia prima 2. En el área de extracción de la materia prima 3. En la compañía o salas/reuniones oficiales en el país de extracción 4. En otro lugar dentro del país de extracción 5. En la compañía o salas y reuniones oficiales en el país adquirente
-----------------------------	--

33 Las fuentes principales de este breve resumen son Middeldorp (2016a, 2016b), IDAMHO (2012), Trucchi (2014), Torres Funes (2016), y Cáliz (2017). Para más información y detalle sobre las fuentes ver Böhm (2019).

34 Las fuentes principales de este breve resumen son Méndez Gutiérrez (2013), Ramírez Parra (2014), y Alonso (2020). Más detalles sobre la fusión corporativa en Crystal *et al.* (2014, p. 6 ss.). Para más información y detalle sobre las fuentes ver Böhm (2019).

B. Momento de los eventos	1. Antes de la extracción del recurso natural 2. Durante la extracción del recurso natural 3. Después de la extracción del recurso natural
C. Función/posición de los perpetradores o los actores involucrados	1. Miembros de las compañías extractivas en el país de extracción 2. Miembros de las compañías extractivas en el país adquirente 3. Actores estatales del país de extracción 4. Actores estatales del país adquirente 5. Otros actores del país de extracción 6. Otros actores del país adquirente
D. Intensidad de la desviación	1. Ligeramente desviado 2. Medianamente desviado 3. Significativamente desviado

Al ordenar el *lugar* de los eventos criminológicamente relevantes relacionados con la extracción de materias primas ocurrieron de manera muy específica en el lugar de extracción (1) y también en una zona más amplia cuando tuvieron lugar en las inmediaciones de la producción minera o petrolera (2). Sin embargo, las acciones no solo ocurrieron en medio de la naturaleza o cerca de las instalaciones, sino también en espacios urbanos cerrados de las autoridades estatales y compañías cuando se tomaban decisiones (3). Los eventos también ocurrieron en otras zonas en el país de extracción, incluso si no fueron directamente realizadas por actores económicos y/o políticos- sino por fuerzas de seguridad contratadas, por ejemplo (4). En las salas de empresa, oficiales o de reuniones en los países adquirentes³⁵, es decir, donde se encontraba la casa matriz, también se han tomado decisiones clave por parte de la empresa o de los actores políticos, que deben ser consideradas como parte de los eventos (5).

Si se considera el criterio del *tiempo* de ocurrencia, tanto antes (6), durante (7) como después (8) de la extracción de los recursos en cuestión, se realizaron acciones y omisiones que también deben entenderse como parte de la relevancia criminológica general de los hechos. Siempre hubo una fase de preparación, luego las actividades mismas y después las posibles reacciones, las que también fueron consecuencias de las interacciones realizadas y las cuales tuvieron efectos de mayor duración.

Dependiendo de la *función o posición de los perpetradores o de los actores*, por su parte, es interesante notar que un gran número de actores estuvieron involucrados en los eventos. Miembros de las compañías extractivas en el país de extracción estuvieron directamente involucrados (9), de forma un poco más indirecta (o en

³⁵ El término "país adquirente" es utilizado aquí en forma cercana al de "país industrializado", ya que hace referencia a los países involucrados en cada caso en la importación de materias primas para su uso en actividades industriales y desarrollos tecnológicos. En este sentido China, India y Brasil son en muchos casos países industrializados en interacción con países de extracción u origen de los recursos en cuestión.

realidad de manera más invisible) participaron también miembros de la compañía que operaba desde el país adquirente, quienes por razones organizacionales eran usualmente quienes tomaban las decisiones (10). Los actores estatales en el país de extracción también mostraron estar directamente involucrados y promulgaron políticas, decisiones y directivas (11), mientras que los actores estatales en el país adquirente participaron más en la redacción de políticas económicas desde la lejanía- aunque también hubo casos de interferencia directa en procesos legislativos del país de origen (12). Otros actores, tanto en el país de origen (13) como en el país adquirente (14) también estuvieron involucrados en los eventos y sus acciones también deben considerarse relevantes para el desarrollo de los eventos desde una perspectiva criminológica.

En cuanto a la *intensidad de la desviación*, se advierte que no todos los eventos fueron igual de “serios” en cuanto a la violación de derechos ni de derechos humanos. No obstante, se ha demostrado que, en conjunto, los eventos individuales tenían mucho poder para causar daño. Aparentemente un comportamiento menos desviado³⁶, en el sentido de simples discrepancias en el llenado de formularios o errores de auditoría (15), ha conllevado a actos de desviación moderados. Algunos de estos fueron al mismo tiempo acciones que debieron haber sido consideradas como infracciones y delitos leves (16) y que a su vez dieron paso para que ocurrieran los eventos significativamente desviados que pueden ser clasificados lisa y llanamente como delitos graves considerables como criminales (17).

En cada caso, la modalidad de combinación del lugar, el momento, la función o la posición de los perpetradores y la desviación de las acciones fueron, por supuesto, variadas. Esto dependió en mayor medida del tipo de interacciones que promovían los intereses de los distintos actores (corporativos, políticos y de otros ámbitos).

5.2 Interacción de intereses

Los casos bajo estudio mostraron una interacción mutuamente reforzada entre políticas y prácticas para alcanzar los objetivos de instituciones políticas de una parte, y las políticas y prácticas de instituciones económicas de producción y distribución, de la otra. Este vínculo es la interacción ya descrita en el concepto de criminalidad estatal-corporativa de *Aulette y Michalowski*³⁷. Las interacciones de este tipo se pueden ver desde varias perspectivas. La Tabla 2. muestra la sistematización de los hallazgos.

³⁶ Se entiende por comportamientos desviados a aquellos que se desvían de la norma social, y, en algunos casos, son incluso comportamientos que violan la ley.

³⁷ Aulette & Michalowski, 1993.

Tabla 2. Sistematización analítica de las interacciones de intereses tomando como ejemplo los casos *Chevron/Texaco*, *Mariana*, *Valle de Siria*, y *Lote 8*

A. Interés político institucional de parte del país de extracción y del país adquirente	1. Necesidad 2. Tradición histórica 3. Oportunidad de desarrollo
B. Interés económico institucional de parte de la compañía extractiva y de otras compañías	1. Necesidad 2. Oportunismo del ciclo económico 3. Comportamiento económico común en la industria extractiva
C. (Des)Equilibrio de negociación en las interacciones	1. Entre el país adquirente y el país de extracción 2. Entre el país de extracción y la compañía extractiva 3. Entre el país de extracción y la población local 4. Entre la compañía extractiva y la población local 5. Entre la población local y otros actores sociales

Con base en el *interés político institucional por parte del país de extracción y del país adquirente*, se puede observar que el país de extracción o país origen ha considerado reiteradamente la necesidad de promoción y aprobación de proyectos (1). El interés de algunos actores ha demostrado ser la continuidad de una tradición histórica entre materias primas y países industrializados (2). En todos los casos, los proyectos fueron repetidamente justificados por medio de una política de desarrollo que fue planteada como un objetivo de los gobiernos en el país de origen y apoyada por los países industrializados adquirentes (3). Sin embargo, se podría cuestionar hasta qué punto la necesidad de desarrollo declarada por los actores estatales puede ser realmente promocionada por medio de estos proyectos en los casos específicos. En segundo lugar, también se podría cuestionar si la industria extractiva puede ser considerada como un motor de desarrollo. Más allá de estas preguntas (que retomaremos parcialmente en apartados posteriores), sin embargo, se evidenció sin duda que, en los casos examinados, el desarrollo prometido no fue materializado- al menos no gracias a estos proyectos y mucho menos en beneficio de la población local impactada.

El propósito de ganancia financiera pertenece a la naturaleza de una empresa comercial. Es decir, se puede evidenciar en todos los casos que el interés económico general por parte de las compañías *Chevron/Texaco*, *Samarco*, *Goldcorp*, y *HudbaySkye* ha sido lo que ha motivado sus acciones y actividades respectivas.

Además, los intereses específicos y las correspondientes formas de comunicación siempre han estado presentes en todas las interacciones que dieron forma a las interrelaciones llevadas adelante.

Actuar por necesidad es diferente a actuar por avaricia, y también es diferente a actuar por hábito. En el estudio general, brevemente presentado en este capítulo, se rastrearon los rasgos de estos intereses y se ha observado que las formas de interacción varían dependiendo de los intereses. Según el *interés institucional de*

las empresas, en el estudio se identificaron dos de estas tres modalidades de interés específico.

La categoría de necesidad, la cual se ubica en primer lugar en la Tabla 2. se tuvo en cuenta en la recolección de los datos a pesar de la improbabilidad de su ocurrencia (4). Es posible que las compañías examinadas hubieran iniciado los proyectos correspondientes por necesidad, o que los proyectos tuvieron que desarrollarse de esa forma tan dañina porque no había otra alternativa. Es decir, en el momento de relevar y analizar los datos se consideró esta posibilidad, esto es, el que hubiera necesidad de adquisición en los términos dados por parte de la compañía. No obstante, en ninguno de los casos hubo indicadores de que el proyecto se hubiera desarrollado de esa manera porque era necesario o porque la compañía no tenía disponible otra opción. Por el contrario, fueron otras dos categorías de intereses específicos las que se reflejaron en la participación y comportamiento corporativo.

El oportunismo económico fue evidente en todos los casos (5) y siempre estuvo asociado con interacciones extremadamente desequilibradas. Los países de origen de los recursos habían asegurado a las compañías condiciones muy favorables para sus negocios y casi ningún control por parte del estado sobre sus actividades. Esto ocurrió en el contexto de crisis económicas nacionales, alta demanda transnacional, conflictos internos, o bajo gobiernos ilegítimos; y todo esto significó para las compañías la perspectiva de negocios fáciles y altamente rentables- incluso mediante la realización de actividades desviadas e incluso delictivas. En la mesa de negociación y las interacciones, frecuentemente las compañías se mostraron superiores y mejor armadas en recursos que los Estados contraparte.

Además de las oportunidades económicas que la situación económica social e institucional podía ofrecer, la industria extractiva también moldeó los intereses y, por lo tanto, las formas de interacción por parte de las empresas en base al comportamiento económico común de este rubro industrial (6). Las grandes compañías usualmente están sujetas a menos controles que las pequeñas. Sus procesos organizacionales y tecnológicos de gran complejidad son casi imperceptibles ante terceros y suelen ser en principio bienvenidos por la población, por lo que son aceptados sin resistencia. Estas circunstancias fueron consideradas normales por las compañías en sus interacciones. La regla era que las prácticas sociales aceptables y exigidas comúnmente y seguidas por la compañía en su propio país (casa matriz) eran desatendidas por las corporaciones, consideradas de menor importante y no vinculantes a la hora de operar en el extranjero, en un país proveedor de materia prima y recursos naturales.

De esta manera, diferentes *niveles de desequilibrio* pueden ser considerados en las negociaciones. El criterio de negociación (des)equilibrada no existe en la

formulación original del concepto de criminalidad estatal-corporativa. Sin embargo, la recolección de los datos ha mostrado un desequilibrio constante en las interacciones, lo cual debe ser entendido en término de la *glocalidad* (“*glocality*”) (se retoma esta idea en el apartado “Glocalidad”, 6.3) y de las diferentes posiciones de poder de los sujetos involucrados. Las interacciones entre los países de origen de las compañías y los países anfitriones son altamente desiguales y esto se remonta a las posiciones de poder geopolítico que estos Estados tienen en la economía y la política mundial: Ecuador, Brasil, Honduras y Guatemala no pertenecen a la esfera de poder del Norte Global como sí lo hacen Estados Unidos, Gran Bretaña, Alemania, Canadá o incluso Australia (7).

Las interacciones entre autoridades del país de extracción y las compañías extractivas también son desequilibradas, y esto está directamente relacionado con la naturaleza de los intereses (8). El impulso del fortalecimiento económico corporativo tiene repercusiones incluso inmediatas en términos de transformación en las estructuras institucionales del país de extracción.

Las interacciones entre el Estado y su propia población fueron incluso aún más desbalanceadas, ya que dicha población normalmente estaba compuesta por comunidades marginadas como indígenas, población rural, o en situación de pobreza, y simplemente no se encontraban bajo la protección del Estado ni mucho menos contaban con su apoyo.

Debido a esta desatención estatal, era de esperarse que ocurrieran interacciones altamente discriminatorias y desequilibradas entre las empresas y las comunidades locales. Sin supervisión del gobierno y con una falta de poder relativa, la población local se ha encontrado desamparada y expuesta a las compañías. Las discusiones y negociaciones no se realizaron en condiciones de igualdad en términos legales, ni económicos, ni mucho menos en términos culturales (10).

En relación con las modalidades de interacción entre la población afectada, por un lado, y otros actores y sectores sociales, se llegó a dos resultados destacables. De una parte, hay una clara empatía y apoyo por parte de actores sociales comprometidos con causas colectivas, aunque estos actores no se vean directamente afectados (por ejemplo, organizaciones civiles, ONGs y universidades). Por otra parte, una actitud más identificada con los intereses y lineamientos culturales transmitidos por las empresas transnacionales explica la indiferencia de un gran sector de la población respecto de las comunidades afectadas (11).

Los resultados demuestran que, en los casos analizados, este tipo de proyectos extractivos y su implementación fueron posibles gracias a las interacciones de los intereses entre actores políticos y económicos. Esto es típico en la criminalidad estatal-corporativa. Por un lado, la interacción de los intereses se concretó en los

eventos desviados estudiados antes; por el otro lado, generaron un grave daño social- el cual se presenta a continuación.

5.3 Daño

Para el estudio del daño, se organizó la información recolectada y los datos de los casos que informan los impactos negativos de las industrias extractivas de acuerdo a tres criterios: por área de impacto, por magnitud del impacto, y por la duración del impacto. La tabla 2.3 muestra la sistematización propuesta, que luego es explicada con mayor detalle.

Tabla 3. Sistematización analítica del daño usando los ejemplos de los casos *Chevron/Texaco, Mariana, Valle de Siria, y Lote 8*

A. Área del impacto	1. Medio ambiente y vida no humana 2. Vida y salud humana 3. Integridad física y psicológica 4. Economía y sociedad 5. Cultura e identidad
B. Magnitud del impacto	1. Individual 2. Intercomunitario 3. Extra comunitario 4. Nacional 5. Transnacional 6. Global
C. Duración del impacto	1. Corto plazo 2. Mediano plazo 3. Largo plazo

Según el criterio *área de impacto*, el daño se clasifica en las diferentes áreas de vida o espacios vitales que sufren las consecuencias serias derivadas de las interacciones de actores políticos y corporativos con las materias primas. Sin embargo, es imposible delimitar claramente el impacto ya que su real magnitud puede no ser visible hasta dentro de muchos años en el futuro. La primera de estas áreas de impacto que son consideradas bajo este criterio es el impacto en el medio ambiente y en la vida no humana (1). Esta categoría de daño se coloca al inicio porque el daño medio ambiental trae consigo enfermedades y la muerte de animales y seres humanos junto con el desmembramiento y el desplazamiento de las comunidades. El impacto en la vida y salud humana es considerado en segundo lugar, y en él no solo se incluye la muerte sino también procesos de enfermedades de larga duración (2); además, también se considera el impacto en la integridad física y psicológica, el cual es normalmente causado por eventos abruptos y traumáticos no es la salud en su totalidad la que se afecta de manera profunda y duradera, sino algunas partes del cuerpo (por ejemplo, alergias de piel y lesiones físicas) o impedimentos psicológicos más o menos persistentes (por ejemplo, depresión) (3). Otras dos categorías involucran daños más colectivos, incluyendo el funciona-

miento de la economía y la sociedad (4) y las consecuencias más profundas para la cultura e identidad de los pueblos (5).

De acuerdo con el criterio de *magnitud del impacto*, el daño también es considerado cuantitativa y geográficamente, esto es según el alcance del impacto. Seis categorías fueron examinadas, pero solo tres de ellas mostraron realmente una conexión entre los datos y el daño: el daño de los individuos (6) y el daño intracomunitario- es decir dentro de las comunidades directamente afectadas, las cuales son comunidades locales que están directamente en o dentro del área de operación extractiva (7)- son muy visibles. Los datos también evidencian un daño extracomunitario extendido más allá del área inmediata, como en las áreas provinciales o regionales- sin expandirse al territorio a nivel nacional (8). No se pudo evidenciar daño a nivel nacional (9), transnacional (10), o global (11), confirmando nuevamente los resultados de trabajos previos en cuanto a que la criminalidad estatal-corporativa relacionada con la industria extractiva está asociada con intereses globales y transnacionales, pero sus consecuencias negativas se presentan y sostienen fundamentalmente a nivel local.

Por último, las consecuencias fueron sistematizadas de acuerdo con la *duración del impacto*, es decir, la perspectiva temporal es la que guía este recorte de análisis. Estos son: el daño a corto plazo, que ocurre de inmediato (12), daño a mediano plazo, que se desarrolla dentro de los años siguientes- hasta los diez años (13), y daño a largo plazo que dura por muchos años- más de los diez años (14). En cuanto a la duración del impacto, se ha prestado aquí especial atención a la problemática y afectaciones de la contaminación. Esta pone de manifiesto un retardo de tiempo significativo en la posibilidad de determinación del daño potencial. En el caso del arsénio, por ejemplo, esto es claro:

Dado que las propiedades organolépticas del agua mezclada con arsénico no son particularmente objetables, es decir, no tiene color, olor ni sabor, las personas usan el agua sin prestar atención a los posibles efectos. Por lo tanto, las consecuencias tóxicas solo se notan mucho más tarde. Los síntomas pueden aparecer solo después de varios años de exposición y las lesiones no se vuelven malignas hasta décadas después.³⁸

La enfermedad física, el envenenamiento y las muertes resultantes no son inmediatamente reconocibles ni aparentes y, por lo tanto, pueden relacionarse y asignarse a muchas menos personas específicas. Los trastornos se desarrollan como si hubieran surgido naturalmente ya que aparecen de manera muy lenta. Cuando se hacen visibles y graves, el vínculo con la causa (tal vez el haber traba-

³⁸ Bundschuh et al., 2012, p. 3.

jado en una mina o el haber vivido en una vecindad petrolera décadas antes, es difícilmente rastreable).

En definitiva, el análisis de los hechos, interacciones y daño en la criminalidad estatal-corporativa reflejan algunas características propias que pueden ser estudiadas como formas específicas del fenómeno original de la criminalidad estatal-corporativa vinculada a los recursos naturales.

6 Características de la criminalidad estatal-corporativa relacionada con recursos naturales (CEC-RRN)

Seis características predominantes han sido observadas en el estudio de los casos. Estas fueron relevadas en este trabajo sobre casos de industrias extractivas en el Sur Global. Y también repetidamente en la literatura relacionada y contextual. A continuación, combinando los hallazgos aportados con la revisión bibliográfica, se explican estas características, específicamente la dispersión de actores, la complejidad temporal y espacial de los acontecimientos; la glocalidad e interculturalidad postcolonial en las interacciones; y el deterioro de la naturaleza y la violencia evidentes como daño social causado.

6.1 Dispersión de actores

La dispersión de los actores como una de las características de la CEC-RRN se refiere a las estructuras económicas y políticas complejas, así como a los actores individuales, municipales y organizados, tanto extranjeros como locales. En el campo de la criminalidad económica (o criminalidad de cuello blanco), estos actores pueden fungir como perpetradores o ser vistos como víctimas. Por el contrario, a otros actores es difícil clasificarlos dentro de alguna de esas dos categorías, lo cual abre un abanico de grupos de actores en zonas grises difíciles de clasificar. Este resultado encaja también con trabajos previos sobre delitos de cuello blanco y corporativos³⁹ y con trabajos dedicados a la investigación de la criminalidad de los poderosos⁴⁰.

Como se advierte en los casos aquí estudiados, el carácter internacional de las actividades se ve acompañado de la internacionalización de los actores, y esto puede entenderse como un grado particular de difusión. Esta creciente internacionalización de los actores es un tema central de las nuevas estructuras⁴¹, lo que conduce también a una transformación en la relación entre sociedad y naturaleza.

39 Fernández Steinko, 2008, p. 38; Huisman, 2008; Huisman & van Sliedregt, 2010; Spapens, 2014, pp. 224 ss.; Sutherland, 1983.

40 Barak, 2015; Pearce, 1976; Scheerer, 1993.

41 Ver también Friedrichs & Rothe, 2015; Egger en Mathias, 2017; Michalowski & Kramer, 2006, p. 10.

za⁴². Como resultado se da un incremento de los conflictos por el empeoramiento de las condiciones de vida y en relación a los recursos naturales⁴³. En particular, los conflictos afectan la vida y los derechos de los pueblos indígenas en estas áreas⁴⁴.

6.2 Complejidad temporal y espacial

La complejidad temporal se refiere a la superposición que tiene lugar entre desarrollos de política económica de largo plazo con interacciones de mediano plazo entre instituciones, y con acciones de corto plazo realizadas por actores individuales. Todas suelen tener lugar antes, durante y/o después de que se inicien las actividades y operaciones en las instalaciones de extracción de los recursos naturales. Las actividades (prácticas exploratorias, tomas de decisión, trabajo físico, tareas administrativas, etc.) se entrelazan entre sí sincrónica y diacrónicamente.

La complejidad local, por otro lado, se refiere a múltiples escenarios en los que se desarrollan los eventos. Las instalaciones corporativas ubicadas en los países industrializados, los agentes del Estado en América Latina, grandes zonas de instalaciones mineras, suelos, ríos y arroyos, casas comunales, etc. Todos estos espacios son el campo de desarrollo de las actividades en cuestión, cubriendo dimensiones desde el sitio de exploración y explotación y abarcando distancias transoceánicas. Ambas características reflejan a su vez la difusión y dispersión de los actores.

Además de la superposición y el desplazamiento temporal de las acciones, omisiones, negligencias y reacciones, también debe tenerse en cuenta el desplazamiento temporal de las posibilidades de control de los eventos. Es decir, identificar qué actores actuaron antes, durante y después de los eventos dañinos también define los intereses y oportunidades asociadas, y que pueden -o no- dar fin a las circunstancias que apoyan o perpetúan los eventos dañinos y reducen sus consecuencias. Estas circunstancias pueden estar marcadas tanto por la acción o inacción del poder judicial, por represalias del poder ejecutivo ante protestas de grupos afectados, por la inacción en relación con la necesidad de regulación normativa, entre otras formas. Considerar estas diferentes formas de intervención y control es importante a los fines de evaluar la creación de foros de rendición de cuentas para aquellos involucrados en lo sucedido.

42 Ver también Hönke, 2010.

43 Ver asimismo Altvater, 2011, p. 41 ss.; Böhm, 2016, 2019; Bran-Guzmán, 2017, p. 44; Svampa, 2017. Conflictos similares relacionados con recursos naturales como minerales, agua, petróleo y gas, al igual que con superficies aptas para la producción de energía (agua y viento), y alimentos básicos (cereales) ya han sido analizados y presentados por Jarrell y Ozymy (2014), Brisman *et al.* (2017), Hall (2014, p. 103), y Walters (2006).

44 Para investigaciones con resultados similares ver Boekhout y Kuijpers (2013, p. 202), Brisman *et al.* (2017, p. 2), Carrasco y Fernández (2009), de Carvalho *et al.* (2020) y Goyes *et al.* (2021).

Se podría decir que la criminalidad estatal-corporativa es un complejo de actividad constante cuyo momento y ubicación son difíciles de definir, pero que están interconectados. Esta idea se vincula estrechamente con la de macrocriminalidad, esa noción de estructuras políticas involucradas en la comisión de actividades delictivas entre regímenes dictatoriales violentos o incluso -en un concepto más actualizado- en la aceptación continua de los abusos a los derechos humanos y su participación en las prácticas comerciales de las empresas transnacionales de recursos en países democráticos⁴⁵.

Las estructuras sociales, los actores e intereses económicos y, por último y de particular relevancia, el propio Estado se convierten entonces en un complejo escenario criminológico⁴⁶.

6.3 Glocalidad

Por un lado, las estructuras económicas globales (instituciones, regulaciones y actores) emergen a nivel transnacional e incluso internacional. Por otro lado, las consecuencias de los proyectos de extracción de recursos naturales, y muy especialmente de minería e hidrocarburos se evidencian de manera muy precisa y visible en áreas territorialmente delimitables, es decir localmente, en las correspondientes regiones de materias primas, lo cual tiene consecuencias inmediatas en las comunidades locales, el medio ambiente y la cultura. Estos hechos han llamado la atención sobre el doble nivel al que se hace referencia aquí. La criminalidad estatal-corporativa relacionada con recursos naturales es al mismo tiempo global y local: *glocal*.

La demanda global por materias primas y las consecuencias negativas generadas a nivel local son fáciles de entender en la balanza del comercio exterior. La glocalidad está relacionada así con la distinción del impacto, ya que las industrias extractivas generan por un lado una gran riqueza financiera principalmente en el extranjero y por el otro una severa degradación ambiental y pérdida de medios de vida en el lugar de operaciones⁴⁷. Esta característica se relaciona así con la criminalidad del maldesarrollo presentada y explicada en detalle en investigaciones previas⁴⁸ así como con los delitos de la globalización⁴⁹.

45 Jäger, 1989; Neubacher, 2005, p. 27; Zaffaroni, 2012. Para la terminología y las dificultades de este concepto insuficientemente definido, el cual se puede confundir o combinar a veces con “criminalidad del poder”, ver Neubacher (2005, p. 18 ss.).

46 Ver Kramer *et al.*, 2002; Zaitch y Gutiérrez Gómez, 2015, p. 389.

47 Bebbington, 2012, p. 5; Middeldorp, 2016a, 2016b p. 75.

48 Böhm, 2019.

49 Friedrichs, 2007; Friedrichs & Rothe, 2015; Peluso & Lund, 2011.

6.4 Interculturalidad Postcolonial

La interculturalidad, como uno de los resultados detectados en la investigación que aquí se presenta, maneja la tensión entre la cultura propia y la cultura ajena, así como entre la cultura urbana y la cultura rural. Para poder hacer esto más visible, es importante ver las interacciones que se dan más allá del foro económico o político⁵⁰. La reticencia o dificultad de los países de origen de los recursos naturales para regular los mercados, y, a la vez, su participación en esta forma de (facilitación del) crimen corporativo lleva directamente al problema de la interculturalidad postcolonial.

En la criminalidad estatal-corporativa relacionada con recursos naturales, la transnacionalidad de las empresas tiene un impacto particular en las opciones de comunicación: por una parte, los actores extranjeros generalmente son percibidos como más confiables que los actores locales; por otra parte, la comunicación entre ellos es a menudo problemática, especialmente cuando los individuos y comunidades vienen siendo desatendidos por su propio Estado. El aislamiento -circunstancia habitual en los colectivos y poblaciones cercanos a las zonas de extracción- también aumenta la probabilidad de victimización⁵¹.

La interacción entre la población afectada por los nuevos proyectos económicos y las instalaciones industriales, por un lado, y las grandes empresas y los políticos que trabajan en las ciudades capitales y ministerios, por el otro, suele ser muy discriminatoria y extremadamente desventajosa debido a la falta de control. Socialmente hablando, muchos sectores de la población en América Latina no acceden fácilmente a la educación, las minorías son frecuentemente marginalizadas o ignoradas y los trabajos informales son comunes entre estos sectores de la población. Las comunidades con un bajo nivel educativo y pocas oportunidades de empleo, pero con un contacto cercano a la naturaleza, no suelen tener oportunidades de investigación sobre los hechos y actores que llegan a sus zonas, ni tienen experiencia en asuntos burocráticos. Por estas razones, no pueden realmente juzgar y decidir si las empresas crean o crearán los prometidos puestos de trabajo o si respetan o respetarán el medio ambiente y las fuentes esenciales de alimento y agua⁵². En este contexto, la indiferencia del Estado hacia la población local, especialmente hacia los pueblos indígenas y campesinos, y su impacto especialmente en las mujeres, es dominante⁵³.

⁵⁰ Ezeonu, 2015, p. 89 s.; Kramer, 1992, 2006.

⁵¹ Véase en este sentido Kirchhof, 2010.

⁵² Böhm, 2019.

⁵³ Cfr. Svampa, 2017, p. 119 ss.

Con base en los factores mencionados, los daños individuales y sociales no pueden llevarse fácilmente ante la justicia, ya que los jueces con demasiada frecuencia se identifican con grupos de elite o al menos de pertenencia socio-cultural urbana, no indígenas y predominantemente masculina. La distancia social entre ellos y las víctimas habituales de los proyectos extractivos es por lo tanto demasiado marcada⁵⁴. Además, las buenas o malas relaciones entre los actores políticos y económicos inciden directamente en el cumplimiento o incumplimiento de las normas y, por ende, en la prevención o no de daños graves⁵⁵. A nivel internacional, estas relaciones también pueden interpretarse en el contexto y en términos de globalización⁵⁶.

6.5 Deterioro medioambiental

El deterioro medioambiental se refiere al daño a la naturaleza que afecta tanto a la naturaleza como medio ambiente (suelo, agua, aire, flora y fauna) como a la naturaleza como hábitat humano, es decir, como un lugar donde las personas pueden desarrollarse y ejercer sus derechos humanos.

La criminología verde ya ha explicado algunos aspectos claves relacionados con el medioambiente como objeto sobre el que se desarrollan actividades económicas nocivas. Esta disciplina ha aportado evidencia sobre el grave impacto de la criminalidad ambiental en la vida y los derechos de las comunidades más marginadas y sobre los conflictos de interés emergentes de tales impactos⁵⁷. Esto ha sido incluso explicado como “discriminación ambiental”⁵⁸ y también como “discriminación ecológica”⁵⁹. Sin embargo, es particularmente relevante para la criminalidad estatal-corporativa relacionada con recursos naturales que el medioambiente pueda ser visto como un escenario, como una fuente y como una “víctima”.

La privatización de los recursos naturales como el agua y la tierra conduce al desplazamiento -más o menos forzado- de las comunidades, lo que afecta de diversas formas el derecho a la propiedad común y por ende también a las formas de producción comunales y artesanales⁶⁰. La consecuencia directa es la pérdida de acceso al agua y la pérdida de autonomía alimentaria de la población local. Por lo tanto, los efectos profundos sobre la naturaleza en términos ambientales y como ecosistema amenazan a los animales humanos y no humanos en su exis-

54 Sobre distancia social ver ee Edeso Natalías (2005) and Arteaga Botello and Lara Carmona (2004).

55 En este sentido, el crimen de los poderosos complementa el concepto de macro criminalidad.

56 Elbert, 2016, pp. 99 ss.

57 Brisman & South, 2018; Goyes, 2015, 2019; Hall, 2014; Jarrell & Ozymy, 2014; Sheptycky, 2016.

58 Baechler, 1999.

59 Goyes, 2019.

60 Goyes, 2015, 2019.

tencia física básica⁶¹. Sin lugar a duda, cuando la naturaleza se ve afectada, todo el ecosistema de todos los seres vivos y los subsistemas sociales y económicos que crea también se ven afectados⁶².

La “financierización de la naturaleza”⁶³ y la “mercantilización de la naturaleza”⁶⁴ crean de esta manera un desafío general en y para el Sur Global. La “acumulación por desposesión”⁶⁵, en un sentido similar al concepto de “necrocapitalismo”⁶⁶, parece así más relevante hoy que nunca.

Las industrias que contaminan el medio ambiente con sus efectos negativos no solo se trasladan a países del Sur Global debido a las materias primas disponibles localmente. A menudo se asientan allí precisamente porque la falta de reglas, la falta de control y la indiferencia hacia la población local facilita el depósito de desechos tóxicos y productos residuales en estos “refugios de contaminación” (“*pollution havens*”)⁶⁷. La industria extractiva combina paradigmáticamente la extracción de materias primas con la contaminación de las fuentes de dichos recursos, el medio ambiente y las personas que lo habitan.

6.6 Violencia

La violencia en sus expresiones visibles e invisibles es una característica de la criminalidad estatal-corporativa relacionada con recursos naturales. La violencia se observa como práctica en sí misma naturalizada en los vínculos entre actores de distintos espacios en conflicto por el territorio y los valores culturales, y se observa también como herramienta económica.

La violencia específica derivada de las actividades extractivas como daño de alta severidad puede explicarse de diferentes maneras. Nancy Peluso y Christian Lund describen en este sentido cuatro ‘mecanismos de control de la tierra’: *cercamiento* mediante el establecimiento de cercos físicos o institucionales alrededor de ciertos recursos y espacios naturales; *territorialización* mediante la creación de alianzas y compromisos institucionales; *legalización* cuando mediante una decisión administrativa la propiedad común convierte a terratenientes en intrusos; y *fuerza*

61 Ver Bran-Guzmán, 2017, p. 53; Johnson *et al.*, 2017.

62 Bundschuh *et al.*, 2012.

63 Bruckmann, 2017.

64 Svampa, 2017, p. 88 s.

65 Altvater, 2011, p. 34; Harvey, 2003, p. 137 ss.; Middelorp, 2016a, 2016b.

66 Banerjee, 2008.

67 Cheng & Shi, 2017, p. 295 ss.; Doytch & Uctum, 2016, p. 584; Eskeland & Harrison, 2003, p. 1.

y *violencia*⁶⁸. Aunque solo el último se denomina violencia, los cuatro mecanismos hacen referencia a la violencia invisible y visible según Johan Galtung⁶⁹.

Eventualmente, la violencia en el sentido habitual de la palabra — directa, física e individual — es la forma más visible de los mecanismos de reclamo y control territorial. Se trata de la violencia, incluida la militarización y/o el uso del terror, que se observa, por ejemplo, en la acción contra la población local y en la reacción de las empresas estatales a los movimientos sociales cuando alzan la voz colectivamente., reclaman sus derechos, resisten proyectos extractivos fuertemente descontrolados, o exigen reformas para cambiar las condiciones⁷⁰.

En este contexto, la violencia física (directa) perpetrada por diferentes actores puede sistematizarse en el análisis y clasificarse en cuatro categorías diferentes: (1) violencia física por parte de personas y comunidades afectadas y en contra de proyectos económicos; (2) violencia física por parte de corporaciones, empresarios o emprendedores para mejorar las ganancias económicas obtenidas mediante la expansión de su territorio; (3) violencia física por parte del Estado para defender el orden establecido y proteger una actividad económica específica; a su vez, las formas comunes de violencia estatal son la criminalización y represión de las protestas sociales (4) y la violencia física por parte de aquellos que trabajan en las nuevas instalaciones extractivas⁷¹. Estas cuatro categorías de violencia física no son solo una consecuencia de operaciones comerciales desreguladas y sus condiciones, sino que van mucho más allá de las interrelaciones cercanas y pueden denominarse “cadenas de violencia”.⁷²

La violencia visible (directa) e invisible (indirecta), por lo tanto, tiende a aumentar después de la apertura de nuevas plantas industriales o mineras en un área determinada. Esto es muy evidente en un grupo de población específico: las mujeres. Como impacto de la criminalidad estatal-corporativa relacionada con recursos naturales, el aumento de la violencia contra las mujeres -en sus diversas formas- es una característica destacada. Además de la violencia física a la que son sometidas, las mujeres a menudo son privadas de sus roles tradicionales y al mismo tiempo son excluidas de la oportunidad de trabajar para la empresa, es decir, se suman formas de violencia más sutiles como la pérdida de la autonomía alimenticia o del

68 Peluso y Lund, 2011, p. 667 ss.; con respecto a fuerza y violencia ver también Middeldorp, 2016a, 2016b p. 73 ss.

69 Galtung, 1969, 1996, 2003; véase también Böhm, 2019.

70 Goyes, 2015; Middeldorp, 2016a, 2016b p. 73 ss.; Peluso y Lund, 2011, pp. 675 ss. Véase asimismo *Honduras: Mártires de la tierra*, documental, Dir. Julián del Olmo, España: Pueblo de Dios TVE, 2013.

71 Böhm, 2019, pp. 157 ss., 165 ss.

72 También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha relevado y sistematizado las situaciones violentas en distintos niveles (IACHR, Doc 47/15, Para. 297 ss.; IACHR: Doc 49/15).

reconocimiento cultural⁷³. Las violencias contra la mujer, por otro lado, no suelen ser judicializadas⁷⁴.

La violencia y las actividades violentas no suelen asociarse en el imaginario colectivo con la actividad económica de una empresa transnacional. Sin embargo, son más comunes de lo que podría pensarse y generan daños físicos graves, tanto a nivel individual como colectivo⁷⁵, lo cual está directamente vinculado a esta característica de la criminalidad estatal-corporativa relacionada con recursos naturales.

7 Conclusión

La naturaleza de la actividad extractiva en el siglo XXI se caracteriza por una larga tradición de desequilibrios geopolíticos entre regiones. Algunas regiones del mundo poseen y exportan sus recursos naturales y otras los importan como productos básicos para su posterior procesamiento. En este contexto, las formas actuales de estas actividades tienen características específicas y una de estas características es la desregulación -un fenómeno global altamente criminogénico-. Los proyectos internacionales de extracción de recursos actúan como catalizadores de la desregulación, acelerando la profundización de los procesos legales, órdenes institucionales y decisiones políticas que, a pesar de sus potenciales consecuencias negativas, priorizan la sobreexplotación en detrimento de implementaciones de proyectos alternativos menos dañinos.

Por un lado, la actividad extractiva se desarrolla a partir de proyectos que necesitan mayor inversión, mayores riesgos y plazos más largos en comparación con otras industrias. Por otro lado, el lapso de tiempo en el que se llevan a cabo las actividades extractivas es relativamente corto si se lo compara con el trasfondo de las culturas y sociedades tradicionales. Este contraste exacerba las expectativas de corto plazo de los actores económicos que llevan a cabo tales emprendimientos y de los actores políticos que promueven o facilitan tales proyectos. La riqueza natural que ha existido siempre, y las sociedades y culturas ancestrales que habitan en estos entornos, son sin duda más perdurables que la actividad minera o la extracción de petróleo de tinte casi instantáneo, y que se agotan en pocos años. Sin embargo, el daño a su vez tiene un impacto más permanente en el entorno natural, sin perjuicio del período relativamente corto de actividad extractiva.

⁷³ Ver JASS, 2012; WRM, 2003.

⁷⁴ Carlsen, 2012; RLMDDSA, 2017.

⁷⁵ Svampa, 2017, p. 119. Véase al respecto también Hills (1987) ("*corporate violence*"); Ruggiero (1997, 2007a, 2007b) ("*dirty economies*"); Albrecht (2007) ("*economy of violence*", "*Gewaltökonomie*").

Muchos intereses e interacciones diferentes coinciden con el inicio de las actividades extractivas, a saber, el aumento de las necesidades del mercado, la disposición demasiado rápida de las riquezas por parte de políticos indiferentes y políticas estatales laxas, los métodos cualitativa y cuantitativamente agresivos de extracción, y la discriminación abierta contra la población local afectada por las actividades. Todo esto hace de estos complejos económicos un fenómeno que inevitablemente llama la atención sobre dos grupos de actores importantes: los actores económicos y los actores políticos. Estos actores aceptan posibles daños como efectos secundarios y así, el Estado participa plenamente en los proyectos de la industria de materias primas y sus consecuencias.

Adoptar el concepto de criminalidad estatal-corporativa y los enfoques teóricos relacionados con él contribuye a comprender que las corporaciones no serían capaces de avanzar en sus proyectos sin la participación activa y el interés o apoyo del Estado. Sin la participación de actores estatales, las corporaciones no podrían obtener los privilegios que tienen ni infligir el daño que causan. Todo esto solo es posible porque el Estado está directamente involucrado en los intereses empresariales y también puede perseguir sus propios intereses a través de actividades extractivas a gran escala, por lo que el Estado no cumple con sus obligaciones de control y sanción. De esto trata, en definitiva, el estudio de la criminalidad estatal-corporativa relacionada con los recursos naturales, y este trabajo aspira a brindar herramientas de estudio y reflexión criminológica que coadyuven a un tratamiento más integral y profundo de estas prácticas y de las estructuras que las habilitan.

Referencias bibliográficas

- Albrecht, H.-J. (2007). Internationale Kriminalität, Gewaltökonomie und Menschenrechtsverbrechen: Antworten des Strafrechts. *Internationale Politik und Gesellschaft*, 2, 153-169.
- Alonso, S.A. (2020). Caso 'Lote 8'. Empresa canadiense en Guatemala. In Böhm, M.L. (Dir.), *Empresas transnacionales, recursos naturales y conflicto en América Latina. Para una visibilización de la violencia invisible*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 177-185.
- Altwater, E. (2011). *Los límites del capitalismo. Acumulación, crecimiento y huella ecológica*. Buenos Aires: Mardulce.
- Arteaga Botello, N., & Lara Carmona, V.L. (2004). Violencia y distancia social: una revisión. *Papeles de Población CIEAP/UAEM*, 40 (April/June), 169-191.
- Aulette, J.R., & Michalowski, R. (1993). Fire in Hamlet: A Case Study of State-Corporate Crime. In Tunnell, K. D. (Ed.), *Political Crime in Contemporary America: A Critical Approach*. New York: Garland, 1993, 171-206.
- Aulette, J.R., & Michalowski, R. (2006). The Fire in Hamlet. I Michalowski, R.J./Kramer, R.C. (Eds.), *State-Corporate Crime: Wrongdoing at the Intersection of Business and Government*. New Brunswick/London: Rutgers University Press, 45-66.
- Baechler, G. (1999). Violence through Environmental Discrimination: Causes, Rwanda Arena, and Conflict Model. *Social Indicators Research Series*, 2, Dordrecht: Springer-Science+Business Media, B.V.
- Banerjee, S.B. (2008). Necrocapitalism., *Organization Studies*, 29 (12), 1541 - 1563.
- Barak, G. (Ed.) (2015). *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*. London/NY: Routledge.

- Barak, G. (2016). Alternatives to high-risk securities fraud control: proposing structural transformation in an age of financial expansionism and unsustainable global capital. *Crime Law Soc Change*, 66, 131-145.
- Barak, G. (2017). *Unchecked Corporate Power. Why the crimes of multinational corporations are routinized away and what we can do about it*. London/New York: Routledge.
- Bebbington, A. (2012). Extractive industries, socio-environmental conflicts, and political economic transformations in Andean America. In Bebbington, A. (Ed.), *Extractive industries, social conflict and economic development: evidence from South America*. London: Routledge, 3-26.
- Böhm, M.L. (2023). *Transnationale Wirtschaftskriminalität als globales State-Corporate Crime. Rohstoffbeziehungen mit Lateinamerika auf dem kriminologischen Prüfstand*, Baden-Baden: Nomos.
- Böhm, M.L. (2019). *The Crime of Maldevelopment. International Deregulation and Violence in the Global South*, London/NY: Routledge.
- Böhm, M.L. (2016). Transnational Corporations, Human Rights Violations and Structural Violence in Latin America. A Criminological Approach, *Kriminologisches Journal*, 4, 272-293.
- Bran-Guzmán, E. (2017). Conflictividad socioambiental en Centroamérica. Una década de rearticulación y movilización social y política. *Argumentos*, 30(83), 43-68.
- Brasil, L.M., & Pires, V. (2017). O que a lama nos deixou: reflexões sobre a tragédia de Mariana, a mídia e a mineração no Brasil. *Chroniques des Amériques*, 17(3a), 1-10.
- Brisman, A., & South, N. (2018). Environment, conflict and profit: Harmful resource exploitation and questionable revenue generation. In Spapens, T./White, R./van Uhm, D./Huisman, W. (Eds.), *Green Crimes and Dirty Money*, London/NY: Routledge, 19-41.
- Brisman, A., South, N., & White, R. (2017). Toward a Criminology of Environment- Conflict Relationships. In Brisman/South/White (Eds.), *Environmental Crime and Social Conflict: Contemporary and Emerging Issues*, Farnham, UK: Ashgate, 1-38.
- Bruckmann, M. (2017). La financiarización de la naturaleza y sus consecuencias geopolíticas, *Revista Diálogos del Sur*, 2017.2.13 <<https://dialogosdelsur.operamundi.uol.com.br/medio-ambiente/57341/la-financiarizacion-de-la-naturaleza-y-sus-consecuencias-geopoliticas>> [last retrieve: 2021.11.02].
- Bundschuh, J., Litter, M.I., Parvez, F., Román-Ross, G., Nicolli, H.B., Jean, J.-S., Liu, C.-W., López, D., Armienta, M.A., Guilherme, L.R.G., Gómez Cuevas, A., Cornejo, L., Cumbal, L., & Toujaguez, R. (2012). One century of arsenic exposure in Latin America: a review of history and occurrence from 14 countries. *Science of the Total Environment*, 429, 2-35.
- Bussmann, K.D. (2010). Wirtschaftskriminologie in Aufbruch. *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 93(5), 343-345.
- Cálix, M. (2017). El Valle de la desesperanza, *Contracorriente*, 2017.10.04 <<https://contracorriente.red/2017/10/05/el-valle-de-la-esperanza/>> [last retrieve: 2021.06.21].
- Carlsen, L. (2012). Matar a la mensajera: Crece la violencia contra las defensoras de derechos humanos. *Pensamiento Crítico*, 2012.12.10 <www.pensamientocritico.org/laucar0113.htm> [last retrieve: 2021.11.02].
- Carrasco, A., & Fernández, E. (2009). Estrategias de resistencia indígena frente al desarrollo minero. La comunidad de Likantatay ante un posible traslado forzoso. *Estudios Atacameños*, 38, 75-92.
- Catalán Leman, M. (2011). Minería, una paradoja en el desarrollo de Zacatecas. *OCMAL*, 2011.12.06 <<https://www.ocmal.org/mineria-una-paradoja-en-el-desarrollo-de-zacatecas/>> [last retrieve: 2021.11.02].
- Cheng, D., & Shi, M. (2017). Multiple environmental policies and pollution haven hypothesis: Evidence from China's polluting industries. *Journal of Cleaner Production*, 141, 295-304.
- Crystal, V., Imai, S., & Maheandiran, B. (2014). Access to Justice and Corporate Accountability: A Legal Case Study of HudBay in Guatemala. *Osgoode Legal Studies Research Paper Series*, 73, 1-26.
- Cunneen, C., & Tauri, J. (2017). Survival, dignity and wellbeing: Indigenous human rights and transformative approaches to justice. In Weber, L. (Ed.), *The Routledge international handbook of criminology and human rights*, London/NY: Routledge, 429-439.
- Cunneen, C. (2015). The Race to Defraud - State crime and the immiseration of Indigenous people. In

- Chambliss, W.J./Moloney, C.J. (Eds.), *State Crime. Critical Concepts in Criminology. Vol. II: Varieties of State Crimes*, London/New York: Routledge, 658-671.
- da Silva, G.A., Teixeira Boava, D.L., & Felício Macedo, F.M. (2017). Refugiados de Bento Rodrigues: o desastre de Mariana, MG. *Revista Pensamento Contemporâneo em Administração*, 11(2), 63-81.
- Dammert B., J.L. (2019). The growth of oil palm in the Peruvian Amazon: deforestation and land trafficking. In Chirif, A. (Ed.). *Peru: Deforestation in Times of Climate Change*. Lima: International Work Group for Indigenous Affairs, 53-69.
- de Carvalho, S., Goyes, D. R., & Vegh Weis, V. (2020). Politics and Indigenous Victimization: The Case of Brazil. *The British Journal of Criminology*, 61(1), 251-271. <https://doi.org/10.1093/bjc/azaa060> %J The British Journal of Criminology
- Donziger, S., Garr, L., & Page, A.M. (2010). The Clash of Human Rights and BIT Investor Claims: Chevron's Abusive Litigation in Ecuador's Amazon. *Human Rights Brief*, 17(2), 8-15.
- Doytch, N., & Uctum, M. (2016). Globalization and the environmental impact of sectoral FDI. *Economic Systems*, 40, 582-594.
- Edeso Natalías, V. (2005). La distancia social y su importancia en la interacción: propuesta para su estudio en clase de ELE, ASELE, *Actas XVI*, 247-257.
- Eisenberg, U., & Kölbel, R. (2017). *Kriminologie. 7. Auflage*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Elbert, C.A. (2016). *Criminología Latinoamericana. Identidad, realidad social y Estado*. México: Res Pública.
- Eleisegui, P. (2013). *Envenenados: una bomba química nos extermina en silencio*. Buenos Aires: Wu Wei.
- Eskeland, G.S., & Harrison, A.E. (2003). Moving to greener pastures? Multinationals and the pollution haven hypothesis. *Journal of Development Economics*, 70, 1-23.
- Ezeonu, I.C. (2015). Capital and catharsis in the Nigerian petroleum extraction industry: lessons on the crimes of globalization. In Barak, G. (Ed.), *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*. London/NY: Routledge, 89-104.
- Ezeonu, I.C. (2018). *Market criminology: State-Corporate Crime in the Petroleum Extraction Industry*. London/New York: Routledge.
- Fernández Steinko, A. (2008). *Las pistas falsas del crimen organizado: Finanzas paralelas y orden internacional*. Madrid: Catarata.
- Fernández Steinko, A. (2013). Una visión de conjunto de la delincuencia contemporánea. In: Fernández Steinko, A. (Ed.), *Delincuencia, Finanzas y Globalización*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 15-129.
- Friedrichs, D.O./Rothe, D.L. (2015). *Crimes of Globalization*. London: Routledge.
- Friedrichs, D.O. (2006). *Trusted Criminals: White collar crime in contemporary society*. Belmont: Thomson Wadsworth.
- Friedrichs, D.O. (2007). Transnational Crime and Global Criminology: Definitional, Typological, and Contextual Conundrums, *Social Justice* 34(2), 4-18.
- Galeano, E. (1984). *Las venas abiertas de América Latina*. Madrid: Siglo XXI.
- Galindo da Fonseca, P., & Galindo da Fonseca, I. (2016). Brazil's Greatest Environmental Catastrophe - Samarco Fundão Tailings Dam, *Environmental Policy and Law* 46(5), 334-337.
- Galtung, J. (1996). *Peace by Peaceful Means: Peace and Conflict, Development and Civilization*. London: Sage.
- Galtung, J. (1969). Violence, Peace, and Peace Research, *Journal of Peace Research*, 6(3), 167-191.
- Galtung, J. (2003). *Violencia Cultural - Documento de trabajo 14*, Gernika Gogoratuz: Centro de Investigación por la Paz.
- Godson, R. (Ed.) (2003). *Menace to Society: Political-Criminal Collaboration Around the World*, Piscataway, NJ: Transaction Publishers.
- Gómez Lende, S. (2017). Minería del litio y acumulación por desposesión: El caso de Salar del Hombre Muerto (1999-2016), *Estudios Geográficos, Río Claro* 15(1), 157-183.
- Gorenstein, S. (2016). *Empresas transnacionales en la agricultura y la producción de alimentos en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires: Nueva Sociedad/Friedrich Ebert Stiftung.
- Goyes, D. (2015). Land Uses and Conflict in Colombia. In Brisman, A./South, N./White, R. (Eds.),

- Environmental Crime and Social Conflict: Contemporary and Emerging Issues*. Farnham: Ashgate, 265–283.
- Goyes, D. (2019). *Southern Green Criminology. A Science to End Ecological Discrimination*. Wagon Lane UK: Emerald Publishing Limited.
- Goyes, D., & South, N. (2016). Land-grabs, Biopiracy and the Inversion of Justice in Colombia. *The British Journal of Criminology*, 56(3), 558-577.
- Goyes, D., & South, N. (2016a). The injustices of policing, law and multinational monopolisation in the privatisation of natural diversity: Cases from Colombia and Latin America. In D. R. Goyes, H. Mol, A. Brisman, & N. South (Eds.), *Environmental Crime in Latin America. The Theft of Nature and the Poisoning of the Land*. Palgrave.
- Goyes, D.R., Mol, H., Brisman, A., & South, N. (Eds.) (2017). *Environmental Crime in Latin America: The Theft of Nature and the Poisoning of Land*. Palgrave Macmillan.
- Goyes, D. R., & South, N. (2019). Between 'conservation' and 'development'. The construction of 'protected nature' and the environmental disenfranchisement of indigenous communities. *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 8(3), 89-104.
- Goyes, D. R., Sollund, R., & South, N. (2019). Guest Editors' Introduction Towards Global Green Criminological Dialogues: Voices from the Americas and Europe. *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 8(3), 1-5.
- Goyes, D. R., & South, N. (2019). Between 'conservation' and 'development'. The construction of 'protected nature' and the environmental disenfranchisement of indigenous communities. *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 8(3), 89-104.
- Goyes, D. R., Abaibira, M. A., Baicué, P., Cuchimba, A., Ñeñetofe, D. T. R., Sollund, R., South, N., & Wyatt, T. (2021). Southern Green Cultural Criminology and Environmental Crime Prevention: Representations of Nature Within Four Colombian Indigenous Communities. *Critical Criminology*, 29(3), 469-485. <https://doi.org/10.1007/s10612-021-09582-0>
- Goyes, D. R., Komatsubara, O., Droz, L., & Wyatt, T. (2022). Green criminological dialogues: Voices from Asia. *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 11(1), 1-10.
- Gudynas, E. (2015). *Derechos de la Naturaleza, Ética biocéntrica y políticas ambientales*, Buenos Aires: Tinta Limón.
- Hall, M. (2014). Victims of Environmental Crime: Routes for Recognition, Restitution and Redress. In Spapens, T., White, R., & Kluin, M. (Eds.), *Environmental Crime and Its Victims: Perspectives within Green Criminology*, Farnham: Ashgate, 103–118.
- Harvey, D. (2003). *The New Imperialism*, Oxford/New York: Oxford University Press.
- Henry, S. (1991). The Informal Economy: A Crime of Omission by the State. In Barak, G. (Ed.), *Crimes by the Capitalist State. An Introduction to State Criminality*. Albany, NY: State Univ. of New York Press, 253-270.
- Hillebrand, E. (2016). *Branchenanalyse Rohstoffindustrie, Reihe Study Nr. 315*, Düsseldorf: Hans Böckler Stiftung.
- Hills, S.L. (Ed.) (1987). *Corporate Violence. Injury and Death for Profit*, Totowa, N.J.: Rowman & Littlefield.
- Hillyard, P., & Tombs, S. (2015). From 'Crime' to Social Harm?. In Chambliss, W. J., & Moloney, C. J. (Eds.), *State Crime: Critical Concepts in Criminology, Vol. 1: An Introduction to the Field of State Crime Research*, London/New York: Routledge, 229–247.
- Hönke, J. (2010). New political topographies. Mining companies and indirect discharge in Southern Katanga (DRC), *Politique africaine* 4(120), 105-127.
- Hoogenboom, B. (2010). *The Governance of Policing and Security. Ironies, Myths and Paradoxes*, Basingstoke/ NY: palgrave macmillan.
- Huisman, W., & van Sliedregt, E. (2010). Rogue Traders – Dutch Businessmen, International Crimes and Corporate Complicity", *Journal of International Criminal Justice* 8(3), 803-828.
- Huisman, W. (2008). Corporations and International Crimes. In Smeulders, A./Haveman, R. (Eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*. Antwerpen [et al.]: Intersentia, 181-211.

- IACHR (Inter-American Commission of Human Rights) (2015). *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos*, OEA/Ser.L./V/II. Doc. 49/15, 31/12/2015.
- IACHR (Inter-American Commission of Human Rights) (2015). *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OEA/Ser.I./V/II. Doc. 47/15, 31/12/2015.
- IDAMHO (Instituto de Derecho Ambiental de Honduras) (2012). *La mina San Martín en el Valle de Siria. Exploración, explotación y cierre: impactos y consecuencias*. San Ignacio/FM: IDAHO/OXFAM.
- Jäger, H. (1989). *Makrokriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Jarrell, M., & Ozyim, J. (2014). Communities as Victims of Environmental Crime: Lessons from the Field. In Spapens, T./White, R./Kluin, M. (Eds.), *Environmental Crime and its Victims. Perspectives within Green Criminology*. Farnham: Ashgate, 249-261.
- JASS (2012). Maya K'iche' Leader Says No To Violence Against Women, *JustAssociates*, <<https://justassociates.org/en/womens-stories/maya-kiche-leader-says-no-violence-against-women>> [last retrieve: 2017.06.15]
- Johnson, H., South, N., & Walters, R. (2017). Environmental crime, human rights and green criminology. In Weber, L. (Ed.), *The Routledge international handbook of criminology and human rights*. London/NY: Routledge, 210-219.
- Kimerling, J. (1991). *Amazon crude*. NY: Natural Resources Defense Council.
- Kimerling, J. (1994). The Environmental Audit of Texaco's Amazon Oil Fields: Environmental Justice or Business as Usual?, *Harvard Human Rights Journal*, 7, 199-224.
- Kimerling, J. (2006). Indigenous Peoples and the Oil Frontier in Amazonia: The Case of Ecuador, Chevron Texaco, and Aguinda v. Texaco' (2006), *New York University Journal of International Law and Politics*, 38, 413-664.
- Kirchhof, G.F. (2010). History and a Theoretical Structure of Victimology. In Shoham, S. G., Knepper, P./Kett, M. (Eds.), *International Handbook of Victimology*, Boca Raton/London/NY: Taylor & Francis, 96-123.
- Kölbel, R. (2019). „Revolving Doors“ als institutionelle Korruption im legislatorischen Feld. In Krüper, J. (Hrsg.), *Die Organisation des Verfassungsstaats. Festschrift für Martin Morlok zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck, 261-276.
- Kramer, R.C. (1992). The Space Shuttle Challenger Explosion. In Schlegel, K., & Weisburd, D. (Eds.), *White collar crime reconsidered*, Boston: Northeastern University Press.
- Kramer, R.C., & Michalowski, R.J. (2006). The Original Formulation. In Michalowski, R.J./Kramer, R. C. (Eds.), *State-Corporate Crime: Wrongdoing at the Intersection of Business and Government*, New Brunswick/New Jersey/London: Rutgers University Press, 18-26.
- Kramer, R.C., Michalowski, R.J., & Kauzlarich, D. (2002). The Origins and Development of the Concept and Theory of State-Corporate Crime. *Crime & Delinquency* 48(2), 263-282.
- Kramer, R.C. (2006). The Space Shuttle Challenger Explosion. In Michalowski, R.J./Kramer, R. C. (Eds.), *State-Corporate Crime: Wrongdoing at the Intersection of Business and Government*, New Brunswick/New Jersey/London: Rutgers University Press, 27-44.
- Mathias, M. (2017). Matopiba: na fronteira entre a vida e o capital, *EPSJV/Fiocruz*, 2017.09.19 <<http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/matopiba-na-fronteira-entre-a-vida-e-o-capital>> [last retrieve: 2021.11.03].
- Matthews, R.A., & Kauzlarich, D. (2000). The Crash of ValuJet Flight 592: A Case Study in State-Corporate Crime, *Sociological Focus* 33(3), 281-298.
- Méndez Gutiérrez, L. (2013). Guatemala: Abriendo brecha en la búsqueda de la justicia – las valientes mujeres q'eqchís”, *visionews.net*, 2013.10 <<http://www.visionews.net/es/guatemala-abriendo-brecha-en-la-busqueda-de-justicia-las-mujeres-valientes-q%C2%B4eqchis/>> [last retrieve: 2021.06.16].
- Michalowski, R.J., & Kramer, R.C. (2006). The Critique of Power. In Michalowski, R.J./Kramer, R.C. (Eds.), *State-Corporate Crime: Wrongdoing at the Intersection of Business and Government*, New

- Brunswick/New Jersey/London: Rutgers University Press, 1-17.
- Middeldorp, N. (2016). "La vida no tiene precio": La oposición a la minería en Honduras. *Anuario de Estudios Centroamericanos*, 42, 63-92.
- Middeldorp, N. (2016). Minería, resistencia y represión en Honduras: entre la ley y la impunidad. *Cuadernos de Antropología*, 26(2), 69-89.
- Neubacher, F. (2005). *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit: politische Ideen- und Dogmengeschichte, kriminalwissenschaftliche Legitimation, strafrechtliche Perspektiven*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Opel, A. (2016). *Ausländische Agrarinvestitionen: "Land-Grabbing" im Spannungsfeld zwischen Menschenrechtsschutz und Investitionsschutzrecht, Schriften zum Völkerrecht, Bd. 221*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Ortiz, G. (2011). Los árboles tiemblan en la selva de Texaco. *Rebellion*, 2011.03.31 (Orig. in *Tierramérica*, 2011.03.26) <<https://rebellion.org/los-arboles-tiemblan-en-la-selva-de-texaco/>> [last retrieve: 2021.11.03].
- Palacios, J.-L., Calvo, G., Valero, A., & Valero, A. (2018). Exergoecology Assessment of Mineral Exports from Latin America: Beyond a Tonnage Perspective. *Sustainability*, 10(723), 1-18.
- Pearce, F. (1976). *Crimes of the Powerful: Marxism, Crime and Deviance*. London: Pluto Press.
- Peluso, N.L., & Lund, C. (2011). New frontiers of land control: Introduction. *The Journal of Peasant Studies*, 38(4), 667-681.
- Pieth, M. (2019). *Goldwäsche: Die schmutzigen Geheimnisse des Goldhandels*. Zürich: Salis.
- Rachman, G. (2016). *Easternisation: War and Peace in the Asian Century*. London: Penguin.
- Ramírez Parra (Ed.) (2014). *El Camino por la Justicia – Victimización y Resistencia de mujeres indígenas y campesinas en Guatemala y Colombia*. Bogotá/Medellín: Universidad Javeriana/Universidad de Antioquia.
- Raskovsky, R. (2020). Técnicas de neutralización y Arbitraje Internacional de Inversiones. In Ambos, K., & Böhm, M.L. (Eds.), *Empresas transnacionales y graves violaciones de Derechos Humanos en América Latina*. Valencia: Tirant lo blanch/CEDPAL, 143-190.
- RLMDDSA (Red Latinoamericana de Mujeres Defensoras de los Derechos Sociales y Ambientales). *Letter Asking for the Stopping of Violent Extractive Activities in Latin America*, 2017 <<https://www.salvalaselva.org/peticion/1044/mujeres-denuncian-que-proyectos-extractivos-generan-violencia>> [last retrieve: 2021.11.10]
- Ruggiero, V. (1997). Criminals and service providers: Cross-national dirty economies, *Crime, Law & Social Change*, 28, 27-38.
- Ruggiero, V. (2007a). Guerra, delito, imperio y cosmopolitanismo. In Böhm, M.L., & Gutiérrez, M.H. (Eds.), *Políticas de Seguridad: Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 317-334.
- Ruggiero, V. (2007). It's the Economy, Stupid! Classifying Power Crime. *International Journal of the Sociology of Law*, 24(4), 163-177.
- Ruggiero, V. (1996). War Markets: Corporate and Organized Criminals in Europe. *Social and Legal Studies*, 5, 5-20.
- Russau, C. (2016). *Der Dammbruch bei Mariana – eine politische, soziale und ökologische Katastrophe mit Ansage*, Presentation at Roundtable Brazil KoBra, 2016.11.19 <https://www.kooperation-brasilien.org/de/veranstaltungen/runder-tisch-brasilien/rtb-2016-1/1911_forum2/bergbau-der-dammbruch-bei-mariana-2013-eine-politische-soziale-und-oekologische-katastrophe-mit-ansage> [last retrieve: 2020.04.21].
- Sandoval Vinelli, C.D. (2018). Criminología Verde y el Agua: Estudio aplicado del caso de Zaruma Ecuador, M+A. *Revista electrónica de Medio Ambiente*, 19(2), 238-256.
- Scheerer, S. (1993). Kriminalität der Mächtigen. In Kaiser, G. et al. (eds.). *Kleines kriminologisches Wörterbuch – 3. Ed.*. Heidelberg: C.F. Müller, 246-249.
- Sheptycky, J. (2016). Is Green Criminology Paradigm-Breaking? Some Reflections on Hydrocarbon and Resource Extraction, Crime and Criminological Thinking. In Spapens, A. C. (Ed.), *Environmental crime in transnational context*. London: Routledge, 67-82.

- Spapens, T. (2014). Invisible Victims: The Problem of Policing Environmental Crime. In Spapens, T., White, R., & Kluin, M. (Eds.), *Environmental Crime and its Victims. Perspectives within Green Criminology*. Farnham: Ashgate, 221-236.
- Stańczak, D. (2017). State-Corporate Crime and the Case of Bt Cotton: On the Production of Social Harm and Dialectical Process. *State Crime Journal*, 6(2), 214-240.
- Sutherland, E. (1983). *White Collar Crime: The Uncut Version*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Svampa, M. (2017). *Del cambio de época al fin de ciclo. Gobiernos progresistas, extractivismo y movimientos sociales en América Latina*. Buenos Aires: Edhasa.
- Svampa, M., & Viale, E. (2014). *Maldesarrollo*. Buenos Aires: Katz.
- Torres Funes, A. (2016). Valle de Siria: Oro, pobreza y resistencia. *El Pulso HN*, 2016.09.27 <<http://elpulso.hn/valle-de-siria-oro-pobreza-y-resistencia/>> [last retrieve: 2021.11.10].
- Torres Wong, M. (2018). *Natural Resources, Extraction and Indigenous Rights in Latin America. Exploring the Boundaries of Environmental and State Corporate Crime in Bolivia, Peru and Mexico*. London/New York: Routledge.
- Trucchi, G. (2014). Actividad minera en región de Honduras deja rastro de enfermedades, destrucción ambiental y desempleo. *Nicaragua y más*, 2014.09.07 <<https://nicaraguaymasespanol.blogspot.com.ar/2014/09/actividad-minera-en-region-de-honduras.html>> [last retrieve: 2021.11.10].
- Walters, R. (2006). Crime, Bio-Agriculture and the Exploitation of Hunger. *British Journal of Criminology*, 46, 26-45.
- White, R., & South, N. (2013). The Future of Green Criminology: Horizon Scanning and Climate Change, Paper presented at the American Society of Criminology Conference, Atlanta, Nov. 2013.
- WRM (2003). Los impactos de la minería sobre las mujeres, *Boletín WRM*, 2003.06.30 <<https://wrm.org.uy/es/?s=los+impactos+de+la+miner%C3%ADa+en+las+mujeres>> [last retrieve: 2021.11.10].
- Zabalo, P. (2008). Los acuerdos internacionales sobre inversión, otro obstáculo para el desarrollo de América Latina. *Gestión en el Tercer Milenio*, 11(22), 27-39.
- Zaffaroni, E.R. (2012). *Crímenes de masa*. 2nd ed.. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.
- Zaitch, D., & Gutiérrez Gómez, L. (2015). Mining as state-corporate crime: the case of AngloGold Ashanti in Colombia. In Barak, G. (Ed.), *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*. London/NY: Routledge, 386-397

FORMAÇÃO EM JUSTIÇA RESTAURATIVA PELO E NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: INTENCIONALMENTE ANTIRRACISTA OU SILENCIOSAMENTE RACISTA?

RESTORATIVE JUSTICE TRAINING BY AND IN THE
CONTEXT OF BRAZIL'S JUDICIARY: INTENTIONALLY
ANTIRACIST OR SILENTLY RACIST?

ELAINE ALVES SILVA DE SANTANA¹

FERNANDA FONSECA ROSENBLATT²

TASSIANA MOURA DE OLIVEIRA³

RESUMO: Em que medida o projeto de justiça restaurativa conduzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) reproduz práticas racistas que fundamentam a sociedade brasileira? A pergunta orienta uma pesquisa mais ampla sobre as formações em justiça restaurativa disponíveis no país. O recorte aqui feito se limita a trazer reflexões a partir da análise documental e de conteúdo das Diretrizes do Plano Pedagógico Mínimo Orientador para Formações em Justiça Restaurativa, elaborado pelo Comitê Gestor da Justiça Restaurativa do CNJ. Buscou-se, no referido documento, a menção a expressões como “raça”, “racismo” ou “questão racial”, bem como a comunicação de sentidos e significados, patentes ou ocultos, voltados à promoção de uma formação antirracista. Observou-se que há uma única menção ao termo “raça”, *en passant* e tão-somente à guisa de exemplificar argumento mais genérico sobre a necessidade de uma visão holística sobre os conflitos. Quer dizer, sem qualquer intencionalidade antirracista. Com efeito, o plano pedagógico básico não aborda o tema racial, ignorando o fato de a “raça” desempenhar um papel proeminente na sociedade brasileira, mormente no campo do controle ou reação à criminalidade. A ausência de abordagem da dimensão racial na formação de magistrados e outros agentes do sistema judiciário levanta preocupações sobre a perpetuação do racismo institucional no Poder Judiciário brasileiro, sugerindo a necessidade de uma ação mais com-

- 1 Mestra em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Bolsista CAPES). Endereço: Rua Via Local B, 25, Condomínio Aurora do Paulista, Centro, Paulista/PE, CEP: 53401-150. Telefone: (81) 988377253. E-mail: alvessselaine@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5424-8306>
- 2 Professora do *International Journal of Restorative Justice* (EUA) e da Universidade Católica de Pernambuco. Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia. Endereço: Rua Luiz Guimarães, 410, Apt. 1502, Poço da Panela, CEP: 53401-150. Telefone: (81) 982590106. E-mail: ffrosenblatt@iirp.edu ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4136-990X>
- 3 Doutora em Ciência Política. Professora no Departamento de Estudos Latino-Americanos da Universidade de Albany. Endereço: 115 Sixth Avenue, Gloversville/NY 12078. Telefone: +1 518 902-0911 E-mail: tmouradeoliveira@albany.edu ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7771-8411>

prometida com a luta contra o racismo.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça restaurativa no Brasil. Formação em justiça restaurativa. Conselho Nacional de Justiça. Racismo institucional. Educação antirracista.

ABSTRACT: To what extent does the restorative justice project conducted by the National Council of Justice (CNJ) reproduce racist practices that underpin Brazilian society? The question guides a broader research study of the trainings in restorative justice available in the country. The focus here is to bring reflections based on the documentary and content analysis of the Minimum Pedagogical Guidelines for Training in Restorative Justice, developed by the CNJ's Restorative Justice Management Committee. In this document, we sought references to expressions such as "race", "racism", or "racial issue", as well as the communication of clear or hidden meanings aimed at promoting an anti-racist approach. It was noted that there is only one mention of the term "race", *en passant* and solely to illustrate a more generic argument about the need for a holistic view of conflicts. In other words, without any anti-racist intention. Indeed, the basic pedagogical plan does not address the racial issue, ignoring the fact that "race" plays a prominent role in Brazilian society, particularly in the fields of crime control and reaction to crime. The absence of addressing the racial dimension in the training of judges and other agents of the judicial system raises concerns about the perpetuation of institutional racism in the Brazilian Judiciary, suggesting the need for a more committed action in the fight against racism.

KEYWORDS: Restorative justice in Brazil. Training in Restorative Justice. Brazil's National Council of Justice. Institutional racism. Anti-racist education.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O que é justiça restaurativa? 3 O que é justiça restaurativa no Brasil? 4 O "plano pedagógico básico" elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça; 5 Conclusões; Referências bibliográficas.

1 Introdução

Parece haver um amplo consenso sobre quais eventos marcaram o início do movimento restaurativo nacional. Talvez não propriamente o início, já que alguns já rastrearam iniciativas restaurativas no Brasil desde 1998⁴, mas certamente sobre que acontecimento marcou o "pontapé inicial" mais decisivo: um projeto intitulado "Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro", lançado

4 Vide, por exemplo, SCURO NETO, Pedro. O enigma da esfinge: dez anos de Justiça Restaurativa no Brasil. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*, São Paulo, v. 8, n. 8, p. 163-184, 2008.

em 2005 pela Secretaria de Reforma do Judiciário, em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento⁵.

O projeto tinha duas dimensões: uma mais teórica, voltada a empreender esforços para a realização de conferências e publicação de livros sobre justiça restaurativa; e outra dimensão mais prática, voltada à implementação de três projetos-piloto nas cidades de São Caetano do Sul (SP), Porto Alegre (RS) e Brasília (DF). Dentre as conferências, a mais renomada (ou, pelo menos, a mais citada nos textos que falam sobre a história da justiça restaurativa no Brasil) foi a Conferência Internacional “Acesso à Justiça por meios alternativos de solução de conflitos”, realizada em Brasília em 2005, ocasião em que foi lançada uma primeira coletânea, intitulada “Justiça Restaurativa”. E os três projetos-pilotos foram implementados nos tribunais de cada uma das cidades acima mencionadas.

O entusiasmo inicial desses primeiros anos foi sucedido por um período de aparente estagnação acadêmica, política e legislativa em relação ao tema⁶. De fato, foi somente após as Resoluções 125/2010 e 225/2016, ambas expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que o movimento restaurativo nacional recuperou força⁷. A Resolução 125, de novembro de 2010, definiu a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”. E, em maio de 2016, a Resolução 225 regulamentou a “Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário”. Esta última, dentre outras definições, busca “padronizar” o conceito de justiça restaurativa (ou, nas suas palavras, considera necessário “buscar uniformidade, no âmbito nacional, do conceito de Justiça Restaurativa”) para “evitar disparidades de orientação e ação”. Até os dias de hoje, a Resolução 225 continua sendo o principal documento normativo a reger o desenvolvimento da justiça restaurativa no Brasil⁸.

Quer dizer, foi pelas mãos do Poder Judiciário que o movimento restaurativo nacional recebeu o seu primeiro “grande empurrão”. Anos depois, foi de novo o Judiciário – através das resoluções do CNJ – que “acordou” um movimento que parecia adormecido. E, a partir de então, o CNJ tem organizado eventos, dispo-

5 CARDOSO NETO, Vilobaldo. *Justiça restaurativa no Brasil: potencialidades e impasses*. Rio de Janeiro: Revan, 2018. ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LARA, Caio Augusto Souza. Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça. *Responsabilidades*, v. 2, n. 2, p. 305-324, 2013. PINTO, Renato Sócrates Gomes. Críticas à implementação da justiça restaurativa no Brasil. *MPD Dialógico*, v. VI, n. 25, p. 21, 2009.

6 ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

7 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/722e01ef1ce422f00e726fbbee709398.pdf>. Acesso em 01 dez. 2022.

8 O que não significa que a produção de resoluções pelo CNJ estacionou. Mais recentemente, por exemplo, tem-se a Resolução 288/2019, que definiu a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de alternativas penais em substituição à privação de liberdade, “com enfoque restaurativo”.

nibilizado cursos de formação, emitido diretrizes técnicas, tudo com a declarada intenção de que magistrados e demais servidores (bem como “pessoas de fora” do ambiente Judiciário) possam se preparar para implementar programas de justiça restaurativa nos tribunais do país (ou, no caso das “pessoas de fora”, nos seus próprios ambientes de interesse). Com efeito, hoje, o movimento restaurativo nacional parece mais vivo e acordado do que nunca, e, de novo, pelas mãos de um protagonista muito evidente: o Judiciário. É justamente por essa razão, por esse protagonismo do Judiciário, que Vera Andrade decidiu nomear a justiça restaurativa “à brasileira” de “justiça restaurativa judicial”⁹.

Há, nesse protagonismo, muitas conquistas a serem celebradas, mas também muitos riscos a serem considerados e problemas a serem apontados. Se, por um lado, a força política e financeira do Judiciário tem mantido a justiça restaurativa em movimento no país, por outro, é ele que tem “mandado” nesse movimento. De fato, esse protagonismo significa que os programas de justiça restaurativa dependem, em grande medida, da recepção ou resistência de nossos tribunais e juízes, bem como tendem a ser “moldados” por eles. É o Judiciário que vem dizendo o que é justiça restaurativa no Brasil (ou pelo menos, tem sido a voz do Judiciário a mais alta). E é o Judiciário, também, que tem tido mais influência e que tem exercido um maior controle sobre as formações e capacitações em justiça restaurativa no país.

Esse Judiciário, por sua vez, notadamente o sistema de justiça criminal, opera e sempre operou de modo seletivo, voltando-se com mais força, e em maior número de providências, contra os segmentos mais vulneráveis da sociedade, notadamente contra o (jovem) negro¹⁰. A “raça”, portanto, é um elemento estruturante do funcionamento desse sistema e qualquer iniciativa que vise reformar ou transformar o sistema de justiça criminal, como pretende a justiça restaurativa, precisa reconhecer e confrontar o racismo estrutural ali instalado. A outra opção, sejam quais forem as boas intenções, é reproduzir práticas racistas que alicerçam a própria sociedade brasileira. Mas será que, ao conduzir o movimento restaurativo nacional, o Judiciário tem se preocupado com o racismo e os problemas associados à raça no Brasil? Como ou onde podemos encontrar possíveis respostas para essa pergunta?

Pensamos que algumas respostas podem estar nas formações disponibilizadas pelo (e/ou no) Judiciário. Estão nessas formações, portanto, o nosso enfoque. As reflexões aqui apresentadas partem de uma pesquisa de mestrado que buscou

9 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Restorative justice and criminal justice: limits and possibilities for Brazil and Latin America. *The International Journal of Restorative Justice*, v. 1, n. 1, p. 9-32, 2018.

10 FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: O sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2. ed. Brasília: Brado Negro, 2017.

realizar uma análise crítica mais ampla das formações em justiça restaurativa disponíveis no país¹¹. A referida pesquisa se vale de uma triangularização de métodos para alcançar seus objetivos geral e específicos, mas para os fins deste artigo, servimo-nos, tão-somente, dos dados preliminares coletados na primeira etapa do projeto. Essa primeira etapa consistiu na análise documental¹² da versão completa das “Diretrizes do Plano Pedagógico Mínimo Orientador para Formações em Justiça Restaurativa”, disponíveis no site do CNJ¹³. Com base nesta análise documental, o presente artigo visa investigar *em que medida há consciência racial nas formações em justiça restaurativa disponibilizadas pelo CNJ*.

2 O que é justiça restaurativa?

Tarefa difícil é conceituar a justiça restaurativa. Segundo Pallamolla, “a Justiça Restaurativa possui um conceito não só aberto como, também, fluído, pois vem sendo modificado, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas”¹⁴. Quer dizer, não existe um consenso acerca de uma definição, e isso porque a prática se desenvolveu independentemente da teoria. De fato, uma boa explicação para essa fluidez é a de que a justiça restaurativa é um “aprender fazendo”¹⁵. O que significa dizer, por sua vez, que o conceito de justiça restaurativa está em constante construção.

Howard Zehr¹⁶, um dos pioneiros na sistematização teórica da justiça restaurativa, a concebe como uma “troca de lentes”, que “envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca por soluções que promovam a satisfação das necessidades de segurança, reparação, justificação e empoderamento”. Para Zehr, como bem coloca Andrade, essa troca de lentes “permite um novo olhar sobre o crime e a justiça, a formulação de novas perguntas, respostas e (re)ações a condutas, devolve o protagonismo aos envolvidos (vítimas, ofensores e comunidades) e tem

11 A referida pesquisa foi conduzida pela primeira autora deste artigo, sob a coorientação das outras duas autoras.

12 A análise documental busca identificar informações factuais nos documentos a partir de questões e hipóteses de interesse, utilizando o documento, portanto, como objeto de estudo. Distingue-se da revisão bibliográfica na medida em que se vale de documentos que ainda não receberam tratamento científico, tais como, relatórios, pareceres, reportagens de jornais, revistas etc. Vide: OLIVEIRA, Maria Marly de. Como fazer pesquisa qualitativa. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

13 Todos os referidos documentos estão disponíveis em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/justica-restaurativa/>. Acesso em 22 mar. 2023.

14 PALLAMOLLA, Raffaella. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 54.

15 Como gosta de dizer Christa Pelikan. Vide, por exemplo, PELIKAN, Christa. Balancing the debate: on the professionalisation and victim orientation in restorative justice. *The International Journal of Restorative Justice*, v. 3, n. 2, p. 295-300, 2020.

16 ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime a justiça*. Tradução de Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 85 e 183.

a potencialidade de alicerçar uma transformação do paradigma punitivo vigente em nossas sociedades”¹⁷.

Mais recentemente, a *Recomendação do Conselho da Europa (2018)*, instrumento político-normativo relativo à justiça restaurativa em matéria criminal dos mais comemorados na atualidade, assevera que a justiça restaurativa é “um processo que permite que a vítima e o autor do crime participem ativamente, se o fizerem com o seu livre consentimento, na resolução de questões decorrentes do crime mediante a ajuda de terceiros imparciais”¹⁸. A justiça restaurativa, portanto, desafia a lógica de um processo de “mero enfrentamento” entre o autor do delito e o Estado-acusação. Ela surge como um modelo diferente de administração de conflitos que enxerga o delito como uma violação contra pessoas reais (e não, precipuamente, contra o Estado) e, sendo assim, realiza-se por meio de processos dialogais, autocompositivos, descentralizados e horizontais.

O processo restaurativo, pois, abre ao infrator a oportunidade de assumir a responsabilidade pelos danos que sua conduta causou, e isso de forma ativa (buscando o que fazer para reparar esses danos) e não meramente passiva (sentado no banco dos réus até receber sua punição). Por outro lado, dá voz às vítimas, melhorando a sua experiência de justiça, na medida em que também se volta à satisfação de necessidades advindas do crime. E mais, trata-se de um processo inclusivo, no qual a “comunidade” afetada também tem assento, inclusive a “comunidade de apoio”¹⁹ das partes. É por tudo isso que, na prática, os processos restaurativos são geralmente concebidos como um encontro “cara-a-cara” entre as partes afetadas pelo delito, como na mediação vítima-ofensor, nas conferências restaurativas (nas quais a família das partes geralmente está presente) e nos círculos restaurativos (maiores, com a inclusão de outras pessoas da comunidade local)²⁰.

Muito embora os debates sobre a justiça restaurativa ainda se voltem, majoritariamente, à análise de processos restaurativos em matéria criminal, é imprescindível destacar que o “movimento restaurativo” não se limita (mais) ao objetivo de (apenas) mudar o procedimento com o qual lidamos com o crime. Conforme explica Johnstone²¹, o foco da “campanha restaurativa” tem mudado significativamente ao longo dos anos:

17 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/722e01ef1ce422f00e726fbbee709398.pdf>. Acesso em 01 dez. 2022.

18 O inteiro teor da referida Recomendação está disponível em: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016808e35f3. Acesso em 21 mar. 2023.

19 Membros da família, amigos, vizinhos, etc. Vide: ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos. *Sistema Penal & Violência (Online)*, v. 6, p. 43-61, 2014.

20 ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. *The Role of Community in Restorative Justice*. Abingdon: Routledge, 2015.

21 JOHNSTONE, Gerry. *Restorative Justice: Ideas, Values, Debates*. 2. ed. London: Routledge, 2011, p. 144.

[...] expandiu “para baixo”, deixando de englobar apenas o crime para abranger, também, problemas mais cotidianos de comportamento disruptivo, mau desempenho nas escolas e nos locais de trabalho, e outras condutas lesivas do dia a dia; e “para cima”, indo além dos crimes comuns para abarcar graves violações de direitos humanos, genocídio e injustiças históricas de grande escala.

Segundo o mesmo autor²², o movimento restaurativo possui, pelo menos, cinco agendas distintas:

1. Promover o uso de processos restaurativos na resposta ao crime.
2. Encorajar uma nova forma de interpretar o crime e os problemas relacionados, bem como novas concepções do que constitui uma boa solução para tais problemas.
3. Promover o uso de processos e princípios restaurativos em uma variedade de configurações institucionais como uma forma de lidar com comportamentos desviantes, conflitos e “baixo desempenho”.
4. Promover a justiça restaurativa como parte da solução para o problema de se alcançar a reconciliação política após eventos de violência em massa e opressão.
5. Criar uma sociedade justa, definida como uma sociedade na qual todas as necessidades humanas são atendidas e – como um aspecto disso – transformar a maneira como as pessoas se entendem, bem como a relação que temos com o mundo ao nosso redor.

Conforme asseveram Farias e Rosenblatt²³, a didática de Johnstone nos ajuda a compreender, por exemplo, o crescente interesse no potencial da justiça restaurativa em projetos de reconciliação política. As comissões da verdade criadas para lidar com crimes de lesa-humanidade (*v.g.*, a Comissão da Verdade e Reconciliação da África do Sul), por exemplo, são frequentemente colocadas sob o “guarda-chuva” da justiça restaurativa²⁴. As agendas restaurativas, ainda conforme organizadas por Johnstone, também chamam atenção para uma tendência que, se pensarmos mais criticamente, é (ou deveria ser) natural: para reformar o sistema de justiça criminal, precisamos olhar e agir para além dos muros desse

22 JOHNSTONE, Gerry. The Agendas of the Restorative Justice Movement. In: MILLER, Holly V. (org.). *Restorative Justice: From Theory to Practice*. Bingley: Emerald Group Publishing, 2008, p.61.

23 Para uma reflexão pormenorizada acerca das agendas de Johnstone e suas implicações para a construção de um movimento restaurativo nacional antirracista, vide: FARIAS, Kennedy A. D.; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. E cadê “raça” nos discursos restaurativos? Críticas às branquitudes do movimento restaurativo internacional. In: MACHADO, A. C.; GRAF, P. M.; CANTARELLI, V. P. de O. (orgs.). *Narrativas restaurativas libertárias: ensaios sobre potências e resistências*. São Paulo: OAB/SP, 2021, p. 189-217.

24 Para uma discussão mais detalhada sobre a relação e os limites entre as justiças restaurativa e de transição, inclusive com indicação de autores que se posicionam de tal ou qual forma, vide: ROSENBLATT, Fernanda Fonseca; WEITEKAMP, Elmar G. M. *Restorative justice around the world and in cases of mass victimisation*. In: PEACOCK, Robert (org.). *Victimology in Africa*. 3. ed. Pretoria: Van Schaik Publishers, 2019, p. 143-159.

sistema. Isso porque não há como transformar o sistema de justiça criminal sem transformar o contexto no qual ele vive e se reproduz, sem transformar “todo o sistema jurídico, nossa vida familiar, nossa conduta no trabalho, nossa prática política”²⁵. Para mudar, genuinamente, a forma como respondemos ao crime, diz Braithwaite, é necessária “uma mudança holística na maneira como fazemos justiça no mundo”²⁶. E, ainda segundo Braithwaite, a justiça busca a redução da injustiça, não a redução dos delitos, simplesmente; a justiça restaurativa, pois, “aspira oferecer direções práticas sobre como nós, cidadãos democráticos, podemos levar uma boa vida por meio da luta contra a injustiça”²⁷.

Através desse olhar mais ousado sobre o problema que é o sistema de justiça criminal e a necessidade de ir para além dele, a justiça restaurativa tem alcançado cenários que, no início do movimento, foram mantidos distantes. Por exemplo, hoje, o movimento restaurativo tem se ocupado, principalmente nos EUA, de debates sobre o papel da justiça restaurativa nos empenhos contemporâneos pela reparação da escravidão negra²⁸. E embora essa temática possa parecer distante da mais focada necessidade de transformação do sistema de justiça criminal, é apenas para os olhares mais desatentos e embranquecidos que ignoram a relação histórica e viva entre o legado da escravidão e o operar racista desse sistema²⁹.

Quer dizer, a justiça restaurativa não pode ser manuseada como uma abordagem pronta para ser implementada de cima para baixo, mas sim como um processo de construção cultural, política e social. Ela se desenvolve a partir de várias dimensões e se consolida como uma estratégia contínua na comunidade, empoderando indivíduos e fomentando uma consciência coletiva emancipatória³⁰. Nesse sentido, embora seja comumente percebida e executada como um novo *programa*, compreendemos a justiça restaurativa como uma *mudança de paradigma* que busca estabelecer relações humanas justas e, por conseguinte, disposta a desafiar as desigualdades estruturais persistentes.

E no Brasil, o que é justiça restaurativa?

25 BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice. In: HIRSCH, Andrew von; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony E.; ROACH, Kent; SCHIFF, Mara (Orgs.). *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 1.

26 BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice. In: HIRSCH, Andrew von; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony E.; ROACH, Kent; SCHIFF, Mara (Orgs.). *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 1.

27 BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice. In: HIRSCH, Andrew von; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony E.; ROACH, Kent; SCHIFF, Mara (Orgs.). *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 1-20.

28 JOHNSTONE, Gerry. The Agendas of the Restorative Justice Movement. In: MILLER, Holly V. (org.). *Restorative Justice: From Theory to Practice*. Bingley: Emerald Group Publishing, 2008, p. 59-79.

29 DAVIS, Fania E. *The Little Book of Race and Restorative Justice*. New York: Good Books, 2019.

30 LEAL, Jackson da Silva; SALM, João. A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra. *Revista Sequência*, n. 64, p. 195-226, 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/22434>>. Acesso em 17 jan. 2022.

3 O que é justiça restaurativa no Brasil?

Como introduzido, quem protagoniza o movimento restaurativo nacional é o Poder Judiciário, notadamente pelas mãos do CNJ. E a Resolução nº 225/2016 deste Conselho, em seu Art. 1º, define a justiça restaurativa como “um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado”. E, segundo o mesmo dispositivo, esse “modo estruturado” se daria da seguinte forma:

I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos;

II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras;

III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro.

A referida política nacional atribui ao CNJ a função de promover ações de incentivo à justiça restaurativa, com base numa série de “linhas programáticas”, a exemplo daquelas de caráter *interinstitucional* (voltada à contemplação de “mecanismos de cooperação capazes de promover a Justiça Restaurativa junto das diversas instituições afins, da academia e das organizações de sociedade civil”), *interdisciplinar* (voltada a proporcionar “estratégias capazes de agregar ao tratamento dos conflitos o conhecimento das diversas áreas científicas afins, dedicadas ao estudo dos fenômenos relacionados à aplicação da Justiça Restaurativa”) e *formativo* (voltada à “formação de multiplicadores de facilitadores em Justiça Restaurativa”) (Art. 3º, III, IV e VI).

Com efeito, o compromisso com as lógicas interinstitucional e interdisciplinar resta nítido ao longo da Resolução 225/2016. Segundo o seu Art. 6º, por exemplo, os tribunais devem, dentre outras diretrizes:

V – primar pela qualidade dos serviços, tendo em vista que as respostas aos crimes, aos atos infracionais e às situações de vulnerabilidade deverão ser feitas dentro de uma lógica interinstitucional e sistêmica e em articulação com as redes de atendimento e parceria com as demais políticas públicas e redes comunitárias;

VI – instituir, nos espaços de Justiça Restaurativa, fluxos internos e externos que permitam a institucionalização dos procedimentos restaurativos em articulação com as redes de atendimento das demais políticas públicas e as redes comunitárias, buscando a interconexão de ações e apoiando a expansão dos princípios e das técnicas restaurativas para outros segmentos institucionais e sociais.

A capacitação de servidores em justiça restaurativa também é destacada, cabendo ao CNJ, segundo o Art. 4º, II, “buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura de não-violência e para que nas Escolas Judiciais e da Magistratura, bem como nas capacitações de servidores e nos cursos de formação inicial e continuada, haja módulo voltado à Justiça Restaurativa”. Por sua vez, devem os tribunais “incentivar ou promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores e voluntários nas técnicas e nos métodos próprios de Justiça Restaurativa, sempre prezando pela qualidade de tal formação, que conterà, na essência, respostas a situações de vulnerabilidade e de atos infracionais que deverão constar dentro de uma lógica de fluxo interinstitucional e sistêmica, em articulação com a Rede de Garantia de Direitos” (Art. 5º, III). Ademais, ao estabelecerem parâmetros curriculares para cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de facilitadores, os tribunais devem considerar “as peculiaridades locais no âmbito de sua autonomia” (Art. 21).

Na verdade, a Resolução reserva um capítulo inteiro à temática da formação e capacitação, no qual destaca, dentre outras questões, a necessidade de “um plano pedagógico básico dos cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de facilitadores em Justiça Restaurativa” (Art. 16, § 1º). Finalmente, ainda no campo da formação e capacitação, prevê que, baseado nas informações oriundas dos tribunais, “o CNJ promoverá estudos, com auxílio de especialistas, para fins de elaboração de plano disciplinar básico para a formação em justiça restaurativa junto às Escolas Judiciais e Escolas da Magistratura” (Art. 19, § único).

Muito embora seja possível observar uma preocupação com os aspectos comunitários, institucionais e sociais que contribuem para o surgimento dos fenômenos “conflito” e “violência”, em nenhum ponto da Resolução é possível encontrar termos como “raça” ou “racismo”. A Resolução chega a atribuir ao “facilitador restaurativo” o dever de “atuar com absoluto respeito à dignidade das partes, *levando em consideração eventuais situações de hipossuficiência e desequilíbrio social, econômico, intelectual e cultural*” (Art. 14, III, sem destaque no original), bem como de “considerar os *fatores institucionais e os sociais que contribuíram para o surgimento do fato que gerou danos*, indicando a necessidade de eliminá-los ou diminuí-los” (Art. 14, V, sem destaque no original). Mas, de novo, em nenhuma passagem da Resolução é dado espaço intencional à temática racial. Ora, se o racismo forma e estrutura a

sociedade brasileira, é impossível excluir o mesmo da compreensão dos referidos “aspectos comunitários, institucionais e sociais” ou dos “*fatores institucionais e os sociais que contribuíram para o surgimento do fato que gerou danos*”. Acredita-se, pois, que a resolução perdeu a oportunidade de lançar uma política nacional de justiça restaurativa que seja nitidamente antirracista desde o início.

4 O “plano pedagógico básico” elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça

4.1 Uma exploração crítica do “plano pedagógico básico”

Como mencionado anteriormente, para nós, a justiça restaurativa vai além de uma simples alternativa para resolver conflitos *interpessoais*. Ela se expande como um movimento inclusivo que visa fomentar relações humanas justas e, consequentemente, precisa se empenhar em confrontar as desigualdades *estruturais* vigentes. Partimos do pressuposto de que se trata de uma “ideia”³¹ concebida com o propósito de transformar estruturas sociais, institucionais e sistêmicas, em vez de apenas integrá-las passivamente. A princípio, parece ser esse, também, o entendimento do CNJ quando afirma e reafirma, seja na Resolução 225/2016, no *Planejamento da Política Nacional de Justiça Restaurativa* ou nas *Diretrizes do Plano Pedagógico Mínimo Orientador para Formações em Justiça Restaurativa*, que busca efetivar a justiça restaurativa “em toda a sua amplitude”, não como uma mera metodologia de resolução de conflitos, mas como um “instrumento de transformação social”, como “uma nova filosofia de vida”, como “uma transformação de paradigmas que implica novos modelos sobre como se enxergar o mundo e sobre como estar nele”.

Ocorre que, ao ser incorporada pelo sistema de justiça, a justiça restaurativa (assim como quaisquer outras “boas ideias”) pode incorrer na reprodução de práticas enraizadas em sua cultura. Nessa perspectiva, há a preocupação de que o racismo institucional seja uma das lógicas mantidas pela justiça restaurativa dentro da cultura do sistema de justiça brasileiro. Silvio de Almeida explica que o “racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional”³². Daí surge a concepção de racismo estrutural, na medida em que “comportamentos individuais e processos institucionais são derivados de uma sociedade cujo racismo é regra e não exceção. O racismo é parte de um processo social que ocorre ‘pelas costas dos

31 ROSENBLATT, Fernanda Fonseca; MAZZUCATO, Claudia. On the “restorative idea”: setting boundaries, innovating and exploring the unknown. *The International Journal of Restorative Justice*, v. 6, n. 3, p. 339-352, 2023.

32 ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019, p. 38.

indivíduos e lhes parece legado pela tradição'''³³. Ainda de acordo com o mencionado autor, dizer que:

[o] racismo é estrutural não é apenas constatar que ele está posto e estrutura as bases históricas e sociais do Brasil, mas é reconhecer que ele permeia todas as esferas da sociedade e se reflete em privilégios concedidos direta e indiretamente a pessoas não negras, o que precisa ser fortemente combatido³⁴.

Ao trazer essas ponderações para o âmbito da justiça restaurativa, Fania Davis adverte que, se o movimento restaurativo não abordar questões tão significativas quanto o racismo e a colonialidade, acabará operando de maneiras racistas e colonizadoras, uma vez que este é o padrão dominante³⁵. Com efeito, não é possível que a justiça restaurativa siga enquanto instrumento de transformação social sem a inserção do debate racial na sua essência, pois o racismo é estruturante e estrutural na sociedade brasileira³⁶. Quer dizer, só com consciência racial é que a justiça restaurativa pode se constituir em um importante instrumento para a concretização das garantias da equidade, da inclusão e da pacificação social, porque só essa consciência nos permite compreender as bases que estruturam o racismo e nos leva a questionar os privilégios social e culturalmente instituídos. Essa é uma das responsabilidades de quem atua na área da justiça restaurativa: ir para além da boa técnica. Isso implica envolver-se nas questões que permeiam as vidas e as instituições, desencadeando processos de transformação que inevitavelmente conduzam a uma mentalidade engajada na luta contra o racismo.

Diante disso, por óbvio, é necessário que as formações e capacitações em justiça restaurativa reajam ao “padrão” com intencionalidade, incluindo, pois, temáticas ligadas à questão racial em seus planos e programações. Aliás, o próprio *Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa*³⁷ assevera que “as propostas pedagógicas de tais Formações [das formações em justiça restaurativa] devem contar com o ensino da base teórica da Justiça Restaurativa *como instrumento de transformação social e filosofia de vida, dentro do contexto da Cultura da Não Violência*” (original sem grifo). Ora, esse ethos transformativo, é certo, não pode ser alcançado sem que se inclua, no ensino da base teórica da justiça restaurativa, o debate sobre questões raciais. Mas será que houve essa inclusão?

33 ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019, p. 38-39.

34 ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019, p. 39.

35 DAVIS, Fania E. *The Little Book of Race and Restorative Justice*. New York: Good Books, 2019.

36 ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019, p. 39.

37 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/07/791781111412e76b197bd22ed1da7054.pdf>. Acesso em 21 mai. 2022.

Para abordar a última questão, as autoras debruçaram-se a analisar as *Diretrizes do Plano Pedagógico Mínimo Orientador para Formações em Justiça Restaurativa*³⁸, buscando por termos e expressões como “raça”, “racismo”, “questão racial” e outros relacionados. Apenas o termo “raça” foi identificado, o qual foi utilizado uma única vez, de forma incidental, meramente para ilustrar um argumento mais amplo sobre a importância de adotar uma visão abrangente dos conflitos. Senão vejamos:

Ademais, caberá ao facilitador, também, no desenvolvimento da prática restaurativa, ser capaz de enxergar o conflito em conexão com as três dimensões da convivência – relacional, institucional e social –, pelo que, dentre tantas questões, ele se deparará com *situações estruturais e culturais delicadas relativas a gênero, raça, classe social, origem, orientação sexual etc.*, e deve estar preparado para lidar adequadamente com elas, inclusive no que diz respeito à construção das responsabilidades coletivas e de ações para enfrentamento de tais estruturas.³⁹ (original sem grifo)

Essa informação sugere que o CNJ lançou um plano de formações em justiça restaurativa sem emprestar nitidez à importância das questões em torno da raça e do racismo. Ora, tomando a explicação de Almeida como referência, se não há o esforço antirracista institucional, há o reforço do racismo através de processos institucionais derivados desta sociedade “cujo racismo é regra e não exceção”⁴⁰.

Dora Bertúlio, em sua tese de doutorado observa que “a questão racial no Brasil tem sido tratada, ainda, com a displicência típica à atenção dada aos demais problemas de todo o povo brasileiro, quer na esfera política, acadêmica ou jurídica”⁴¹. No Brasil,

[...] a negligência e o apagamento da questão racial no interior das instituições jurídicas são expressões do racismo institucional e impedem que a raça seja incluída como chave analítica para compreender fenômenos sociais relevantes, como o funcionamento do sistema de segurança pública e da justiça criminal, por exemplo⁴².

38 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Diretrizes do Plano Pedagógico Mínimo Orientador para Formações em Justiça Restaurativa*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/final-completo-planej-pedag-min-orient-formacoes-cgjr-cnj-pol-nac-jr-jul-21.pdf>. Acesso em 12 fev. 2022.

39 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Diretrizes do Plano Pedagógico Mínimo Orientador para Formações em Justiça Restaurativa*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/final-completo-planej-pedag-min-orient-formacoes-cgjr-cnj-pol-nac-jr-jul-21.pdf>. Acesso em 12 fev. 2022.

40 ALMEIDA, Sílvio Luiz de. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, Coleção Feminismos Plurais, 2019.

41 BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. *Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 1989, p. 14.

42 LIMA, Renato Sérgio de (Ed.); BARROS, Betina Warmling (Ed. Assist.). *Estatísticas de segurança pública: produção e uso de dados criminais no Brasil*. São Paulo, SP: Fórum Brasileiro de Segurança Pública,

A resistência ao debate revela que, atualmente no Brasil, ainda se simula fazer justiça por meio de leis e projetos que são apresentados como inovadores e bem-intencionados, mas que, em última análise, acabam por apenas reproduzir velhas práticas. E isso num contexto constitucional atual que atribui às instituições estatais a responsabilidade de atuar como agentes de transformação⁴³. Nesse contexto, a superação do fenômeno de invisibilização da questão racial e do racismo é identificada como um desafio crucial no debate racial dentro do campo jurídico. A exclusão do debate sobre violências estruturais e questões raciais impediu, portanto, a concretização do propósito de desenvolver um instrumento de formação em justiça restaurativa alinhado com a transformação social, como preconizado pelo CNJ em sua Resolução nº 225/2016.

Sabedor da urgência de mudanças nas práticas institucionais do Poder Judiciário, com intencionalidade de combater a reprodução e aprofundamento das desigualdades no país, o CNJ deveria ter estampado o compromisso de estabelecer um plano pedagógico direcionado a promover a igualdade, fundamental para o estabelecimento de uma cultura de paz.

Petronella Maria Boonen⁴⁴ destaca a importância de avançarmos enquanto movimento restaurativo:

Na verdade, todos precisam ser despertados para identificar e transpassar a cegueira, a surdez e o silêncio cúmplice que, se não impossibilitam, pelo menos dificultam que as práticas restaurativas sejam verdadeiramente reparadoras de necessidades, injustiças e violências. Isso pede um esforço de trocar as lentes diversas vezes; além de olhar para as necessidades das pessoas envolvidas, as lentes têm que ser telescópicas, para projetar um futuro e realizar ações que permitam interromper a reprodução da violência estrutural.

Esse é um compromisso que os práticos da justiça restaurativa precisam assumir, e a capacitação com abordagem restaurativa deve ser planejada e executada como um espaço público para a defesa de uma sociedade mais justa, onde as questões estruturais – em particular as raciais – devem ser debatidas e compreendidas em toda a sua complexidade. Por meio de uma formação em justiça restaurativa que reconheça a complexidade social, é possível contribuir ativamente para uma justiça mais democrática, eficiente e de qualidade. Em outras palavras, as formações de facilitadores em justiça restaurativa no Brasil devem assumir o compro-

2022. Livro eletrônico. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/09/estatisticas-de-seguranca-publica.pdf>. Acesso em: Fev. 02 de 2024.

43 MOREIRA, Adilson José; ALMEIDA, Philippe Oliveira de; CORBO, Wallace. *Manual de educação jurídica antirracista: direito, justiça e transformação social*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

44 BOONEN, Petronella Maria. Sulear a justiça restaurativa é ampliar suas abordagens. In ORTH, Gláucia Mayara Niedermeyer; GRAF, Paloma Machado (Orgs.). *Sulear a Justiça Restaurativa: as contribuições latino-americanas para a construção do movimento restaurativo*. Ponta Grossa: Texto e Contexto, 2020, p. 55.

misso de promover a justiça racial. No entanto, como seria um plano pedagógico alinhado a esse ideal?

4.2 Reimaginando horizontes: como melhorar a formação em justiça restaurativa pelo e no Poder Judiciário brasileiro?

Com base na premissa de que o sistema de justiça no Brasil é intrinsecamente marcado pelo racismo estrutural, um projeto de formação em justiça restaurativa verdadeiramente transformador reconheceria não apenas a presença contínua dessas práticas discriminatórias, mas também a sua origem histórica nas raízes coloniais e escravocratas do país. A abordagem inovadora desse projeto estaria em desafiar ativamente esses padrões arraigados e, em seu lugar, promover um ambiente inclusivo, que respeite e valorize a diversidade do povo brasileiro, especialmente da população negra.

Em 2023, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) divulgou uma nota técnica de grande relevância, abordando a interseção do racismo estrutural e a segurança pública no Brasil. Alarmantes dados revelam que os indivíduos negros no país são desproporcionalmente afetados pela violência, representando mais de 76% das vítimas de mortes violentas intencionais. Além disso, a presença expressiva de pessoas negras no sistema prisional brasileiro é evidente, com um total de 832 mil detidos em 2022, dos quais 68,2% eram negros. A análise do FBSP enfaticamente conclui que o atual sistema tende a punir e criminalizar majoritariamente a população negra, destacando a urgência de medidas efetivas para abordar essa grave desigualdade social e estrutural.⁴⁵

Reconhecer o racismo enraizado nas estruturas do sistema de justiça é um passo fundamental em direção à igualdade racial; no entanto, para uma verdadeira transformação, é essencial agir de forma proativa com uma perspectiva declarada e intencionalmente antirracista. O FBSP exemplifica esse compromisso ao decidir, em 2023, não apenas emitir uma nota técnica sobre o assunto, mas também incorporar a análise racial em todos os seus relatórios. E o Fórum foi além ao declarar compreender o antirracismo, não apenas como um conceito, mas como um objetivo estratégico fundamental para cumprir sua missão institucional de orientar e qualificar o debate e as políticas públicas do setor da segurança pública, promovendo-a como um direito fundamental⁴⁶. De igual modo, é crucial que o sistema de justiça brasileiro abrace tal perspectiva, sendo a formação em justiça restaurativa um ponto de partida estratégico e fundamental. Esta abordagem, por

45 PACHECO, Dennis; BRANDÃO, Juliana. *Racismo estrutural e segurança pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023, p. 8-12

46 PACHECO, Dennis; BRANDÃO, Juliana. *Racismo estrutural e segurança pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023, p. 5.

sua própria essência, incorpora o desafio antirracista em seu cerne, tornando-a uma ferramenta poderosa na busca por equidade e justiça.

Uma sugestão concreta para avançar nesse sentido é incorporar, nos programas de treinamento, a utilização de dados cientificamente produzidos. Políticas públicas embasadas em evidência são pilares de uma democracia robusta e madura. A incorporação da justiça restaurativa como componente das políticas judiciais públicas deve adotar essa prática em todas as suas instâncias, inclusive nos estágios iniciais de formação. Ao considerar que a maioria dos profissionais do sistema de justiça no Brasil é composta por indivíduos brancos ou percebidos como brancos, oferecer-lhes uma educação embasada em dados representa a oportunidade de apresentá-los a uma realidade talvez desconhecida por eles.

A atuação dos educadores é fundamental no processo de desenvolvimento de uma formação antirracista, uma vez que a qualidade da representação exerce influência significativa nesse processo. Para alcançar plenamente o objetivo de formar agentes comprometidos com a igualdade racial no contexto da justiça restaurativa, é crucial que os formadores tenham como prioridade a promoção dessa preocupação. É importante ressaltar que não se trata apenas de contar com educadores negros que abordem o tema do racismo estrutural no sistema de justiça. A abordagem em questão vai além disso, ao sugerir que todas as disciplinas sejam permeadas pela temática da igualdade racial e que todos os instrutores adotem, como premissa fundamental, o combate ao racismo e a promoção de uma justiça antirracista em seus projetos educacionais.

É recomendável que a formação dos agentes não se limite a uma única experiência, mas sim seja concebida como um processo contínuo de engajamento com as temáticas da justiça restaurativa e da justiça antirracista. Para tanto, torna-se essencial a realização de revisões periódicas e a superação dos desafios que emergem no cotidiano. A fim de assegurar a eficácia desse processo educacional, é aconselhável a adoção de práticas de acompanhamento regular, oferecendo orientação e mentoria aos agentes em fase inicial de treinamento, além da definição de critérios claros para a avaliação do progresso e impacto das ações implementadas.

As recomendações apresentadas, além de simples em sua essência, não necessariamente trazem custos adicionais em comparação aos recursos já alocados para capacitação em justiça restaurativa no Brasil. No entanto, cumpre salientar que uma execução parcial não será suficiente para efetuar uma mudança verdadeira. É imperativo frisar que a perspectiva antirracista deve permear de modo abrangente e horizontal todas as etapas do processo de formação e capacitação dos profissionais encarregados de aplicar os princípios da justiça restaurativa, desde o planejamento inicial até a conclusão das atividades, e estendendo-se inclusive ao acompanhamento posterior. Somente através dessa união profunda e incisiva do

princípio antirracista em todas as esferas, seremos capazes de alcançar os objetivos mais significativos e transformadores desse paradigma – o restaurativo – em nosso sistema de justiça.

5 Considerações Finais

Segundo o último Anuário Brasileiro de Segurança Pública⁴⁷, em 2022, existia uma média de 820.689 pessoas presas no Brasil. Dessa população, a maior parte são de pessoas negras e, a cada ano, esses números e essa discrepância só aumenta. Por exemplo, no ano de 2005, os negros representavam 58,4% do total de presos, enquanto 39,8% da população carcerária brasileira era formada por brancos. Em 2022, essas porcentagens pularam para 68,2% de negros e 30,4% de brancos. Enquanto isso, de acordo com o Censo do Poder Judiciário de 2018, apenas 16,5% dos magistrados se autodeclararam pardos e 1,6%, pretos.

O tema da presença de pessoas negras no Poder Judiciário vem sendo objeto de maior atenção com o advento do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010). Já no âmbito do CNJ, as iniciativas começam em 2014, com a realização do primeiro Censo do Poder Judiciário e, depois, com a Resolução nº 203/2015 do CNJ, a qual dispõe sobre a reserva a pessoas negras de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de ingresso na magistratura. Mais recentemente, em 2020, alguns atos normativos foram promulgados com o objetivo de dar visibilidade à discussão sobre a igualdade e discriminação racial e preconizar regramento valorizando a inclusão da população negra no Poder Judiciário. Dentre eles, destacam-se: a Portaria nº 108 de 08/07/2020, do CNJ, que institui um Grupo de Trabalho destinado à elaboração de estudos e indicação de soluções com vistas à formulação de políticas judiciais sobre a igualdade racial no âmbito do Poder Judiciário; e a Resolução nº 336 de 29/09/2020 do CNJ, tratando sobre a promoção de cotas raciais nos programas de estágio dos órgãos do Poder Judiciário nacional.

Estranha o fato de essas iniciativas não terem respingado de nenhuma forma nas normativas do CNJ sobre formações e capacitações em justiça restaurativa.

Fato é que não há como se pensar um modelo de justiça que rompe com a concepção punitiva – opressora, estigmatizadora – sem estar presente o debate racial. Assim, voltar o olhar para as questões raciais nas formações do CNJ é, como sugerem Sposato e Santana⁴⁸, proporcionar uma percepção crítica do meio e dos

47 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: FBSP, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em 01 ago. 2023.

48 SPOSATO, Karyna Batista; SANTANA, João Victor Pinto (orgs.). *Olhares sobre a Justiça Restaurativa*. São Cristóvão: UFS, 2021.

sistemas sociais, políticos e econômicos no qual se está inserido; é, na verdade, ressignificar o valor da justiça. Com efeito, é importante lembrar que a justiça restaurativa surgiu, na contemporaneidade, abraçada a esse potencial revolucionário. É dizer, ela sempre foi sobre mudança de paradigma, sobre mudar a experiência de justiça das partes e não meramente o modo de proceder diante de determinados casos, numa dada vara ou por parte de alguns juízes.

Ocorre que, no Brasil, parece existir uma confusão entre o que a justiça restaurativa é e como ela pode ser praticada – por exemplo, quando a sua concepção é limitada à prática de círculos⁴⁹. Essa confusão acaba por incutir uma noção meramente processual de justiça restaurativa, que não ajuda a romper com o paradigma padrão de crime-e-castigo (e tudo o que subjaz a esses dois hifens). De fato, embora a *Mudança de Lentes* de Howard Zehr seja a principal referência citada como suporte para os programas de justiça restaurativa no Judiciário brasileiro⁵⁰, na prática, a justiça restaurativa não é entendida ou aceita como uma mudança de paradigma. E isso, destacamos, é profundamente problemático. Como resumem Orth e Graf⁵¹, “[...] a capacidade revolucionária de emancipação comunitária e transformativa social está prejudicada e pode relegar à justiça restaurativa *status* de simples método de resolução de conflitos que não enfrenta os desafios da complexidade da violência estrutural”.

Essa preocupação, na verdade, não é exclusivamente brasileira, mas permeia o movimento de justiça restaurativa ao redor do globo. Como diz Maglione⁵²:

Esses rápidos desenvolvimentos institucionais superaram as aspirações teóricas radicais da justiça restaurativa (encapsuladas no discurso original de “descentralização-gestão de conflitos”), deixando que elementos mais conservadores, devedores da justiça criminal “convencional”, liderassem seu desenvolvimento.

Fato é que, também no Brasil, a justiça restaurativa “carece de qualquer ‘atitude de dizer não’ [...] às compreensões ‘convencionais’ de crime e castigo”⁵³, e essa é uma constatação que também podemos extrair do principal documento a

49 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/722e01ef1ce422f00e726fbbec709398.pdf>. Acesso em 01 dez. 2022.

50 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/722e01ef1ce422f00e726fbbec709398.pdf>. Acesso em 01 dez. 2022.

51 ORTH, Gláucia Mayara Niedermeyer; GRAF, Paloma Machado. Violências, Trauma Psicossocial e Brasil: Velha roupa colorida? In: ORTH, Gláucia Mayara Niedermeyer; GRAF, Paloma Machado (org.). *Sulear a Justiça Restaurativa (Parte 2): Por uma práxis decolonial*. Ponta Grossa: Texto e Contexto, 2021, p. 38.

52 MAGLIONE, Giuseppe. Pushing the theoretical boundaries of restorative justice: non-sovereign justice in radical political and social theories. In: GAVRIELIDES, T. (org.) *Routledge International Handbook of Restorative Justice*. Abingdon: Routledge, 2019, p. 23.

53 MAGLIONE, Giuseppe. Pushing the theoretical boundaries of restorative justice: non-sovereign justice in radical political and social theories. In: GAVRIELIDES, T. (org.) *Routledge International Handbook of Restorative Justice*. Abingdon: Routledge, 2019, p. 23.

guiar as formações e capacitações em justiça restaurativa no e pelo Poder Judiciário brasileiro.

Se é verdade que a potência revolucionária da justiça restaurativa parece adormecida ou esquecida no Norte global⁵⁴, num país institucionalmente violento como o nosso, implementar mais do mesmo não é uma opção. A justiça restaurativa “à brasileira” há de ser uma com consciência racial e, assim, além de treinamento robusto sobre conhecimento e habilidades básicas da justiça restaurativa, os facilitadores devem ser treinados para compreender que as questões de raça são aspectos críticos dos danos relacionados ao crime e de qualquer processo voltado à reparação dos mesmos. Levando-se em consideração que o Poder Judiciário, através de seus magistrados e servidores, é composto em sua maioria por homens brancos (e quanto mais elevada a hierarquia, mais branca e masculina é a composição), apenas uma formação antirracista garantirá que a justiça restaurativa seja bem aplicada enquanto processo de construção cultural, política e social, que se desenvolve a partir de diversas dimensões, como estratégia permanente na comunidade, empoderando e produzindo uma racionalidade emancipatória.

Que as propostas aqui apresentadas sirvam de inspiração para a reformulação (e revolução) da formação em justiça restaurativa no Brasil. Somente dessa forma acreditamos que será possível alcançar a visualização da igualdade racial e da equidade no sistema de justiça.

Referências bibliográficas

- ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Restorative justice and criminal justice: limits and possibilities for Brazil and Latin America. *The International Journal of Restorative Justice*, v. 1, n. 1, p. 9-32, 2018.
- BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. *Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 1989.
- BOONEN, Petronella Maria. Sulear a justiça restaurativa é ampliar suas abordagens. In ORTH, Glaucia Mayara Niedermeyer; GRAF, Paloma Machado (Orgs.). *Sulear a Justiça Restaurativa: as contribuições latino-americanas para a construção do movimento restaurativo*. Ponta Grossa: Texto e Contexto, 2020. (Coleção Singularis, Vol. 8).
- BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice. In: HIRSCH, Andrew von; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony E.; ROACH, Kent; SCHIFF, Mara (orgs.). *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 1-20.
- CARDOSO NETO, Vilobaldo. *Justiça restaurativa no Brasil: potencialidades e impasses*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça*

54 MAGLIONE, Giuseppe. Pushing the theoretical boundaries of restorative justice: non-sovereign justice in radical political and social theories. In: GAVRIELIDES, T. (org.) *Routledge International Handbook of Restorative Justice*. Abingdon: Routledge, 2019, p. 21-31.

- Restaurativa*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/07/791781111412e76b197bd22ed1da7054.pdf>. Acesso em 21 mai. 2022.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/722e01ef1ce422f00e726fbbec709398.pdf>. Acesso em 01 dez. 2022.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Justiça Restaurativa: 10 Passos para implementação*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Cartilha-JusticaRestaurativa-08092020.pdf>. Acesso em 17 mar. 2022.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Diretrizes do Plano Pedagógico Mínimo Orientador para Formações em Justiça Restaurativa*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/final-completo-planej-pedag-min-orient-formacoes-cgjr-cnj-pol-nac-jr-jul-21.pdf>. Acesso em 12 fev. 2022.
- FARIAS, Kennedy Anderson Domingos de; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. E cadê “raça” nos discursos restaurativos? Críticas às branquitudes do movimento restaurativo internacional. In *Narrativas Restaurativas Libertárias: ensaios sobre potências e resistências*. MACHADO, Amanda Castro; GRAF, Paloma Machado; CANTARELLI, Viviane Pereira de Ornellas (Orgs.). São Paulo: Comissão Especial de Justiça Restaurativa da OAB/SP, 2021.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: FBSP, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em 01 ago. 2023.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: O sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2. ed. Brasília: Brado Negro, 2017.
- GOMES, Conceição. A formação de magistrados como instrumento de transformação da justiça. In *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Número especial. Publicado em 05 novembro de 2018. Disponível em: <http://journals.openedition.org/rccs/7881>. Acesso em: outubro de 2022.
- JOHNSTONE, Gerry. *Restorative Justice: Ideas, Values, Debates*. 2. ed. London: Routledge, 2011, p. 144.
- JOHNSTONE, Gerry. The Agendas of the Restorative Justice Movement. In: MILLER, Holly V. (org.). *Restorative Justice: From Theory to Practice*. Bingley: Emerald Group Publishing, 2008, p. 59-79.
- LEAL, Jackson da Silva; SALM, João. A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade human e seu convidado de honra. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 64, p. 195-226, jul. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/22434>. Acesso em 17 jan. 2022.
- LIMA, Renato Sérgio de (Ed.); BARROS, Betina Warmling (Ed. Assist.). Estatísticas de segurança pública: produção e uso de dados criminais no Brasil. São Paulo, SP: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Livro eletrônico. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/09/estatisticas-de-seguranca-publica.pdf>. Acesso em: Fev. 02 de 2024.
- MAGLIONE, Giuseppe. Pushing the theoretical boundaries of restorative justice: non-sovereign justice in radical political and social theories. In: GAVRIELIDES, T. (org.) *Routledge International Handbook of Restorative Justice*. Abingdon: Routledge, 2019, p. 21-31.
- MOREIRA, Adilson José; ALMEIDA, Philippe Oliveira de; CORBO, Wallace. *Manual de educação jurídica antirracista: direito, justiça e transformação social*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.
- OLIVEIRA, Maria Marly de. *Como fazer pesquisa qualitativa*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.
- ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LARA, Caio Augusto Souza. Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça. *Responsabilidades*, v. 2, n. 2, p. 305-324, 2013.
- ORTH, Glaucia Mayara Niedermeyer; GRAF, Paloma Machado. Violências, Trauma Psicossocial e Brasil: Velha roupa colorida? In: ORTH, Glaucia Mayara Niedermeyer; GRAF, Paloma Machado (org.). *Sulear a Justiça Restaurativa (Parte 2): Por uma práxis decolonial*. Ponta Grossa: Texto e Contexto, 2021, p. 21-40.
- PACHECO, Dennis; BRANDÃO, Juliana. *Racismo estrutural e segurança pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Nota técnica. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/handle/123456789/232>. Acesso em: Fev 1, 2024.

- PALLAMOLLA, Raffaella. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.
- PELIKAN, Christa. Balancing the debate: on the professionalisation and victim orientation in restorative justice. *The International Journal of Restorative Justice*, v. 3, n. 2, p. 295-300, 2020.
- PINTO, Renato Sócrates Gomes. Críticas à implementação da justiça restaurativa no Brasil. *MPD Dialógico*, v. VI, n. 25, p. 21, 2009
- ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos. *Sistema Penal & Violência* (Online), v. 6, p. 43-61, 2014.
- ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. *The Role of Community in Restorative Justice*. Abingdon: Routledge, 2015.
- ROSENBLATT, Fernanda Fonseca; WEITEKAMP, Elmar G. M. Restorative justice around the world and in cases of mass victimisation. In: PEACOCK, Robert (org.). *Victimology in Africa*. 3. ed. Pretoria: Van Schaik Publishers, 2019, p. 143-159.
- ROSENBLATT, Fernanda Fonseca; MAZZUCATO, Claudia. On the “restorative idea”: setting boundaries, innovating and exploring the unknown. *The International Journal of Restorative Justice*, v. 6, n. 3, p. 339-352, 2023.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (dir.); GOMES, Conceição (coord.). *O sistema judicial e os desafios da complexidade social: novos caminhos para o recrutamento e a formação de magistrados*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais/Observatório Permanente da Justiça, maio de 2011. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/43282>. Acesso em: outubro de 2022.
- SCURO NETO, Pedro. O enigma da esfinge: dez anos de Justiça Restaurativa no Brasil. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*, São Paulo, v. 8, n. 8, p. 163-184, 2008.
- SPOSATO, Karyna Batista; SANTANA, João Victor Pinto (orgs.). *Olhares sobre a Justiça Restaurativa*. São Cristóvão: UFS, 2021.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

JURISPRUDÊNCIA CRIATIVA NO PROCESSO PENAL ITALIANO E NA COMMON LAW: *ABNORMITÀ*, INEXISTÊNCIA E *PLAIN ERROR RULE*¹

ELENA MARIA CATALANO²

RICARDO JACOBSEN GLOECKNER (TRADUTOR)³

JOÃO CARLOS DALMAGRO JUNIOR (TRADUTOR)⁴

SUMÁRIO: 1. A disciplina da *abnormità* e da inexistência: duas hipóteses de *case law* no ordenamento processual penal italiano. - 2. A construção jurisprudencial do conceito de *abnormità*. - 3. A inexistência jurídica do ato processual: gênese e evolução do instituto. - 4. A distinção entre as duas categorias. - 5. Analogia entre *case law* em tema de *abnormità* e inexistência e direito judiciário anglo-americano sob o perfil do vínculo ao precedente. - 6. Princípio da legalidade e poderes criativos do juiz: posição do problema. - 7. Fundamentação jusnaturalista das categorias jurisprudenciais da *abnormità* e da inexistência. Composição do conflito entre exigências equitativas e exigência de certeza do direito. - 8. A razão como fator de coesão do ordenamento jurídico nos sistemas de *common law*. Supremacia originária da *natural law* no direito inglês. Vestígios do conceito de *natural law*: *natural justice* e *fair trial*. - A) *Nemo index in re sua*. - B) *Audi alteram partem*. - C) *Fairness*. - 9. *Plain error rule*: o jusnaturalismo processual do ordenamento norte-americano. - 10. A atividade criativa da jurisprudência entre soluções garantistas e manobras subversivas do sistema.

RESUMO: O ordenamento jurídico italiano, que em princípio não atribui à jurisprudência valor de fonte do direito, conhece, todavia, hipóteses isoladas de institutos de pura criação jurisprudencial, como a *abnormità* e a inexistência do ato processual. Na origem dessas figuras está a exigência jusnaturalista de sacrificar a letra da lei a fim de retirar do sistema decisões macroscopicamente ilegais. As mesmas finalidades justificaram a formulação, por obra da jurisprudência dos Estados Unidos, da chamada *plain error rule* que permite excepcionalmente ao juiz da impugnação identificar vícios não deduzidos anteriormente. As linhas de desenvolvimento das hipóteses italianas de *case law* parecem paralelas àquelas próprias dos países de *common law*,

1 Publicado originalmente em *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XXXVIII, fasc. 1, p. 299-321, 1996.

2 Professora de Direito Processual Penal na Università di Como. Advogada criminalista em Milão. E-mail: elenamaria.catalano@catalanolex.it.

3 Pós-Doutor em Direito pela Università Federico II (Napoli). Doutor em Direito pela UFPR. Mestre em Ciências Penais pela PUCRS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Consultor e Parecerista. E-mail: ricardogloeckner@hotmail.com.

4 Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor de Direito Processual Penal da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Advogado. E-mail: joao@dalmagroenardi.com.br.

com particular referência à tendencial aplicação tanto da regra *stare decisis* quanto da técnica do *distinguishing*.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisprudência criativa. Processo Penal italiano. *Abnormità*. Inexistência. *Plain Error Rule*.

RIASSUNTO: L'ordinamento giuridico italiano, che in linea di principio non attribuisce alla giurisprudenza valore di fonte del diritto, conosce, tuttavia, isolate ipotesi di istituti di schietta creazione giurisprudenziale, quali la *abnormità* e la inesistenza dell'atto processuale. All'origine di queste figure vi è l'esigenza giusnaturalistica di sacrificare la lettera della legge al fine di estromettere dal sistema provvedimenti macroscopicamente illegali. Le medesime finalità hanno giustificato la formulazione, ad opera della giurisprudenza degli Stati Uniti, della c.d. *plain error rule* che consente in via eccezionale al giudice dell'impugnazione di rilevare vizi non dedotti in precedenza. Le linee di sviluppo delle ipotesi italiane di *case law* appaiono parallele a quelle proprie dei paesi di *common law*, con particolare riferimento alla tendenziale applicazione sia della regola *stare decisis* sia della tecnica del *distinguishing*.

PAROLE-CHIAVE: Giurisprudenza creativa. Processo Penale italiano. *Abnormità*. Inesistenza. *Plain Error Rule*.

1. Mesmo que nosso ordenamento, de matriz fundamentalmente legislativa, negue à jurisprudência o valor de fonte normativa, ao precedente judicial é tradicionalmente reconhecida uma *auctoritas* que assume um papel relevante na evolução do sistema.⁵

⁵ À falta, nos sistemas de *civil law*, de um princípio de vinculação ao precedente análogo à regra anglo-americana do *stare decisis*, faz contraponto a constante práxis jurisprudencial de ater-se aos precedentes na matéria. Desde sempre os ordenamentos de tradição romanística reconhecem, de fato, a força persuasiva do precedente judicial enquanto "*auctoritas; rerum perpetuo similiter iudicatarum*" (v., em relação ao alcance universal do princípio relativo à eficácia persuasiva do precedente, CARDOZO, *Il giudice e il diritto*, trad. de Gueli, Florença, 1961, p. 14 ss.). Em particular, o notável desenvolvimento das coletâneas de jurisprudência testemunha a importância adquirida pelo precedente judicial como fator de evolução do direito nos países romano-germânicos (cf. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, trad. dirigida por Sacco, Pádua, 1973, p. 114; R.M. JACKSON, *The Machinery of Justice in England*, Cambridge, 1977, p. 10; SCHLESINGER, BAADÉ, DAMASKA, HERZOG, *Comparative Law*, Nova York, 1988, p. 597 ss.). Por outro lado, no mundo anglo-saxônico, a doutrina do precedente veio a perder o rigor que a caracterizava inicialmente (v. sobre o ponto, mais amplamente, n. 25). Dissipa-se, portanto, a fronteira entre uma situação de autoridade persuasiva do precedente em que este é meticolosamente observado e uma situação de precedente vinculante sistematicamente evadido mediante expedientes como a fictícia distinção entre os casos (GORLA, verbete *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milão, 1969, p. 496). Emerge, sob este perfil, uma "tendência evolutiva de convergência" entre os sistemas de *common law* e os de *civil law* (v., a respeito, CAPPELETTI, *The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law: A Fundamental Difference - or no Difference at all?*, in *Fest. Zweighert*, Tübingen, 1981, p. 381 ss.).

Em particular, a posição da Corte Suprema dos Estados Unidos, desde sempre relutante em reconhecer a vinculatividade de suas próprias decisões, não difere muito daquela da nossa Corte constitucional, atenta a justificar cada inversão de sua jurisprudência. A tendência da Corte em adequar-se às próprias decisões emerge, de fato, nítida, tanto da práxis de estender a normas, mesmo de conteúdo diverso, a aplicação de princípios gerais enucleados anteriormente, quanto da práxis de rejeitar por despacho as questões relativas a normas já examinadas. O recurso, em relação à prevalência de novas exigências, a técnicas de evasão do precedente só superficialmente diferentes daquelas desenvolvidas pelo *common law* constitui uma ulterior prova da tendencial vinculatividade das decisões da Corte, reforçada pela eficácia *erga omnes* das mesmas

Menor atenção tem sido, até agora, prestada, pelo menos no âmbito dos estudos sobre o processo penal, às hipóteses de verdadeira *case law*, devidas exclusivamente à obra criativa da jurisprudência penal que constrói no vazio normativo institutos mediante uma série incontestada de pronúncias constituindo, de fato, precedentes vinculantes.

As duas figuras unidas por essa gênese extralegislativa são a *abnormità* e a inexistência do ato processual. As categorias em questão se diferenciam profundamente quanto à estrutura e disciplina, embora se alimentem da mesma *ratio* de salvaguardar insuprimíveis exigências de justiça substancial.

2. Com referência ao conceito de *abnormità*, de fato, a inspirar o esforço criativo da jurisprudência foi o propósito, tipicamente equitativo, de submeter a recurso provimentos jurisdicionais *extra ordinem* enquanto divergentes, pela singularidade de seu conteúdo, não apenas de normas individuais, mas de todo o ordenamento processual e afetados por vícios tão graves e grosseiros que devem ser considerados absolutamente imprevisíveis pelo legislador.⁶ A questão da impugnabilidade

(cf., a respeito, G. TREVES, *Il valore del precedente nella giustizia costituzionale italiana*, in Id., org., *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, e *ivi*, PIZZORUSSO, *Stare decisis e Corte costituzionale*). O princípio da vinculação ao precedente entra, de resto, na lógica de um direito jurisprudencial o qual deve considerar-se, ao menos em parte, o direito constitucional italiano (v. *infra* n. 25).

6 V. Cass. sec. I, 8 de abril de 1991, Zanetti, in *Cass. pen.*, 1992, 1543, 823; Cass. sec. I, 12 de julho de 1991, De Bono, in *Cass. pen.* 1992, 1296: "Constitui provimento anômalo aquele que, pela singularidade e estranheza de seu conteúdo, encontra-se fora das normas legislativas e de todo o ordenamento processual, pela qual não se enquadra nos poderes do órgão decisório porque incompatível com os princípios gerais do sistema." As hipóteses originais em relação às quais a jurisprudência enucleou a noção de *abnormità* diziam respeito às sentenças de absolvição contendo pronunciamentos em contraste com seu conteúdo: emblemático, a esse respeito, o caso da sentença de absolvição contendo a condenação contextual do acusado ao ressarcimento dos danos em favor da parte civil (v., por exemplo, Cass. sec. II, 7 de junho de 1933, Operti, in *Giust. pen.*, 1933, II, 1831; Cass. sec. I, 18 de fevereiro de 1938, Villari e Di Meo, in *Giust. pen.*, 1938, IV, 720). Também em tema de provimentos irregulares de transmissão dos autos ao órgão de instrução, a jurisprudência da Corte de cassação alcançou uma elaboração notável: desde a conhecida sentença de 25 de outubro de 1949 (Cass. sec. II, 25 de outubro de 1949, Romualdi, in *Giust. pen.*, 1950, III, 15), foi, de fato, constantemente afirmado o princípio segundo o qual as decisões que determinavam a restituição dos autos ao juiz de instrução ou ao Ministério Público fora dos casos previstos pela lei deviam considerar-se, em razão de sua *abnormità*, autônoma e imediatamente recorríveis por cassação, em derrogação ao art. 200 c.p.p. 1930 (cf. o correspondente art. 586 c.p.p.). A *abnormità* dos despachos em questão, resultando, quanto às consequências do vício, em sua irreparabilidade, decorre da violação do princípio de progressividade processual, pelo qual o processo que alcança a fase do julgamento não podia, em regra, retornar à fase de instrução. V., conformes, por exemplo, Cass. sec. IV, 28 de fevereiro de 1969, Ciufalini, in *Giust. pen.*, 1970, III, 108; Cass. sec. V, 3 de abril de 1987, Janni, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1663, m. 1447. Na doutrina v., a respeito, MARIANI, *Impugnabilità autonoma delle ordinanze di rinvio dagli atti al P. M.* in *Giust. pen.*, 1950, III, c. 15; MARUCCI, *Alcuni aspetti del rinvio del dibattimento a tempo indeterminato*, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1950, II, 87; Id., *In tema di provvedimenti abnormi e di libertà personale dell'imputato*, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1952, II, 11; SABATINI, *Ordinanza di rinvio a tempo indeterminato o sentenza allo stato degli atti?*, in *Giust. pen.*, 1951, III, 624; GIAMPAOLI, *Sull'impugnabilità immediata dei provvedimenti abnormi*, in *Foro it.*, 1952, II, 126; D'AGOSTINO, *Impugnazioni autonome di ordinanza dibattimentale di rinvio degli atti al P.M., omessa formulazione della riserva e determinazione del mezzo*, in *Giust. pen.*, 1953, III, 48; MANZONI, *Sull'impugnabilità in via autonoma di ordinanza c.d. abnorme*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, p. 185; PETTRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale*, vol. I, Milão, 1965, p. 107. O novo código de procedimento penal viu o desaparecimento da fase de instrução e da figura do juiz de instrução; casos de *abnormità* análogos àqueles recém-examinados podem, todavia, configurar-se, no atual ordenamento, em relação à diferença ontológica entre a fase das investigações preliminares, confiada à iniciativa investigativa do M.P., e aquela do julgamento, destinada à formação da prova no contraditório das partes diante de um juiz imparcial.

A questão já se apresentou ao exame da Corte de cassação que, em aplicação do princípio de separação funcional das fases processuais, considerou a *abnormità* de um despacho de audiência com o qual haviam

objetiva desses provimentos não previstos pela lei deveria ser resolvida, no silêncio normativo e em virtude do princípio da taxatividade das impugnações (art. 568 c.p.p.; art. 190 c.p.p. 1930), no sentido da inimpugnabilidade. Todavia, diante do absurdo de um provimento incompatível com nosso ordenamento jurídico, mas subtraído a qualquer remédio, exigências de justiça substancial induziram os juízes a introduzirem uma derrogação à taxatividade dos recursos.

Como se sabe, o problema chamou a atenção da jurisprudência após a entrada em vigor do código Rocco, que suprimiu um remédio, o recurso no interesse da lei, disciplinado nos códigos anteriores e idôneo para garantir o controle da Corte de Cassação em todos os impensáveis casos em que um provimento não estivesse previsto pela lei. A jurisprudência foi, portanto, colocada diante de um dilema: salvar a letra do art. 190 c.p.p., consagrando, assim, provimentos macroscopicamente ilegais, ou evitar tal resultado incongruente e iníquo, sacrificando a letra da lei. Neste segundo sentido se orientou, desde os primeiros anos de aplicação do código de 1930, uma notável e corajosa jurisprudência da Corte de Cassação⁷ que,

sido restituídos os autos ao M.P. em uma hipótese absolutamente não prevista (cf. art. 521 c.p.p.), isto é, para a eventual incriminação de outras pessoas nem mesmo indicadas. V. Cass. sec. III, 3 de março de 1992, Greco, in *Archivio della nuova procedura penale*, 1992, 587. Em aplicação do mesmo critério, foi considerado anômalo o despacho com o qual o pretor, assumindo a defeituosa notificação ao acusado do decreto de citação a juízo, havia declarado a nulidade do decreto e restituído os autos ao Ministério Público. V. Cass. 24 de novembro de 1993, Merlo.

Uma significativa aplicação do conceito de *abnormità*, consequente à entrada em vigor do chamado Estatuto dos trabalhadores, diz respeito aos despachos pretoriais de reintegração forçada no posto de trabalho, ex art. 219 c.p.p. 1930, dos trabalhadores ilegítimamente demitidos. Consolidou-se, a respeito, na jurisprudência, a máxima segundo a qual “o provimento emitido pelo juiz penal que preveja um *facere* a cargo do acusado reveste caráter de *abnormità* porque, segundo o princípio geral, ninguém pode ser forçado a fazer alguma coisa (Cass. sec. VI, 9 de dezembro de 1982, Schimberni, in *Cass. pen.*, 1983, 327).” A Corte de cassação evidenciou um ulterior perfil de *abnormità* dos despachos em questão, atinente à ilegítima interpretação por parte dos juízes de mérito do art. 219 c.p.p. ab-rogado em termos de norma geral e onipresente tal a consentir qualquer provimento idôneo a realizar suas finalidades. Esta interpretação extensiva da norma em questão, relativa às funções da polícia judiciária, foi duramente condenada pela Corte de cassação, que qualificou o art. 219 c.p.p. ab-rogado como “norma de síntese a qual, ao recordar as tarefas da polícia judiciária, ...refere-se às formas de coerção pessoal ou real específicas e predeterminadas pela lei” (Cass. sec. VI, 11 de dezembro de 1981, Fois, in *Giust. pen.*, 1982, 193). Mesmo após a entrada em vigor do novo código de processo penal, a posição da Corte de cassação em relação ao art. 55 c.p.p., correspondente ao velho 219, não mudou: em aplicação dos supramencionados princípios, a Corte anulou, considerando-o anômalo, um provimento – dirigido pelo Ministério Público ex art. 55 e 327 c.p.p. à pessoa querelada por episódios de alegado incômodo – de admoestação a não perseverar em tal conduta. V. Cass. sec. V, Grossi, 14 de junho de 1991, in *Archivio della nuova procedura penale*, 1992, 111.

Entre os casos de provimento anômalo individualizados pela jurisprudência formada sob a vigência do código atual, assinalam-se, ainda, a revogação do decreto de citação a juízo prolatada fora dos casos consentidos pela lei, contrastante com o princípio de irretroatividade da ação penal (Cass. sec. VI, 19 de outubro de 1990, Sica, in *Cass. pen.*, 1991 II, 93); o decreto de arquivamento emitido pelo g.i.p. (juiz para as investigações preliminares) sem requisição específica do M.P., anômalo no que tange ao sistema de relações delineado pelo novo código entre o Ministério Público, a quem somente compete assumir as determinações relativas ao exercício da ação penal, e o juiz para as investigações preliminares (g.i.p.) que, mesmo sendo investido da função de garantir a observância do princípio de obrigatoriedade da ação penal, é obrigado a exercê-la nas formas consentidas pela lei e, em particular, naquelas previstas pelo art. 409 (Cass. sec. V, 11 de janeiro de 1991, Agnoluci, in *Cass. pen.*, 1992, 599).

- 7 Em particular, Aloisi, presidente da 1ª seção, defendeu com ênfase a tese da impugnabilidade objetiva dos provimentos anômalos, evidenciando seu caráter de imprevisibilidade do qual derivava seja a inaplicabilidade do art. 190 c.p.p. 1930, seja a necessidade de integrar tal lacuna na disciplina da impugnabilidade objetiva com base nos princípios gerais reguladores da matéria (*analogia iuris*). V. ALOISI, *Applicazioni giurisprudenziali sui nuovi Codici*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, 449; Id., *Manuale pratico di procedura penale*, Milão, 1952, II, 44. As mesmas conclusões de Aloisi chegou também ESCOBEDO, *Limiti di applicazione e critica dell'art. 190 con*

ao elaborar a noção de *abnormità*, conscientemente atribuiu-lhe a função de legitimar a derrogação ao princípio da taxatividade das impugnações e a consequente admissibilidade do recurso de cassação contra os provimentos anômalos.

O arranjo jurisprudencial em tema de impugnabilidade objetiva dos provimentos anômalos foi modificado com o advento da Constituição republicana que, no art. 111, parágrafo 2, incorporado no código com a reforma de 1955 (cf. art. 190, parágrafo 2, c.p.p. 1930; art. 568, parágrafo 2, c.p.p.), tornou de qualquer forma possível o recurso de cassação por violação de lei contra as sentenças e os provimentos sobre a liberdade pessoal.

Em particular, após a reforma de 1955, boa parte da doutrina viu no texto emendado do art. 190 c.p.p. 1930 a consagração da impugnabilidade objetiva dos provimentos anômalos e chegou à conclusão de que a categoria da *abnormità* tinha, agora, se tornado irrelevante em relação às sentenças e aos provimentos sobre a liberdade pessoal, conservando a função marginal de legitimar a impugnabilidade de despachos e decretos não referentes ao *status libertatis*, com uma consequente notável redimensão da própria categoria.

particolare riferimento alle sentenze in materia di contravvenzioni alla legge sismica, in *Giust. pen.*, 1935, IV, 81; *Id.*, *Atto giudiziale inesistente e amnistia*, in *Giust. pen.*, 1938, IV, 577. Para uma posição parcialmente crítica v., ao contrário, NUVOLONE, *Ricorso inammissibile e sentenza inesistente*, in *Giust. it.*, 1946, II, 170; LO CIONO, *Inapplicabilità del concetto di provvedimento abnorme*, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1954, IV-V, 46; PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale*, vol. I, Milão, 1965, p. 113; DEL POZZO, *Legalità e giustizia - A proposito di impugnabilità oggettiva*, in *Scuola positiva*, 1939, II, 84. As avaliações críticas originalmente formuladas por este último autor contribuíram decisivamente para orientar a jurisprudência da Corte de cassação, a partir de 1942 (cf. *Cass. sec. II*, 11 de março de 1942, Sinelli, in *Annali di dir. e proc. penale*, 1942, 669), em direção a uma interpretação restritiva do art. 190, abandonada em 1947 para retornar à precedente orientação liberal à qual o próprio Del Pozzo aderiu posteriormente. V., a respeito, DEL POZZO, *Le impugnazioni penali - Parte generale*, Padova, 1951, p. 226; *Id.*, *La disciplina delle impugnazioni di provvedimento abnorme nel nuovo ordinamento processuale*, in *Giust. pen.*, 1958, III, 608; I., *verbete Impugnazioni (dir. proc. Pen.)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. VIII, Torino, 1962, 419. Neste último sentido, v., também, LEONE, *Sistema delle impugnazioni penali*, Napoli, 1935, p. 172; DE MARSICO, *Dogmatica e politica nella scienza del processo penale*, in *Nuovi studi di diritto penale*, Napoli, 1951, 96; BERNIERI, *L'impugnabilità dei provvedimenti cosiddetti abnormi*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1942, 669; GUARNIERI, *I provvedimenti abnormi sono ricorribili per cassazione?*, in *Scuola positiva*, 1943, II, 81; TALASSANO, *Impugnabilità dei provvedimenti penali abnormi*, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1947, I, 40; LOASSES, *Delle impugnazioni non stabilite dalla legge*, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1949, I, 31; FOSCHINI, *La sentenza abnorme*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, 563 e 569; *Id.*, *Provvedimenti abnormi e loro impugnabilità*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, 744; DE LEONE, *In tema di dispositivo, di cosa giudicata e di sentenza abnorme*, in *Archivio penale*, 1956, II, 122.

Na doutrina mais recente, v. BOSCHI, *In tema di provvedimenti abnormi*, in *Foro it.*, 1965, II, 322; RAMACCI, *Orientamenti della dottrina e della giurisprudenza in tema di cosiddetti "provvedimenti abnormi"*, in *Archivio pen.*, 1964, II, 229; RUSSO, *Orientamenti della Cassazione in tema di provvedimenti "abnormi"*, in *Il Tommaso Natale*, 1976, 592; ANNUNZIATA, *I provvedimenti abnormi nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Temi napoletana*, 1965, II, 212; SANTANGELO, *Il concetto di atto abnorme come tutela degli atti extravagantes*, in *Crit. dir.*, 1991, 60; SIRACUSANO, *Abnormità e ricorribilità per cassazione dei provvedimenti giurisdizionali del pubblico ministero*, in *questa Rivista*, 1963, 315, bem como LOZZI, *I provvedimenti impugnabili del pubblico ministero*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. III, 1965, 177, favoráveis a uma solução positiva do problema, ainda aberto na jurisprudência, relativo à configurabilidade de atos anômalos do m.p.; MENCARELLI, *Il provvedimento abnorme nella teoria del processo penale*, Nápoles, 1984, que ao compartilhar a noção tradicional de *abnormità* vincula a categoria em questão ao princípio de não regressão do processo, de cuja violação derivaria a situação de *abnormità*.

Sobre a utilização do conceito de *abnormità* no processo civil, v. DENTI, *In tema di provvedimenti giurisprudenziali abnormi*, in *Giur. it.*, 1955, I, 2, 532; MANDRIOLI, *In tema di invalidazione dei provvedimenti c.d. "abnormi"*, in *Rivista di diritto e procedura civile*, 1966, 572.

Esta abordagem postula necessariamente uma interpretação do art. 190, parágrafo 2, c.p.p. 1930 (e do correspondente art. 568, parágrafo 2, c.p.p.) segundo a qual as sentenças e os provimentos sobre a liberdade pessoal são recorríveis por um vício de genérica violação de lei, que certamente inclui a *abnormità*.⁸ Tal interpretação é, porém, contrária tanto a considerações de oportunidade e de política do direito quanto a uma leitura sistemática do art. 190, parágrafo 2, c.p.p. 1930. As primeiras dizem respeito ao perigo de que a configuração da genérica violação de lei como motivo autônomo de recurso conduza a uma dilatação sem limites do âmbito das impugnações. Quanto à interpretação sistemática da norma, é de imediata percepção a relação existente entre ela e o art. 524 c.p.p. 1930 (cf. o correspondente art. 606 c.p.p.) que evidencia como nada foi inovado nem com a referida reforma nem com outra intervenção legislativa posterior em relação à disciplina dos motivos de recurso, cujo perímetro continua a marcar limites precisos ao exercício do direito de impugnação.

O temperamento trazido ao princípio da taxatividade das impugnações pela reforma de 1955 não autoriza, portanto, a considerar anacrônica a noção de *abnormità*. A categoria em questão, de fato, se com referência aos despachos e aos decretos não referentes à liberdade pessoal continua a desempenhar a função de legitimar a derrogação à regra da taxatividade dos meios recursais, com referência às sentenças e aos provimentos sobre a liberdade pessoal não pode se dizer esvaziada de todo significado, embora tenha perdido a referida função, pois veio a assumir aquela, igualmente relevante, de justificar a derrogação à enumeração taxativa dos motivos de recurso, elevando-se ela mesma a motivo de impugnação, não contemplado pela lei, mas consagrado pela elaboração jurisprudencial. Em ambos os casos, o conceito de *abnormità* serve como remédio de fechamento do sistema das impugnações penais.

Nem mesmo os termos da questão foram alterados com a entrada em vigor do novo código, dada a identidade dos parâmetros normativos de referência.

A vitalidade da construção em exame encontra outras e decisivas confirmações no persistente emprego do conceito de *abnormità* por parte da jurisprudência relativa à última década de operatividade do código revogado, bem como em sua sobrevivência no novo sistema, como se deduz da expressa menção do vício na relação ao projeto preliminar do novo código.

8 Falta, por outro lado, entre os defensores da tese criticada, uma clara consciência desta inevitável implicação e de seu alcance. Calam, de fato, sobre o ponto, por exemplo: DEL POZZO, verbete *Impugnazioni*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. VIII, Turim, 1965, 419; CONSO, *Questione nuove di procedura penale*, Milão, 1959, 220; PÉTTRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale*, Milão, 1965, I, 106, que se limita a dizer: "A recente reforma retirou toda relevância ao conceito de sentença anômala porque atualmente todas as sentenças, com exceção daquelas de reenvio a juízo e daquelas sobre a competência que podem dar lugar a conflito, estão sujeitas a impugnação." Explicito, a respeito, é somente RANIERI, *Manuale di dir. proc. pen.*, Pádua, 1957, 371, para o qual a impugnação dos provimentos anômalos é admissível pelo vício de uma genérica violação de lei.

Quanto ao primeiro ponto, a jurisprudência veio gradualmente a conferir uma disciplina orgânica à matéria da *abnormità*, delineando o regime de dedutibilidade do vício e circunscrevendo o âmbito de operatividade da categoria através de uma clara identificação dos pressupostos recorrentes nas situações de *abnormità*. Em particular, a jurisprudência, ao definir as condições para a configurabilidade dos provimentos anômalos, destacou a impossibilidade de remover seus efeitos com meios diferentes do recurso de cassação,⁹ autoimpondo-se, consequentemente, o respeito ao critério da *extrema ratio* para a identificação das hipóteses concretas de *abnormità*.

Fruto de uma análoga autorregulamentação da jurisprudência é o regime de dedutibilidade do vício, deduzível com clareza da recorrente afirmação jurisprudencial de que a *abnormità* pode ser feita valer segundo as regras, as formas e os termos próprios do remédio (recurso de cassação) utilizável para denunciá-la.¹⁰ Mais recente é a afirmação da possibilidade de conhecer de ofício da *abnormità* nos casos em que tal vício incida sobre o *tema decidendum* devolvido à Corte de Cassação, constituindo uma passagem lógica essencial para fins da decisão.¹¹

Quanto ao segundo ponto, pode causar perplexidade a inércia do legislador de 1988 que, embora consciente da utilidade da construção jurisprudencial em exame, não sentiu a exigência, por um lado, de prever expressamente a impugnabilidade dos provimentos anômalos, e, por outro, de configurar a *abnormità* como motivo autônomo de recurso. Todavia, em uma consideração mais atenta, a omissão se revela oportuna pois, sem considerar a extrema dificuldade de uma definição exaustiva do conceito de *abnormità*, qualquer classificação da categoria prejudicaria irremediavelmente a função de compendiar todos os inimagináveis casos de provimentos judiciais anômalos. Explícita, a esse respeito, a relação ao projeto preliminar do código que, ao sublinhar “a relevante dificuldade de uma possível tipificação da *abnormità* e a necessidade de deixar sempre à jurisprudência revelar sua existência”,¹² reconhece implicitamente ao direito jurisprudencial o mérito da flexibilidade, entendida como capacidade de adaptação a novas e imprevisíveis situações, em contraposição à rígida estabilidade do direito codificado.

⁹ V., por exemplo, Cass. sec. I, 17 de fevereiro de 1983, Saccà, in *Cass. pen.*, 1984, p. 579; Cass. sec. I, 22 de junho de 1985, Aiello: “Para a admissibilidade em via excepcional do imediato recurso de cassação contra um provimento do qual se deduz a *abnormità*, é necessária a condição (negativa essencial) da não possibilidade de qualquer outro remédio diverso.”

¹⁰ V., por exemplo, Cass. sec. V, 22 de junho de 1983, Podini, in *Cass. pen.*, 1984, p. 2428, m. 1641; Cass. sec. IV, 19 de novembro de 1983, Gasparri, in *Cass. pen.*, 1985, p. 139, m. 77. Alguma incerteza é constatável, a respeito, somente em algumas pronúncias menos recentes que consideravam utilizável contra as sentenças anômalas, a depender do grau de jurisdição, também a apelação (Cass. sec. I, 30 de março de 1933, Gentili, in *Giust. pen.*, 1933, III, 855).

¹¹ Cass., sec. III, 23 de janeiro de 2008, Pecci, in C.E.D. Cass., n. 220796; Cass. sec. VI, 19 de outubro de 1990, Sica, *cit.*

¹² Relatório sobre o projeto preliminar do código de processo penal, 126.

3. Considerações análogas valem para a noção de inexistência, que a jurisprudência penal tomou emprestada da doutrina processual civilística,¹³ transferindo para o terreno do *ius conditum* uma categoria conceitual teorizada no nível do *ius condendum*.

A categoria da inexistência compartilha com a da *abnormità* a funcionalidade a postulados de justiça substancial: o conceito de inexistência, de fato, teve sua época de florescimento quando foram suprimidas, com o código de 1930, as nulidades absolutas e a jurisprudência teve que recorrer a ele para atenuar o insuportável rigor do sistema.

A reação garantista da jurisprudência e a consequente determinação de eludir o regime das nulidades se manifestou através do expediente técnico de incluir sob um *nomen iuris* distinto da nulidade as situações processuais anômalas em relação às quais pareciam mais fortes as exigências de tutela. Por esta via, a jurisprudência chegou à pacífica definição de ato inexistente em termos de “ato que, por vício inerente a um de seus elementos essenciais, é absolutamente inidôneo a produzir os efeitos que a lei lhe atribui.”¹⁴

E não sendo idôneo a produzir efeitos nem mesmo em forma precária, o ato juridicamente inexistente não admite convalidações e, quando se trata de sentença, não adquire eficácia de coisa julgada, nem constitui obstáculo a um novo exercício da ação penal, nem pode ser posto em execução.

Restabelecida com a reforma de 1955 a categoria das nulidades absolutas (porém sanáveis pela formação da coisa julgada), a noção de inexistência, embora redimensionada,¹⁵ continuou a desempenhar a função de compendiar imperfeições do ato mais graves do que aquelas causadoras de nulidade absoluta e de

13 V., em relação à original elaboração da categoria no processo civil, sobre o exemplo da doutrina alemã: CHIOVENDA, *Principi di dir. proc. civ. italiano*, Roma, 1936, p. 636. Sobre a transposição do conceito para o campo do processo penal por obra da jurisprudência, v. ALOISI, *Applicazioni giurisprudenziali sui nuovi codici*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1935, p. 457.

14 Cass. sec. III, 6 de maio de 1971, in *Giust. pen.*, 1972, III, 437. Conforme a jurisprudência sucessiva. V., por exemplo, Cass. pen. sec. IV, 10 de setembro de 1985, Costanzo: “A inexistência jurídica dos provimentos do juiz ou do ministério público é configurável exclusivamente em relação àqueles atos que, embora materialmente existentes, sejam privados dos requisitos mínimos (como a proveniência de um órgão jurisdicional penal ou investido dos poderes próprios do ministério público, a adoção em relação à pessoa existente e sujeita à jurisdição penal) necessários para poder ser reconhecidos como atos processuais do juiz ou do ministério público e, como tais, absolutamente inidôneos a produzir os efeitos que a lei associa aos atos deste tipo.” Sobre o conceito de inexistência, v. na doutrina, entre outros, PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, Nápoles, 1933, p. 341; LEONE, *La sentenza penale inesistente*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, 19; BELLAVISTA, *Sentenza di cassazione inesistente*, in *Arch. pen.*, 1954, 301; NUVOLONE, *Ricorso inammissibile e sentenza inesistente*, cit.; CONSO, *Ricorso inammissibile e sentenza inesistente*, Milão, 1955, p. 97; CORDERO, *L'inesistenza della decisione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, 602; MANCINELLI, *L'accertamento dell'inesistenza della sentenza penale*, nesta *Revista*, 1959, 671; Id., *verbete inesistenza degli atti processuali penali*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. VIII, Turim, 1962, 638; PEYRON, *verbete invalidità*, in *Enc. dir.*, XXII, Milão, 1972, 615.

15 Após a reforma de 1955, de fato, muitas das situações já configuradas como casos de inexistência vieram a confluir dentro do paradigma das nulidades absolutas: assim, por exemplo, o caso de substituição de um dos juízes no curso da audiência.

legitimar a possibilidade de conhecer o relativo vício a qualquer tempo, mesmo após a formação do julgado, aparente no caso de sentença inexistente, pois o ato inexistente se caracteriza precisamente pela falta dos elementos essenciais para sua identificação como ato processual de uma determinada figura: pense-se no caso emblemático da sentença proferida *a non iudice*.

4. Quanto às relações entre *abnormità* e inexistência, deve-se observar que a anomalia do ato processual difere profundamente, nas duas hipóteses, por natureza e gravidade. Enquanto a inexistência afeta o momento formativo do ato, a *abnormità*, referível apenas aos provimentos, diz respeito ao momento preceptivo dos mesmos: no primeiro caso resultará viciada a forma do ato, no segundo seu conteúdo dispositivo.

Em outros termos, enquanto o ato inexistente carece dos requisitos mínimos para sua recondução a um determinado esquema de ato processual, o provimento anômalo, mesmo caracterizado por um conteúdo macroscopicamente ilegal, integra os requisitos de um modelo normativo.¹⁶ Fala-se, de fato, por exemplo, de provimentos de arquivamento anômalos, com referência ao conteúdo anômalo de um ato plenamente conforme ao esquema legal.

Esta diferença de estrutura entre os atos inexistentes e os anômalos se reflete no relativo tratamento, assim como delineado pela jurisprudência, artífice de ambas as figuras: a *abnormità* é sanável pela formação da coisa julgada, enquanto a inexistência é deduzível mesmo após o julgado.

A distinção entre *abnormità* e inexistência, nos termos acima expostos, também é relevante no plano sistemático: enquanto a inexistência é reconduzível à categoria geral da invalidade, referível – segundo a doutrina mais acreditada¹⁷ – à desconformidade do ato ao modelo legal, o conceito de *abnormità* transcende o de invalidade e se traduz em um vício *sui generis* dos atos processuais penais.

Após a entrada em vigor do atual código, as tentativas de esculpir o bloco bruto da *abnormità* chegam à distinção entre *abnormità* estrutural e *abnormità* funcional, referindo-se esta última às hipóteses de estagnação ou de indevida regressão do procedimento. Tal distinção, pacífica na jurisprudência até 2009, é colocada em discussão pela decisão Toni das Seções Unidas da Corte de Cassação, que

16 Em particular, no caso específico da pronúncia inexistente enquanto proferida *a non iudice*, evidencia-se uma carência de título autoritativo do órgão que a emana, enquanto reciprocamente o campo da *abnormità* pressupõe, de qualquer modo, uma investidura, uma capacidade potestativa do órgão que a adota, ainda que de maneira aberrante. Cf. SANTUCCI, *Abnormità o inesistenza di un provvedimento?*, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1953, VI, 98. V., também, MANZINI, *Sentenze abnormi e sentenze inesistenti*, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1950, I, 130; FRISOLI, *Incertezze giurisprudenziali in tema di sentenza inesistente*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, 798. Sobre a distinção entre *abnormità* e inexistência, cf. na jurisprudência Cass. sec. un., 3 de junho de 1950, Mancuso, in *Giust. pen.*, 1950, III, 321; Cass. sec. I, 25 de junho de 1975, Francia, in *Cass. pen.*, 1976, 166.

17 V. CONSO, *Il concetto di invalidità*, cit., Id, *I fatti giuridici processuali penali*, 1955, que define a invalidade em termos de “imperfeita integração de um ato jurídico lícito.”

restringe o âmbito operativo da *abnormità* funcional às hipóteses de estagnação do processo e de impossibilidade de prosseguir-lo, enquanto a *abnormità* dependente de indevida regressão configura-se somente no caso em que a decisão judicial imponha ao Ministério Público um cumprimento que concretize um ato nulo identificável no curso futuro do processo.¹⁸

5. O exame da construção e da disciplina das categorias jurisprudenciais da *abnormità* e da inexistência evidencia a analogia entre os critérios que regularam o desenvolvimento do *case law* italiano e aqueles tradicionalmente próprios do *common law*: tanto a identificação dos requisitos para a configurabilidade dos vícios *de quibus* quanto a progressiva elaboração do relativo regime, de fato, se prestam a uma leitura em chave de *self restraint* jurisprudencial, ou seja, de diretrizes emanadas pelo juiz precedente ao juiz sucessivo. Consequentemente, embora não operando, nem podendo operar, em nosso ordenamento, a regra *stare decisis*,¹⁹ própria dos sistemas de *common law*, a prática de seguir os precedentes se manifestou, no campo objeto de investigação, de forma singularmente constante e uniforme.

Também o método de aplicação do direito judiciário em questão segue, ao delimitar reciprocamente o campo da *abnormità* e da inexistência em relação a situações de fato aparentemente análogas, a conhecida técnica anglo-americana do *distinguishing*, idônea a mediar as contrapostas exigências de evolução do sistema e de certeza do direito.

A analogia constatada entre os fenômenos considerados permite a inferência de que a atribuição – aliás, a autoatribuição – de poderes criativos à jurisprudência exige por sua natureza a previsão de um mecanismo de controle idôneo a prevenir a sua degeneração em arbítrio, com a ulterior conclusão de que a tendencial vinculatividade do precedente constitui o contrapeso fisiológico dos poderes criativos do juiz.

18 V. Cass. sec. un., 26 de março de 2009, Toni, in Cass. pen., 2009, n. 1443. Para a orientação anterior, v. Cass., sec. un., 10 de dezembro de 1997, Di Battista, in C.E.D. Cass., n. 209603. No âmbito da casuística, v. Cass., 14 de janeiro de 2009, Lo Giudice, in C.E.D. Cass., n. 243009, relativo a um caso no qual o g.i.p., no final da audiência, rejeitou o pedido de arquivamento sem ulteriores providências. V. depois Cass., sec. III, 9 de julho 2009, n. 39321, para um caso de exclusão da parte civil motivada por razões de mera oportunidade.

19 Na interpretação atenuada do princípio acolhida pela moderna jurisprudência anglo-americana que reconheceu aos juízes de vértice o poder de reconsiderar suas próprias decisões precedentes, onde entendem que considerações prementes o requeiram no interesse da justiça (chamado *power to overrule*). Em particular, a *House of Lords*, em 1966, com uma declaração solene (v., 1966, I, V.L.R. 1234) feita pelo *Lord Chancellor* fora de qualquer controvérsia, atribuiu-se o poder de mudar sua própria jurisprudência. V., a respeito, CROSS, *Precedent in English Law*, Londres, 1968; R.M. JACKSON, *The Machinery of Justice in England*, Cambridge, 1977, p. 10, p. 476; MANDELLI, *Recenti sviluppi del principio dello stare decisis in Inghilterra e in America*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 661; WALKER and WALKER, *The English Legal System*, Londres, 1980, p. 128 ss. Em relação ao valor do precedente judiciário nos Estados Unidos da América, onde a doutrina do *stare decisis* historicamente recebeu uma aplicação particularmente flexível, cf. W. FRIEDMANN, *Legal Theory*, Nova York, 1967, p. 344, que sublinha a incompatibilidade da tradicional *doctrine of precedent* com o rápido ritmo de desenvolvimento da sociedade americana; FARNSWORTH, *Introduzione al sistema giuridico degli Stati Uniti d'America*, trad. de Clarizia, Milão, 1979, p. 60 ss.; MATTEI, *Stare decisis*, Milão, 1988.

6. Se as linhas de desenvolvimento das hipóteses italianas de *case law* são paralelas àquelas próprias dos países de *common law*, as diferenças entre os respectivos ordenamentos reemergem prepotentemente quando se passa a considerar a justificação dos poderes criativos do juiz. O problema relativo, de fato, enquanto simplesmente não se coloca nos sistemas anglo-americanos, de matriz tipicamente jurisprudencial, reveste um papel de imponderável relevo em um sistema continental tradicionalmente de direito codificado, como o italiano, em que as fontes do direito são especificamente predeterminadas pelo legislador obviamente sem incluir nelas a jurisprudência.

A usurpação das funções legislativas por parte da jurisprudência, portanto, por um lado viola o princípio da legalidade, por outro é suscetível de produzir efeitos devastadores, seja no que concerne às relações entre produção e aplicação das normas jurídicas, entre “juiz” e “lei”, como fonte privilegiada do direito, seja com relação àquela que se pode definir como a “dialética interna da jurisprudência”,²⁰ atinente às relações entre os diversos pronunciamentos judiciais e, em particular, à autoridade do precedente.

As implicações inerentes à orientação assumida pela jurisprudência em tema de *abnormità* e de inexistência não escaparam, aliás, nem mesmo aos seus primeiros defensores: para justificar a impugnabilidade dos provimentos anômalos, as primeiras decisões sobre a matéria fazem, de fato, significativamente referência a critérios hermenêuticos consagrados na expressa previsão legislativa, como a analogia *legis* e a analogia *iuris*.²¹ Esta dissimulação da atividade criativa do juiz encontra uma surpreendente correspondência na concepção tradicional inglesa sobre a natureza meramente declarativa, ou seja, reveladora de um direito preexistente no estado de *custom*, da decisão judicial, doutrina agora superada pelo aberto reconhecimento da natureza criativa da função judiciária.²²

Da mesma forma, as argumentações aduzidas em relação à impugnabilidade das decisões anômalas manifestam, em um exame pouco aprofundado, sua

20 GINO GORLA, verbete *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, XIX, Milão, 1969, 492.

21 Cf., quanto à analogia *legis*, Cass. sec. I, 20 de março de 1933, Lo Cascio, in *Giust. pen.*, 1933, II, 1829: “Se o recorrente tinha direito de propor apelação contra a sentença que o tivesse absolvido por insuficiência de provas, com maior razão aquele direito é necessário reconhecer-lhe diante de uma sentença que, mesmo isentando-o de pena, o declare culpado.” Para uma aplicação do critério da analogia *iuris*, v. Cass. sec. I, 30 de março de 1933, Gentili, cit. Nem faltaram, na doutrina, as tentativas de integrar a *abnormità* em relação ao sistema processual, recuperando os atos anômalos ao sistema dos provimentos típicos (v. SABATINI, *Ammistia, competenza funzionale, provvedimenti abnormi e impugnazioni*, in *Giust. pen.*, 1947, III, 321; PIERRO, *Appunti per una teoria generale dell’abnormità nel processo penale*, in *Giust. pen.*, 1968, III, 321).

22 Cf. Jones v. Secretary of State for Social Services, 1972, AC 944, por Lord Simon: “Neste país foi considerado por longo tempo que os juízes não eram criadores de direito, mas simples descobridores e expositores de caso. A teoria era que cada caso já estivesse previsto por uma regra específica de direito, existente em algum lugar e de algum modo encontrável, contanto que para tal se empregassem suficiente experiência e rigor intelectual. Todavia, não era infrequente que, uma vez descoberta tal regra, de fato se renunciasse à pretensão de reconhecê-la como preexistente... Mas a verdadeira, ainda que limitada, natureza criativa da função judiciária (*judicial law-making*) foi admitida mais abertamente em anos recentes.”

natureza de ficção jurídica: em relação às hipóteses taxativas previstas pelo art. 606,²³ de fato, a extensão analógica das normas relativas ao recurso de cassação se apresenta até mesmo *contra legem*; quanto à analogia *iuris*, tal critério pode orientar o intérprete na escolha racional entre várias soluções igualmente possíveis e coerentes com o dado normativo, mas não o autoriza a prescindir deste último quando a interpretação da norma, no sentido, em nosso caso, da inimpugnabilidade dos provimentos anômalos, seja unívoca e incontrovertível.

7. O reconhecimento da natureza criativa da obra da jurisprudência em tema de *abnormità* e de inexistência emergiu, por outro lado, muito cedo das decisões sobre a matéria²⁴ que, ao se interrogarem sobre a proponibilidade de isoladas hipóteses de direito judiciário em um ordenamento caracterizado pela absoluta prevalência das fontes autoritárias do direito, paradoxalmente encontraram na exigência de reconduzir o procedimento aos trilhos da legalidade a superior justificação das construções em questão e da consequente violação do princípio da legalidade rigorosamente entendido.

Como já mencionado acima, de fato, a elaboração das categorias *de quibus* foi promovida sob o signo de postulados imperativos de justiça substancial, de modo a sair dos estreitos confins do direito positivo para reduzir a discrepância entre ser e dever ser do ordenamento jurídico, com a declarada intenção de restaurar uma ordem superior violada.

Tais considerações não valem, todavia, para confinar no campo da ética ou de um direito natural escrito “porventura nas estrelas” os conceitos de *abnormità* e de inexistência, cuja juridicidade decorre, ao contrário, precisamente da positividade do sistema com o qual eles, em suas exteriorizações concretas, se colocam em contraste. O equilíbrio mesmo do ordenamento jurídico, de fato, não pode prescindir das categorias em questão, porque se o nosso sistema consentisse de algum modo a sobrevivência, em seu interior, de provimentos a si estranhos (inexistentes) ou incompatíveis com seus princípios fundamentais (anômalos), chegaria a perder a capacidade de expressar princípios unívocos e, em definitivo, a se autodestruir. A lógica interna do ordenamento jurídico impõe, portanto, para não comprometer sua sobrevivência, a exclusão de qualquer manifestação aberrante. Daí o recurso à *extrema ratio* das noções em questão para salvar a íntima coerência do sistema. Precisamente esse caráter de necessidade da *abnormità* e da inexistência como cor-

23 Cf. o análogo art. 524 c.p.p. 1930.

24 Emblemático, a respeito, o franco início da conhecida sentença de 18 de fevereiro de 1938, VILLARI e DI MEO, *cit.* em tema de *abnormità*: “O recurso em exame deveria, a rigor, ser declarado inadmissível.” A Corte, portanto, ao expor as razões militantes a favor da impugnabilidade dos provimentos anômalos, coloca ênfase na exigência de expulsar do sistema processual qualquer ato macroscopicamente ilegal: “Tão evidente é a ilegalidade da pronúncia impugnada... e a oportunidade de que se busque remédio também nesta sede que a Corte é induzida a persistir na orientação a favor da admissibilidade do recurso... orientação perfeitamente conforme às tarefas institucionais da Corte.”

retivos às contradições do sistema processual penal induz a nelas identificar um fundamento jusnaturalista.²⁵ O conceito de direito natural se une, assim, com a tutela dos valores fundamentais do ordenamento por ele inspirados. Desintegra-se, portanto, a concepção mitológica do direito natural entendido como visão inerte de valores elevados às rarefeitas esferas do transcendente e intraduzíveis na experiência histórica.

O direito natural, ao contrário, se insere na realidade histórica como presença operosa de princípios ao mesmo tempo diretivos e explicativos do direito vigente: tais princípios não se colocam como axiomas absolutos e imutáveis, senão em sentido formal, mas expressam valores tendenciais aos quais o ordenamento normativo não pode aderir senão por graus sucessivos de aproximação. Não são posições de repouso, mas de batalha, conquistas permanentes e ao mesmo tempo atuais: “Os direitos à integridade moral e física, à defesa legal, à liberdade, à autonomia, sob um princípio superior de solidariedade entre iguais, são direitos de natureza e ao mesmo tempo codificados, históricos e racionais, constantes e certos como deve ser a lei, em pleno contínuo desenvolvimento e evolução como a própria vida e a história.”²⁶ O moderno jusnaturalismo reivindica, portanto, ao direito natural a capacidade de se adaptar aos tempos, sem corromper sua natureza, a fim de manter sempre vivos e atuais os ideais aos quais se inspira.

No caso em questão, a vitalidade do direito natural encontra, então, uma confirmação particular na adaptabilidade de um conceito de clara inspiração jusnaturalista, como a *abnormità*, às novas situações processuais determinadas com a aplicação do código de 1989: pense-se no uso da noção de *abnormità* como instru-

25 Nesse sentido deve ser entendida a referência ao princípio de não contradição como fundamento do conceito de *abnormità* contido em uma das primeiras obras em apoio à impugnabilidade dos provimentos anômalos (ESCOBEDO, *Atto giudiziale inesistente e amnistia*, in *Giust. pen.*, 1938, IV, 577 ss.). Escobedo relata, a respeito, as afirmações de Niccolini: “Os casos de rescisões foram determinados de três em três leis pelo título das pandectas *quae sententiae sine appellatione rescindantur*, o princípio geral de casos é aquele que alguns de nossos antigos metafísicos estabeleciam como princípio cognoscitivo de todo direito, aliás, de toda verdade, o princípio de contradição. Tudo aquilo que estava em conflito, contradição ou com a natureza, ou com a jurisdição, ou com o texto expresse, ou seja sentido literal da lei, se destrói por si mesmo e em consequência era rescindido sem necessidade de apelação. Foi feito um julgado ao qual pela natureza mesma das coisas não se pode obedecer? É a primeira de todas as nulidades: *non potest idem simul esse et non esse*. Foi julgado por parte de quem não tinha a faculdade ou não podia tê-la? A nulidade é de ordem pública: ele é um juiz não juiz; sua sentença é nula *ipso iure*. Foi julgado contra a expressa e literal disposição da lei, como contra o expresse pacto que forma lei entre os litigantes? A decisão é incompatível com a lei: o princípio de contradição a anula” (NICCOLINI, *Della procedura penale nel Regno delle due Sicilie*, Nápoles, 1828, I, p. 446). Sobre a correspondência entre o conceito, de clara matriz jusnaturalista, de “natureza das coisas” e aquele de *reason of the thing*, recorrente na jurisprudência inglesa, v. *infra*, par. 3.

26 PERTICONE, verbete *Diritto naturale (teoria moderna)*, in *Novissimo Digesto italiano*, V, Turim, 1960, p. 956. Para uma reavaliação crítica do conceito de direito natural, v. também, BARBERO, *Rivalutazione del diritto naturale*, in *Ius*, 1952, 491 ss.; PASSERIN D'ENTREVES, *La dottrina del diritto naturale*, Milão, 1954; FROSINI, *L'attualità del diritto naturale*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1961, 519; ROMMEN, *L'eterno ritorno del diritto naturale*, trad. de Ambrosetti, Roma, 1965; FASSO, *La legge della ragione*, Bolonha, 1966.

mento de tutela do princípio inovador da separação dos papéis dos operadores processuais.²⁷

A flexibilidade da categoria em questão destitui de fundamento uma das críticas mais insidiosas movidas pelos positivistas²⁸ aos institutos de matriz jusnaturalista, relativa à pretensa função conservadora destes últimos, finalizados a assumir a racionalidade do real, prospectando uma legitimação transcendente do sistema existente. A experiência histórica demonstra, ao contrário, no caso específico, como a original funcionalidade do conceito de *abnormità* à tutela dos valores inspiradores do sistema anterior não serviu para garantir sub-repticiamente a perpetuação, nem para impedir a sobrevivência do instituto no contexto no qual se havia formado.

A atualidade da construção em exame encontra, a esse respeito, uma correspondência significativa na expressa menção da *abnormità* contida na relação ao projeto preliminar do novo código e suscetível de uma leitura em chave de implícita ratificação da obra criativa da jurisprudência, no presumível intento de resolver as relativas dúvidas de legalidade.

Na base de tal tomada de posição do legislador existe a consciência da inidoneidade de uma fonte autorizada a disciplinar uma matéria cuja fluidez torna impossível uma sistematização codificada do instituto. A única alternativa praticável é representada, por admissão do próprio legislador, por uma regulamentação flexível da categoria em questão por obra da jurisprudência. De resto, a jurisprudência, ao dar vida às categorias da *abnormità* e da inexistência, tornou-se portadora, até as extremas consequências, das mesmas instâncias na base da revisão do conceito positivista de interpretação como procedimento meramente silogístico. Também os modernos positivistas,²⁹ de fato, abandonaram a concepção da jurisprudência teórica como conhecimento neutro do direito existente e reconhecem que a interpretação jurisprudencial não tem um caráter agnóstico e mecanicista, mas criativo em relação ao texto normativo.³⁰

27 É emblemática, a respeito, a sentença de 11 de janeiro de 1991, Agnolucci, in *Cass. pen.*, 1992, 599, 200, que evidencia a relação intercorrente entre a estrutura acusatória do novo processo penal e a *abnormità* do arquivamento pronunciado pelo g.i.p. sem requisição específica do M.P. Com o novo código, de fato, mudou, de espírito e conteúdos, o quadro normativo geral ao qual deve ser relacionada a “estranheza” da decisão anômala, e isso não deixou de repercutir sobre a tipologia dos provimentos em questão.

28 Sobre a distinção entre um jusnaturalismo conservador e um revolucionário, cf. KELSEN, *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico* (1928), em apêndice à *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Milão, 1952, p. 422 ss.

29 V. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. de M.G. Losano, Turim, 1966, p. 381.

30 O declarado intento do positivismo legalista de reduzir o procedimento de aplicação da lei a uma série de operações lógicas repetíveis e controláveis revelou-se, de fato, impraticável, assim como esgotou toda atração o mito rousseauniano da santidade da lei como expressão da soberania popular. A consequente revolta contra o formalismo (cf. WHITE, *Social Thought in America: The Revolt against Formalism*, Nova York, 1949, *passim*) foi conduzida por várias correntes de pensamento como a *sociological jurisprudence* e o *legal realism* na América, a *interessenjurisprudenz* e a *Freirechtsschule* na Alemanha, a escola da *libre recherche scientifique* de Gêny na França. A acentuação do caráter criativo da atividade jurisprudencial que as une se explica com

Junto às margens de discricionariedade fisiológica em relação à atividade interpretativa e conectadas à esperada presença de lacunas no ordenamento e de zonas de sombra em torno da formulação das normas, assumem relevo, ao orientar a interpretação do juiz, critérios mais marcadamente políticos atinentes a considerações equitativas ou à avaliação dos interesses em jogo: fala-se, a esse respeito, de jurisprudência dos interesses, de jurisprudência teleológica, de jurisprudência evolutiva, com referência aos diversos juízos de valor subjacentes à solução acolhida pelo juiz.

A interpretação criativa, inspirada por exigências equitativas, encontra, porém, um limite na compatibilidade com o texto de lei, em obediência à exigência, tendencialmente prioritária enquanto expressão direta do princípio da legalidade,

a transformação, própria de nossa época, do papel do estado e do direito, conexas ao desenvolvimento do *welfare state* e da consequente legislação social (cf. CAPPELLETTI, *Giudici legislativi?*, Milão, 1984, *passim*). Pense-se, em particular, na atividade desenvolvida pela jurisprudência para preencher as lacunas existentes em nosso ordenamento em tema de disciplina da greve (v., a respeito, TARELLO, *Teoria e ideologie del diritto sindacale*, Milão, 1967, p. 7 ss.; GHEZZI, *Diritto di sciopero e attività creativa dei suoi interpreti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1968, 24 ss.). Por outro lado, a celeridade de desenvolvimento do sistema tecnológico faz recair necessariamente sobre o juiz a responsabilidade, também política, da contínua atualização normativa, minando nas bases o monopólio estatal das fontes do direito (cf. COTTA, *La sfida tecnologica*, Bolonha, 1968, p. 180 ss.).

Nem se pode seriamente contestar a influência dos juízos de valor sobre as escolhas do intérprete no âmbito das soluções não contrastantes com o texto legislativo: é recorrente, desde Bartolo, a consideração de que, no concreto procedimento interpretativo, a intuição do resultado, ou a opção política em seu favor, precede a busca de apoios legislativos para sua justificação (cf., a respeito, CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazioni giuridica*, Padova, 1954; CERRI, *Il giudice e le ideologie*, in *Crit. dir.*, 1991, 20).

Em relação aos poderes criativos da jurisprudência v., também, a obra histórica e analítica de LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, bem como CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, spec. 253, 255; TORRENTE, *Il giudice e il diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 1261; FOSCHINI, *Il giudice senza idee*, in *Archivio pen.*, 1968, 397; R. TREVES, *Giustizia e giudizi nella società italiana*, Bari, 1972. Na doutrina menos recente, v. PACCHIONI, *I poteri creativi della giurisprudenza*, in *riv. dir. Comm.*, 1912, I, 40; RADULESCO, *La giurisprudenza quale fonte del diritto*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1933, 469 ss..

Entre os fatores da aumentada criatividade jurisprudencial da época atual, devem ser enumerados também o nascimento, na Europa, de uma nova função jurisdicional, consistente no controle de constitucionalidade da lei, e a correlativa instituição de especiais Cortes constitucionais, às quais se confia o referido controle (v., a respeito, CAPPELLETTI, *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milão, 1968). A maior aptidão criativa da Corte constitucional em relação aos juízes ordinários é, em certa medida, fisiológica enquanto depende da natureza frequentemente político-programática das normas a serem implementadas, bem como do duplo objeto da atividade hermenêutica das Cortes: o texto constitucional e o texto legislativo submetido ao controle de constitucionalidade (v. sobre o ponto, CHIARELLI, *Processo costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Foro it.*, 1967, V, 29). A criatividade da jurisprudência constitucional italiana foi enormemente reforçada por um fator político contingente – a exigência de suprir a culpável inércia do legislador em preencher as lacunas do ordenamento – de modo que a Corte constitucional, forjada uma série de instrumentos decisórios (sentenças aditivas, substitutivas, interpretativas de rejeição) idôneos a incidir positivamente sobre o ordenamento, veio a assumir uma função de codeterminação da orientação política legislativa, o direito constitucional italiano, plasmado pela Corte, transformou-se em uma *judge-made law* (G. TREVES, *op. cit.*, p. 5). V. também MODUGNO, *Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Giur. cost.*, 1988, 22. Denunciam o arbitrário transbordamento na esfera de discricionariedade do legislador, ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile, E. Cheli e S. Grassi, Bologna, 1984, p. 127 ss.; Id., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 268 ss.; SELVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, I, 1684. Sobre esse ponto v. também COLAPIETRO, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Ospedaletti, 1990, *passim*; PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive*, in *Giur. cost.*, 1993, 3672.

de assegurar a uniformidade, a previsibilidade e a coerência das decisões judiciais (certeza do direito).³¹

As construções da *abnormità* e da inexistência, ultrapassando claramente tal limite, constituem a expressão mais pura do direito natural vigente: foi, aliás, afirmado com autoridade que “o novo jusnaturalismo tem bem pouco em comum com o jusnaturalismo clássico e, mais do que um direito natural, nos propõe um direito judiciário.”³²

É evidente como a tensão entre exigências equitativas e exigências de certeza do direito, bem como de racionalidade do mesmo, se aguça em relação a hipóteses de *case law*. Todavia, como já mencionamos, a atitude de *self-restraint* assumida pela jurisprudência em matéria responde precisamente à intenção de contrabalançar a deterioração do ideal de certeza do direito decorrente do exercício do poder criativo do juiz. Mais em geral, as construções em tema de *abnormità* e de inexistência testemunham seja a funcionalidade da *naturalis ratio* à coerência do sistema, seja a possibilidade de uma harmônica integração entre direito e equidade, onde a dialética entre os dois termos evolua de uma relação de oposição a uma de pacífica convivência realizando, assim, uma feliz mediação entre as referidas exigências conflituais.³³

Para afastar a dúvida de uma degradação da racionalidade do direito é suficiente a observação de que é possível conceber tanto uma jurisprudência ao mesmo tempo rigorosa (em relação ao método e à objetividade dos resultados) e criativa, que é, afinal, o modelo do *common law* e aquele jusnaturalista relativo à *abnormità* e à inexistência, quanto uma jurisprudência não rigorosa e declarativa, que é, afinal, o modelo tradicional do jurista puro intérprete.³⁴ A tutela do ideal de certeza do direito é, além disso, assegurada pelas finalidades garantistas, em relação aos princípios informadores do sistema processual penal, das construções jurisprudenciais *de quibus*.

31 Os termos da divergência são pontualmente delineados por CHIARA, *Equità e legalità negli orientamenti della giurisprudenza*, Milão, 1970, com referência à divergência instaurada entre juízes de mérito e cassação em relação às relações entre declaração de falência e juízo de bancarrota por omissão dos livros contábeis. A solução da questão – adverte o autor – não é unívoca, mas depende, a cada vez, da força persuasiva das exigências equitativas do caso específico, em relação à concreta relevância da exigência de certeza do direito. V. também, a respeito, BRASILE., *L'equità e la certezza del diritto*, in *La cultura*, 1966, 537 ss.; LOMABARDI, *op. cit.*, p. 568 s.; PACCHIONI, *Diritto e equità nell'amministrazione della giustizia inglese e nell'ordinamento giuridico degli Stati continentali*, in *Giur. de/ lavoro*, 1926, 433 ss.

32 SCARPELLI, *L'educazione del giurista*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 1 t.

33 Para um excuro histórico-comparatístico sobre as relações entre direito e equidade, cf. BROGGINI, *Riflessioni sull'equità*, in *Ius*, 1975, 40 ss.

34 BOBBIO, *Scienza giuridica tra essere e dover essere*, in *Riv. Intern. di fil. del dir.*, 1968, p. 480.

8. A operatividade da razão imanente ao direito natural como insubstituível fator de coesão do ordenamento constitui um dado adquirido à cultura jurídica não apenas continental.

Com particular atenção ao ordenamento inglês, de fato, o processo de construção da *common law* consistiu precisamente na elaboração de um direito jurisprudencial fundado sobre a razão, que suplantou o direito consuetudinário da época anglo-saxônica.³⁵ Primárias instâncias de *natural justice* se encontram, também, na origem daquela estrutura dualista (*common law-equity*) do direito inglês que serviu para assegurar a coerência do sistema jurídico.³⁶

Mais em geral, o recurso ao conceito de *natural law* como critério de adequação das normas jurídicas a postulados de justiça substancial constitui prática habitual na jurisprudência inglesa menos recente, assim como a anulação das decisões *against reason*. O papel prioritário atribuído ao *natural law* é evidenciado pela frequência com a qual uma lei a ele contrário, considerada *ipso facto* inválida, foi desaplicada. Já no caso *Dr. Bonham*, decidido em 1610, lê-se, de fato: “...when an Act of Parliament is against common right and reason or repugnant or impossible to be performed the common law will control it, and adjudge such Act to be void.”

A absoluta supremacia do *natural law*, erodido pela crescente autoridade do Parlamento, encontra, a partir do século XVIII, um lento declínio:³⁷ também a terminologia – *natural law*, *law of God*, *law of nature* – considerada pomposa e altissonante, é progressivamente abandonada pela jurisprudência em favor de fórmulas mais modestas, como *just and reasonable* ou *common sense and decency*.

Sobrevivem ao crepúsculo do *natural law* as instâncias, a ela subjacentes, de racionalidade do sistema jurídico que requerem, em nível substancial, a interpretação das normas em relação aos princípios fundamentais do ordenamento;³⁸ em nível processual, a observância de um *standard* geral de correção no processo. Sob o primeiro perfil, a *natural justice* opera como parâmetro de controle do conteúdo

35 A ideia de um costume geral imemorial do reino (*general custom of the realm*), acolhida pela doutrina oficial inglesa do século passado, é, de fato, uma mera ficção, enquanto os únicos costumes existentes na Inglaterra dos séculos XII-XIII, época de formação da *common law*, eram aqueles locais. V. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 4ª ed., trad. dirigida por R. Sacco, Pádua, 1973.

36 A *equity* apresenta, de fato, historicamente, as características de uma jurisdição equitativa fundada na boa-fé (*good conscience*) e nos deveres morais, destinada a corrigir os rigores e a suprir as carências da *common law*. V., a respeito, WALKER and WALKER, *The English Legal System*, p. 41 ss.; R.M. JACKSON, *The Machinery of Justice in England*, p. 7; SERENI, *L'Equity negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, 330. Menos frequente, mas igualmente significativo, o recurso ao conceito de *reason of the thing* para justificar a escolha de uma solução equitativa do caso. V., por exemplo, na jurisprudência, *Donoghue v. Stevenson* 1932 S.C. (H.L.) 31. Na doutrina, cf. J. STONE, *Human Law and Human Justice*, 1965, p. 207.

37 V., a respeito, H.H. MARSHALL, *Natural Justice*, Londres, 1959, p. 13 ss., que relata a lapidária afirmação de Lord Justice Holker: “Acts of Parliament are omnipotent...” (in *Gibbs v. Guild*, 1882, 9 Q.B.D. 74).

38 V., a respeito, PERELMAN, *Logica giuridica - Nuova retorica*, org. de Crifò, Milão, 1979.

das normas; sob o segundo assegura sua correta aplicação, independentemente do conteúdo.³⁹

Correntemente entendida neste último sentido, a expressão *natural justice* constitui um dos poucos inconfundíveis vestígios do conceito de *natural law*. O termo, inicialmente usado como sinônimo de *natural law*, posteriormente adquiriu um significado mais restrito, vindo a indicar, com expressão de síntese, os requisitos essenciais de um processo equitativo (*essential requirements of a fair hearing*), tradicionalmente identificados no dever de imparcialidade do juiz (*nemo iudex in causa sua*) e no direito de cada parte de expor seu caso (*audi alteram partem*). Os princípios em questão, que encontram significativa correspondência em numerosas convenções internacionais,⁴⁰ pertencem mais à consciência comum da humanidade do que à ciência jurídica:⁴¹ as *rules of natural justice*, de fato, são tão vitais “to the due performance of the office of the judge that without them the judge is no judge at all”,⁴² com a consequência de que uma decisão emitida em violação a tais princípios será em qualquer caso considerada inválida.

O fundamento jusnaturalista dos princípios em exame justifica o amplo raio de operatividade: eles, de fato, aplicam-se, embora com algumas correções, também às decisões arbitrais, dos *domestic tribunals*, de clubes e associações, bem como às pronúncias dos *administrative tribunals* e àquelas dos órgãos administrativos que agem de forma *quasi-judicial*.⁴³ Sob este último perfil, o conceito de *natural justice* cumpre uma função de garantia dos cidadãos face à administração pública, totalmente análoga àquela desempenhada, nos Estados Unidos, pela *due process clause*. Nesta perspectiva deve ser enquadrada a proposta do *Committee on Ministers' Powers*⁴⁴ de acrescentar às tradicionais *rules of natural justice* dois outros princípios operantes nos processos tanto ordinários quanto administrativos e consistentes no direito das partes de conhecer as razões das decisões e de tomar visão do relatório conclusivo de uma investigação pública conduzida por um investigador.

39 Sobre a dupla acepção de *natural justice*, v. P. JACKSON, *Natural Justice*, Londres, 1979, ch. I. Sobre a noção de justiça natural como critério para garantir a correção do processo, v. STEIN and SHAND, *Legal Values in Western Society*, trad. it., Milão, 1981, p. 114.

40 Cf. o art. 6 da Convenção europeia dos direitos humanos (1950); o art. 14 do Pacto internacional sobre os direitos civis e políticos (1966); v. também o art. 6 da Declaração universal dos direitos humanos (1948).

41 Cf. DEL VECCHIO, *La giustizia*, Roma, 1951.

42 H.H. MARSHALL, *op. cit.*, p. 184.

43 Já em 1874 emerge na jurisprudência inglesa a consciência de que o princípio do contraditório “is not confined to the conduct of strictly legal tribunals but is applicable to every tribunal or body of persons invested with authority to adjudicate upon matters involving civil consequences to individuals” (Wood v. Woad). V., na doutrina, a respeito, H.H. MARSHALL, *Natural Justice*, cit., p. 61 ss., que sublinha, todavia, a relutância de órgãos julgadores diferentes das Cortes ordinárias em aplicar os princípios em questão. Em particular, acerca da extensão à atividade administrativa das *rules of natural justice*, v. VARANO, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell’Inghilterra moderna*, Milão, 1973, p. 285.

44 Chamado Donoughmore Report (1932).

Estes princípios têm, porém, recebido, na prática jurisprudencial, uma aplicação descontínua que não permite incluí-los no conceito de *natural justice*.⁴⁵

Nem se pode reconhecer alcance universal às regras procedimentais relativas, por exemplo, à publicidade das audiências, à assistência defensiva, ao direito de apelar das sentenças, às quais esporádicas decisões atribuíram um fundamento jusnaturalista, referível, portanto, com segurança apenas aos dois princípios já mencionados.⁴⁶

A) O princípio *nemo iudex in re sua*, de clara matriz jusnaturalista, envolve também motivações de *public policy*. A *ratio* da máxima reside, de fato, no duplo intento de afastar o risco de parcialidade (*bias*) nos julgamentos e de promover a confiança dos cidadãos na correta administração da justiça, pressuposto indispensável da segurança e da ordem social.⁴⁷ A *rule against bias*, portanto, visa a garantir não só a imparcialidade do julgamento, mas também a credibilidade, acima de qualquer suspeita, dos órgãos julgadores, segundo a conhecida máxima expressa por Lord Hewart: “Is of fundamental importance that justice should not be only done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done.”⁴⁸

Coerentemente com a *ratio* da máxima em exame, a jurisprudência inglesa se orientou constantemente para uma interpretação rigorosa da mesma.

As decisões emitidas pelos juízes interessados no resultado da causa são, com efeito, *ipso facto* anuladas, já que viciadas por grave suspeita de parcialidade, no caso de interesse econômico, mesmo de pequeno valor (*pecuniary interest*), independentemente de qualquer verificação quanto à correção, em concreto, da conduta do juiz. Assim, a Câmara dos Lordes anulou uma ordem do próprio Lord Chancellor, com a motivação de que este tinha um interesse econômico em uma sociedade que era parte do processo.⁴⁹

A *rule against bias* não comporta a automática *disqualification* do juiz, regulada, ao contrário, pelo critério convencional do *real likelihood of bias*, na diversa

45 Os dois tradicionais princípios de *natural justice* podem, ao contrário, ser contornados somente nos casos expressamente previstos pela lei (chamada *statutory authority*) e nas hipóteses excepcionais de derrogação à *rule against bias* reconduzíveis a exigências de oportunidade prática (falta de um foro alternativo: chamada *necessity*) ou de economia processual. Estas últimas impedem às partes, de fato, a possibilidade de excepcionar a violação da *rule* em questão após a pronúncia da decisão de mérito.

46 Sublinha os riscos conexos a uma excessiva extensão do conceito de *natural justice* Lord Denning: “The rules of natural justice must not be stretched too far. Only too often the people who have done wrong seek to invoke the rules of natural justice so as to avoid the consequences.” (R. v. Secretary of State for the Home Department, 1974).

47 Cf., a respeito, MARSHALL, *op. cit.*, p. 29 e, *ai cit.*, Lush J. in *Serjeant v. Dale*, 1877, 2 Q.B.D. 588, 567: “the law in laying down this strict rule, has regard, not so much perhaps to the motives which might be supposed to bias the judge, as to the susceptibilities of the litigant parties. One important object, at all events, is to clear away everything which might engender suspicion and distrust of the tribunal.”

48 R. v. Sussex justices, 1924, 1 K.B. 256, 259.

49 Dimes v. Grand Junction Canal Proprietors (1852) 3 H.L. cas. 759.

hipótese em que o interesse do juiz no resultado da causa não seja fundado sobre fatores econômicos (c.d. *favour* ou *non pecuniary bias*): entram neste âmbito as hipóteses de parentesco entre o juiz e uma das partes ou dos defensores, bem como de sua participação em um grau precedente do mesmo processo na qualidade de juiz ou de defensor. Também no caso de *favour* a operatividade do *test of real likelihood of bias* torna irrelevante a efetividade da gestão parcial do processo.

B) O princípio *audi alteram partem*, outra significativa aplicação do conceito de *natural justice*, constitui, sob um diverso perfil, um produto do modelo processual adversarial, baseado em um método dialético de averiguação dos fatos considerado epistemologicamente superior ao método monologante de cunho inquisitório.⁵⁰

Ao *right to be heard* – e à ideologia liberal a ele subjacente – é tradicionalmente atribuído um papel de grande relevo nos sistemas de *common law*. Reivindicam um fundamento divino ao princípio em exame algumas das pronúncias mais antigas: no notório caso de 1723, *R. v. University of Cambridge*, em que a Corte do *King's Bench* reintegrou o Dr. Bentley no título de *Doctor of Divinity* do qual havia sido suspenso pelo Tribunal da Universidade sem ser ouvido, Lord Pratt afirmou: “The laws of God and man both give the party an opportunity to make his defence, if he has any.”

O princípio em exame, ao exigir a válida instauração do contraditório, apresenta, junto a um núcleo central de significado seguro, uma ampla zona de indeterminação. O princípio do contraditório certamente atribui a cada um o direito de ter notícia dos procedimentos a seu cargo e da natureza da imputação em tempo útil para preparar a defesa, o direito de expô-la adequadamente, bem como aquele de conhecer as provas a seu cargo. É duvidoso, porém, se o desrespeito às *rules of evidence* produz, por si só, um *breach of natural justice*.

C) Em situações de incerta aplicabilidade dos princípios de *natural justice*, bem como nas hipóteses excepcionais de derrogação aos mesmos, a observância de um *minimum* de garantias procedimentais é assegurada pelo critério da *fairness*, conceito empírico emergido no terreno da prática em resposta à exigência das Cortes de se referirem a um *standard* geral de correto exercício da função jurisdicional. Assim, o conceito de *fairness*,⁵¹ entendido como *standard* menor em relação à *natural justice*, é usado para assegurar a correção dos procedimentos *ex parte*.

50 Quanto à distinção entre sistema acusatório e sistema inquisitório, v. AMODIO, *Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana*, XXI, in *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di Amodio e Bassiouni, Milão, 1988; ILUMINATI, *Accusatorio e inquisitorio (sistema)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, I, Roma, 1988; DAMASKA, *The Face of Justice and State Authority*, trad. it., Bolonha, 1991, p. 73 ss.; PACKER, *I limiti della sanzione penale*, trad. it., Milão 1978, p. 153 ss.

51 Ao conceito de *fair procedure* corresponde, no ordenamento norte-americano, o princípio do *due process* expressamente sancionado pelas V e XIV emendas da Constituição Federal, pelo qual ninguém pode ser

Entretanto, sob o perfil do *duty to act fairly* do juiz pode ser recuperado o princípio, estranho aos conteúdos da *natural justice*, relativo ao direito das partes a um julgamento fundamentado. Ao conteúdo garantista mínimo do conceito de *fairness* corresponde, portanto, o extenso âmbito de aplicabilidade.

O conceito de *fairness* desempenha, portanto, um papel complementar em relação àquele de *natural justice*, em relação à exigência de garantir a racionalidade do ordenamento através da eliminação de toda decisão aberrante, cumprindo uma função de “válvula de segurança” do sistema totalmente análoga àquela desempenhada pelas categorias italianas da *abnormità* e da inexistência.

9. As mesmas finalidades de tutela da racionalidade do sistema subjacentes à elaboração do conceito de *abnormità* justificam a formulação, por obra da jurisprudência dos Estados Unidos, da chamada *plain error rule* que permite ao juiz da impugnação conhecer, de ofício ou a pedido do acusado, vícios não deduzidos em sede de *post-trial motions*. Em nível federal, a *plain error doctrine* foi incorporada na Rule 52 (b) das *Federal Rules of Criminal Procedure*, meramente reconhecadora do

privado da vida, da liberdade ou da propriedade *without due process of law*. O conceito de *due process* não constitui uma mera enunciação do princípio de legalidade, mas traduz a nível de direito positivo a obrigação moral de assegurar a concreta atuação no processo de imutáveis princípios de *natural law*. Por um lado, as ideias de Locke, Paine e Rousseau influenciaram os conteúdos da Declaração de independência e da Constituição federal; por outro, a genérica formulação dos enunciados constitucionais prestava-se facilmente à interpretação em chave jusnaturalista. É emblemática, a respeito, a tendência da Suprema Corte a utilizar as *due process clauses* das V e XIV emendas como instrumentos de manipulação do direito substantivo, submetido, por meio de uma *natural law interpretation* da Constituição, à tutela dos valores considerados em cada momento predominantes: a liberdade econômica individual em um primeiro momento, as *civil liberties* em época mais recente (chamado *substantive due process*). Cf. FRIEDMANN, *op. cit.*, pp. 138, 411. Em relação ao fundamento jusnaturalista do conceito de *due process*, v. também, entre tantos, CORWIN, *The higher Background of American Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, 42 (1928-1929), 149 ss.; GRANT, *The Natural Law Background of Due Process*, in *Columbia Law Review*, 31 (1931) 56. Na nossa doutrina, v. VIGORTTI, *Garanzie costituzionali del processo civile. Due process of law e art. 24 Cost.*, Milano, 1973; BRUNI ROCCIA, *La dottrina del diritto naturale in America*, Milano, 1950.

O princípio do *due process* informa a estrutura básica do processo penal norte-americano. Regras processuais reconhecidas como fundamentais pela jurisprudência estadunidense, como a presunção de inocência do acusado e a consequente *burden of persuasion* a cargo da acusação, não encontram expressa previsão na Constituição Federal, mas se baseiam diretamente nos conteúdos das *due process clauses*, assim como interpretadas pela Corte Suprema. O conceito de *due process* eleva-se, portanto, a princípio informador do sistema processual penal norte-americano, e os valores subjacentes à ideologia liberal que o inspiram constituem os fundamentos do *due process model*, paradigma de um *criminal justice system* portador de instâncias antiautoritárias. A célebre afirmação do juiz Frankfurter – “a história da liberdade foi em grande parte a história do respeito às garantias procedimentais” – (McNabb v. United States, 318 U.S. 332, 1943), evidencia a centralidade do princípio do *due process* no ordenamento estadunidense. Sobre a contraposição entre um modelo garantista (chamado *due process model*) e um modelo eficientista, de características repressivas (chamado *crime control model*), v. PACKER, *op. cit.*, p. 153 ss.

A importância do papel assumido pelo princípio do *due process* na evolução do processo estadunidense encontra a confirmação mais significativa na obra da Warren Court (chamada de *due process revolution*) que, através da *selective incorporation interpretation* da XIV emenda, estendeu a nível estadual as mais importantes garantias processuais reconhecidas pelo Bill of Rights. Cf., a respeito, entre tantos, LEWIS, *Earl Warren*, in FRIEDMAN and ISRAEL, *The Justices of the United States Supreme Court, Their Lives and Major Opinions*, IV, 1969, p. 2721; PYE, *The Warren Court and Criminal Procedure*, in *Michigan Law Review*, 1968-1969, p. 249; BERGER, *Government by Judiciary: the Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge, 1977. Mesmo não podendo ignorar, a respeito, a mais recente orientação da Corte Suprema voltada a conter os efeitos da *due process revolution* (v., a respeito, na nossa doutrina, FERRARI, *La Corte Rehnquist (1991-1993), Orientamenti giurisprudenziali e linee di tendenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Giur. cost.*, 1993, 3208), é inegável a persistente caracterização do sistema em sentido marcadamente garantista.

direito judiciário preexistente.⁵² “Plain errors or defects affecting substantial rights may be noticed although they were not brought to the attention of the court.” Numerosos ordenamentos estaduais preveem disposições análogas, outros fundamentam a *plain error rule* na consolidada orientação jurisprudencial.

Na quase totalidade das jurisdições estaduais e na federal, o princípio geral segundo o qual os erros de direito não deduzidos no âmbito do juízo de primeiro grau se consideram sanados sofre, portanto, uma notável exceção em virtude do caráter evidente (*plain*) do vício. Analogamente ao conceito de *abnormità*, a categoria dos *plain errors* foi, portanto, conscientemente elaborada a fim de legitimar a derrogação ao regime ordinário de impugnabilidade das decisões. Todavia, a jurisprudência estadunidense, ao formular, desde o século passado, a *plain error rule*, não encontrou as objeções centradas no princípio da legalidade levantadas contra a construção paralela da *abnormità*, inconcebíveis em um sistema de genuíno direito judiciário, mas teve que superar a compreensível resistência à introdução de um critério conflitante com os princípios informadores do *adversary system*. O poder conferido pela *plain error doctrine* ao juiz de apelação é, de fato, dificilmente enquadrável, por seu caráter oficioso, na estrutura acusatória do processo estadunidense que, ao delegar às partes toda iniciativa processual, atribui-lhes a responsabilidade de verificar tempestivamente o correto desenvolvimento do processo com particular referência ao ônus do acusado de exigir uma eficaz assistência defensiva, sofrendo, caso contrário, as consequências da inércia do defensor. Ao ocaso da concepção do juiz como mero árbitro do conflito entre as partes, implícita na já desgastada *sporting theory of justice*, contrapôs-se, no entanto, a afirmação, recorrente na jurisprudência mais recente, da obrigação do juiz de atuar proativamente, suprindo a inércia da parte, na presença de erros “tão fundamentais e prejudiciais que o resultado do julgamento viola princípios elementares de justiça.”⁵³ O desvio do modelo acusatório puro provocado pela aplicação da *plain error rule* se justifica,

52 Para a primeira afirmação da *plain error rule*, v. *Wiborg v. United States*, 163 U.S. 632 (1896). Cf. também, na jurisprudência anterior à entrada em vigor das *Federal Rules of Criminal Procedure*, *Claytt v. United States*, 197 U.S. 207 (1905); *Crawford v. United States*, 212 U.S. 183 (1909); *Weems v. United States*, 217 U.S. 349 (1910); *Brasfield v. United States*, 272 U.S. 448 (1926); *United States v. Atkinson*, 297 U.S. 157 (1936), que testemunha a primeira tentativa de chegar a uma clara definição de *plain error* em termos de erro *obvious* ou *seriously affecting fairness, integrity or public reputation of judicial proceedings*.

Conforme a definição de *plain error* adotada pela jurisprudência mais recente: “Plain errors are those seriously affecting fairness, integrity or public reputation of judicial proceedings and must be both obvious and substantial”, *U.S. v. Salomon*, 856 F2d 1572 (1988). V. também, no mesmo sentido, *U.S. v. Wallace*, 848 F2d 1464 (1988); *U.S. v. Sanchez*, 901 F2d 1013 (1990); *U.S. v. Hope*, 914 F2d 1355 (1990); *U.S. v. Wright*, 921 F2d 42 (1990); *U.S. v. Blanco*, 920 F2d 844 (1991).

Em relação ao conceito de *plain error*, v. também, na doutrina, WRIGHT, *Federal Practice and Procedure*, St. Paul, 1982, IIIA, 335; LAFAVE, verbete *Appeal*, in *Encyclopedia of Crime and Justice*, org. de KADISH, Nova York, 1983, I, p. 66; PAULING, *The Cumulative-Effect Approach to Plain Error Analysis*. *Shmunk v. State*, 714 P2d 724 (Wyo 1986) in *Land and Water Law Review*, XXII, 1987, 585; *Black's Law Dictionary*, St. Paul, 1990, 1161; BAUER, *O regime das impugnações*, in AMODIO e BASSIONI (a cura di), *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 235; LAFAVE and ISRAEL, *Modern Criminal Procedure*, St. Paul, 1992, p. 1159. Na nossa doutrina v. FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Turim, 1988, p. 158.

53 *U.S. v. Birdsall*, 775 F2d 645 (1985).

portanto, com base no fundamento jusnaturalista do instituto, destinado à tutela de insuprimíveis exigências de justiça.

A matriz jusnaturalista do conceito de *plain error* acentua sua analogia com a construção italiana da *abnormità*, assim como a definição do vício em termos de erro *obvious* (manifesto) and *substantial* (fundamental): imediata a referência ao caráter macroscopicamente ilegal dos provimentos anômalos constantemente sublinhado pela nossa jurisprudência na matéria. Todavia, enquanto a jurisprudência italiana se deteve na identificação dos elementos constitutivos do conceito de *abnormità*, a abordagem pragmática da jurisprudência estadunidense se traduziu, em nível definatório, na maior atenção prestada aos efeitos prejudiciais do *plain error* em relação ao *right to a fair trial* do acusado e à “reputação pública” do processo, considerados sob o aspecto prático da influência do vício sobre a decisão dos jurados: “plain error is error which not only affects substantial rights but has unfair prejudicial impact on jury deliberations; it is found only when error is kind of error which affects fairness, integrity, or public reputation of judicial proceedings.”⁵⁴ Esta e outras definições similares de *plain error* em termos de *serious and prejudicial error*⁵⁵ ou de *serious and manifest error*⁵⁶ contêm, todavia, um limite intrínseco, comum às tentativas de definir a *abnormità*, e constituído pela impossibilidade de uma enunciação rigorosa do caráter aberrante próprio do vício em exame.

O esforço de chegar a uma definição de *plain error* reflete, sob um diverso perfil, a preocupação da jurisprudência de prevenir abusos do instrumento em exame,⁵⁷ circunscrevendo sua área de aplicabilidade através da clara identificação dos relativos pressupostos. Emblemática, a esse respeito, a tendência de certa jurisprudência federal a limitar a aplicação da *plain error doctrine* apenas aos casos de manifesto erro judiciário (*miscarriage of justice*),⁵⁸ excluindo consequentemente a anulação por *plain error* em caso de culpabilidade do acusado, isto é, em concreto, em todas as hipóteses de *guilty plea* de qualquer forma viciado.⁵⁹ Esta interpretação restritiva contrasta seja com o disposto da Rule 52 (b), que não contém nenhuma limitação análoga, seja com a finalidade da *plain error doctrine*, que, como já mencionado, não se esgota na tutela do acusado, mas envolve a exigência de garantir

54 U.S. v. Wright, cit. V. também U.S. v. Parker, 877 F2d 327 (1989).

55 U.S. v. Lechuga, 888 F2d 1472 (1989).

56 Centrella v. U.S. 209 F2d 159 (1954).

57 “Plain error rule should not be used to provide second bite at the apple for defendant whose deliberate trial strategy has failed.” U.S. v. Valencia-Lucena, 925 F2d 506 (1991).

58 Cf. U.S. v. Ward, 914 F2d 1340 (1990): “Reversal of criminal conviction on basis of plain error is exceptional remedy, which court should invoke only when it appears necessary to prevent miscarriage of justice.” V. também U.S. v. Staller, 616 F2d 1074 (1980); U.S. v. Lopez, 923 F2d 47 (1991).

59 Não faltam, por outro lado, decisões favoráveis à admissibilidade da anulação por *plain error* da condenação do acusado *pleaded guilty*. V., nesse sentido, U.S. v. Adams, 634 F2d 830 (1981), que encontrou os extremos do *plain error* na participação do juiz no procedimento do *plea bargaining*.

a integridade do processo: “it is not a miscarriage of justice to convict a guilty man, but if he is convicted in a way inconsistent with the fairness and integrity of judicial proceedings, then the courts should invoke the plain error rule in order to protect their own public reputation.”⁶⁰

É, contudo, inegável a atitude de *self-restraint* assumida pelas *appellate courts* no exercício do poder a elas reconhecido pela *plain error rule*.⁶¹ A concreta identificação das hipóteses de *plain error* e das situações de *abnormitã* é, portanto, semelhantemente governada pelo critério da *extrema ratio* coessencial à função de encerramento do sistema das impugnações penais exercida por ambas as categorias.

Coerentemente ao fundamento jusnaturalista do instituto, critérios equitativos contribuem para orientar as *appellate courts* no cauteloso exercício do poder em exame, como testemunha a prática difundida da jurisprudência estadunidense de considerar o conjunto das circunstâncias do caso. Constitui um desenvolvimento da referida orientação jurisprudencial o chamado *cumulative-effect approach* que reconduz a produção dos efeitos típicos do *plain error* ao efeito combinado de múltiplos vícios que, por si só, não são decisivos.

A aplicação do *cumulative-effect approach* não constitui um expediente para elevar ao nível de *plain error* a soma de mais *harmless errors* (vícios inócuos), mas se baseia na análise do procedimento decisório que resulta no veredicto: o júri ao deliberar o veredicto avalia cada fator relevante para tal fim em relação a todos os outros, com a consequência de que cada vício processual contribui para agravar o efeito dos outros sobre a deliberação do júri, *in the gradual growth of prejudice*.⁶²

Mais em geral, as *appellate courts* dos Estados Unidos mostram uma particular propensão a revelar a existência de um *plain error* quando faltem provas esmagadoras (*overwhelming*) de acusação, quando o acusado for condenado à morte, não tenha usufruído de uma eficaz assistência defensiva ou justifique a omissão da tempestiva exceção. Em particular, depois, a impossibilidade para o juiz da instrução de corrigir o erro, mesmo que a questão fosse levantada tempestivamente, determina quase automaticamente, onde reconhecida pela Corte, a *reversal* por *plain error*.

Este último critério se aplica sobretudo quando o efeito prejudicial do *plain error* não poderia ter sido removido por uma adequada *instruction* dada pelo juiz

60 WRIGHT, *Federal Practice and Procedure*, cit., p. 341.

61 Cf. U.S. v. Gerald, 624 F2d 1291 (1980): “The plain error rule is not a run-of-the-mill remedy. The intention of the rule is to serve the ends of justice; therefore it is invoked only in exceptional circumstances.” V. também U.S. v. Frady, 456 U.S. 152 (1982); George v. Allstate Ins Co, 329 Mich App 448, in 942 NW2d 628 (2019).

62 PAULINO, *op. cit.*, 588. Na jurisprudência federal, v. U.S. v. Wallace, cit., que faz referência, para a aplicação da *plain error rule*, ao efeito prejudicial conjuntamente produzido pela violação do *Jencks Act*, pela assunção de provas inadmissíveis e pelo *improper vouching* do *prosecutor*.

do julgamento ao júri, com particular atenção ao caso de inadmissíveis afirmações do *prosecutor*.⁶³ Fora de tais hipóteses, todavia, a avaliação do vício à luz do *record* do julgamento em seu conjunto, com particular atenção ao quadro probatório global, induz geralmente a Corte a excluir a subsistência do caráter *plain* do erro.⁶⁴

A mesma atitude de *self-restraint* fundamenta a recusa da Corte Suprema Federal de estender a aplicação da *plain error rule* a juízos de impugnação diferentes do *appeal*; a admissibilidade da dedução, em sede de *collateral attack*, de erros não deduzidos anteriormente está, de fato, sujeita ao mais rigoroso critério da *cause and actual prejudice*.⁶⁵

O regime de dedutibilidade do *plain error*, cognoscível também de ofício até a formação do trânsito em julgado, é, portanto, totalmente análogo àquele da *abnormità*, assim como a funcionalidade do remédio à tutela no processo de superiores princípios de justiça substancial.

Todavia, apesar do comum fundamento jusnaturalista dos institutos, a fenomenologia do *plain error* não pode deixar de ressentir-se das diversas características estruturais do sistema processual norte-americano: em particular, a presença do júri como juiz do fato coloca a imprescindível exigência de prevenir seu errôneo convencimento em consideração de sua proverbial influenciabilidade emotiva. Consequentemente, a maioria das hipóteses de *plain error* individualizadas pela jurisprudência estadunidense diz respeito a vícios na formulação das *instructions* do juiz do julgamento ao júri⁶⁶ ou casos de *improper vouching*⁶⁷ do *prosecutor* que encontra no júri seu natural destinatário.

63 Provocatório, a respeito, o relevo contido in Garza, 608 F2d 659 (1979): "If you throw a skunk into the jury box, you can't instruct the jury not to smell it."

64 Em consideração à força das provas incriminatórias, a Corte Suprema federal excluiu o caráter *plain* do vício, em relação ao comportamento do *prosecutor*, incorreto ao qualificar como *garbage* as argumentações da defesa, U.S. v. Parker, cit. Em aplicação do mesmo critério, foi considerada *harmless* a violação da *opinion rule* no curso do exame testemunhal. V. U.S. v. Lechuga, cit.

65 O critério do *cause and actual prejudice*, enunciado pela primeira vez em relação à 2255 *motion* in Wainwright v. Sykes, 433 U.S. 72 (1977), atribui ao acusado o duplo ônus de justificar a omissão de uma exceção prévia (*cause*) e de provar o efetivo prejuízo consequente ao erro denunciado (*actual prejudice*). V. também U.S. v. Addonizio, 442 U.S. 178 (1979).

66 Em particular, a Corte Suprema Federal identificou os extremos do *plain error* na omissão, por parte do juiz do *trial*, da *cautionary accomplice instruction*, relativa ao limitado valor da *accomplice evidence*, em situações em que o acusado tinha direito à *instruction* e o testemunho do coacusado era *uncorroborated* e contraditado por outras provas. V., a respeito, U.S. v. McCabe, 720 F2d 951 (1983); U.S. v. Bernal, 814 F2d 175 (1987). Na nossa doutrina v. AMODIO, *I pantiti nella common law*, in esta Revista, 1986, 991.

67 A fórmula *improper vouching* compreende tanto as hipóteses em que o *prosecutor*, em sede de *closing arguments*, garante pessoalmente pela integridade das testemunhas de acusação (chamado *bolstering*. Cf. GARZA, cit., 664: "I think their motives are pure as the driven snow"), quanto aquelas em que explora indevidamente aos olhos do júri o prestígio de seu *status* de representante do Governo em apoio à credibilidade da tese da acusação (v. GARZA, cit., 664: "If I ever thought that I had framed an innocent man and sent him to the penitentiary, I would quit"). A jurisprudência estigmatiza, além disso, com particular severidade, o recurso do *prosecutor* a alusões relativas à existência de ulteriores provas de acusação não apresentadas em audiência. Cf. U.S. v. Davis, 831 F2d 63 (1987); U.S. v. Young, 470 U.S. 1 (1985). Entre as outras hipóteses de *plain error* reconhecidas pela jurisprudência estadunidense vêm à luz a assunção de provas inadmissíveis (v., a respeito, U.S. v. Freeman, 514 F2d 1314, 1973; U.S. v. Parker, 604 F2d 1327, 1979).

10. A identidade de valores garantistas na base dos conceitos de *abnormità*, inexistência e *plain error* evidencia o fundamento jusnaturalista comum dos remédios em exame, elaborados pela jurisprudência com o intuito de justificar a derrogação ao regime ordinário das impugnações, tornada necessária pela ineludível exigência de reconduzir aos trilhos da legalidade um procedimento penal gravemente comprometido em seu regular andamento.

11. O desenvolvimento, dentro de sistemas processuais profundamente diversos por estrutura e tradição, de categorias jurisprudenciais de idêntica matriz, atestando a funcionalidade da *naturalis ratio* à coerência do sistema, permite afirmar que o equilíbrio de todo ordenamento jurídico depende da operatividade de critérios de adequação das normas a postulados de justiça substancial, com o ulterior corolário de que o exercício de poderes criativos por parte da jurisprudência constitui o instrumento mais sensível e eficaz para relevar e corrigir as anomalias do sistema. Também com referência aos ordenamentos continentais, de fato, fracassada a tentativa de transferir a relevância dos valores equitativos do plano decisório àquele da política legislativa, a responsabilidade da racional evolução do sistema vem a recair, pelo menos em parte, sobre a jurisprudência.

O inevitável impacto sobre o princípio de certeza do direito produzido por uma acentuada criatividade jurisprudencial é atenuado, no caso específico, pela espontânea adoção, por parte da jurisprudência italiana e estadunidense, do critério da *extrema ratio* na utilização dos remédios em exame. Em particular, a compatibilidade de institutos de criação judicial, como a *abnormità* e a inexistência, com um sistema de direito codificado, é assegurada pelas finalidades garantistas das categorias em relação à coerência do ordenamento processual e ao rigor na administração da justiça. O risco de uma evolução patológica dos poderes criativos do juiz parece, de fato, mais facilmente conectado a um uso dos mesmos como chave de ruptura com o sistema processual vigente.

12. A probabilidade de abusos, puramente teórica no quadro de um sistema já radicado na tradição jurídica e assimilado pelos operadores processuais, adquire concretude se relacionada à difusa desorientação provocada pela introdução de um modelo profundamente inovador em relação ao velho rito. A atividade criativa da jurisprudência constitui, de fato, na primeira hipótese, um fator de estabilidade e de racionalização do ordenamento processual, cumprindo a função de tutela dos valores fundamentais do mesmo, de fácil e segura identificação. Na fase de experimentação de um novo modelo processual, ao contrário, a ausência de consolidadas grades interpretativas expõe fatalmente às disseminações das in-

e a violação dos direitos constitucionais do acusado (v., com referência à *double jeopardy clause*, U.S. v. Gunter, 546 F2d 861, 1976; em relação ao *right to a jury trial*, v. U.S. v. Miller, 468 F2d 1041, 1972).

interpretações contrastantes mesmo a normativa mais clara e linear. Analogamente, o arranjo e a eficácia dos institutos individuais dependem, em larga medida, dos modos de sua concreta aplicação. A vulnerabilidade às agressões da práxis de um novo modelo processual não representa, todavia, por si só, um fator distorcido do sistema. A verificação, no terreno da efetiva experiência processual, da viabilidade do modelo construído *in vitro* pelo legislador constitui, ao contrário, o índice mais crível da coerência geral do sistema. A experimentação do novo modelo processual cumpre, portanto, uma função de catarse do mesmo, induzindo o aflorar de antinomias e lacunas frequentemente recompostas através de cautelosas técnicas interpretativas.

A crescente criatividade jurisprudencial, naturalmente correlacionada à fase experimental de um modelo processual, pode, portanto, desencadear um círculo virtuoso de reformas legislativas e jurisprudenciais funcionais à estabilidade do sistema sem comprometer sua estrutura fundamental. O linear desenvolvimento da fase de experimentação de um modelo processual pressupõe, porém, o substancial compartilhamento do mesmo por parte da jurisprudência, *rectius*, da magistratura. Quando este consenso venha a faltar, a fisiológica instabilidade do novo paradigma se presta facilmente a manobras subversivas de seus princípios informadores: emblemáticas, a esse respeito, as vicissitudes do vigente código de processo penal que evidenciam o papel decisivo desempenhado, na erosão do original modelo acusatório, pela jurisprudência criativa da Corte constitucional, cujo exame escapa, porém, aos limites do presente estudo.

Confira nesta edição:

Corrupção e anticorrupção: linguagem e validade da norma penal à luz da teoria da ação significativa de Vives Antón

Léo Peruzzo Júnior e Carla Juliana Tortato

As chacinas e os B.O.s: estudo documental sobre a violência letal em Porto Alegre/RS

Mário Francisco Pereira Vargas de Souza e Renata Almeida da Costa

Implementação do Acordo de Não Persecução Penal (anpp) como alternativa penal no município de São Paulo/sp

Beatriz Ferruzzi Sacchetin e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo

A instigação como autoria? Menos política criminal, mais teoria das normas

Bruno de Oliveira Moura

Criminalidad Estatal-Corporativa en la Industria Extractiva

Maria Laura Böhm

Formação em justiça restaurativa pelo e no poder judiciário brasileiro: intencionalmente antirracista ou silenciosamente racista?

Elaine Alves Silva de Santana, Fernanda Fonseca Rosenblatt e Tassiana Moura de Oliveira

Jurisprudência criativa no processo penal italiano e na common law: abnormità, inexistência e plain error rule

Elena Maria Catalano, Ricardo Jacobsen Gloeckner (tradutor) e João Carlos Dalmagro Junior (tradutor)

+ ACESSO À VERSÃO DIGITAL GRÁTIS NA NOSSA PLATAFORMA DE LEITURA