

REVISTA DE
**ESTUDOS
CRIMINAIS**

Nº 97 - ABRIL/JUNHO 2025

**tirant
lo blanch**



**ESCOLA DE
DIREITO**

REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS

Nº 97 - ABRIL/JUNHO 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 XXV – Nº 97

ISSN 1676-8698

Periodicidade trimestral

ASSINATURAS:

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

comercial2@tirant.com / atendimento@tirant.com

editoratirantbrasil@tirant.com

www.itecrs.org/rec

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

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

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



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

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

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

REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS

Nº 97 - ABRIL/JUNHO 2025



ESCOLA DE
DIREITO

REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS

ANO XXV – 2025 – Nº 97

Editores-chefes

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

Editores-assistentes

Mestre Alberto Ruttke
Especialista Fernando Nerung
Mestre Ramiro Gomes von Saltiel
Especialista Daniela Scariot
Mestre Felipe de Araújo Chersoni
Especialista Gabriela Ruschel de Lia Pires

Consultores

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

Conselho Editorial Nacional

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

Endereço para correspondência:

Prof. Dr. Rodrigo Moraes de Oliveira - 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 XXV – 2025 – Nº 97

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. Giovanni 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. Víctor Gabriel Rodríguez. Twig Lopes. Vinicius Gomes de Vasconcellos.

REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS

ANO XXV – 2025 – Nº 97

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 Ruttké – 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

- 10** **Desafios atuais da convenção de Istambul na prática judiciária**
Alexandra Maria dos Santos Esteves Vilela
- 27** **Abordagem policial e *stop and frisk*: jurisprudência brasileira e estadunidense**
André Ribeiro Giamberardino e Tomás Gast Kienen
- 49** **Sociedades transnacionais, dever de vigilância e responsabilidade penal. Uma primeira aproximação a partir do contexto normativo franco-brasileiro**
Dieter Axt e Fabio Roberto D'Avila
- 69** **Criciúma: uma história de todos? Considerações sobre o encobrimento das instituições penais em Criciúma/SC**
Felipe Alves Goulart e Jackson da Silva Leal
- 88** **Acordo de não persecução penal, colaboração premiada e redução de danos: a justiça criminal negocial no contexto democrático**
Michelle Barbosa de Brito

SUMÁRIO

- 105** **Prisão preventiva e lei de drogas: análise dos discursos jurídico-penais a partir do realismo marginal e criminologia cautelar**
Franciele Silva Cardoso e Fabiana Santos Milhomem
- 128** **Notas sobre o encarceramento em massa e a crise climática a partir da questão criminal neoliberal**
Jádia L. Timm dos Santos

DESAFIOS ATUAIS DA CONVENÇÃO DE ISTAMBUL NA PRÁTICA JUDICIÁRIA

CURRENT CHALLENGES OF THE ISTANBUL CONVENTION IN JUDICIAL PRACTICE

ALEXANDRA MARIA DOS SANTOS ESTEVES VILELA¹

RESUMO: No presente artigo, é analisado o panorama jurídico-penal português depois da entrada em vigor da CI, bem como as respostas por ele dadas, quanto à violência contra as mulheres e quanto à violência doméstica. Começa-se por constatar que estamos perante um fenómeno que persiste em não ceder. Em seguida, elencam-se um conjunto de desafios colocados na prática judiciária, pela Convenção de Istambul, no contexto do Estado português. Tais desafios são dirigidos, no essencial, à própria sociedade, ao legislador e aos sujeitos processuais do processo penal. Por entre os estudados em texto, destacamos o da necessidade de assumirmos que a violência contra as mulheres existe; o de o próprio legislador refletir sobre as leis já existentes e sobre as que deveria criar; os desafios dirigidos aos intérpretes da norma incriminatória, muito especialmente aos tribunais, aqui incluindo não apenas os juízes, mas também o próprio Ministério Público. Analisam-se, outrossim, desafios em matéria de reintegração do agente e da formação sobre a violência contra as mulheres

PALAVRAS-CHAVE: crimes, pena, prevenção, violência contra a mulher e violência doméstica.

ABSTRACT: This article analyses the Portuguese criminal law panorama after the CI entered into force, as well and its responses, regarding violence against women and domestic violence. It also lists some challenges posed in judicial practice by the Istanbul Convention in the context of the Portuguese State. We begin by acknowledging that we are facing a phenomenon that stubbornly persists. Next, a set of challenges arising in judicial practice is outlined, as posed by the Istanbul Convention within the Portuguese legal context. These challenges are primarily directed at society itself, the legislator, and the procedural actors in the criminal justice system. Among those discussed in the text, we highlight the need to recognize that violence against women exists; the need for the legislator to reflect on both existing laws and those that ought to be created; and the challenges addressed to interpreters of criminal law, especially the courts – including not only judges, but also the Public Prosecutor's Office. Furthermore, challenges

¹ Professora Associada da Faculdade de Direito e Ciência Política do Centro Universitário do Porto e da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Lisboa da Ulsufona. Diretora do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito e Ciência Política do Centro Universitário do Porto. Investigadora integrada do CEAD Francisco Suárez. Advogada. ORCID iD: 0000-0003-2816-0623; CIÊNCIA VITAE: 9F18-EE68-253C.

related to the reintegration of offenders and to education on violence against women are also examined.

KEYWORDS: crimes, punishment, prevention, violence against women and domestic violence.

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais; 2.1 Sob o ponto de vista jurídico; 2.2 A realidade social da violência em geral sobre as mulheres em Portugal; 3 Capítulo: Porque é que se avançou tão pouco em matéria de luta contra a violência contra as mulheres? 4 Capítulo: Alguns dos desafios atuais colocados pela Convenção do Conselho da Europa para a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica, adotadas em Istambul, à prática judiciária; 4.1 Primeiro e principal desafio: a tomada de consciência de que a violência contra as mulheres existe; 4.2 Desafio segundo: reflexão de lege lata e de lege ferenda; 4.3 Terceiro e grande desafio quanto à interpretação das normas incriminatórias: do “texto-norma” à “norma-texto”; 4.4 Quarto(s) desafio(s) que se coloca(m) sob o ponto de vista processual penal; 4.4.1 A aplicação da suspensão provisória do processo; 4.4.2 A suspensão da execução da pena de prisão enquanto medida a ponderar com cautelas acrescidas; 4.4.3 O desafio de reintegrar o agente; 4.4.4 O desafio de cumprir com todas as orientações contidas no mar legislativo que prolifera, em Portugal, no decurso do processo penal e após o seu terminus; 4.5 O desafio da formação sobre a violência contra as mulheres; 5 Considerações finais. Referências bibliográficas.

1 Considerações iniciais²

O tema que nos propomos tratar prende-se com os desafios colocados à prática judiciária portuguesa pela Convenção de Istambul³ (CI), que, como sabemos, é uma Convenção do Conselho da Europa que visa a prevenção e o combate da violência contra as mulheres e contra a violência doméstica. Esta Convenção encontra-se alicerçada em duas ideias fortes: a de que a igualdade entre homens e mulheres é um elemento essencial na prevenção contra aquelas e que a violência em causa se baseia no género, sendo este definido como “os papéis, os comportamentos, as actividades e as atribuições socialmente construídos que uma sociedade considera apropriados para as mulheres e os homens”⁴.

Feito este esclarecimento prévio, importa, então, referir que, sensivelmente onze anos depois de a CI ter iniciado a sua vigência no nosso ordenamento jurídi-

2 O presente artigo corresponde à versão desenvolvida da conferência que apresentámos no II Congresso Internacional Violência Doméstica e Convenção de Istambul, no dia 5 de março de 2025, na Universidade Lusófona – Centro Universitário de Lisboa. Do debate ali efetuado, obviamente, que o presente artigo beneficiou, em especial no que tange às considerações sobre a suspensão provisória do processo, matéria que foi igualmente objeto de uma comunicação.

3 Por ter sido assinada em Istambul, no dia 11 de maio de 2011, é vulgarmente conhecida pela por Convenção de Istambul.

4 A este propósito, veja-se o respetivo Preâmbulo, bem como o artigo 3.º, alínea c) da Convenção.

co⁵, ela provocou a introdução de novos crimes no Código Penal (CP), a alteração de outros, a revisão dos regimes de prescrição de procedimento criminal nos casos em que as vítimas são menores, o aumento das circunstâncias agravantes no âmbito de crimes sexuais, entre outras modificações que não se elencam para não nos tornarmos fastidiosos. Anteriormente à sua entrada em vigor, recordemo-lo por ser importante, em Portugal, já se legislava sobre esta matéria, eram já elaborados Planos Nacionais Contra a Violência Doméstica⁶, da competência do Governo português, sendo o primeiro de 1999. Nesse primeiro Plano, salientava-se expressamente que a violência doméstica constitui uma violação dos direitos fundamentais da pessoa humana⁷, em consonância com o que já havia sido plasmado em outros diplomas internacionais. De um jeito cortante, afirma-se a violência contra a mulher (VCM) enquanto violação dos direitos humanos⁸.

2 Capítulo: Pano de Fundo

2.1 Sob o ponto de vista jurídico

Dito isto e, ainda, previamente a entrarmos no tema propriamente dito, importa ressaltar, a traço grosso, algumas notas que cremos deverem ser o pano de fundo deste texto, seja sob o ponto de vista jurídico, seja sob o prisma social, e que são as seguintes: o Plano acima referido, com vinte seis anos, dada a atualidade do seu conteúdo, é suscetível de ser confundido com um Plano elaborado nos dias de hoje, porquanto dele já constavam a necessidade de sensibilização e prevenção da dita violência, a proteção da vítima e o estudo e a investigação do fenómeno em apreço, preocupações que, como sabemos, persistem em manter-se na ordem do dia.

Igualmente, no que diz respeito ao combate à violência doméstica, vigora, desde o ano de 2009, a Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, quanto às múltiplas formas da sua prevenção e aos diferentes tipos de proteção das suas vítimas, entre outros diplomas legais e orientações especificamente adotadas a propósito do tema em análise⁹.

5 A CI foi ratificada por Portugal através da Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013, de 21 de janeiro, e entrou em vigor em 2014.

6 A elaboração de tais Planos é, nos termos do número 1 do artigo 4.º da Lei n.º 112/2009, da competência do Governo português.

7 Para estudo e análise do Primeiro Plano Contra a Violência Doméstica, cf. Resolução do Conselho de Ministros n.º 55/99, de 15/06/1999, consultável em cig.gov.pt.

8 Ao afirmar-se que a violência contra as mulheres constitui violação dos direitos humanos, obviamente, não se está a afirmar que aquela que é exercida sobre os homens não o seja de igual modo. Todavia, a questão coloca-se sobretudo no caso das mulheres, porquanto as estatísticas mostram-nos que é esta que constitui um autêntico problema nas sociedades hodiernas.

9 Uma listagem de diplomas legislativos adotados por Portugal pode ser consultada em FELGUEIRAS, Sérgio e MACHADO, Lúcia Paulo, 'O Ministério Público e os desafios no combate contra a violência contra a

Não obstante, na sequência da ratificação da CI, e como já acima se disse, o CP foi alterado duas vezes, uma, em 2015, e outra, em 2019, sendo que, nesse mesmo ano, o Conselho Superior do Ministério Público deliberou a constituição das Secções Especializadas Integradas de Violência Doméstica junto dos Departamentos de Investigação Penal (DIAP). Por sua vez, a Procuradoria-Geral da República (PGR) emitiu a Diretiva n.º 5/2019, de onde constam procedimentos a observar pelos magistrados do Ministério Público (MP) quanto aos atos imediatos a adotar logo após a aquisição da notícia do crime, à avaliação do risco de violência doméstica, à adoção de medidas de proteção da vítima e à promoção de medidas de coação, nas 72 horas seguintes ao conhecimento da denúncia, entre outras medidas¹⁰, o que, aliás, se encontra em linha com as disposições da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro¹¹, na secção referente à proteção policial e à tutela judicial.

Sob o ponto de vista estritamente do direito penal, constituído em momento anterior ao da entrada em vigor da CI, são de assinalar, outrossim, algumas notas determinantes para a compreensão do tratamento penal a dar aos crimes que se traduzem em violência contra a mulher.

Assim, a primeira delas é a de que o CP não prevê, contrariamente ao que acontece, por exemplo, com o CP espanhol¹², o crime de assassinato. A questão coloca-se quanto aos diferentes *nomen iuris* do crime *matar outra pessoa*, pois, embora a conduta típica seja, em parte, coincidente, não o é integralmente. Logo, impõe-se que saibamos do que falamos quando nos referimos ao assassinato ou ao homicídio qualificado, aquele que, efetivamente, temos plasmando no artigo 132.º do CP. Assim, tal homicídio não se apresenta como um tipo legal autónomo, mas sim enquanto tipo que nasce a partir do crime de homicídio simples, designado por crime fundamental doloso. Por isso, é a partir dele que o CP constrói os demais tipos de homicídio, sejam os privilegiados, seja o negligente, seja, ainda, o próprio homicídio qualificado¹³. Deste modo, a sua qualificação encontra-se no artigo 132.º e é estribada na articulação da técnica dos exemplos-padrão, prevista no número 2 daquele artigo, com um critério generalizador, que indicia um especial tipo de culpa, previsto no número 1 do mesmo artigo do CP. Desta sorte, o homicídio apenas poderá ser qualificado, se estivermos perante um exemplo-padrão, como sejam, o

mulher, **EDUFMA**, 2021, 741-744, consultável em <https://comum.rcaap.pt/handle/10400.26/37185>. Já no que diz respeito à influência do direito da União Europeia, veja-se MORAIS, Teresa. «A devida diligência». In: **Violências Domésticas**, Novas Questões Antigas. Coimbra: Almedina, 2022, p. 320-323.

10 A mencionada Diretiva pode ser consultada em www.ministeriopublico.pt.

11 Através da Lei n.º 57/2021, de 16 de agosto, que procede ao alargamento da proteção das vítimas de violência doméstica.

12 VILELA, Alexandra. A propósito da técnica de qualificação do homicídio prevista no artigo 132.º do Código Penal. In: **Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política**, n.º 11, 2018, p. 117-127.

13 DIAS, Jorge de Figueiredo. Antes do art. 131.º. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (dirig.). **Comentário Conimbricense do Código Penal**, 2.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 4 e seguintes.

facto de o homicídio ser praticado entre pais e filhos (n.º 2, a)), ou entre cônjuges ou pessoas que mantenham uma relação análoga à daqueles (n.º 2 b)), ou, ainda, perante uma situação substancialmente análoga à indiciada pelo exemplo-padrão, e que, depois, essa morte venha a ser produzida em circunstâncias que revelam um tipo de culpa agravado, qual seja especial censurabilidade ou perversidade¹⁴. Doutro modo que não este, não poderemos falar em homicídio qualificado.

Em contrapartida, o CP espanhol, onde, como vimos, se prevê o homicídio e o assassinato, constrói os crimes contra a vida humana de pessoa já nascida a partir da bifurcação, e, conseqüente, autonomia, entre o crime de homicídio, previsto no artigo 139.º e o crime de assassinato, ubicado no artigo imediatamente a seguir, conforme afirma peremptoriamente Muñoz Conde¹⁵.

Deste modo, no âmbito do CP português, a morte de um cônjuge ao outro, ou a de alguém que mantenha uma relação análoga àquela, apenas poderá constatar um crime de homicídio qualificado, uma vez verificados os pressupostos acima referidos.

A segunda ideia que importa deixar clara é a de que, do CP português, ou mesmo do ordenamento jurídico-penal português, está totalmente ausente um conceito preciso de femicídio ou de feminicídio¹⁶. Em contrapartida, temos, sim, a possibilidade de qualificar um homicídio fundado na identidade de género da vítima, nos termos da alínea f) do número 2 do artigo 132.º do CP, que, como aca-

14 DIAS, Jorge de Figueiredo/ BRANDÃO, Nuno, Art. 132.º. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (dirig.). **Comentário Conimbricense do Código Penal**, 2.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 47 e seguinte e, em particular, p. 56 e 60. Não se pense que a técnica de qualificação do homicídio escolhida pelo legislador português redunde em arbitrariedades, devido ao facto de o mencionado artigo não funcionar automaticamente e contemplar, ainda, situações substancialmente análogas às previstas no artigo 132.º do CP. Na verdade, o que se quis evitar foi justamente essa automaticidade, aferindo da especial censurabilidade ou da especial perversidade para, apenas, em momento posterior, se qualificar o homicídio. Tal técnica permite, enfim, que, por exemplo, o filho que mata o pai, por compaixão com o seu sofrimento, sabendo que ele está condenado à morte por sofrer de doença incurável, não tenha que ser necessariamente condenado pelo crime de homicídio qualificado. Permite, ainda, que relações como as dos adotados de facto, possam dar azo à qualificação, pese embora não serem um exemplo-padrão, mas possuírem a mesma estrutura valorativa que a da relação estabelecida entre os pais e os filhos. A este propósito e sobre os benefícios da técnica de qualificação, veja-se DIAS, Augusto Silva. **Direito Penal – Parte Especial: crimes contra a vida e a integridade física**, 2.ª edição, revista e actualizada. Lisboa: AAFDL, 2007, p. 24-26.

15 MUÑOZ CONDE, Francisco, **Derecho Penal – Parte Especial**, 20.ª edición. Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p. 42 e seguintes. Note-se, todavia, que o autor também refere que há doutrina espanhola que considera o crime de assassinato um homicídio qualificado. Do artigo 139.º, em texto referido, resulta que o assassinato consiste em dar a morte a outra pessoa com aleivosia ou que a morte seja paga, ou, ainda, que a morte seja uma recompensa ou promessa, ou para evitar que um crime seja descoberto, entre outras. De salientar, ainda, que, do artigo 22.º do CP espanhol, resulta, igualmente, a existência de circunstâncias atenuantes e agravantes da responsabilidade criminal, prevendo, em especial, o parentesco enquanto circunstância mista, que tanto pode atenuar como agravar a responsabilidade criminal (artigo 23.º).

16 Não raro encontramos as duas expressões usadas como sinónimas. No entanto, atendendo aos diplomas internacionais que vão sendo produzidos, bem como aos diferentes códigos penais de outros estados que não o português, entendemos o femicídio enquanto homicídio de uma mulher, e, por sua vez, o feminicídio consideramo-lo um homicídio da mulher por causa da sua condição de pessoa do sexo feminino. Para uma visão comparada, entre o CP brasileiro e o português, quanto aos crimes de homicídio, veja-se VILELA, Alexandra. Cotejo entre a proteção do jurídico-penal da vida humana de pessoa já nascida em Portugal e no Brasil. In: **Estudos de Direito Lusófono Comparado II**, MELLO, Alberto de Sá e. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2021, p. 119-150.

bámos de ver, carece da verificação de determinados pressupostos, desde logo, a especial censurabilidade ou perversidade, prevista no número 1 do mesmo preceito. Por outras palavras, no CP, não se encontra previsto o crime de feminicídio, como nos CP brasileiro e, muito em breve, como tudo indica, também no italiano. Mais: de acordo com o CP português, a violência de género tanto pode ser exercida sobre uma mulher como sobre um homem¹⁷.

2.2 A realidade social da violência em geral sobre as mulheres em Portugal

Olhando, agora, para a realidade da vida vivida e não para o “real-construído” que é o direito penal¹⁸, importa trazer à liça alguns dados sobre a violência em geral contra as mulheres: do documento entregue ao GREVIO¹⁹, em Junho de 2024, que contém o contributo das Organizações não Governamentais (ONG) para avaliação do ponto da situação em Portugal, podemos retirar, entre outros factos, que, em Portugal, não existe uma visão estratégica de longo prazo para acabar com a VCM; que os tribunais de família ainda utilizam fortemente estereótipos e preconceitos de género prejudiciais com base na ideia das “mulheres más”, minimizando a violência contra mulheres e crianças e a exposição à violência doméstica, rotulando as mães como alienadoras parentais; que, em termos de prevenção, ainda não existe uma política e prática por parte do Estado português. Retira-se, ainda, que os casamentos infantis, ou precoces, e forçados continuam a ter um grande impacto na comunidade cigana, sem qualquer consequência para as pessoas envolvidas, e que não existem estatísticas oficiais sobre casamentos forçados publicadas e facilmente acessíveis, embora saibamos que estes números se encontram em crescimento e que não há recolha sistematizada de informações de todas as entidades envolvidas (Comissão de Protecção de Crianças e Jovens – CPCJ – serviços de saúde, serviços sociais e escolas) e em contacto com as vítimas²⁰.

Por sua vez, da comunicação social respingam, igualmente, dados referentes ao estado da sociedade portuguesa, no que à violência sobre as mulheres diz respeito. Assim, por exemplo, no *Jornal Público*, *online*, de 31 de janeiro, lê-se que,

17 Sobre a violência de género, cf. VILELA, Alexandra, A violência de género: um conceito poliédrico à luz do direito comparado. In: GODINHO, Inês Fernandes; GARCIA SÁNCHEZ, Beatriz. **Violência de género, mulher e direito penal**. Coimbra: Editora d’ Ideias, GODINHO, Inês Fernandes; GARCIA SÁNCHEZ, Beatriz. **Violência de género, mulher e direito penal**. Coimbra: Editora d’ Ideias, p. 11-28.

18 A expressão em texto utilizada, quanto ao direito penal ser um real construído, é de José de Faria Costa.

19 O GREVIO é um Grupo de Peritos sobre o combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica, previsto no artigo 66.⁸ da CI, e cuja função é a monitorização da implementação da própria Convenção, nos Estados que a ratificaram.

20 O que em texto se escreve foi retirado da p. 31 do NGO contribution to the 1st thematic evaluation round procedure Portugal, de 11 de junho de 2024, consultável através do site <https://rm.coe.int/shadow-report-reflecting-the-consolidated-views-of-10-ngos-a-platform-/1680b0638c>, e a sua tradução para português é da nossa responsabilidade.

apenas no primeiro mês do ano de 2025, foram mortas, por homens, pelo menos, cinco mulheres²¹. E, no mesmo Jornal, este de 6 de fevereiro de 2024, *online*, extrai-se que, em 2023, tinham sido registados 223 casos de mutilação genital feminina, conduta punível por força do artigo 144.º-A do CP e do número 3 do artigo 149.º, número que corresponde a um aumento de 17% face ao ano de 2022, e que, até 31 de janeiro de 2024, já se registavam 5 casos, embora nenhum deles tenha sido cometido no território português²². No que tange aos casamentos infantis, conduta igualmente criminalizada pelo CP português, por força da CI, do Expresso de 7 de fevereiro de 2025, constam dados preocupantes como o facto de, em 2023, se terem registado 176 casamentos com menores, sendo que as suas idades compreendem-se entre os 16 e os 17 anos, pois apenas há estatísticas oficiais quanto a este grupo de menores; e, ainda, o facto de existirem “meninas de 10, 11 e 12 a abandonarem a escola devido a uniões informais”, entre outros dados²³.

3 Capítulo: Porque é que se avançou tão pouco em matéria de luta contra a violência contra as mulheres?

Tendo presente o cenário acabado de traçar, cabe perguntar qual a razão para o fenómeno da violência contra a mulher não ceder, sendo que o problema já se encontra sinalizado e identificado há algumas décadas. Eventualmente, a resposta pode encontrar-se na difícil alteração de mentalidades estereotipadas vigentes ao longo de décadas, para não dizer séculos. Com efeito, pese embora o percurso que o Estado português tem vindo a fazer em matéria de luta pelos direitos da mulher e pela igualdade de direitos entre elas e os homens, conclui-se que ainda não se superou o paradigma da superioridade do homem sobre a mulher, facto que pode ser agravado com o acolhimento de grupos de pessoas com culturas ainda pouco sensíveis ao problema de que curamos. É certo que o GREVIO reconhece os passos que foram já dados entre nós, mas não é menos verdade que persiste em considerá-los insuficientes, como acima já demos nota.

Ora, se assim é, e se estamos perante uma questão atinente ao respeito pelos direitos humanos, tal como foi assumido há muito, por exemplo, pela Conven-

21 Notícia parcialmente acessível em <https://www.publico.pt/2025/01/31/sociedade/noticia/menos-cinco-mulheres-mortas-desde-inicio-2025-2120935>.

22 Notícia parcialmente acessível em <https://www.publico.pt/2024/02/06/sociedade/noticia/detectados-238-casos-mutilacao-genital-feminina-casos-estao-aumentar-2079395>.

23 Cf. BENTO, Helena, GONÇALVES, Marta e ALBUQUERQUE, Raquel, «176 casamentos com menores em 2023: é o número mais alto da última década. In: Expresso, primeiro caderno, 7 de fevereiro de 2025. Quanto aos dados sobre a violência doméstica ocorrida entre 2019 e 2022, veja-se VASQUES, Matilde Veloso/VIEIRA, Paula Marques/ SOUSA, Maria Inês/ROCHA, Francisca. In: GUERRA, Tomás Carvalho. **O crime de violência doméstica**. Perspetivas familiares contemporâneas. Coimbra: Almedina, 2024, p. 39 e s. No que tange a esta particular situação, no dia 24 de março, o Presidente da República portuguesa promulgou o decreto da Assembleia da República que proíbe o casamento de menores. Cf. <https://www.presidencia.pt/atualidade/toda-a-atualidade/2025/03/presidente-da-republica-promulga-decreto-da-assembleia-da-republica-206332/>.

ção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres²⁴, ratificada por Portugal em 30 de julho de 1980, através da Lei n.º 23/90, de 26 de julho, e com início de vigência em 3 de setembro do ano seguinte, é, efetivamente, importante que reflitamos sobre os desafios colocados à prática judiciária por causa da CI.

Essa reflexão urge ainda, mais porquanto, tal como salienta Teresa Morais, o “parâmetro da devida diligência”, enquanto obrigação, ou padrão de conduta, a seguir pelos Estados, está expressamente inscrito na Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres da ONU, bem como no artigo 5.º da CI, refletindo-se sob os pontos de vista da prevenção, da investigação, da ação penal e da compensação²⁵.

Ciente de tudo o que já foi dito, e enxergando a necessidade de prosseguir o combate da violência contra as mulheres, a Lei das Grandes Opções para 2024-2028 assume, entre outros, o compromisso de “prevenir e reduzir a violência doméstica e de gênero e melhorar e reforçar a rede de apoio às vítimas”, de “reforçar a resposta de salas de apoio às vítimas nas esquadras ... para acolhimento de casos de maus-tratos a crianças e vítimas de violência doméstica...” (em matéria de igualdade, diversidade, inclusão e combate a todas as formas de discriminação e violência)²⁶. Diríamos, pois, antecipadamente, e em jeito de aproximação ao tema, que o primeiro a sentir-se, novamente, desafiado foi o Estado português, na sua veste de legislador. Aproximemo-nos, todavia, mais ainda do tema.

4 Capítulo: Alguns dos desafios atuais colocados pela Convenção do Conselho da Europa para a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica, adotadas em Istambul, à prática judiciária

4.1 Primeiro e principal desafio: a tomada de consciência de que a violência contra as mulheres existe

Voltaremos, por certo, brevemente, aos desafios lançados ao legislador. Não obstante, e em primeiríssimo lugar, é importante afirmar que, a montante, carece-se da alteração do paradigma da superioridade do homem por um outro que se estribe na igualdade entre aquele e a mulher, pois, sem este alicerce, nada pode ser desenvolvido eficazmente na luta contra a violência sobre a mulher. Ressalte-se,

24 Consultável em <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-sobre-eliminacao-de-todas-formas-de-discriminacao-contra-mulheres-0>.

25 MORAIS, Teresa, A Devida Diligência, obra já melhor identificada na nota 8 do presente artigo, p. 310 e 315.

26 A mesma foi aprovada pela Lei n.º 45-B/2024, de 31 de dezembro e o texto entre aspas corresponde a excertos da mencionada lei.

porém, que não estamos a defender a ideia da superioridade daquela, mas apenas a pugnar por um princípio da igualdade vertical entre o homem e a mulher²⁷. Este, sem dúvida, deve ser o primeiro e último desafio no âmbito que tratamos.

Em consequência, consideramos que, sem uma consciência coletiva da sociedade em geral e dos operadores judiciais em especial (magistrados, advogados, órgãos de polícia criminal, técnicos de segurança social, entre outros profissionais), de que a violência doméstica e a violência contra as mulheres são uma realidade e que constituem um problema grave e que deve ser combatido, nada poderá ser feito e o que se fizer será vetado ao insucesso. Dir-se-á que, até aqui, os desafios que identificámos são genéricos e ultrapassam em larga medida o foro judiciário.

É certo que assim é. Todavia, para quem, como nós, queira assumir o direito penal enquanto “disciplina da razão prática”²⁸, ele não poderá ser pensado sem ser a partir da seiva comunitária. Daí, pois, a necessidade de alterar consciências.

4.2 Desafio segundo: reflexão de *lege lata* e de *lege ferenda*

Concentremo-nos, agora, em aspetos mais específicos, assim nos aproximando, paulatinamente, do mundo da prática judiciária: em apertada síntese, por força da CI, foram plasmados, no CP português, os crimes de mutilação genital feminina (artigo 144.º-A e número 3 do artigo 149.º), de casamento forçado (artigos 154.º-B e 154.º-C), de perseguição (artigo 154.º-A) e a modalidade de conduta de formulação de propostas no crime de importunação sexual (artigo 170.º), por forma a acolhermos o conceito de assédio previsto no artigo 40.º da CI. Nos crimes de natureza sexual, enquanto crimes contra a liberdade de determinação sexual, entre outras alterações, passou a entender-se que o constrangimento não é tanto a violência física ou psicológica exercida sobre a vítima, mas sim a prática do ato sexual contra a vontade cognoscível da vítima, por outras palavras, sem o seu consentimento.

Ora, se assim foi e se, como vimos, não temos algumas outras normas incriminatórias que vão começando a aparecer, por força da CI, é imperioso que a doutrina e os profissionais da prática judiciária reflitam sobre a necessidade (ou não) de criar um crime de violência de género, diferente e autónomo do homicídio

27 Reafirmamos que não somos fundamentalistas, na medida em que não defendemos nem a superioridade do homem, nem a da mulher. Cf., a este propósito, VILELA, Alexandra. A violência de género um conceito polidrico à luz do direito comparado, p. 25-26, no artigo já atrás citado.

28 Uma vez mais, a expressão é de José de Faria Costa.

qualificado e do de ofensas à integridade física qualificada, em que a morte ou as ofensas à integridade física são motivadas pela identidade de género da vítima²⁹.

Deveriam, ainda, considerar se faz sentido, ou não, a criação de um crime de feminicídio ou se o crime de homicídio qualificado em função da relação conjugal, ou daquela que já o foi, da relação entre pessoa do outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação, ou análoga³⁰ a esta, supre todas as exigências que a CI prevê. Mais urge colocar a questão se será necessário assumir a violência doméstica como uma violência de género³¹.

Na verdade, esta reflexão impõe-se, porque, ao criarmos algumas condutas que a CI indica deverem ser criminalizadas, podemos estar a duplicar crimes, na medida em que a modalidade de conduta neles prevista já é sancionada, entre nós, pelo CP. Se não, vejamos: conforme se disse acima, aquando da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, que alterou o CP, a fim de o adequar à CI, aditou-se o crime de mutilação genital feminina, na secção referente aos crimes contra a integridade física, surgindo imediatamente a seguir ao crime de ofensas à integridade física grave. Ora, se uma das modalidades de conduta deste último crime referido é, precisamente, tirar ou afetar, “de maneira grave, a capacidade de (...) procriação ou de fruição sexual, ou a possibilidade de utilizar o corpo...”³², cabe perguntar se a inserção do crime de mutilação genital feminina se impunha verdadeiramente³³.

Mais ainda: será que o crime de homicídio qualificado, quando praticado entre cônjuges, ex-cônjuges, pessoa do outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação, ou ainda entre pessoas que tenham uma relação substancialmente análoga, não supre já a necessidade de um crime de feminicídio? E os crimes de homicídio qualificado ou de ofensas à integridade física qualificadas motivados pela identidade de género da vítima? Não será que eles tornam desnecessário o crime de violência de género?

29 Faça-se notar que, com as considerações em texto referidas, não estamos a defender a entrada de alterações no CP. Com efeito, apenas nos encontramos a chamar a atenção para a necessidade de reflexão sobre elas.

30 Em texto, referimo-nos aos exemplos-padrão que se encontram plasmados na alínea b) do número 2, do artigo 132.º e que correspondem à estrutura valorativa de uma relação de casamento.

31 A propósito dos tipos de violência acima mencionados, veja-se, uma vez mais, o nosso artigo já identificado, VILELA, Alexandra. A violência de género um conceito poliédrico à luz do direito comparado.

32 Reproduz-se, em texto, parte da alínea b) do artigo 144.º do CP português, referente ao crime de ofensas à integridade física grave.

33 Uma reflexão a propósito do crime de mutilação genital feminina previsto no artigo 144.º-A e 149.º do CP português, bem como a comparação com o crime homólogo espanhol, pode ser encontrada em GODINHO, Inês Fernandes. Mulher submissa e mulher destemida: leituras a partir da mutilação genital feminina. In: GODINHO, Inês Fernandes; GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. **Violência de género, mulher e direito penal**. Coimbra: Editora d' Ideias, p. 357-372.

Conforme anteriormente já foi dito, bem sabemos que o CP brasileiro já possui o crime de feminicídio, desde 10 de março de 2015, e que, muito recentemente, a Lei 19.994, de 9 de outubro de 2024, o autonomizou do inciso VI do § 2 do artigo 121.º e elevou a sua moldura penal abstrata para 20 a 40 anos de prisão e que, dele excluiu, a possibilidade de aplicação das atenuantes do homicídio privilegiado. Somos, igualmente, conhecedores de que, na véspera do Dia Mundial da Mulher, dia 8 de março de 2025, o governo italiano anunciou a aprovação de uma proposta de lei que prevê a criminalização do feminicídio, enquanto homicídio autónomo e que poderá vir a ser punido com prisão perpétua.

Por tudo isso, enfim, carece-se da reflexão sobre se não estaremos a enveredar por um Direito Penal Simbólico, de que nos falava Hassemer, direito esse que vive mais preocupado com determinados efeitos políticos, como a satisfação de uma «necessidade de ação», do que com a proteção do bem jurídico. Um direito penal, enfim, associado pelo autor, a um fenómeno da crise da política criminal orientada para as consequências³⁴.

A reflexão impõe-se ainda mais e com maior pertinência, na medida em que o crime de feminicídio, proposto para o CP italiano, ainda não viu a luz do dia e as vozes de alguns penalistas já se ouvem, mostrando o desajustado de tal crime: assim, por exemplo, Massimo Donini alerta que tal crime já existe no CP italiano e que o mesmo se encontra construído de acordo com um direito igualitário e não discriminatório, ao contrário daquele que consta da proposta de lei³⁵.

Por outro lado, e à parte estas considerações, centrando-nos especificamente no crime de violência doméstica, previsto no artigo 152.º, importaria que o legislador percebesse, de uma vez por todas, que não estamos em presença de um crime devidamente construído, mas sim de um crime que nasceu a partir de outro e que vai sofrendo acrescentos, ao sabor dos pedidos da comunicação social e da comunidade em geral.

Não terá ele graves falhas e lacunas? Deverá ser um crime subsidiário, face a outros mais graves, conforme consta da parte final do n.º 1 do artigo 152.º? Será que ele nos conduz à justiça do caso concreto quando, ao longo de uma semana, por exemplo, a vítima é agredida, diariamente, pelo seu companheiro, e este acaba por ser julgado por um único crime de violência doméstica por maus-tratos físicos reiterados? Neste caso em concreto, será suficiente levar em conta os critérios de determinação da medida da pena inscritos na parte geral do CP, nomeadamente, a

34 HASSEMER, Winfried, «Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos». In: «**Pena y Estado**». Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 13, consultável em https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20130708_01.pdf. Ainda a propósito do significado da expressão direito penal simbólico, em Hassemer, veja-se GODINHO, Inês Fernandes. Mulher submissa e mulher destemida: leituras a partir da mutilação genital feminina, na obra já anteriormente citada, p. 358 e seguinte.

35 DONINI, Massimo. «Perché non introdurre un reato di femminicidio che c'è già - SOS contro un' emergenza legislativa antiumanista e non femminista». In: **Sistema Penale**, 18 de Março 2025, acessível em <https://sistemapenale.it/it/opinioni/donini-perche-non-introdurre-un-reato-di-femminicidio-che-ce-gia-sos-contro-un'emergenza-legislativa-antiumanista-e-non-femminista>.

intensidade do dolo e forma como o crime foi cometido?³⁶ Mais ainda: quem compõe, afinal, a família, família esta que é a marca indelével da violência doméstica?³⁷ Enfim, juntamo-nos às vozes de Teresa Morais e de outros tantos, defendendo a urgente alteração do crime de violência doméstica³⁸.

4.3 Terceiro e grande desafio quanto à interpretação das normas incriminatórias: do “texto-norma” à “norma-texto”

Importa, agora, pensar nos desafios colocados às profissões forenses que lidam direta, ou indiretamente, com os crimes de violência, como magistrados, sejam judiciais ou não, advogados, juristas em geral, órgãos de polícia criminal e assistentes sociais. Assim, o primeiro desafio que nos permitimos aqui lançar-lhes diz respeito à interpretação das normas incriminatórias, tarefa esta que deve ser estribada no princípio-âncora do direito penal, qual seja o da legalidade, e tendo sempre em mente descortinar qual é o âmbito de proteção da norma. Por outras palavras, na interpretação da norma incriminatória, devemos partir do texto-norma e, sem prescindir dos elementos sistemático e histórico, alcançar a norma-texto³⁹. Mas, mais ainda em matéria de interpretação, é preciso atualizar o pensamento do legislador ao momento presente e é, ainda, premente interpretar as normas aqui convocadas à luz dos diplomas de direito internacional a que o Estado português se vinculou. Pretender aplicar normas incriminatórias à margem dos cânones acabados de referir, e bem explicitados por Faria Costa, é contribuir para que a justiça material não seja alcançada, ou, pelo menos, que fique a meio do caminho⁴⁰.

4.4 Quarto(s) desafio(s) que se coloca(m) sob o ponto de vista processual penal

4.4.1 A aplicação da suspensão provisória do processo

Outros desafios ainda poderão ser dirigidos aos atores da prática judiciária, como sejam, desde logo, refletir sobre a adequação da suspensão provisória do processo aos casos de violência doméstica, previsto pelo n.º 8 do artigo 281.º do

36 A propósito da necessidade desta e de outras alterações, veja-se o artigo de Teresa Marais já referido em sede do presente trabalho, em especial nas p. 323 e seguintes. Veja-se, ainda, VILELA, Alexandra. «O crime de violência doméstica: reflexão a propósito do crime cometido sob a forma de omissão e o concurso com o crime de omissão de auxílio». In: *De Legibus* - Revista De Direito Da Universidade Lusófona Lisboa, n.º 1 (Outubro), 16, 2021, consultável em <https://revistas.ulusofofona.pt/index.php/delegibus/article/view/7890>.

37 A propósito da intervenção do direito penal na família e da sua evolução ao longo dos tempos, veja-se VILELA, Alexandra. Does the way forward today have to be criminal law, especially for crimes within the family? *Yearbook of International & European Criminal and Procedural Law* 1(1): 405-424, January 2023, p. 409 e seguintes.

38 Igualmente defendendo a revisão do artigo 152.º do CP, é importante atender-se a VASQUES, Matilde Veloso/ VIEIRA, Paula Marques/ SOUSA, Maria Inês/ ROCHA, Francisca, na obra citada na nota 22, p. 221 e seguintes.

39 COSTA, José de Faria, *Direito Penal*. Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2019, p. 143 e ss.

40 Quanto à interpretação das normas incriminatórias, de um jeito mais desenvolvido, veja-se, uma vez mais, a obra de Faria Costa referida na nota anterior, em especial nas p.143 a155.

CPP, enquanto meio consensual de resolução do processo de violência doméstica. Neste enfiamento, e considerando-se a compatibilidade da aplicação desta medida com o espírito da CI, entendemos que a sua aplicação apenas deve ocorrer no escrupuloso cumprimento da lei e das “determinações” contidas na Diretiva n.º 5/2019, da PGR⁴¹, negando-a quando seja perceptível que o autor da prática do crime não tem condições e/ou capacidades para cumprir as injunções e as regras de conduta que lhe são aplicadas e quando haja suspeita de que o requerimento da vítima não reflita a sua vontade livre e esclarecida, quanto a esta modalidade de resolução do processo penal⁴². Exige-se, outrossim, igual rigor analítico, quando, depois da aplicação da suspensão provisória do processo, o agente começa a incumprir as medidas ou as injunções que lhe foram aplicadas e que, de tal facto, sejam extraídas as necessárias consequências, como seja a prossecução do processo nos termos do artigo 282.º, número 4 do CPP.

4.4.2 A suspensão da execução da pena de prisão enquanto medida a ponderar com cautelas acrescidas

As mesmas cautela e ponderação deverão ser tidas em sede de suspensão da execução da pena de prisão, acompanhada (ou não) do regime de prova, respetivamente, prevista nos artigos 50.º e 53.º do CP, bem como no artigo 34.º-B da Lei n.º 112/2009, referente à violência doméstica. Com efeito, exige-se ponderação ao subtrair o agente do cumprimento de uma pena de prisão quando há fundadas dúvidas quanto à capacidade de cumprir os deveres e as regras de conduta que possam ser impostas e, depois, quanto à subtração culposa dos deveres e das regras de conduta que o mesmo deva cumprir.

Com efeito, se o tribunal pretender usar este mecanismo, é imperioso que o juízo por si levado a cabo, quanto à personalidade do arguido, quanto à sua situação económica, à conduta do mesmo, antes e depois da prática do crime (artigo 50.º do CP), se estribem em provas, quer testemunhais, quer documentais, ou, ainda, em avaliações periciais ao arguido, sólidas e desenvolvidas, para que não deixem ao tribunal margem para dúvida. Mas não só: impõe-se, posteriormente, em sede de suspensão da execução da pena, que o tribunal acompanhe o cumprimento das medidas que lhe foram aplicadas e da sua inobservância, extraia consequências, como seja a revogação da execução da suspensão. Efetivamente, se é certo que o instituto da suspensão provisória do processo é perpassado por uma certa ideia

41 Obviamente que temos presente o ponto VIII da Diretiva da PGR n.º 5/2019, quando acauteladas as situações em que é a própria vítima a requerer a aplicação da suspensão provisória do processo, bem como quando se trata de definir as injunções e regras de conduta a aplicar ao agente, nos casos em que se discute a aplicação de tal instituto.

42 Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal*, Volume II, 5.ª edição atualizada. Lisboa: UCP, 2023, p. 184.

de oportunidade processual, já este de que ora curamos é aplicado tendo em vista que a simples ameaça de pena de prisão logre alcançar os fins das penas. Todavia, olhando para a questão de uma outra perspectiva que não esta, convém não obliterar que, como bem nos recordam vozes vindas fora do direito penal, a aplicação e a frequência com que ela é utilizada pelos tribunais conduzem à “transmissão de uma mensagem de impunidade que é a principal causa de reprodução dos comportamentos violentos”⁴³. Facto que, em retas contas, não permitirá o tão almejado cumprimento das penas, nomeadamente, o da reintegração do agente. Nestes casos, sejamos realistas, a almejada justiça material não se concretiza. E, o que ora dizemos, parece ser, sem dúvida, o espelho da atual situação, quando ligamos a taxa de aplicação da suspensão da execução da pena de prisão ao facto de a violência doméstica não baixar⁴⁴.

4.4.3 O desafio de reintegrar o agente

Sendo certo que os dois institutos acabados de referir se encontram umbilicalmente ligados à reintegração do agente na sociedade, diríamos que este é também um desafio que se coloca na prática judiciária. Na verdade, a definição de regras de conduta, previstas em ambos os casos, visam, essencialmente, “promover a «reintegração» do condenado na sociedade”, devendo, em consequência, a sua adequação ser aferida tendo apenas em conta as necessidades de prevenção especial de socialização, com bem assinala Paulo Pinto de Albuquerque⁴⁵.

Nesta senda, exige-se um rigor extremo na elaboração do plano de reinserção social previsto no artigo 54.º do CP, tendo presente que a concordância do arguido quanto ao mesmo apenas se revela obrigatória quando se preveja a sua sujeição a tratamento, nos termos do número 3 do artigo 52.º, sem olvidarmos, ainda, com Maria Cunha Louro, a necessidade de uma atuação sobre a pessoa do agressor, através da elaboração de avaliações psicológicas, enquanto medida de prevenção de futuros crimes⁴⁶.

43 Veja-se, de novo, LOURO, Maria Cunha, A avaliação psicológica dos agressores de violência doméstica, p. 278.

44 Ressalte-se que, de acordo com o artigo de opinião de VILAS BOAS, Mariana, publicado no Público, *online* em 5 de junho de 2022, Sensibilidade e bom Direito, a pena de prisão, por condenações por crimes de violência doméstica, tem sido suspensa em 90% dos casos. Consultável em <https://www.publico.pt/2022/06/05/politica/opiniao/sensibilidade-bom-direito-2009025>

45 Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal*, 4ª edição atualizada. Lisboa: UCE, 2021, p. 340.

46 Cf. obra citada na nota 42, p. 275.

4.4.4 O desafio de cumprir com todas as orientações contidas no mar legislativo que prolifera, em Portugal, no decurso do processo penal e após o seu *terminus*

Mais desafios se impõem, como seja, um novo olhar para as Determinações contidas na Diretiva n.º 5/2019, sempre em articulação com o disposto na Lei n.º 112/2009, alterada pela última vez em 2021, no sentido de se apurar, em termos processuais, o mais cedo possível, o perfil de agente que temos pela frente e as medidas de coação adequadas ao caso.

É igualmente imperiosa a necessidade de adoção de medidas de prevenção da vítima, em função do risco que o caso concreto apresenta. E, para tanto, é importante que o instrumento que as afere, e que é utilizado por todos os operadores judiciais com competência para os aplicar, seja permanentemente revisto e melhorado. Estamos a referir-nos, claro está, às Fichas de Avaliação de Risco em Violência Doméstica que, no entendimento de Rui do Carmo, carecem de aperfeiçoamento e de atualizações, porquanto contribuem para a proteção das vítimas, para a contenção dos agressores, assim se apresentando como uma ferramenta importante no combate contra a violência em geral⁴⁷.

4.5 O desafio da formação sobre a violência contra as mulheres

Entendemos, de igual modo, que a formação a ser ministrada sobre este flagelo não se deve circunscrever àquela que é ministrada pelo Centro de Estudos Judiciais – que pode, ainda, intensificá-la mais, apesar da existência de planos de formação contínua que abordam, sob diferentes perspetivas, a violência contra as mulheres⁴⁸. Mas a formação deve abarcar, outrossim, todas as profissões forenses: cabe, pois, por exemplo, à Ordem dos Advogados (OA) estruturar um plano de formação a aplicar a todos os Conselhos Regionais do país, por forma a que quem a recebe fique ciente do estado atual da questão, adquira competências para melhor compreender e resolver os problemas relacionados com a violência doméstica e com a violência em geral sobre a mulher⁴⁹. Não esquecemos os esforços que vão sendo feitos pelos órgãos regionais e nacionais da OA. Todavia, é necessário ir mais longe, por exemplo, repescando a ideia daquela entidade de criar uma lista de advogados especialistas em violência doméstica, conforme foi noticiado

47 CARMO, Rui do. Contributo para o debate sobre a Revisão do Modelo de Avaliação e Gestão do Grau de risco das vítimas de violência doméstica. In: MORAIS, Teresa, **Violências Domésticas**, Novas Questões Antigas. Coimbra: Almedina, 2022, p. 99.

48 Como exemplo de um plano acabado de referir, veja-se o do ano 2024-2025, em <https://www.cej.justica.gov.pt>.

49 Reitera-se que não desconhecemos a ação da Ordem dos Advogados, assim remetendo para a p. 121 do Relatório do Estado Português.

no Jornal Público, de 6 de julho de 2018⁵⁰, pensar na criação da especialização do advogado em violência doméstica, como, entre nós, defende Emanuel Carvalho⁵¹. E, enquanto não se aprovam aquelas medidas, ou outras equivalentes, ainda com aquele autor, impõe-se, pelo menos, que o advogado, previamente à aceitação do patrocínio de alguma vítima de violência doméstica, pondere se tem disponibilidade e competências para assumir tal caso⁵².

Importa, outrossim, que a formação se estenda e seja suficientemente desenvolvida e adequada aos profissionais que lidam diretamente com as vítimas e os agressores, assim nos referindo aos técnicos da segurança social, aos médicos, aos peritos, entre outros.

5 Considerações finais

Sem dúvida que um longo caminho já foi percorrido em matéria de violência contra a mulher e em matéria de violência doméstica e, com segurança, podemos afirmar que alguns desafios foram já concretizados. De igual modo, é certo que não nos faltam diplomas legislativos, orientações executivas, gabinetes de trabalho e de estudo.

Todavia, ainda assim, e um pouco à semelhança do que se passa em outros ordenamentos jurídicos que não o nosso, a violência persiste em não ceder.

Não obstante, concentrando-nos no ordenamento jurídico português, fica o principal desafio, depois de logrado o da alteração de consciências: e porque não olhar para toda a intensa produção legislativa, efetuada ao longo dos anos, no âmbito jurídico-penal, e pensar, enfim, se não estamos já, também nós, a resvalar para o tal Direito Penal Simbólico de Hassemer. É preciso termos, desse todo, uma visão global, para, depois, o harmonizarmos e o clarificarmos, para que, desse jeito, ele se torne efetuooso como se lhe impõe.

Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código Penal**, 4ª edição atualizada. Lisboa: UCE, 2021.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código de Processo Penal**, Volume II, 5.ª edição atualizada. Lisboa: UCP, 2023.
- CARMO, Rui do. Contributo para o debate sobre a Revisão do Modelo de Avaliação e Gestão do Grau de risco das vítimas de violência doméstica. In: MORAIS, Teresa. **Violências Domésticas**, Novas Questões Antigas. Coimbra: Almedina, 2022, p. 81-99.

50 Cf. <https://www.publico.pt/2018/07/06/sociedade/noticia/ordem-vai-criar-lista-de-advogados-especialistas-em-violencia-domestica-1837108>.

51 CARVALHO, Emanuel, «A especialização do advogado em violência doméstica», in *Galileu – Revista de Direito Economia*, XXI, 1st January – 30th June 2020, n.º 1, p. 111-141, consultável em <https://journals.ual.pt>.

52 CARVALHO Emanuel, na obra referida na nota anterior, p. 138.

- CARVALHO, Emanuel. «A especialização do advogado em violência doméstica». In: **Galileu – Revista de Direito Economia**, XXI, n.º 1, p. 111-141, 1st January – 30th June 2020.
- COSTA, José de Faria, **Direito Penal**. Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2019.
- DIAS, Augusto Silva, **Direito Penal – Parte Especial: crimes contra a vida e a integridade física**, 2.^a edição, revista e actualizada. Lisboa: AAFDL, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Antes do art. 131.º. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (dirig.). **Comentário Conimbricense do Código Penal**, 2.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 4-34.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. Art. 132.º. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (dirig.). **Comentário Conimbricense do Código Penal**, 2.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 47-80.
- DONINI, Massimo. Perché non introdurre un reato di femminicidio che c'è già – SOS contro un'emergenza legislativa antiumanista e non femminista. In: **Sistema Penale**, 18 de Marzo 2025, acessível em <https://sistemapenale.it/it/opinioni/donini-perche-non-introdurre-un-reato-di-femminicidio-che-ce-gia-sos-contro-un'emergenza-legislativa-antiumanista-e-non-femminista>.
- FELGUEIRAS; Sérgio e MACHADO, Lúcia Paulo. O Ministério Público e os desafios no combate contra a violência contra a mulher. **EDUFMA**, 2021, p. 741-744, consultável em <https://comum.rcaap.pt/handle/10400.26/37185>.
- GODINHO, Inês Fernandes. Mulher submissa e mulher destemida: leituras a partir da mutilação genital feminina. In: GODINHO, Inês Fernandes; GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. **Violência de género, mulher e direito penal**. Coimbra: Editora d' Ideias, p. 2024, p. 357-372.
- HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y protección de bienes jurídicos. In: Varios autores. **«Pena y Estado»**. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 13, consultável em https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20130708_01.pdf
- LOURO, Maria Cunha. A avaliação psicológica dos agressores de violência doméstica. In: GODINHO, Inês Fernandes; GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. **Violência de género, mulher e direito penal**. Coimbra: Editora d' Ideias, p. 275-287.
- MORAIS, Teresa. A devida diligência. In: **Violências Domésticas**, Novas Questões Antigas. Coimbra: Almedina, 2022, p. 307-357.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal – Parte Especial**, 20.^a edición. Valencia: Tirant lo blanch, 2015.
- VASQUES, Matilde Veloso; VIEIRA, Paula Marques; SOUSA, Maria Inês; ROCHA, Francisca. In: GUERRA, Tomás Carvalho. **O crime de violência doméstica**. Perspetivas familiares contemporâneas. Coimbra: Almedina, 2024.
- VILELA, Alexandra. A propósito da técnica de qualificação do homicídio prevista no artigo 132.º do Código Penal. In: **Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política**, n.º 11, p. 117-127, 2018.
- VILELA, Alexandra. «O crime de violência doméstica: reflexão a propósito do crime cometido sob a forma de omissão e o concurso com o crime de omissão de auxílio». In: **De Legibus - Revista De Direito Da Universidade Lusófona Lisboa**, n.º 1 (Outubro), p. 16, 2021.
- VILELA, Alexandra. Cotejo entre a proteção do jurídico-penal da vida humana de pessoa já nascida em Portugal e no Brasil. In: **Estudos de Direito Lusófono Comparado II**, MELLO, Alberto de Sá e. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2021, pp. 119-150.
- VILELA, Alexandra. Does the way forward today have to be criminal law, especially for crimes within the family? *Yearbook of International & European Criminal and Procedural Law* 1(1):405-424, January 2023, p. 405-413.
- VILELA, Alexandra. A violência de género: um conceito poliédrico à luz do direito comparado. In: GODINHO, Inês Fernandes; GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. **Violência de género, mulher e direito penal**. Coimbra: Editora d' Ideias, p. 11-28, 2024.

ABORDAGEM POLICIAL E STOP AND FRISK: JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E ESTADUNIDENSE.

POLICE ENCOUNTERS AND STOP AND FRISK: BRAZILIAN AND AMERICAN JURISPRUDENCE.

ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO¹

TOMÁS GAST KIENEN²

RESUMO: O artigo procura analisar aspectos quanto à legitimidade das abordagens policiais e buscas pessoais, do conceito de fundada suspeita e seus requisitos. Para isso, pretende-se analisar a prática norte-americana do “*stop, question and frisk*” desde suas origens, na Inglaterra, até decisões judiciais da década de 1960, como a do Caso Terry, até a mais recente de 2013 no Caso Floyd, determinando mudanças objetivas na prática do policiamento extensivo na cidade de Nova York, nos Estados Unidos. Em seguida, passa-se ao contexto brasileiro, observando o aspecto histórico da abordagem policial, dispositivos legais vigentes sobre o tema e precedentes de repercussão nacional.

PALAVRAS-CHAVE: abordagem policial; fundada suspeita; busca pessoal; *stop and frisk*.

ABSTRACT: This essay seeks to examine the legitimacy of police encounters, the concept of reasonable suspicion, and the requirements surrounding individual searches. To achieve this, the study explores North American legal doctrine and case law, particularly focusing on the historic “*stop, question, and frisk*” practice, which has its roots in both England and landmark U.S. Supreme Court decisions from the 1960s, such as the Terry v. Ohio case. Additionally, it considers more recent developments, like the Floyd case, which has led to significant changes in policing practices in New York City. The latter part of the text turns to Brazil, analyzing historical aspects of police encounters, the national legal framework, current legislation, and relevant judicial decisions at the national level.

KEYWORDS: police encounters; reasonable suspicion; individual search; stop and frisk.

- 1 Doutor em Direito (UFPR), com estágio pós-doutoral pela Columbia University (2020). Professor Associado dos Programas de Pós-graduação em Direito e Sociologia da UFPR. Professor Visitante junto ao Departamento de Ciência Política da Università degli Studi di Bari Aldo Moro (Itália, 2024). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4018-7730>; E-mail: andregiam@gmail.com
- 2 Qualificação: Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2024). Coordenador discente do Núcleo de Pesquisa em Direito Penal Econômico da UFPR (NUPPE-UFPR; 2022-2023). Voluntário do Programa de Iniciação Científica da UFPR (2021-2022). Voluntário do Programa Institucional de Monitoria da UFPR (2022-2023). Bolsista do projeto de extensão “Direito Penal Econômico Aplicado: Diálogos entre a Universidade, o Judiciário e a Sociedade” da UFPR (2023). ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-7428-6189>; E-mail: tgastkienen@gmail.com

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 *Stop, question and frisk*: panorama histórico e jurisprudência norte-americana; 3 Abordagem policial no contexto brasileiro; 4 Análise a partir do artigo 240, § 2º e do artigo 244 do código de processo penal e da jurisprudência de STJ e STF; 5 Considerações finais; Referências bibliográficas

1 Introdução

A expressão “abordagens policiais” abarca procedimento conhecido por diversos termos em português coloquial, como “‘dura’, ‘geral’, ‘revista’, ‘enquadro’ ou ‘baculejo’”³, tendo por fundamento jurídico a “fundada suspeita”, conforme termo previsto no artigo 244 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Entende-se por “abordagem policial”: “[...] um encontro entre o agente policial e aquele(s) por ele interpelado(s), com base em uma suspeita fundada, em tese, em padrões técnicos e/ou discricionários”⁴. Já a “fundada suspeita” possuiria duas principais dimensões: a primeira, fundada em critérios objetivos e em normas, chamada técnica-operacional, e a segunda, que engloba a interpretação dos agentes de segurança pública, subjetiva, chamada discricionária.

A escolha do contexto norte americano para a comparação se justifica pela extensão dos estudos lá realizados e consideração do tema pela sua Suprema Corte já na década de 1960. O “*stop, question and frisk*”, ou “*stop and frisk*” (“parada e revista”, em tradução livre) estadunidense pode ser interpretado como prática análoga à abordagem policial brasileira. Focamos, em seguida, no contexto brasileiro, observando os dispositivos processuais penais e constitucionais sobre o tema e as mais relevantes decisões judiciais dos tribunais superiores.

Como indica Wanderley⁵, a discussão parte do desrespeito à Quarta Emenda constitucional dos Estados Unidos e da seletividade do “*stop and frisk*” em relação às populações negra e latina. Já no Brasil, embora a carência de dados sobre as abordagens seja um grave problema, semelhante é a forma de discriminação contra determinados extratos da população. Apesar disso, no contexto norte-americano nota-se um número expressivo de casos que alcançaram a Suprema Corte,

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso em Habeas Corpus 158.580/BA (2021/0403609-0). Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Data de Publicação: 25/04/2022b. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202104036090&dt_publicacao=25/04/2022>. Acesso em: 7 nov. 2023.

4 PINC, T. Abordagem policial: um encontro (des)concertante entre a polícia e o público. *Apud* ANUNCIACÃO, D.; TRAD, L. A. B.; FERREIRA, T. “Mão na cabeça!”: abordagem policial, racismo e violência estrutural entre jovens negros de três capitais do Nordeste, 2020, p. 3.

5 WANDERLEY, G. A. Abordagem Policial Sob Suspeita: Filtragem Racial na “*Stop And Frisk*” e Controle Judicial das Práticas Policiais a Partir dos Casos Terry V. Ohio e Floyd V. City Of New York. In: *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, 2016.

enquanto no Brasil, como observa Nicolitt⁶, “na jurisprudência encontramos um acórdão do Supremo Tribunal Federal (HC 81.305/GO) que se porta como paradigma. No Superior Tribunal de Justiça verificamos menos que uma dezena de julgados, sem aprofundar o tema”. Na Suprema Corte, há maior acúmulo quanto a tema indiretamente conexo, qual seja, a licitude de provas obtidas mediante busca e apreensão domiciliar (Tema 280 da Repercussão Geral). A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial foi admitida pelo Tribunal com base em “fundadas razões”, conceito similar, portanto, à “fundada suspeita”.

O objetivo é, portanto, analisar amostra de precedentes no Brasil e nos Estados Unidos e sua fundamentação teórica, e em que medida ela pode contribuir e se relacionar com as discussões no Brasil, buscando o avanço do debate e da proteção aos direitos fundamentais para concretização da democracia constitucional brasileira.

2 *Stop, question and frisk*: panorama histórico e jurisprudência norte-americana

Fradella e White realizaram um detalhado estudo sobre o “*stop and frisk*”, assim definindo a prática:⁷

um policial testemunha algo que gera suspeita razoável – uma protuberância na cintura, movimentos furtivos, roupas que parecem fora do lugar ou comportamento que sugere potencial atividade criminosa – e o policial inicia a parada. A decisão de deter o cidadão e, conseqüentemente, de realizar uma revista (ou mesmo uma busca), é discricionária com base na formação, conhecimentos e experiência de campo do agente. Paradas e revistas que sejam discriminatórias ou que não cumpram o limite constitucionalmente exigido (ou seja, suspeita razoável) também são discricionárias.

Em uma perspectiva histórica, segundo os autores, a origem da atividade se deu ainda na *common-law* inglesa, onde as detenções para questionamento eram corriqueiras desde o século XVIII. Tais detenções deveriam durar somente algumas horas, normalmente no período da noite, já que eram voltadas aos “*night-walkers*” (“andarilhos noturnos”), figura equivalente em certa medida à antiga contravenção penal de mendicância no Brasil (art. 60, Decreto-Lei 3.688/41). Desde esta época, já era flagrante o abuso da tática pelas forças policiais, com registros de prisões de até quatro dias.

6 NICOLITT, A. Carioquice Negra, *Stop and Frisk*: Abordagem Policial e o Novo CPP, 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/olhares-interseccionais/355264/carioquice-negra-stop-and-frisk-abordagem-policial-e-o-novo-cpp>>. Acesso em: 23 fev. 2023

7 FRADELLA, H. F.; WHITE, M. D. *Stop and frisk: The Use and Abuse of a Controversial Policing Tactic*. Nova York: New York University Press, 2016, p. 117, tradução livre.

Com relação aos Estados Unidos, salientam os autores que até meados do século XX os critérios para as abordagens iniciais feitas pela polícia eram incertos, variando entre estados da federação e municípios. Somente em 1939 foi firmado o “*Uniform Arrest Act*” que trouxe nove provisões sobre o contato inicial entre os civis e os agentes públicos. Fradella e White⁸ destacam as duas primeiras provisões, referentes ao questionário e detenção de sujeitos e à procura de armas com os suspeitos. O Ato buscou diferenciar a breve detenção de uma prisão e concedeu um poder mais amplo aos oficiais em relação à *common-law* inglesa para a procura de armas nos suspeitos. Entretanto, nem todos os estados norte-americanos aderiram ao Ato.

Foi nesse contexto que a Suprema Corte dos Estados Unidos buscou esclarecer as condutas permitidas no procedimento de “*stop, question and frisk*”. Em um mesmo dia, em 1968, foram julgados três casos paradigmáticos pela Suprema Corte dos EUA, adotando medidas formais sobre circunstâncias que não permitiriam prisões e buscas plenas: *Terry v. Ohio*, *Sibron v. Nova York* e *Peters v. Nova York*⁹.

O principal fundamento constitucional discutido pela Suprema Corte estadunidense foi a Quarta Emenda à Constituição, a qual possui a seguinte redação:¹⁰

o direito das pessoas de estarem seguras em suas pessoas, casas, documentos e propriedades em face de buscas e apreensões desarrazoadas não deve ser violado, e nenhum mandado deve o infringir, exceto quando calcado em causa provável, fundamentado por juramento, e descritos particularmente o local a ser investigado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.

Sobre o texto legal, Fradella e White¹¹ destacam quatro conceitos: “*property, privacy, reasonable suspicion versus probable cause, and reasonableness*” (“propriedade, privacidade, suspeita razoável contra causa provável, e razoabilidade”, em tradução livre). Os dois primeiros referem-se aos direitos protegidos, e o último à proporção entre a ação do Estado e a do indivíduo. O terceiro conceito citado envolve o estandarte probatório utilizado na prática forense do país, conhecido como “*Burden of Persuasion Continuum*” (“Ônus Continuo de Persuasão”, em tradução livre). Ele determina a porcentagem de certeza que se pode auferir sobre um fato a partir dos indícios e provas existentes.

8 Ibidem.

9 Ibidem, p. 41.

10 Tradução da autora: “*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*”. WANDERLEY, G. A. Op. cit., p. 113.

11 FRADELLA, H. F.; WHITE, M. D. Op. cit.

O mais relevante diz respeito à suspeita razoável contra causa provável, já que a última seria o requisito legal para a quebra do direito constitucional em debate. Entretanto, como pontuam Fradella e White¹², é impossível identificar um ponto específico em que a Lei distinga os dois conceitos, inclusive segundo a Suprema Corte norte-americana.

As questões postas no contexto dos precedentes *Terry v. Ohio*, *Sibron v. Nova York* e *Peters v. Nova York* passam por quais ações dos agentes policiais seriam aceitáveis antes da violação ao direito e que tipo de atitude dos indivíduos poderia ser considerada suspeita a ponto de permitir tais ações policiais.

O precedente mais emblemático é do caso *Terry v. Ohio*¹³, que trata de uma condenação pela prática do delito equivalente ao porte de arma de fogo à pena de três anos. A Corte norte-americana entendeu que o agente policial tinha razão para acreditar que a atitude de Terry e seus companheiros era suspeita, possuindo legitimidade para agir.

Neste precedente, segundo Fradella e White¹⁴, a Suprema Corte descolou a “razoabilidade” da “necessidade do mandado” descrita na Quarta Emenda. Ou seja, não analisou se havia suspeita razoável ou causa provável no caso, aplicando o Ônus Continuo de Persuasão, mas sim se seria razoável o policial tomar a atitude que tomou – em outras palavras, não analisou se a quantidade de evidência permitia a busca, mas se a necessidade de busca pela arma era maior do que a invasão que acompanha a procura por ela, na interpretação do agente. Ao descolar essas duas proposições da Emenda mencionada, os magistrados permitiram o uso de discricionariedade pelos policiais.

Os mencionados autores afirmam ainda que, no precedente, foi diferenciada uma parada (“*stop*”) de uma prisão (“*arrest*”), e uma revista (“*frisk*”) de uma busca (“*search*”). Assim, a Quarta Emenda só se aplicaria às prisões e buscas, mas não às paradas e revistas, de maneira que o “*stop and frisk*” poderia desrespeitar a necessidade do mandado, desde que de forma razoável.

No segundo caso, *Sibron v. New York*¹⁵, a Corte reconheceu a inconstitucionalidade de abordagem realizada no bairro Brooklyn, na cidade de Nova York, também realizada por policial em patrulhamento, absolvendo o peticionário da prática do crime de posse de heroína. A Suprema Corte entendeu inexistir suspeita razoável e que a invasão ao bolso do abordado, como se deu, caracterizava-se mais

12 Ibidem.

13 UNITED STATES. Supreme Court. *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1. Data de julgamento: 10/06/1968. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/1/>>. Acesso em: 7 nov. 2023.

14 FRADELLA, H. F.; WHITE, M. D. Op. cit.

15 UNITED STATES. Supreme Court. *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40. Data de julgamento: 10/06/1968. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/40/>>. Acesso em: 7 nov. 2023.

como uma busca do que como uma revista. Portanto, teria agido o agente público fora da razoabilidade exigida pela Quarta Emenda tendo em vista o raciocínio jurídico desenvolvido no caso Terry.

Em terceiro lugar, seguindo Fradella e White¹⁶, no caso *Peters v. New York*¹⁷, o peticionário fora condenado pela posse de ferramentas utilizadas em furtos, equivalente em certa medida a uma tentativa de furto, e a Corte estadunidense manteve sua condenação, pois entendeu que havia causa provável no contexto analisado, tendo o policial envolvido realizado uma busca incidental à prisão. O policial admitiu que ao revistar o peticionário sabia que o objeto metálico que havia sentido ao apalpar o externo das vestes não se tratava de uma arma de fogo, mas que pensou que poderia ser uma lâmina. O objeto, ao fim da busca, foi identificado como a ferramenta utilizadas em furtos anteriores. A Suprema Corte considerou esse conjunto de elementos como uma base forte para a busca realizada a e a prisão do indivíduo.

A análise dos autores citados traz, na sequência, o voto dissidente do Justice Douglas no caso *Terry v. Ohio*¹⁸ para trazer um problema que surgiu e persiste ao se descolar a “razoabilidade” da necessidade do mandado: a alta discricionariedade da decisão de realizar ou não uma abordagem, argumentando que muitas vezes o poder dos policiais, nesses momentos, extrapola aquele de um juiz quando tem de decidir se estão cumpridas as condições para a expedição de um mandado.

Essa questão ainda é pertinente contemporaneamente pois as decisões judiciais, muitas vezes, encobrem preconceitos raciais, étnicos e socioeconômicos presentes nos momentos iniciais da persecução penal. E este é um problema agravado quando o rigor e o padrão para aceite de provas, na condição de standards probatórios, são reduzidos.

Não à toa, os principais problemas do “*stop and frisk*” coincidem com aqueles presentes nas abordagens policiais brasileiras: uma discricionariedade de agentes policiais sem possibilidade real de controle a posteriori e a influência de preconceitos e estereótipos (geográficos, socioeconômicos e especialmente raciais) nas micro decisões do cotidiano.

Apesar de não existirem mais formas explicitamente legalizadas de racismo no país desde o século XX, diversos casos de abordagens policiais letais nos EUA, na última década, trouxeram o debate do racismo no “*stop and frisk*” à tona, pau-

16 FRADELLA, H. F.; WHITE, M. D. Op. cit.

17 UNITED STATES. Supreme Court. *Peters v. New York*, 392 U.S. 40. Data de julgamento: 10/06/1968. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/40/>>. Acesso em: 7 nov. 2023.

18 UNITED STATES. Supreme Court. *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1. Data de julgamento: 10/06/1968. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/1/>>. Acesso em: 7 nov. 2023.

tando a mídia e as redes sociais no país e no mundo, gerando protestos e manifestações de grande magnitude. Nesse contexto, o caso *Floyd v. New York*¹⁹ catalisou amplos protestos, em escala global e inclusive no Brasil, tendo a resposta do Poder Judiciário estadunidense buscado aplicar soluções concretas e que merecem atenção. A premissa envolvida na ação proposta pelo “*Center for Constitutional Rights*” no ano de 2008 foi justamente a de questionar a violação constante à Quarta Emenda na prática do “*stop and frisk*” pela ausência de suspeita razoável, assim como buscou combater a violação à outra Emenda, a Décima Quarta, relativa à “*Equal Protection Clause*” (“Cláusula de Igualdade de Proteção”).

Além do litigante que nomeou o caso, David Floyd, outros três constaram no polo ativo da ação, cada um deles tendo sofrido abordagens policiais questionáveis da perspectiva constitucional; além de estarem representando, segundo o próprio Centro para Direitos Constitucionais, outras centenas de milhares de indivíduos.

A decisão – proferida pela Juíza Shira Scheindlin, da Corte Distrital dos Estados Unidos para o Distrito Sul de Nova York, equivalente em certa medida a um magistrado de primeiro grau de uma das Varas Federais brasileiras – reconheceu a inconstitucionalidade da prática do “*stop and frisk*” nos moldes utilizados pela polícia em Nova York, indicando que essa visava predominantemente a população negra e latina da cidade.

Outras providências foram a nomeação de um monitor externo, que prepararia relatórios periódicos sobre reformas de políticas, treinamento, supervisão, documentação e ação disciplinar, também para detecção precoce e imparcial de eventuais descumprimentos das regras pelo Departamento de Polícia de Nova York, com o envolvimento dos afetados pelas práticas violadoras de direitos, bem como um estudo piloto quanto ao uso de câmeras corporais²⁰.

As determinações judiciais representaram avanços quanto à proteção dos direitos fundamentais e constitucionais, mas ainda encontram diversos obstáculos materiais em sua efetiva implementação: por exemplo, em nove anos da monitoria não foi implementado um sistema de conformidade com a Décima Quarta Emenda; não há monitoramento da Décima Quarta Emenda no programa de integridade; a responsabilização segue sendo limitada e os esforços para justificação de abordagens ilegais seguem existindo²¹.

19 NEW YORK, Second District. *Floyd v. City of New York*, 959 F. Supp. 2d 540. Data de publicação: 12/08/2013. Disponível em: <<https://ccrjustice.org/home/what-we-do/our-cases/floyd-et-al-v-city-new-york-et-al>>. Acesso em: 7 nov. 2023.

20 FRADELLA, H. F.; WHITE, M. D. Op. cit., p. 104-105.

21 DENERSTEIN, M. *Nineteenth Report of the Independent Monitor: Monitor's Audit of the Neighborhood Safety Teams*. In: *Case 1:08-cv-01034-AT Document 915-1*, p. 31. Data de Publicação: 06/05/2023. Disponível em:

Além disso, não há registro das abordagens realizadas, também determinado judicialmente. Esse é um aspecto fundamental, visto que o aumento da utilização do “*stop and frisk*” em Nova York, especialmente das décadas de 1980 e 1990, foi justificado como estratégia de combate ao crescimento da criminalidade predatória e violenta²². Entretanto, não há como afirmar que a utilização da prática foi determinante para a diminuição da criminalidade em Nova York ou em outros programas fundados na mesma premissa.

O pico do número de abordagens pelo Departamento de Polícia de Nova York foi no ano de 2011, com mais de 685.000 realizadas, tendo sido reduzido para aproximadamente 24.000 em 2015. Apesar da redução drástica, atendendo aos clamores sociais, a porcentagem de abordagens que resultaram em prisões dobrou no período (houve, portanto, um aumento na eficiência das ações policiais).

Além disso, a criminalidade na cidade diminuiu de 2011 para 2014, contando com uma redução de quase trinta e cinco por cento no número de homicídios. Ou seja, não há como afirmar que a diminuição do uso do “*stop and frisk*” tenha reduzido a capacidade da cidade e da polícia de lidar com a criminalidade.

Por fim, Fradella e White²³ buscam encontrar o lugar do “*stop, question and frisk*” no policiamento do século XXI. Para isso, sugerem medidas a serem adotadas para lidar com os problemas ligados à prática, seja a violação aos direitos constitucionais norte-americanos ou o perfilamento racial, bem como a possibilidade de aliar o programa com outras estratégias de policiamento (especialmente a “*problem oriented policing*” [“policiamento orientado conforme os problemas”] e a “*community oriented policing*” [“policiamento orientado pela comunidade”]).

Contudo, conforme os autores, a medida mais efetiva para a redução das violações perpetradas no contexto analisado foi justamente a diminuição do número de “*stops*” (que, frise-se, não foi acompanhada por um aumento dos crimes), especialmente quando observados os relatórios de Denerstein²⁴, que analisaram as medidas judiciais determinadas no Caso Floyd.

3 Abordagem policial no contexto brasileiro

O relatório “Por que eu?”, produzido pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa e pelo Data Labe em 2022, estuda o perfilamento racial nas abordagens

<<https://www.nypdmonitor.org/wp-content/uploads/2023/06/NST-Report.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2023.

22 FRADELLA, H. F.; WHITE, M. D. Op. cit.

23 Ibidem.

24 DENERSTEIN, M. Op. cit.

policiais realizadas no Brasil. IDDD e Data Labe²⁵ realizam uma retomada do contexto histórico das abordagens no país. Segundo afirmam, o tema tomou força pela primeira vez no final da década de 1970 após manifestações do Movimento Negro Unificado Contra a Discriminação Racial, que ocorreram devido a uma abordagem que levou à morte de Robson Silveira da Luz.

Nos anos seguintes, as denúncias especialmente por parte dos movimentos antirracistas continuaram, e as violações seguiram existindo, mesmo com a redemocratização do fim da década de 1980, conforme o IDDD e o Data Labe²⁶. Nas décadas de 1970 e 1980, os questionamentos se davam sobre as chamadas “prisões para averiguação”, antes de um processo de autonomização das abordagens em relação a outras práticas de policiamento²⁷.

Na década de 1990 sobrevieram outras mudanças, como o deslocamento da competência para o julgamento de homicídios dolosos da Justiça Militar para a Justiça Comum e a criação de ouvidorias de polícia em alguns estados. Entretanto, a abusividade nas abordagens policiais só retornou ao centro do debate público devido a diversos episódios de repercussão internacional de letalidade policial (como o Massacre do Carandiru, na cidade de São Paulo, em 1991).

O IDDD e o Data Labe²⁸ indicam a persistência tanto dos episódios de letalidade nas abordagens quanto das reivindicações de organizações pelos direitos da população negra nos anos 2000. Nesta época, estudos e pesquisas começaram a ser desenvolvidos com maior intensidade.

Destaca-se, por exemplo, a pesquisa de Duarte, Muraro, Lacerda e Garcia²⁹, a qual investiga aspectos relevantes da construção da figura do suspeito: há uma dicotomia e uma relação complexa entre o aprendizado dos policiais nas academias e nas ruas (normas legais e o que chamam de “código das ruas”), a garantia da existência de uma discricionariedade policial e a vinculação utilitária entre o trabalho policial e o encarceramento. Como explicam os autores, é visível a existência de um código de conduta paralelo na prática policial nas cidades onde ocorreu a pesquisa em relação às normas legais e às instruções oficiais dos comandos.

25 INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA; DATA LABE. Por Que Eu?. Data de Publicação: 21/07/2022. Disponível em: <<https://datalabe.org/relatorio-por-que-eu/>>. Acesso em: 8 nov. 2023.

26 Ibidem.

27 MATA, J. da. A política do enquadro. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

28 INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA; DATA LABE. Op. cit.

29 DUARTE, E.; MURARO, M.; LACERDA, M.; GARCIA, R. Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica de preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos policiais militares nas cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. In: LIMA, C.; et al. Segurança Pública e Direitos Humanos: temas transversais. Col. Pensando a Segurança Pública. Brasília: Ministério da Justiça/Senasp, 2014. v. 5, p. 115.

Por meio de entrevistas com agentes de Guardas Municipais e Polícias Militares, os pesquisadores concluíram que há uma forte crença no “tirocínio” policial – “capacidade de análise intuitiva e eficaz de identificação de um suspeito, proporcionada ou desenvolvida em razão da experiência”³⁰.

Além disso, quando questionados sobre a influência de preconceitos (notadamente raciais) nas decisões de abordar um transeunte, as respostas dos policiais entrevistados circulam dois principais argumentos: a existência da discricionariedade, de uma escolha por meio de uma análise refinada, fundada especialmente no tirocínio e em outros elementos fundados na experiência dóxica (como o local, as vestimentas, a linguagem, o horário e a atitude ao avistar a polícia) e, em oposição, uma mera obediência a comandos superiores, aliado muitas vezes a um argumento de importância moral do trabalho da polícia.

Importante constatação da pesquisa é que há uma tendência de substituição do conceito de “fundada suspeita” conexa à “atitude”, o que possui respaldo legislativo, por uma tipologia ideal de “elemento suspeito”.

Uma solução apresentada quase unanimemente pelos agentes entrevistados, comentam os autores, foi aquela da “ausência de filtro”, ou seja, a generalização das abordagens de forma ainda mais intensa. A solução proposta tem consequências negativas: a negação do debate sobre as abordagens e seus parâmetros; o enfraquecimento da legitimidade das instituições; o silenciamento das vítimas de racismo (cidadãos ou agentes policiais); e a reprodução dos padrões de preconceito³¹.

Outra pesquisa relevante à observação do contexto atual sobre as abordagens policiais no Brasil foi realizada por Anunciação, Trad e Ferreira³². Os autores realizaram entrevistas com jovens negros(as) pertencentes a bairros socialmente vulneráveis e/ou com altos índices de violência nas cidades de Salvador, Recife e Fortaleza, buscando entender como este grupo (que notadamente, segundo os pesquisadores, compõe o maior contingente de abordados), percebe a atuação policial.

Parcela dos entrevistados percebe o problema do perfilamento racial nas abordagens de forma individualizada, ou seja, como um problema do agente que realiza a ação. Por outro lado, outra parcela compreende a presença de racismo institucional nas abordagens, sendo que o perfilamento transcenderia o mero pre-

30 Ibidem, p. 89.

31 Ibidem, p. 99.

32 ANUNCIACÃO, D.; TRAD, L. A. B.; FERREIRA, T. “Mão na cabeça!”: abordagem policial, racismo e violência estrutural entre jovens negros de três capitais do Nordeste. In: *Saúde e Sociedade*, [S.l.], v. 29, n. 1, p. e190271, 2020. DOI: 10.1590/S0104-12902020190271. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/sausoc/article/view/174577>>. Acesso em: 7 nov. 2023.

conceito do agente. As instituições também teriam responsabilidade sobre a seletividade da prática e sobre os excessos que ocorrem.

Anunciação *et al.*³³ destacam as percepções negativas dos jovens entrevistados sobre os agentes policiais e as abordagens, além de identificarem, em concordância com Duarte *et al.*³⁴, a existência de um “elemento suspeito” ao revés de uma “atitude suspeita”:³⁵

de fato, prevaleceu no universo pesquisado a percepção de que “o homem de farda” representa insegurança e desperta os sentimentos mais fortes de medo e de revolta. Afinal, conforme referido em vários relatos, o alvo das ações mais repressivas não é “qualquer um”. Seu perfil é o mesmo que ocupa a primeira posição nos indicadores de mortalidade por armas de fogo: jovens, negros, do sexo masculino, de baixa renda, baixo grau de escolaridade e morador de bairros periféricos. [...] Ser portador de características que correspondem ao “suspeito padrão” para a polícia constitui, conforme assinalaram muitos dos nossos interlocutores, um fator de exclusão social.

As pesquisas reconhecem, portanto, duas dimensões nas abordagens e na fundada suspeita: uma técnico-operacional, ligada à interpretação da norma legal institucionalizada, e outra discricionária, vinculada à subjetividade daqueles que realizam as abordagens (em par com o “código das ruas” e o tirocínio descritos por Duarte *et al.*³⁶). Concluem Anunciação *et al.*³⁷ que a primeira dimensão legal-objetiva deveria se sobressair em um estado democrático de direito como o brasileiro, mas que a discricionária é que resta por prevalecer.

A pesquisa de Mata, por sua vez, descreve o aumento do número de abordagens policiais desde a década de 1990 na cidade de São Paulo como fruto da “política do enquadro” que, segundo a autora, “corresponde a uma série de medidas de procedimentalização, valorização da técnica e de resultados, que buscaram incrementar a aprimorar o uso dos enquadros, ao mesmo passo em que, deliberadamente, optava-se por manter amplos os espaços para o exercício da discricionariedade policial”³⁸. O momento e a escolha da abordagem policial seriam consequência de um contexto influenciado por diversos fatores:³⁹

desse modo, quando os enquadros efetivamente são realizados, eles nunca são mero fruto da disposição individual de um agente. A determinação para a sua ocorrência sempre envolve: escolhas estratégicas da PMESP, que estipula dife-

33 Ibidem.

34 DUARTE, E.; MURARO, M.; LACERDA, M.; GARCIA; R. Op. cit.

35 ANUNCIACÃO, D.; TRAD, L. A. B.; FERREIRA, T. Op. cit., p. 9-10.

36 DUARTE, E.; MURARO, M.; LACERDA, M.; GARCIA; R. Op. cit.

37 ANUNCIACÃO, D.; TRAD, L. A. B.; FERREIRA, T. Op. cit.

38 MATA, J. da. Op. cit., p. 283.

39 Ibidem, p. 56.

rentes quantidades de policiais e formas de atuação em um território; escolhas táticas do comando de policiamento quanto aos objetivos imediatos a serem atingidos e às práticas policiais empregadas num determinado local; e também as escolhas individuais, que, por sua vez, são formuladas a partir da experiência do sujeito policial cuja visão de mundo, interesses e valores são forjados no convívio social.

Mata⁴⁰ divide o quadro entre abordagem e suspeita, sendo a primeira alvo de intensa procedimentalização por meio dos procedimentos operacionais padrão e a segunda uma noção carente de regulamentação, valendo-se do subjetivismo do agente policial, tratando-se de uma combinação paradoxal entre procedimentalização e discricionariedade.

A autora, além da análise da política do quadro em São Paulo, realiza uma pesquisa acerca dos números de “enquadrados” realizados por alguns batalhões da Polícia Militar da cidade. Uma das conclusões alcançadas é a de que a incidência das abordagens não é reflexo da resposta policial ao crime, pois as taxas de enquadrados não acompanham a taxa de flagrantes realizados ou a taxa de criminalidade de diferentes regiões. Inclusive, a pesquisa realizada mostrou que a taxa mais alta de eficiência dos enquadrados (porcentagem de enquadrados que gerou flagrantes) se deu na Força Tática do 23º Batalhão, que foi de meros 2,61 %, representando menos de 1 % em 11 das 17 unidades policiais examinadas.

Outro ponto da pesquisa a ser destacado é que, de 258 boletins de ocorrência referentes a um dos batalhões estudados pela autora e de 82 referentes a outra unidade policial, a maioria desses registros traz como descrição de motivação expressa somente uma menção genérica à “atitude suspeita”. A partir disso, a pesquisadora evidencia a tendência de justificação posterior, ou seja, em relação à eficiência da abordagem independente de suas motivações, buscando a localização do objeto ilícito e a prisão em flagrante, o que também contribui para a não responsabilização policial.

Ainda quanto as análises realizadas por Mata sobre os boletins de ocorrência registrados nos batalhões estudados, a autora identifica uma profecia autor-realizável quanto à filtragem racializada dos suspeitos. Conforme a pesquisa, há um fenótipo padrão dos suspeitos abordados: pessoas do sexo masculino, de cor negra e de idade entre 15 e 29 anos. Esse enviesamento leva a uma sobrerrepresentação desse grupo entre os criminalizados, reforçando estereótipos e dando novo impulso a tal enviesamento policial, ocorrendo o mesmo em relação às regiões com mais abordagens, notadamente as periferias e favelas.

40 Ibidem.

Dessa forma se entende a conjuntura atual sobre o tema no Brasil, considerada a recapitulação histórica trazida e a existência da discussão sobre os problemas ligados a ele pelo menos desde a década de 1970, e como os agentes e alvos das abordagens percebem-na a partir das pesquisas de Duarte *et al.*⁴¹, Anunciação *et al.*⁴², e Mata⁴³.

4 Análise a partir do artigo 240, § 2º e do artigo 244 do código de processo penal e da jurisprudência de STJ e STF

No sistema jurídico vigente no Brasil, a matéria referente às abordagens policiais é, em tese, regida por lei. Dois termos relevantes são citados nos enunciados legais: “busca pessoal” e “fundada suspeita”.

Os principais dispositivos que regulam o tópico são o parágrafo 2º do artigo 240 e o artigo 244 do Código de Processo Penal, respectivamente: “Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior”; e “A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”.

A busca pessoal se refere ao procedimento de procurar no indivíduo, em seu corpo e vestes, por elementos ilícitos. Seria correspondente a um “*frisk*” ou mesmo um “*search*” no contexto norte-americano. Entretanto, não há separação legal no Brasil entre esta revista mais superficial, apalpando as vestes de um abordado em busca de armas, por exemplo, e uma busca mais aprofundada, podendo adentrar os bolsos dos indivíduos, exemplificativamente.

Já a “fundada suspeita” pode ser considerada um termo jurídico aberto e, segundo Gomes e Gonçalves⁴⁴, ambíguo, podendo ser interpretada de diversas maneiras. É sobretudo, segundo a lei, requisito para a realização da busca pessoal. Nesse sentido, frisam que é vedada legalmente a pescaria probatória, a busca pessoal meramente especulativa e sem causa provável, assim como as políticas de tolerância zero ou de ausência de filtro. Em outras palavras, a mera suspeita, sem lastro no caso concreto, não é suficiente para permitir uma busca pessoal.

41 DUARTE, E.; MURARO, M.; LACERDA, M.; GARCIA, R. Op. cit.

42 ANUNCIACÃO, D.; TRAD, L. A. B.; FERREIRA, T. Op. cit.

43 MATA, J. da. Op. cit.

44 GOMES, N. C.; GONÇALVES, A. C. T. Abordagem Policial, Seletividade e Fundada Suspeita: Contribuições da Teoria Estruturante do Direito. *Direito Público*, [S. l.], v. 19, n. 103, 2022. DOI: 10.11117/rdp.v19i103.6591. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6591>>. Acesso em: 8 nov. 2023.

Somado a isso, Gomes e Gonçalves⁴⁵ ressaltam a importância da interpretação sistemática dos textos legais e destacam os dispositivos constitucionais que ajudam a melhor entender a relação do tema com direitos como liberdade, igualdade, legalidade, devido processo legal, proibição do racismo e de todas as formas de discriminação, vedação da utilização de provas obtidas por meios ilícitos e inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Diante de tudo isso, é possível perceber a semelhança entre a Quarta Emenda à Constituição estadunidense e os artigos 240, parágrafo segundo, e 244 do Código de Processo Penal brasileiro. De um lado, tem-se a suspeita razoável e a razoabilidade para justificar o “*stop, question and frisk*” e a busca de armas no cidadão e, de outro lado, a fundada suspeita para a busca de armas e de elementos materiais do cometimento de um delito. Em tese, como descreve Nicollit⁴⁶, ambas dependeriam, em regra, da expedição de um mandado pela autoridade competente, mas tal situação acaba se tornando a exceção na prática.

Ao revés da situação estadunidense, que discute o tema em suas cortes superiores desde a década de 1960, no Brasil a atenção dos tribunais superiores é mais recente. Um primeiro julgado que se destaca nos tribunais superiores brasileiros é o Habeas Corpus 81.305 de Goiás, julgado à unanimidade pelo Supremo Tribunal Federal no final de 2001. A Corte brasileira acolheu a tese seguinte:⁴⁷

a hipótese dos autos estaria enquadrada na segunda parte do dispositivo – “quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja de posse de arma proibida”. Ocorre, contudo, que a dita suspeita não pode basear-se em parâmetros unicamente subjetivos, discricionários do policial, exigindo, ao revés, elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, mormente quando notório o constrangimento dela decorrente. Do contrário, corre-se o risco de referendar condutas arbitrárias que, além de ofensivas aos direitos e garantias individuais, caracteriza, evidente abuso de poder.

Assim, entendeu a Corte que, na hipótese fática dos autos, a atitude dos agentes policiais de tentar submeter à revista ou de conduzir o indivíduo à delegacia foi desarrazoada, devido a não caracterização da fundada suspeita.

Se comparado este precedente judicial com as anotações de Duarte *et al.*⁴⁸, merece destaque a evidente presença do binário discricionariedade policial versus obediência hierárquica – a escolha subjetiva dos agentes nas abordagens, sem

45 Ibidem.

46 NICOLLIT, A. Op. cit.

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 81.305/GO. Relator: Min. ILMAR GALVÃO. Data de Publicação: 22/02/2002. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99816/false>>. Acesso em: 7 nov. 2023, p. 8.

48 DUARTE, E.; MURARO, M.; LACERDA, M.; GARCIA; R. Op. cit.

elementos concretos para justificá-la, e a recorrência aos superiores hierárquicos quando questionada a decisão –, representada pela questão relacionada à vestimenta e pelo acionamento do Aspirante a Oficial.

Para mais, questiona-se o fato de que as violações a direitos individuais relacionados à fundada suspeita e à busca pessoal ainda persistem, apesar de já existir entendimento firmado pelo Supremo há mais de vinte anos que afirma a necessidade de elementos concretos para sua caracterização e realização ao revés da discricionariedade policial. Nota-se que o precedente invocado, relativamente isolado na jurisprudência que costuma validar as ações policiais discricionárias em contextos semelhantes, não foi suficiente para barrar as violações.

Mais recentemente, como referido, o Superior Tribunal de Justiça proferiu julgamento, à unanimidade, concedendo o Recurso em Habeas Corpus 158.580 da Bahia⁴⁹, reconhecendo a ilicitude de provas obtidas a partir de uma busca pessoal realizada sem o cumprimento dos requisitos legais e determinando o trancamento da ação penal movida contra o paciente pelo crime de tráfico de drogas.

O acórdão traz ampla fundamentação, englobando diversos aspectos relevantes sobre as violações a direitos que acontecem corriqueiramente nas abordagens policiais, adotando uma atitude de enfrentamento às ofensas, destacando outros julgados que também o fizeram e desviando da mais recorrente postura de convalidação das ilegalidades quando essas confirmam as suspeições (mesmo que infundadas). A decisão se inicia com a delimitação da matéria discutida: o ponto central referente ao qual o padrão probatório exigido para a realização da busca pessoal e questões adjacentes à abordagem policial. Para isso, o acórdão frisa os dois requisitos extraídos da legislação para a realização da busca pessoal: a fundada suspeita e a relação dessa com a posse de corpo de delito. A suspeita mencionada, segundo a decisão, deve ser fundada em dados concretos que justifiquem de forma objetiva a violação ao direito de privacidade constitucional (artigo 5º, inciso X da Constituição Federal).

Também deve ser relacionada à posse, pelo revistado, de corpo de delito, descrito na segunda parte do artigo 244 do Código de Processo Penal. O Superior Tribunal de Justiça explica que há uma referibilidade da medida a sua finalidade legal probatória, tratando-se de meio de obtenção de prova, que se evidencia como urgente quando há a suspeita mencionada e fundamentada em elementos objetivos e descritíveis.

49 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso em Habeas Corpus 158.580/BA (2021/0403609-0). Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Data de Publicação: 25/04/2022b. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202104036090&dt_publicacao=25/04/2022>. Acesso em: 7 nov. 2023.

Salienta o acórdão que não são permitidas buscas baseadas em elementos genéricos ou intuições, como o tirocínio policial, em concordância com Gomes e Gonçalves⁵⁰.

O STJ enfatiza três razões para a exigência da concreta fundamentação da suspeita que permitirá a revista: para evitar o uso excessivo da medida e o desrespeito aos direitos à intimidade, privacidade e liberdade; para garantir sua questionabilidade e seu controle externo; e para evitar a reprodução de preconceitos (como o perfilamento racial). A partir disso, a decisão verticaliza a discussão quanto ao racismo estrutural nas abordagens policiais, refletindo sobre o plano de fundo histórico sobre o mote, a mentalidade escravista ainda presente e seus efeitos e o controle sobre os corpos negros por meio da repressão criminal estatal. Sobre isso, o Tribunal concluiu que o próprio “direito à cidade” dos considerados desviantes é negado quando da utilização camuflada das antigas “prisões para averiguação” e de buscas para averiguação (“*fishing expeditions*”), mostrando que os contornos se alteraram, mas substancialmente o controle da circulação da negritude no espaço público continua a ser exercido sob o viés da suspeição racial⁵¹.

Para mais, o voto condutor frisa que “ter pele preta ou parda, no Brasil, é estar permanentemente sob suspeita”⁵², por consequência do perfilamento racial, da desigualdade social, da discricionariedade policial e da tendência do policiamento ostensivo se concentrar em grupos marginalizados devido a fatores subjetivos e materiais.

São consideradas também pelo Superior Tribunal de Justiça as consequências da realização excessiva e não criteriosa de abordagens policiais. Com base em pesquisas, o acórdão afirma que a prática é ineficiente, que contribui para a piora da imagem da instituição pública perante a sociedade, ensejando mais medo do que confiança na Polícia Militar, bem como traumas nas vítimas corriqueiras das revistas. Também cita que apenas 5% dos brasileiros acreditam que a Polícia Militar não seja racista, e que no ano de 2016 foram realizadas cerca de 500 abordagens por hora na capital do estado de São Paulo.

Após analisar o contexto nacional e questões adjacentes, a decisão volta-se para o caso concreto que gerou o *writ*. A premissa fática, segundo o relato dos agentes que atenderam à ocorrência, é de que o paciente que conduzia uma motocicleta apresentou atitude suspeita, que ensejou sua abordagem e busca pessoal,

50 GOMES, N. C.; GONÇALVES, A. C. T. Op. cit.

51 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso em Habeas Corpus 158.580/BA (2021/0403609-0). Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Data de Publicação: 25/04/2022b. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202104036090&dt_publicacao=25/04/2022>. Acesso em: 7 nov. 2023.

52 Ibidem.

tendo sido encontrados entorpecentes em sua mochila, levando a autuação desse pelo crime de tráfico de drogas.

De plano, o STJ entendeu que a afirmação genérica de atitude suspeita ou informações como denúncias anônimas não são suficientes para caracterizar a fundada suspeita a validar a busca pessoal. Igualmente, reafirma o acórdão com fundamento em outros julgados, inclusive da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que a convicção gerada no agente a partir da cor da pele não é capaz de ensejar fundada suspeita.

Conjuntamente, a decisão aponta que o fato de terem sido encontrados os entorpecentes com o indivíduo não convalida a ilegalidade prévia perpetrada pelos agentes ao agirem sem a caracterização da fundada suspeita. No mais, referencia pesquisas que apontam que em menos de 1% de todas as revistas realizadas no Brasil são encontrados ilícitos, demonstrando novamente sua ineficiência. Conclui a Corte, no caso concreto, pela ilicitude da apreensão e, conseqüentemente, de todas as provas derivadas da abordagem, trancando o processo contra o paciente.

A seguir, o voto relator compara a situação brasileira com a norte-americana, observando os desdobramentos do caso *Floyd v. City of New York*⁵³ mencionando anteriormente neste texto. Os principais pontos de convergência identificados foram: a baixa efetividade das abordagens (1% no Brasil e 12% na cidade de Nova York), a presença do perfilamento racial (contra negros e pardos no Brasil e negros e hispânicos da cidade norte-americana), a fragilidade dos elementos apontados para justificar as revistas, a existência de duas políticas (oficial e prática, no mesmo sentido de Duarte *et al.*).

Na mesma direção, a decisão observa, com base no contexto e pesquisas estadunidenses, que a redução do número de “*stops*” não levou à diminuição do número de prisões, mantendo as estatísticas criminais e diminuindo o número de crimes graves. Entendeu o Superior Tribunal de Justiça que pelo menos o “*stop and frisk*” tem pequena importância na prevenção criminal e que a diminuição do uso da prática é positiva e permite uma redução da tensão entre a polícia e minorias, permitindo o direcionamento de esforços para a apuração de crimes graves.

Muito importante também foi o julgamento do Habeas Corpus 208.240/SP pelo Supremo Tribunal Federal, em abril de 2024, colocando no centro da discussão a abordagem policial e acionando expressamente a questão do perfilamento racial. O Supremo Tribunal Federal, embora tenha denegado a ordem no caso concreto, fixou a seguinte tese de julgamento: “A busca pessoal, independente de mandado judicial, deve estar fundada em elementos indiciários objetivos de que

⁵³ NEW YORK. Second District. Op. cit.

a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não sendo lícita a realização da medida com base na raça, sexo, orientação sexual, cor da pele ou aparência física”⁵⁴.

A fundamentação do voto é hígida quanto ao repúdio e necessidade de combate às motivações não objetivas para realização de abordagens policiais, especialmente em relação ao perfilamento racial, trazendo dados, orientações teóricas, legais e jurisprudenciais.

A premissa fática envolve um delito classificado como tráfico de drogas, em que uma viatura policial em patrulhamento por local conhecido como ponto de venda de drogas avistou o acusado, conhecido anteriormente pelos agentes, em pé, próximo ao meio-fio, entregando algo para um motorista de automóvel. Então, ao perceber a aproximação policial, o veículo deixou o local e o abordado começou a andar “sorrrateiramente” (segundo o registro da ocorrência), ao mesmo tempo que dispensou pinos plásticos vazios ao solo. Após a realização da revista pessoal, os agentes policiais encontraram com o paciente cinco porções de cocaína, além de R\$80,00, em dinheiro trocado.

O paciente restou condenado, após o trânsito em julgado dos recursos, tendo sido reduzida a condenação pelo Superior Tribunal de Justiça anteriormente ao julgamento pela Suprema Corte, à pena de 2 anos e 11 meses de reclusão, com a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. O voto do Ministro Relator, que restou vencido, reconhecia a nulidade da abordagem realizada e dos elementos dela derivados, devido à motivação da ação policial ter se dado em razão da cor da pele do paciente, com a consequente não caracterização da fundada suspeita.

A fundamentação dos votos vencedores, em resumo, entendeu existir outros elementos objetivos justificantes da abordagem. Alguns desses votos, pela denegação da ordem, admitem que a cor da pele do sujeito abordado foi um fator que contribuiu não predominantemente para a realização da ação⁵⁵. Em outras palavras, em que pese a existência do fator subjetivo, outros elementos objetivos fundamentariam a realização da abordagem.

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus 208.240/SP. Relator: Min. EDSON FACHIN. Data de Publicação: 28/06/2024. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur506465/false>>. Acesso em: 20 jul. 2024.

55 Da antecipação do voto do Ministro Cristiano Zanin: “[...] na minha compreensão, tal como foi exposto agora pelo Ministro Flávio Dino, neste caso, há elementos objetivos que justificaram a diligência policial. Não foi apenas uma diligência que se baseou na cor do indivíduo, mas sim em um comportamento que foi descrito para justificar a diligência policial” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Tribunal Pleno]. Habeas Corpus 208.240/SP. Relator: Min. EDSON FACHIN. Data de Publicação: 28/06/2024. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur506465/false>>. Acesso em: 20 jul. 2024, p. 165).

Mais coerente seria, todavia, entender que, se um dos fatores para a realização da abordagem for subjetivo, notadamente com conotação racista, as provas devem ser consideradas ilícitas, acompanhadas ou não de outros fatores objetivos.

O voto do Ministro Roberto Barroso, nesse sentido, afirmou que “os demais fatores indiciários foram obtidos depois que se partiu da premissa que se tratava de uma pessoa negra. [...] A inaceitável referência ao elemento racial foi o fator preponderante para a mitigação dos direitos fundamentais do paciente, o que deslegitima a atuação estatal.”⁵⁶. Assim, nota-se que a discussão jurisprudencial quanto à violação de direitos durante abordagens no Brasil avança, ainda que a passos lentos e comedidos.

5 Considerações finais

Há convergências entre as abordagens policiais no Brasil e o “*stop and frisk*” nos Estados Unidos que permitem uma análise comparativa das práticas. Nos EUA, discute-se o tema desde a década de 1960, com o manutenção por anos de um entendimento pela constitucionalidade da discricionariedade policial nos atos, conforme a lógica apresentada no caso *Terry v. Ohio*⁵⁷, que perdurou até o reconhecimento de inconstitucionalidade da prática no caso *Floyd*⁵⁸.

No Brasil, os movimentos sociais foram os primeiros a conferir destaque ao tema nos anos 1970, seguidos por breve atenção da jurisprudência na década de 2000, com mais força contemporaneamente, e um esforço teórico que se mantém ao menos desde os anos 2000.

Apesar das diferenças dos contextos, é notável a persistência em ambos os países de problemas graves de violação a direitos fundamentais a partir da operacionalização da discricionariedade policial, sem critérios objetivos e com o inaceitável perfilamento racial.

A ineficácia da prática de abordagem em via pública e do “*stop and frisk*” foi demonstrada pelo baixo percentual de prisões efetuadas no conjunto de abordagens, cerca de 1% no Brasil e de 12% nos Estados Unidos. Apesar da redução notável do número total de “*stops*” na década de 2010, a porcentagem que se converteu em prisões aumentou, indicando que tal redução do número total de abordagens pode servir de lição também ao Brasil.

Em relação às balizas legais, jurisprudenciais e administrativas, percebe-se que essas, histórica e contemporaneamente, parecem ser mais definidas no contex-

56 Ibidem, p. 177-178.

57 UNITED STATES. Supreme Court. *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1. Data de julgamento: 10/06/1968. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/1/>>. Acesso em: 7 nov. 2023.

58 NEW YORK. Second District. Op. cit.

to norte-americano, mas não necessariamente mais rígidas. No Brasil, uma revista e uma busca são equivalentes do ponto de vista legal, podendo ser justificadas tanto pela procura de armamentos quanto de corpo de delito, enquanto na jurisprudência norte-americana os conceitos se distinguem, sendo o primeiro fundado, em tese, em um plano inicial, na segurança dos agentes policiais, dos abordados e de terceiros, pois conteria o objetivo de busca por armamentos, enquanto a busca por corpo de delito demandaria um standard de suspeita mais alto.

É evidente, assim, a lacuna na legislação brasileira⁵⁹, agravada no contexto dos Estados e Municípios, um vazio normativo que vem suprido em parte por determinações administrativas de difícil acesso ao público no Brasil.

Incontrovertida, ainda, a discriminação indevida nas práticas de abordagem em via pública, incluindo perfilamento racial. A busca por um “elemento” suspeito (ao invés de atitude suspeita) perdura tanto na prática estadunidense quanto na brasileira. As consequências negativas repercutem com a erosão da confiabilidade nas próprias instituições.

Como visto, a Suprema Corte norte-americana dissociou o parâmetro da razoabilidade do “*stop and frisk*” dos critérios constitucionais da Quarta Emenda, tanto que houve o reconhecimento da inconstitucionalidade da prática pelo controle difuso de constitucionalidade (apesar do entendimento se restringir a Nova York pela força do princípio federativo). No Brasil, com a mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, houve o reconhecimento do desrespeito à lei na grande maioria das abordagens, e no julgamento do HC 208.240/SP pelo Supremo Tribunal Federal, reconheceu-se a inconstitucionalidade do perfilamento racial, fixando que a abordagem e a busca motivadas por raça, sexo, orientação sexual, cor da pele ou aparência física são ilegais.

Apesar dos avanços, são insuficientes as determinações judiciais e esforços doutrinários para conter as ilegalidades e violações de direitos decorrentes das práticas do “*stop and frisk*” e da abordagem policial sem parâmetros objetivos, conforme relatórios apresentados pelo monitor designado no caso Floyd.

A solução mais plausível é a mudança cultural e estrutural nas relações entre as agências policiais e a população, substituindo práticas de violência por outros modelos de policiamento, ainda que gradualmente. O paradigma do “*stop and frisk*”, com a explicitação da persistência da discriminação racial, não tem lugar no policiamento no século XXI.

⁵⁹ NICOLLIT, A. Op. cit.

Referências bibliográficas

- ANUNCIAÇÃO, Diana; TRAD, Leny A. B.; FERREIRA, Tiago. “**Mão na cabeça!**”: abordagem policial, racismo e violência estrutural entre jovens negros de três capitais do Nordeste. In. Saúde e Sociedade, [S. l.], v. 29, n. 1, p. e190271, 2020. DOI: 10.1590/S0104-12902020190271. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/sausoc/article/view/174577>>. Acesso em: 7 nov. 2023.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 de fev. 2023.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 nov. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 785538/RS**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Data de Publicação: 14/12/2022a. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203683985&dt_publicacao=14/12/2022>. Acesso em: 8 nov. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Recurso em Habeas Corpus 158.580/BA** (2021/0403609-0). Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Data de Publicação: 25/04/2022b. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202104036090&dt_publicacao=25/04/2022>. Acesso em: 7 nov. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Habeas Corpus 81.305/GO**. Relator: Min. ILMAR GALVÃO. Data de Publicação: 22/02/2002. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99816/false>>. Acesso em: 7 nov. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 208.240/SP**. Relator: Min. EDSON FACHIN. Data de Publicação: 28/06/2024. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur506465/false>>. Acesso em: 20 jul. 2024.
- DENERSTEIN, Mylan. **Nineteenth Report of the Independent Monitor: Monitor’s Audit of the Neighborhood Safety Teams**. In. Case 1:08-cv-01034-AT Document 915-1. Data de Publicação: 06/05/2023. Disponível em: <<https://www.nypdmonitor.org/wp-content/uploads/2023/06/NST-Report.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2023.
- DUARTE, Evandro; MURARO, Mariel; LACERDA, Marina; GARCIA, Rafael. **Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas?** Anotações sobre a dinâmica de preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos policiais militares nas cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. In. LIMA, Cristiane; *et al.* Segurança Pública e Direitos Humanos: temas transversais. Col. Pensando a Segurança Pública. Brasília: Ministério da Justiça/Senasp, 2014. v. 5, p. 115.
- FRADELLA, Henry F.; WHITE, Michael D. **Stop and frisk: The Use and Abuse of a Controversial Policing Tactic**. Nova York: New York University Press, 2016.
- GOMES, Nestor C.; GONÇALVES, Ana Carolina T. **Abordagem Policial, Seletividade e Fundada Suspeita**: Contribuições da Teoria Estruturante do Direito. Direito Público, [S. l.], v. 19, n. 103, 2022. DOI: 10.11117/rdp.v19i103.6591. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6591>>. Acesso em: 8 nov. 2023.
- INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA; DATA LABE. **Por Que Eu?**. Data de Publicação: 21/07/2022. Disponível em: <<https://datalabe.org/relatorio-por-que-eu/>>. Acesso em: 8 nov. 2023.
- MATA, Jéssica da. **A política do enquadro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.
- NEW YORK. Second District. **Floyd v. City of New York**, 959 F. Supp. 2d 540. Data de publicação: 12/08/2013. Disponível em: <<https://ccrjustice.org/home/what-we-do/our-cases/floyd-et-al-v-city-new-york-et-al>>. Acesso em: 7 nov. 2023.
- NICOLITT, André. **Carioquice Negra, Stop and Frisk**: Abordagem Policial e o Novo CPP, 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/olhares-interseccionais/355264/carioquice-negra-stop-and-frisk-abordagem-policial-e-o-novo-cpp>>. Acesso em: 23 fev. 2023.
- PINC, T. **Abordagem policial**: um encontro (des) concertante entre a polícia e o público. Revista Brasileira de Segurança Pública, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 6-23, 2007.
- RISSO, Melina I. **Da prevenção à incriminação**: os múltiplos sentidos da abordagem policial, 2018.

Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/20728>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

UNITED STATES. Supreme Court. **Peters v. New York**, 392 U.S. 40. Data de julgamento: 10/06/1968.

Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/40/>>. Acesso em: 7 nov. 2023.

UNITED STATES. Supreme Court. **Sibron v. New York**, 392 U.S. 40. Data de julgamento: 10/06/1968.

Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/40/>>. Acesso em: 7 nov. 2023.

UNITED STATES. Supreme Court. **Terry v. Ohio**, 392 U.S. 1. Data de julgamento: 10/06/1968.

Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/1/>>. Acesso em: 7 nov. 2023.

WANDERLEY, Gisela A. **Abordagem Policial Sob Suspeita**: Filtragem Racial na “Stop And Frisk” e Controle Judicial das Práticas Policiais a Partir dos Casos Terry V. Ohio e Floyd V. City Of New York. In. Revista de Criminologias e Políticas Criminais, 2016.

SOCIEDADES TRANSNACIONAIS, DEVER DE VIGILÂNCIA E RESPONSABILIDADE PENAL. UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO A PARTIR DO CONTEXTO NORMATIVO FRANCO-BRASILEIRO¹

TRANSNATIONAL COMPANIES, DUTY OF VIGILANCE AND CRIMINAL LIABILITY. A FIRST APPROACH FROM THE FRANCO-BRAZILIAN REGULATORY CONTEXT

DIETER AXT²

FABIO ROBERTO D'AVILA³

RESUMO: Uma série de eventos críticos socioambientais ligados à deslocalização empresarial e à globalização posiciona no centro do debate jurídico o comportamento responsável de empresas transnacionais. Esse cenário tem impulsionado o debate sobre os riscos penais associados ao dever de vigilância das sociedades-mãe. A noção de dever de vigilância (*devoir de vigilance, duty of care*) foi concebida pelo legislador francês para dar conta desse fenômeno jurídico à luz da personalidade jurídica das empresas. A positivação do dever de vigilância na lei n.º 2017-399 de 27 de março de 2017 pelo Parlamento francês instituiu o dever de sociedades transnacionais francesas de promoverem ações necessárias para identificar riscos e para prevenir impactos negativos sobre direitos humanos, liberdades fundamentais e meio-ambiente que estejam associados ao desenvolvimento de sua atividade econômica ao longo de toda a cadeia de valor. A inobservância ao dever de vigilância permite a atribuição de responsabilidade jurídica à sociedade-mãe, uma vez que ela passa a estar potencialmente conectada por uma cadeia causal ao resultado desvalioso na hipótese em que a adoção do *compliance* poderia tê-lo prevenido ou minimizado. No presente estudo, vamos abordar as principais noções deste instituto – recentemente incorporado ao quadro jurídico

- 1 O presente artigo é fruto da aproximação entre as pesquisas que vêm sendo desenvolvidas, de um lado, por Dieter Axt no âmbito da tese doutoral realizada junto ao Institut de Recherche pour un Droit Attractif (IRDA) da Université Sorbonne Paris Nord (França), sob a orientação do Prof. Doutor Bernard Haftel, e, de outro, pelo Prof. Doutor Fabio Roberto D'Avila no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.
- 2 Doutorando e Mestre pela Université Sorbonne Paris Nord (2022), Mestre em Direito Público pela Unisinos (2018) e Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS (2014). Entre os anos de 2021 e 2022, concluiu período de estágio no departamento de crimes econômicos e financeiros do *Parquet* da Corte de Apelo de Paris, integrou a clínica jurídica da Association des juristes de Sorbonne Paris Nord e coordenou o time de arbitragem em direito desportivo internacional da Université Sorbonne Paris Nord. Advogado e sócio do escritório D'Avila, Oliveira & Axt.
- 3 Professor Titular da Escola de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS, Pós-Doutor em Ciências Penais pela Johann Wolfgang Goethe Universität, Frankfurt am Main, Alemanha (2007), com apoio da Fundação Alexander von Humboldt (Bonn, Alemanha), Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal (2004). Advogado e sócio do escritório D'Avila, Oliveira & Axt, consultor e parecerista em matéria penal.

européu pela Diretiva (UE) 2024/1760 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024 – e os riscos de desdobramentos criminais a ele associados. Nosso enfoque se dará sobre o tratamento dado aos crimes omissivos impróprios no direito brasileiro a partir desse movimento identificado na legislação francesa.

PALAVRAS-CHAVE: dever de vigilância; crimes omissivos impróprios; comissão por omissão; dever de garantia; garante.

ABSTRACT: A series of critical socio-environmental events linked to offshoring and globalization has brought the issue of responsible conduct by transnational companies to the forefront of legal discussions. These developments have triggered a debate concerning the criminal liability risks associated with the duty of care of parent companies. The concept of duty of vigilance (*devoir de vigilance*, duty of care) was introduced by the French legislator to address this legal issue, considering the legal personality of companies. French Law No. 2017-399, enacted in 2017, imposes a duty of vigilance on French transnational companies, requiring them to implement measures to identify risks and prevent adverse impacts on human rights, fundamental freedoms, and the environment throughout their entire value chain. Failure to comply allows legal liability to be attributed to the parent company, as it is potentially connected by a causal chain to the harmful result, which could have been prevented or mitigated through compliance. In this study, we will address the main notions of this institute – recently incorporated into the European legal framework by Directive (EU) 2024/1760 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 – and the risks of criminal consequences associated with it. Our focus will be on the treatment given to improper omission crimes in Brazilian law based on this movement identified in French legislation.

KEYWORDS: duty of vigilance; improper omission crimes; commission by omission; duty of guarantee; guarantor.

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais; 2 O dever de vigilância na França e o advento da lei nº 2017-399/2017; 2.1 Plano de vigilância; 2.2. Inobservância do dever de vigilância e omissão jurídico-penal; 3 Responsabilidade penal e omissão; 3.1 Breves notas sobre o modelo normativo francês; 3.2 Riscos criminais e tendências no direito nacional associados aos desdobramentos da legislação francesa; 4 Considerações finais; Referências bibliográficas

1 Considerações iniciais

Recentemente, a Decathlon passou a enfrentar questionamentos internacionais relacionados a possíveis violações de direitos humanos e de liberdades fundamentais na sua cadeia de produção. No caso, uma investigação jornalística conduzida pela Disclose em parceria com a Cash Investigation afirmou que um dos principais fornecedores da marca francesa contaria com uma rede de trabalho

forçado e infantil da minoria étnica uighur na China.⁴ A fábrica localizada na cidade de Sanzhiwang pertenceria ao segundo maior fornecedor têxtil manufatureiro da marca na China. Segundo a reportagem, somente em 2022, a Decathlon teria adquirido 43 milhões de euros em roupas deste fornecedor-chave. Paralelamente, a mesma plataforma de jornalismo investigativo trouxe a informação de que a cadeia de produção das duas maiores fábricas de calçados da marca francesa no Vietnã poderia estar potencialmente contaminada pelo abastecimento de couro de boi proveniente do desmatamento ilegal no Brasil.⁵ Os questionamentos se somam a uma série de eventos semelhantes que os antecederam e dizem respeito aos limites da responsabilidade jurídica de companhias globais pela violação a direitos humanos e sociais nos chamados países pobres. Esse é um tema cada vez mais atual na ordem global da responsabilidade social de grandes corporações.

Antes disso, essa relação já apresentava antecedentes complexos e situações de grande repercussão. Em 1984, a catástrofe química de Bhopal, na Índia, foi produzida pelo vazamento de gás tóxico da fábrica de pesticidas pertencentes à filial indiana da Union Carbide Corporation, deixando um rastro de milhares de mortes e de dezenas de milhares de intoxicações. Em 2010, a explosão da plataforma petrolífera Deepwater Horizon no Golfo do México, alugada pela multinacional British Petroleum (BP), causou o vazamento de 779 000 toneladas de petróleo, provocando o fenômeno conhecido por “maré negra”. Em 2013, o desabamento do Rana Plaza em Bangladesh trouxe as gigantes do setor têxtil para o centro desse debate. Conhecida por ser a mais mortal da história do trabalho, a tragédia causou a morte de mais de 1100 trabalhadores subcontratados. A história se repetiu no Brasil, com o notório rompimento da barragem de Mariana, em 5 de novembro de 2015. O vazamento de mais de 40 milhões de metros cúbicos de rejeitos de mineração no rio Doce causou a morte de 19 pessoas e destruiu os distritos de Bento Rodrigues e de Paracatu de Baixo, marcando o pior desastre socioambiental da história brasileira. A barragem era administrada por uma *joint venture* que reunia as mineradoras BHP Billiton Brasil LTDA e Vale S.A.⁶

4 LEIBOVICI, Pierre; GARCIA, Gabriel. Decathlon profits from Uyghur forced labour in China. **Disclose**, Le Pré Saint Gervais, 6 fev. 2025. Direitos Humanos. Disponível em: <https://disclose.ngo/en/article/decathlon-profits-from-uyghur-forced-labour-in-china>. Acesso em: 18 abr. 2025.

5 LEIBOVICI, Pierre; HEUGTEN, Yara van. Decathlon's Quechua shoes manufactured by suppliers linked to deforestation in Brazil. **Disclose**, Le Pré Saint Gervais, 8 fev. 2025. Direitos Humanos. Disponível em: <https://disclose.ngo/en/article/decathlons-quechua-shoes-manufactured-by-suppliers-linked-to-deforestation-in-brazil>. Acesso em: 18 abr. 2025.

6 A esse respeito, oportuno ver os desdobramentos no âmbito do direito internacional privado envolvendo o caso Mariana. A ação coletiva movida na justiça inglesa se funda sobre a jurisprudência *Vedanta* (Lungowe v Vedanta Resources plc [2019] UKSC 20), em que restou reconhecido a existência do dever de cuidado (*duty of care*) da sociedade-mãe *Vedanta Resources* sobre a subsidiária zambiana *Konkola Copper Mines*, uma vez que comprovado que ela exercia um controle significativo sobre a operação local da empresa controlada. INGLATERRA, United Kingdom Supreme Court. **Vedanta Resources PLC & Anor v Lungowe & Ors** [2019] UKSC 20, 10 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2019/20.html>. Acesso em: 28 abr. 2025. INGLATERRA. High court of Justice, Technology and Construction Court, Queen's Bench Division. **Município de Mariana v. BHP Plc & BHP group Ltd**, Liverpool.

O desafio de se fazer frente a essa série de eventos críticos trouxe para o direito a necessidade de se debruçar sobre as suas causas e consequências. Ao redor do mundo, juristas de diferentes áreas têm se dedicado a estudar mecanismos de governança, de prevenção e de atribuição de responsabilidade jurídica em casos de danos socioambientais que envolvam grandes corporações e sociedades globais. Um dos principais instrumentos desenvolvidos consiste no *dever de vigilância* (*devoir de vigilance*, *duty of care*), que tem se consolidado como uma importante ferramenta para definir a extensão da responsabilidade de sociedades transnacionais em eventos desta natureza. Ancorado no conceito de *duty of care* do direito comercial e contratual anglo-saxão, o dever de vigilância foi positivado pelo legislador francês através da lei n.º 2017-399 de 27 de março de 2017, em resposta imediata à tragédia do Rana Plaza (2013). Ao vir à luz, a lei francesa de 2017 inaugurou um novo marco na responsabilização civil de sociedades transnacionais, estendendo o dever legal de prevenção de riscos às complexas cadeias de valor contemporâneas sob a perspectiva de uma preocupação ética. O dever de vigilância permite, assim, a atribuição de responsabilidade jurídica à sociedade-mãe, em situações específicas e de acordo com o caso concreto, uma vez que ela passa a estar potencialmente conectada por uma cadeia causal ao resultado desvalioso.⁷

A relevância do dever de vigilância para o debate jurídico é crescente. Prova disso é a sua recente incorporação ao quadro jurídico europeu pela Diretiva (UE) 2024/1760 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, que dispõe acerca do dever de vigilância das empresas em matéria de sustentabilidade. No presente estudo, iremos analisar o quanto desse movimento iniciado no direito francês é relevante para pensarmos desdobramentos criminais futuros no âmbito do direito penal nacional.

2 O dever de vigilância na França e o advento da lei n.º 2017-399/2017

A lei sobre o *dever de vigilância* (lei n.º 2017-399 de 27 de março de 2017) surge, na França, com o duplo objetivo de *prevenir* riscos e de *reparar* eventos críticos associados à deslocalização da atividade econômica e da cadeia de valor de socie-

7 CHALAS, Christelle; MUIR WATT, Horatia. Vers une regime de compétence adapté à la responsabilité environnementale des entreprises multinationales? Point d'étape post-Brexit (Affaires Municipio de Mariana v. BHP plc & BHP Group Ltd.; Okpabi and others v. Royal Dutch Shell Plc and another). *Revue critique de droit international privé*, Paris, n.º 2, p. 333-347, 2021/2. Disponível em: <https://droit.cairn.info/revue-critique-de-droit-international-prive-2021-2-page-333?lang=fr>. Acesso em: 18 abr. 2025; BOSKOVIC, Olivera. *Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé*, Paris : Recueil Dalloz 2016, p. 385.

dades transnacionais francesas (artigos L225-102-1⁸ e L225-102-2⁹ do Código comercial francês). Ela se aplica às sociedades anônimas¹⁰ francesas que empreguem, durante dois exercícios consecutivos, pelo menos cinco mil funcionários na França, incluindo suas filiais diretas ou indiretas, ou pelo menos dez mil funcionários em nível mundial. De um lado, a finalidade de *prevenção* está posta na exigência de que sociedades-mãe mapeiem os riscos gerados pelas atividades desenvolvidas ao longo de toda a sua cadeia de valor e elaborem, a partir disso, um plano de vigilância apto a combatê-los. Trata-se de obrigação de meio, e não de resultado. O novo *standard* institui uma norma de diligência voltada à identificação de riscos e à prevenção de impactos negativos sobre direitos humanos, liberdades fundamentais

- 8 Artigo L225-102-1, CCmFr (Modifié par Ordonnance n°2023-1142 du 6 décembre 2023 - art.) : I.-Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance. Les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés au premier alinéa sont réputées satisfaire aux obligations prévues au présent article dès lors que la société qui les contrôle, au sens de l'article L. 233-3, établit et met en œuvre un plan de vigilance relatif à l'activité de la société et de l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle. Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation. Pour les sociétés produisant ou commercialisant des produits issus de l'exploitation agricole ou forestière, ce plan comporte en particulier des mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir la déforestation associée à la production et au transport vers la France de biens et de services importés. Un arrêté définit les catégories d'entreprises mentionnées au quatrième alinéa du présent I. Le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale. Il comprend les mesures suivantes : 1° Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ; 2° Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ; 3° Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ; 4° Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ; 5° Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité. Le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective sont rendus publics et inclus dans le rapport de gestion mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 225-100. Ils peuvent renvoyer, le cas échéant, aux informations en matière de durabilité prévues aux articles L. 232-6-3 et L. 233-28-4. Un décret en Conseil d'Etat peut compléter les mesures de vigilance prévues aux 1° à 5° du présent article. Il peut préciser les modalités d'élaboration et de mise en œuvre du plan de vigilance, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale. II.-Lorsqu'une société mise en demeure de respecter les obligations prévues au I n'y satisfait pas dans un délai de trois mois à compter de la mise en demeure, la juridiction compétente peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre, le cas échéant sous astreinte, de les respecter. Le président du tribunal, statuant en référé, peut être saisi aux mêmes fins.
- 9 Artigo L225-102-2, CCmFr (Modifié par Ordonnance n°2023-1142 du 6 décembre 2023 - art. 4) : Dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-1 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter. [...] L'action en responsabilité est introduite devant la juridiction compétente par toute personne justifiant d'un intérêt à agir à cette fin. La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci, selon les modalités qu'elle précise. Les frais sont supportés par la personne condamnée. La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte.
- 10 A lei francesa de 2017 se aplica às sociedades anônimas francesas e a outras formas de sociedade que apliquem as mesmas disposições em matéria de assembleias de acionistas e de relatórios de administração. Em particular, as Sociedades em Comandita por Ações (SCA) e as Sociedades por Ações Simplificadas (SAS). DUTHILLEUL, Anne ; JOUVENEL, Matthias de. *Évaluation de la mise en oeuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, Conseil général de l'économie, 2020, p. 16.

e meio-ambiente (*due diligence*). Esse dever coloca também a obrigação de criação de mecanismos de alerta e de implementação de um sistema capaz de monitorar a efetividade das medidas preventivas adotadas. De outro, a finalidade de *reparação* se coloca através da responsabilização civil e da indenização às vítimas. Com efeito, a inobservância ao dever de vigilância pode configurar motivo suficiente para incluir a sociedade-mãe na cadeia causal que dá origem ao resultado desvalioso, desde que haja razão suficiente para se entender que a satisfação do dever de vigilância poderia tê-lo evitado ou minimizado. Abre-se, com isso, às vítimas uma nova via de reparação; e, às empresas, um novo flanco de responsabilização.¹¹

2.1 Plano de vigilância

A legislação francesa estipula que as sociedades-mães ou controladoras têm a obrigação legal de estabelecer, preventiva e publicamente, um plano de vigilância e de colocá-lo em prática. O plano de vigilância deve ser elaborado em associação com as partes interessadas e tem por escopo prevenir e minimizar não apenas os riscos associados à atividade desempenhada pela sociedade controladora em si, mas também aqueles gerados pela atividade de suas filiais, que ela controle direta ou indiretamente¹² (nos termos da legislação comercial francesa),¹³ bem como de terceirizados e de fornecedores com quem ela possua relação comercial estabelecida. Esse acréscimo é particularmente notável: a norma torna evidente a finalidade de abranger o fenômeno da deslocalização de empresas e de evitar que, por meio da terceirização de serviços ou da constituição de novas pessoas jurídicas, as sociedades-mãe ou controladoras possam driblar legislações sociais e ambientais rigorosas a fim de blindar de responsabilização jurídica as esferas verdadeiramente responsáveis pelas tomadas de decisão e pelas definições estratégicas. Concretamente, significa que, ao estabelecer relações comerciais, a empresa não deve mais pautar a sua decisão exclusivamente pelo critério econômico. Ela deve também assegurar-se de que suas subsidiárias, terceirizados e fornecedores atendam a um

11 HAUTEREAU-BOUONNET, Mathilde (dir.); TRUILHÉ, Eve (dir.). **Le procès environnemental: du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement**. Paris : Dalloz, 2021; BOSKOVIC, Olivera. *L'efficacité du droit international privé en matière environnementale*. In: BOSKOVIC, Olivera (dir.). **L'efficacité du droit de l'environnement: mise en œuvre et sanctions**. Paris: Dalloz. 2010; GUILLARD, Charlotte. *Protection de l'environnement et justice conflictuelle: une nouvelle équation pour le droit international privé?* Cour de cassation (1re civ.), 9 mars 2022, n.º 20-22.444. **Revue critique de droit international privé**, Paris, n.º 2(2), p. 251-271, avril-juin, 2022. Disponível em: [https://shs.cairn.info/article/RCDIP_222_0251 /pdf?lang=fr](https://shs.cairn.info/article/RCDIP_222_0251/pdf?lang=fr). Acesso em: 18 abr. 2025.

12 O termo "filiais indiretas" contempla as filiais das filiais.

13 Nesse sentido, a legislação remete ao conceito de sociedade controlada definido no inciso II do art. L. 233-16 do Código comercial francês, que estabelece a existência de controle exclusivo quando houver: (i) a detenção direta ou indireta da maioria dos direitos de voto de uma outra empresa; (ii) a designação, durante dois exercícios consecutivos, da maioria dos membros dos órgãos de administração, de direção e de vigilância de uma outra empresa, sendo o controle presumido quando o controlador dispuser, nesse período, direta ou indiretamente, de uma fração superior a 40% dos direitos de voto, sem que outro sócio ou acionista detenha fração superior à sua; e, (iii) o direito de exercer uma influência dominante sobre uma empresa em virtude de um contrato ou de cláusulas estatutárias, quando o direito aplicável assim o permitir [tradução livre].

padrão mínimo de normas sobre direitos humanos, direitos sociais e proteção ao meio-ambiente. Para esse fim, a legislação fez eco ao critério jurisprudencial adotado pela Corte de cassação, de modo que a relação comercial com subcontratados e fornecedores deve ser regular, estável e significativa para justificar a incidência da legislação (Cass. Com., 6.09.11, nº 10-30.679;¹⁴ Cass. Com., 20.03.12, nº 10-26.220).¹⁵ Ou seja, deve ser uma relação de tal forma estabelecida e durável que integre a operação regular da cadeia de valor da empresa. Se a terceirização de serviços se der de forma precária, a sociedade-mãe corre o risco de ser responsabilizada, caso não tenha colocado em ação os mecanismos necessários a preveni-los.¹⁶ Para alguns autores, a legislação colocaria uma *norma de gestão*,¹⁷ consistente na impeniosidade do plano de vigilância em adequação ao interesse social que deve pautar a pessoa jurídica.¹⁸

Como se nota, há um elemento fundamental que perpassa o dever de vigilância, desde as suas raízes no direito anglo-saxão. Trata-se do dever de *prudência*, que coloca sobre o indivíduo o dever de agir com o discernimento necessário a fim de evitar causar prejuízo a outrem. Com o progresso econômico, esse conceito evoluiu, naturalmente, de uma dimensão puramente individual para uma dimensão empresarial e corporativa. O elemento especialmente inovador da legislação francesa está em dar um passo além e estender o dever de prevenção de grandes corporações também às subsidiárias, aos terceirizados e aos fornecedores que se encontrem sob o seu guarda-chuva operacional e que, como tais, integrem, de forma estável, a cadeia de valor. Para além de suas implicações cíveis e comerciais, esse novo *standard* inaugura um sem-número de riscos de natureza criminal no que toca à responsabilização de empresas e dirigentes.

2.2 Inobservância do dever de vigilância e omissão jurídico-penal

O direito penal vem adaptando-se à complexidade do mundo contemporâneo. Nesse novo paradigma, coloca-se a preocupação com a contenção de riscos ligados à atividade empresarial e com a evitação de resultados desvaliosos a ela

14 FRANÇA. Cour de Cassation. Chambre Commerciale. **Pourvoi n.º 10-30.679**. Paris. 6 septembre 2011. Disponível em : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT_000024550309/. Acesso em: 21 abr. 2025.

15 FRANÇA. Cour de Cassation. Chambre Commerciale. **Pourvoi n.º 10-26.220**. Paris. 20.03.12. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT0000_25568037/. Acesso em 21 abr. 2025.

16 BOSKOVIC, *op. cit.* (2023, p. 590); HAFTEL, Bernard. **Droit international privé**. 3. Ed. Paris : Dalloz, 2023.

17 HATCHUEL, Armand; SEGRESTIN, Blanche. Devoir de vigilance: la norme de gestion comme source de droit ? **Droit et Société**, n.º 106(3), p. 667-682, 2020/3. Disponível em: <https://doi.org/10.3917/drs1.106.0667>. Acesso em: 18 abr. 2025.

18 Nesse sentido, a lei francesa Pacte, de 22 de maio de 2019 (loi n.º 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises), introduz a noção de que a sociedade deve ser constituída sobre um quadro geral de responsabilidade em relação a terceiros, e não mais de modo restrito ao mero interesse dos associados.

associados. A necessidade de acompanhar a velocidade das transformações econômicas exige que a gestão desse risco seja absorvida também pelo setor privado. E se isso é assim, não surpreende que a legislação passe a demandar uma fiscalização *interna* de atividades de risco nas grandes corporações privadas, sob o duplo viés *preventivo* e *repressivo*. É nesse cenário que os crimes omissivos adquirem especial relevo sob o prisma do dever de vigilância.

Ainda que o tema da responsabilização penal em razão do dever de vigilância não tenha se colocado concretamente na França até o momento,¹⁹ a simples leitura da legislação francesa faz acender o alerta sobre os riscos penais que vêm a ela associados. Ao prever a obrigação de elaboração do plano de vigilância, a legislação coloca sobre o corpo de dirigentes da sociedade-mãe o dever de evitar resultados lesivos aos bens jurídicos por ela tutelados.²⁰ A cartografia dos riscos deve determinar, de forma precisa, os fatores de perigo ligados à atividade e à organização, que sejam de natureza a provocar resultados desvaliosos.²¹ Portanto, faltar com o dever de vigilância implicará possível *omissão*. E, a depender do tratamento dado pelo ordenamento jurídico, essa omissão pode ser ou não penalmente relevante, seja ela própria ou imprópria.

Em outras palavras, ainda que a práxis jurídica não tenha se ocupado da questão até o momento, o desdobramento comercial do dever de vigilância coloca riscos inequívocos de natureza criminal. E isso tanto em âmbito europeu quanto em âmbito brasileiro, conforme se verá a seguir.

3 Responsabilidade penal e omissão

3.1 Breves notas sobre o modelo normativo francês

Como se sabe, há uma distinção fundamental entre os crimes omissivos próprios e impróprios. Nos crimes omissivos próprios, a situação fática desencadeadora do dever de agir é prevista diretamente pela lei, pelo específico tipo legal omissivo. O exemplo mais comum é, sem dúvida, o crime de omissão de socorro, de presença recorrente em inúmeros países (art. 223-6 do CPFr, art. 135 CPBr). A

19 DAOUD, Emmanuel; RIGAMONTI, Valentin; LACAZE ; MASMONTIEL, Mathilde. Devoir de vigilance et risques pénaux : entre prévention et répression, le plan de vigilance au service de l'entreprise. Paris : **Dalloz Actualité**, 23 de maio de 2024. Disponível em: <https://www.dalloz-actualite.fr/node/devoir-de-vigilance-et-risques-penaux-entre-prevention-et-repression-plan-de-vigilance-au-servi>. Acesso em: 18 abr. 2025.

20 No direito penal francês, a doutrina identifica a existência de riscos penais associados ao mero descumprimento formal no que toca ao dever de vigilância. Trata-se, em especial, de riscos penais de ordem trabalhista, como é o caso do delito de “entrave”, em razão da violação às obrigações que regulam a relação patronal com a entidade sindical. *Ibid* (2024).

21 FRANÇA. Tribunal Judiciaire de Paris. **RG n.º 21/15827** (La Poste). Paris, 5 de dezembro de 2023. Disponível em: <https://web.lexisnexis.fr/LexisActu/laposte.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2025.

partir dessa modalidade delitiva, a lei penal estabelece um dever geral de assistência em situações específicas de perigo, por meio de expressa previsão legal.

Por outro lado, nos crimes omissivos impróprios, dada a ausência de previsão legal (tipo legal) na forma diretamente omissiva, o surgimento do dever de agir dependerá de uma particular conjugação de elementos fáticos e jurídicos. Nessa modalidade omissiva, a responsabilidade penal é decorrente da equiparação entre a conduta ativa, proibida por lei, e o comportamento omissivo de alguém dotado de um especial dever de agir, usualmente denominado de Garante. O Garante tem o dever de impedir a ocorrência do resultado típico, respondendo por ele (pelo resultado) no caso de omissão. Logo, na ausência de um especial dever de agir, não há que se falar em omissão. O dever de garantia exerce, por isso, um papel central e determinante para a existência da omissão imprópria. É dizer, só há crime omissivo impróprio quando o desvalor do comportamento omissivo for equiparável, em termos materiais, por um especial dever de agir, ao desvalor expresso pelo crime em sua modalidade ativa.²²

No ordenamento jurídico brasileiro, a figura da omissão imprópria encontra-se prevista na parte geral do Código penal, no artigo 13, § 2º. A previsão de ordem geral promove uma extensão da figura típica, a partir do especial dever de agir e, assim, da figura do Garante. Esse é também o modelo adotado no parágrafo 13 do SGtB alemão, no parágrafo 2 do ÖSGtb austríaco, no artigo 40 do Código penal italiano, no artigo 10 do Código penal português e no artigo 11 do Código penal suíço.

A França, porém, percorreu caminho diverso. Em homenagem ao princípio da legalidade estrita, optou por recheiar o código penal de tipos legais omissivos, na forma de crimes omissivos próprios, visando a contornar os problemas da tipicidade nos crimes comissivos por omissão.

A controvérsia na doutrina francesa em torno dos crimes comissivos por omissão remonta a julgados célebres, como é o caso da “sequestrada de Poitiers”. O caso trata de uma jovem aristocrática que foi encarcerada em um pequeno quarto por seu irmão e por sua mãe durante 25 anos. Com o falecimento precoce da genitora após o caso vir à tona, somente o irmão da vítima, Marcel Monnier, foi submetido a julgamento. Condenado em primeira instância como partícipe de

22 Nesse contexto, bem se sabe, o resultado assume um papel central no desvalor que expressa o ilícito-típico omissivo impróprio. Contudo, é preciso ter em conta que o relevo do resultado no direito penal se projeta para muito além da modificação do mundo exterior (resultado natural), alcançando também as formas de ofensa a bens jurídicos (resultado jurídico), em um horizonte de acento axiológico-normativo. Em sua concepção jurídica, aliás, o resultado se liga ao dever de agir, como importante marco a revelar a teleologia que lhe é inerente. O dever de agir não se impõe por si só, mas em razão de algo: deve-se agir *para*, p. ex., resguardar a vida e a integridade física de alguém. É pela grande valia dessa específica finalidade que passa a dignidade penal do dever de agir. D'ÁVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 237 s.

atos de violência (*complicité*), ele foi sentenciado a quinze meses de prisão pelo tribunal correcional de Poitiers (7 de outubro de 1901).²³ Em segunda instância, porém, a Corte de apelo de Poitiers o absolveu, entendendo que o caso não provia base legal suficiente para a condenação (CA Poitiers, 20 novembre 1901).²⁴ A Corte entendeu que a omissão de Marcel Monnier, mesmo que houvesse contribuído decisivamente para o resultado, era atípica. Esse julgado marcou profundamente o compromisso do direito penal francês em torno da interpretação estrita da lei penal, estabelecendo um princípio de interdição, de modo a impedir a equiparação judicial de comportamentos omissivos a comissivos.²⁵ Em resposta, o legislador francês viria a editar posteriormente o tipo penal da “omissão de socorro” (art. 223-6 do CPFr).

Entre nós, porém, por força do especial dever de agir, a responsabilidade penal por omissão ganha uma outra amplitude. Ilustrativo, aliás, parece ser a responsabilidade omissiva em torno do delito de estupro. Em 2020, o Superior Tribunal de Justiça entendeu haver justa causa para processar por estupro a irmã de duas menores de idade por ela não haver impedido o marido de praticar reiteradamente crimes de estupro de vulnerável contra uma das vítimas na residência do casal entre os anos de 2011 e 2018 (HC 603.195/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas).²⁶ A Corte superior entendeu que a irmã das menores se encontrava na posição de Garante, devendo ser processada pelo cometimento de crimes de estupro devido à sua omissão em impedir o ato. A Corte de cassação francesa, por outro lado, em caso análogo, buscou afirmar a responsabilidade da genitora não pelo crime de estupro, mas por um delito autônomo, estabelecido na forma da omissão própria. Entendeu, para tanto, apropriada a imputação do delito de não impedimento do cometimento de um crime ou delito (art. 223-6, CPFr) contra uma mãe adotiva que, tendo conhecimento dos abusos sexuais praticados por seu marido contra a filha adotiva do casal, nada fez para impedi-lo, abstendo-se a ponto de tê-los deixado a sós.²⁷

23 Le Procès Monnier. **Le Petit Parisien**, □ Paris, 12 out. 1901. Disponível em: [lepetitparisien](#). Acesso em: 18 abr. 2025; Le Procès Monnier. **Le Petit Parisien**, □ Paris, 9 out. 1901. Disponível em: [lepetitparisien](#). Acesso em: 18 abr. 2025.

24 FRANÇA. Cour d'Appel de Poitiers. Poitiers, 20 novembre 1901. Disponível em: https://ledroit.criminel.fr/jurisprudence/gds_arrets/instr_et_jugt/le_jugt/qualif_faits/qual_posit/confront_loi_faits.htm#trib_corr_poitiers_11_10_1901. Acesso em: 21 abr. 2025.

25 DAN, Adrian. **Le délit de commission par omission**: éléments de droit suisse et comparé. Genève: Schulthess éd. Romandes, 2015. Disponível em: <https://access.archive-ouverte.unige.ch/access/metadata/15e1d2ae-499a-4bb1-9224-acc2d4522600/download>. Acesso em: 21 abr. 2025.

26 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **HC 603.195-PR**. Brasília, 6 de outubro de 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%22603195%22%29+ou+%28HC+adj+%22603195%22%29.suce>. Acesso em: 28 abr. 2025.

27 FRANÇA. Cour de Cassation. Chambre Criminelle. **Pourvoi n.º 92-80.186**. Paris, 31 de março de 1992. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT/000007541816>. Acesso em: 18 abr. 2025.

Do mesmo modo, no tradicional exemplo da genitora que deixa de prover comida e cuidados ao filho menor, o legislador francês introduziu os artigos 227-15 e 227-16, CPFr, para dar conta dessa hipótese específica. Os tipos penais preveem pena de sete anos de prisão e de 100.000 euros de multa para o ascendente – ou qualquer pessoa exercendo a autoridade parental – que deixar de prover alimentos ou cuidados a um menor de 15 anos, a ponto de comprometer a saúde dele. A pena será de 30 anos de reclusão – a mesma prevista para o crime de homicídio doloso – na hipótese em que a omissão resultar na morte da vítima. Ou seja, a responsabilização promovida pelo direito francês se dá pela via dos crimes omissivos próprios, e não do por meio de uma cláusula geral de garantia. Contudo, ainda que o legislador francês se esforce em preencher o código com crimes omissivos próprios,²⁸ é certo que ele não pode dar conta deles na sua totalidade, limitando-se a sua tarefa às hipóteses mais comuns.

Não surpreende, por isso, que a jurisprudência francesa, premida pela legalidade estrita em matéria penal, se veja, por vezes, compelida a acomodar determinadas hipóteses de comissão por omissão, valendo-se, para tanto, do recurso a uma responsabilidade culposa (*não-intencional*) ou por via da responsabilidade penal por *participação* (*complicité*),²⁹ no âmbito do concurso de pessoas.³⁰ Isso porque, como dito, a falta de uma cláusula geral na linha do nosso art. 13, § 2º, do CPBr, abre margem a lacunas normativas em relação a determinados delitos.

Nesse horizonte, no que tange os delitos não intencionais, a flexibilização promovida pela jurisprudência francesa se socorre, muitas vezes, da abertura concedida pelo artigo 121-3 da Parte Geral do CPFr. A regra francesa prevê, na alínea primeira, que “não há crime ou delito sem intenção de cometê-lo”. Em seguida, assinala-se a articulação da culpa em três formas distintas: *faute simple*, *faute délictuelle* e *faute caractérisée*. A alínea terceira dispõe que:

28 São exemplos dessa inserção os tipos penais de abstenção voluntária de impedir um crime ou delito contra a integridade corporal de um terceiro ou de lhe socorrer (art. 223-6, al. 1 e 2), abstenção voluntária de combater um sinistro capaz de provocar perigo à segurança das pessoas (art. 223-7), dentre outros.

29 FREIJ-DALLOZ. Répression de la tentative de complicité : commentaire de l'article 28 du code pénal ivoirien. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris: Dalloz, n. 1, p. 73-85, 1993, p. 76. Disponível em: https://data.decalog.net/enap1/Liens/fonds/REVUE_SCIENCE_CRIMINELLE_1_1993.pdf. Acesso em: 21 abr. 2025.

30 O Código penal francês distingue o autor (art. 121-4, CPFr) do cúmplice (art. 121-7, CPFr). O cúmplice é sancionado nas mesmas penas do autor (art. 121-6, CPFr). A participação (ou cumplicidade) se caracteriza pela ajuda, pela assistência ou pela instigação. Nos termos do art. 121-7, CPFr: *Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre*. A jurisprudência francesa exige, tradicionalmente, que a ajuda ou a assistência se materializem a partir de uma prestação positiva. Segundo LABROUSSE: aquele que se mantém passivo diante da prática de uma infração não é cúmplice (Cass. Crim., 15 janvier 1948, D. 1948.100; Cass. Crim., 26 octobre 1012, S. 1914.1.225). Sem embargo, identifica-se movimentos significativos da jurisprudência francesa no sentido de enquadrar condutas omissivas na via da responsabilidade penal por participação (*complicité*). LABROUSSE, Pascale. Rapport de la conseillère. Cour de cassation, arrêt n.º 1387 du 29 novembre 2022, *Chambre Criminelle*, Pourvoi n.º 20-86.216, p. 17. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/getattache/6385aee875a08105d473cce5/40dcfcb692fc9ea24a09cb8ced0beb0f>. Acesso em: 21 abr. 2025.

[h]á igualmente delito, quando previsto em lei, em caso de *imprudência*, de *negligência* ou de *violação a uma obrigação de cuidado ou de segurança prevista por lei ou regramento*, se estiver estabelecido que o autor dos fatos não adimpliu com as diligências normais, tendo em conta, nos casos aplicáveis, a natureza de suas missões ou de suas funções, de suas competências assim como do poder e dos meios de que ele dispunha [faute simple].³¹

E, nos termos da alínea quarta do mesmo dispositivo legal:

[as] pessoas físicas que não tenham causado diretamente o dano, mas que tenham criado ou contribuído para criar a situação que permitiu a realização do dano ou que não tenham tomado as medidas necessárias a evitá-lo, são responsáveis penalmente se for estabelecido que elas tenham *violado de forma manifestamente deliberada uma obrigação particular de prudência ou de segurança prevista por lei ou regramento* [faute délibérée] ou cometido uma *negligência grave* [faute caractérisée] *que expusesse outrem a um risco de uma gravidade particular que não poderia ser ignorada*.³²³³

Interessa aportar dois exemplos de incidência desta hipótese legal. O primeiro caso é o do sujeito que aluga um *jet ski* a alguém que não possui a permissão ou os conhecimentos necessários para conduzi-lo. Esse condutor, por sua vez, provoca um acidente fatal ao colidir contra outro veículo aquático. A Corte de cassação francesa condenou o locatário do veículo aquático por homicídio culposo e lesões corporais culposas, tendo em vista a imprudência, a negligência e a violação às obrigações de segurança e de prudência impostas pela lei e por regramento, decorrentes de ele ter consentido em alugar o *jet ski* a alguém que não detinha o conhecimento ou a permissão necessários para conduzir o veículo a motor.³⁴ A Corte de cassação entendeu, portanto, que o locatário contribuiu indiretamente para o resultado, nos termos do artigo 121-3, alínea 4, CPFr, ao criar a situação que permitiu o dano, ao não adotar as medidas necessárias a evitá-lo e ao expor outrem a risco grave. Em outra oportunidade, a Corte de cassação também serviu-se da aplicação do artigo 121-3, alínea 4, CPFr, para embasar a condenação pelo crime de poluição de águas do diretor técnico da Peugeot Citröen Poissy, titular de uma delegação de poderes em matéria ambiental, responsabilizando-o por não ter adotado as providências necessárias para evitar o rejeito de matérias poluentes no curso d'água, muito embora devesse conhecer os riscos que a instalação da usina

31 Tradução livre.

32 Tradução livre.

33 A redação atual do artigo é fruto da Lei n.º 2000-647 de 10 de julho de 2000, que visava a trazer maior precisão à definição dos *delitos não intencionais*.

34 FRANÇA. Cour de Cassation. Chambre Criminelle. **Pourvoi n.º 04-81.024**. Paris. 5 de outubro de 2004. Bulletin Criminel n.º 236. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007069506>. Acesso em: 18 abr. 2025.

gerava, tendo em vista a ocorrência de incidentes anteriores e os riscos ambientais consideráveis que lhe eram inerentes.³⁵

Esse borramento de fronteiras se coloca também em casos mais sensíveis, na via da responsabilidade penal por participação, no âmbito do concurso de pessoas. Ainda que a legislação penal francesa preveja que a *cumplicidade* (art. 121-7, CPFr) dependa de uma prestação positiva, nota-se que pode haver a flexibilização desse entendimento quando se trata de enquadrar atos omissivos como se comissivos fossem, com o intuito de se viabilizar a solução punitiva. A jurisprudência francesa procura distinguir, nesse sentido, a inação verdadeiramente neutra da inação que, desprovida de qualquer ação positiva, constitui um encorajamento ao autor principal.³⁶ Cita-se, como exemplo dessa distinção, a condenação de um homem que acompanhou a mulher grávida para realizar um procedimento abortivo.³⁷ Entretanto, a doutrina reconhece que a jurisprudência tende a alargar ainda mais o conceito de *cumplicidade* (participação) quando se está diante de alguém que tinha o dever de agir para evitar um resultado.³⁸ É o caso do precedente da Corte de cassação que entendeu que a mãe que não impediu o filho de matar o pai seria cúmplice do filho no crime de parricídio, tendo em vista a ascendência psicológica que ela possuía sobre o parricida e o fato de haver permitido a ele o acesso a uma arma de fogo carregada.³⁹

À luz desse quadro, no direito francês os riscos penais associados ao dever de vigilância compreendem, por princípio, a existência de previsão legal específica. Entretanto, a partir da análise jurisprudencial, percebe-se a existência de duas importantes vias alternativas que se edificam e que incrementam o risco de responsabilização criminal em hipóteses omissivas: a atração pela via não-intencional a partir da abertura promovida pelo artigo 121-3 da Parte Geral do CPFr, e a flexibilização do conceito de *cumplicidade* (art. 121-7, CPFr), permitindo o enquadramento de condutas notadamente omissivas como se comissivas fossem.

35 FRANÇA. Cour de Cassation. Chambre Criminelle. **Pourvoi n.º 04-82.485**. Paris. 19 de outubro de 2004. Bulletin Criminel n.º 247. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007069092>. Acesso em: 18 abr. 2025.

36 LABROUSSE, *op. cit.* (2022, p. 18).

37 FRANÇA. Cour de Cassation. Chambre Criminelle. Paris. 5 de novembro de 1941, S. 1942.1.89, note Bouzat, apud FREIJ-DALLOZ, *op. cit.* (1993, p. 76).

38 LABROUSSE, *op. cit.* (2022, p. 18).

39 FRANÇA. Cour de Cassation. Chambre Criminelle. **Pourvoi n.º 89-85.743**. Paris. 19 de dezembro de 1989, D. 1990.190. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007064732>. Acesso em: 18 abr. 2025 ; FRANÇA, Cour de Cassation. Chambre Criminelle. 19 décembre 1989, D. 1990.198, note Mayer, apud LEVASSEUR, Georges. Infractions contre les personnes. **Revue de science criminelle et droit pénal comparé**, Paris: Dalloz, n. 2, p. 345-349, 1991, p. 346. Disponível em: [https://data.decalog.net/enap1/Liens/fonds/REVUE SCIENCE CRIMINELLE 2 1991.pdf](https://data.decalog.net/enap1/Liens/fonds/REVUE%20SCIENCE%20CRIMINELLE%201991.pdf). Acesso em: 18 abr. 2025; LABROUSSE, *op. cit.* (2022, p. 18).

Esse fator de risco se revela igualmente presente no que diz respeito à pessoa jurídica se considerarmos que, nos termos do art. 121-2, CPFr,⁴⁰ o diretor da subsidiária estrangeira pode ser compreendido como representante da sociedade-mãe francesa, na medida da delegação de poderes que lhe foi conferida. Em relação à extraterritorialidade, o artigo 113-6, CPFr, prevê que a lei penal francesa é aplicável aos crimes e delitos cometidos por franceses fora do território nacional, ressaltando-se, no tocante aos delitos, que eles sejam também puníveis sob a legislação local. Por outro lado, a lei penal francesa considera o fato cometido em território nacional sempre que, nele, se conformar um dos fatos constitutivos, o que poderia ser o caso da inobservância ao dever de vigilância (artigo 113-2, CPFr). Essa conjunção de fatores amplifica, portanto, no direito francês a existência de riscos criminais decorrentes da omissão ao dever de vigilância.

3.2 Riscos criminais e tendências no direito nacional associados aos desdobramentos da legislação francesa

Diferente do que ocorre na França, entre nós não há regramento semelhante ao introduzido pela lei nº 2017-399 de 27 de março de 2017, no que toca ao dever de vigilância em empresas transnacionais. Uma tal constatação, contudo, não parece afastar todo e qualquer risco em âmbito criminal. Muito pelo contrário. As particularidades da responsabilidade por omissão no Brasil e o estado atual da arte fazem crer que esse não é um problema estritamente estrangeiro. Vejamos isso um pouco mais de perto.

O fundamento e a delimitação do dever de garantia admitem diferentes pontos-de-vista e mantêm direta relação com direito positivo aplicável. Em sua formulação clássica, o dever de garantia era originalmente fundado em parâmetros formais. As suas fontes eram, inicialmente, apenas a lei e o contrato, vindo a admitir, posteriormente, também a ingerência, em razão do prévio atuar perigoso.⁴¹

Às fontes de acento formal sucederam novos parâmetros, agora de natureza material, elaborados a partir da função exercida pela respectiva posição de garantia, o que ficou conhecido por teoria das funções. A partir desse entendimento, com grande aceitação nos dias de hoje, é possível classificar o dever de garantia em dois grandes grupos, os quais se encontrariam conjugados nas alíneas a, b e c do §2º do art. 13 do CPBr: os *deveres de proteção* e os *deveres de vigilância*.

40 Art. 121, CPFr: *Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.*

41 LEITE, André Lamas. *As "posições de garantia" na omissão impura*: em especial, a questão da determinabilidade penal. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 147 s.

Em termos gerais, os deveres de proteção impõem ao Garante o dever de proteger determinados bens jurídicos, perante toda e qualquer fonte de perigo, em razão de um especial vínculo de cuidado entre eles. Trata-se de dever que surge da relação entre Garante e bem jurídico. Daí ser chamado de Garante de Proteção. Ao passo que os deveres de vigilância surgem da relação entre o Garante e a fonte de perigo, fazendo com que o Garante tenha de evitar todos os resultados desvaliosos que possam advir de uma determinada fonte de perigo, independentemente do bem jurídico ameaçado (Garante de Vigilância).⁴² E é nesse preciso espaço, no âmbito dos deveres de vigilância que, nos últimos anos, têm se multiplicado os aportes em favor do reconhecimento do dever de garantia do administrador, no que se refere a crimes praticados por seus funcionários e relacionados à atividade empresarial.⁴³ Orientação que, bem ou mal, conforma hoje uma clara tendência.

Nesse preciso horizonte normativo e hermenêutico, não é difícil perceber que a responsabilidade penal por omissão se desdobra com muito mais facilidade e flexibilidade. Aqui, ao contrário do modelo francês, a mera ausência de lei específica a regular o dever de vigilância em atividades empresariais transnacionais não se fará óbice suficiente e definitivo à responsabilização penal. Preponderante se fará, na identificação do dever de garantia, o desenho fático-jurídico, o efetivo exercício de controle fático sobre a empresa, para além do seu mero quadro formal.⁴⁴

Desenho este que ganha um novo e fundamental aporte em âmbito transnacional, a partir da lei francesa n.º 2017-399 de 27 de março de 2017. Isso porque, em que pese se trate de legislação estrangeira, ao instituir *formalmente* um dever de vigilância, ela reconhece e reforça um novo modelo de gestão que passa agora a ser exigível das empresas transnacionais francesas. E que, por decorrência lógica, deverá ser considerado na leitura do dever de garantia previsto no artigo 13, § 2º, CPBr. Parâmetros que se somam na tentativa de traduzir o efetivo domínio da gestão empresarial e consequente responsabilidade pelos atos decisórios. Esse é o fator que prepondera para determinar a responsabilidade penal em âmbito empresarial.

Dito de outra forma, se o domínio da empresa passa, em medida relevante, pela sociedade-mãe que está fora do país, com a mitigação da autonomia da sociedade controlada nesse ponto preciso, a responsabilidade penal por fatos cometi-

42 FARIA COSTA, José de. **Direito penal**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017, p. 498.

43 Ver, por todos, ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

44 ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 410.

dos no Brasil poderá se projetar para fora das fronteiras nacionais, alcançando os dirigentes da matriz. E, de fato, a atual legislação francesa estabelece uma nova relação com a sociedade-mãe, marcada pela ascendência da matriz, posicionando-a como responsável por definir, mapear e prevenir as fontes de perigo associadas às atividades desenvolvidas não só por filiais e subsidiárias, como também por terceirizados e fornecedores com quem exista relação comercial estabelecida. Abre-se, em outras palavras, todo um âmbito de responsabilidade a demandar concreta verificação a cada caso, em uma possível linha de coparticipação estrangeira na tomada de decisões da filial ou subsidiária nacional. Com a edição da lei francesa, acentua-se, pois, o risco criminal no Brasil.

Retornando à hipótese que abre o presente ensaio, o caso *Decathlon* que envolve o Brasil é bastante ilustrativo. Com efeito, a possível contaminação da cadeia de produção da Decathlon com matéria-prima proveniente de desmatamento ilegal no Brasil – o que, aqui, se coloca a título de mera hipótese, eis que a questão está por ora limitada a uma matéria jornalística – colocaria um potencial problema de vigilância. Nesse sentido, pode não ser suficiente a carta de compromisso que a marca francesa afirma ter exigido que seu principal fornecedor de couro na Ásia assinasse em fevereiro de 2024, se o esforço se provar meramente *pro forma*: “a Decathlon não deseja que nenhum fornecedor utilize couro proveniente de criação de gado vinculada ao desmatamento [e] desejamos que você identifique a origem do couro utilizado [...] e a documente mediante solicitação”.⁴⁵ Outro interessante caso, também aqui trazido a título de mera hipótese para ilustrar os riscos associados ao tema, toca o possível abastecimento de gôndolas de supermercado com carne bovina oriunda de áreas de desmatamento ilegal e de invasão de terras indígenas, e envolve o grupo francês *Casino*, então controlador da rede de supermercados do grupo Pão de Açúcar no Brasil. O caso rendeu ao grupo francês uma ação movida por ONGs e associações diante da justiça francesa, atualmente em trâmite perante o Tribunal Judiciaire de Paris, em razão do alegado descumprimento ao dever de vigilância.⁴⁶

E, uma vez que no presente estudo se está a tratar de *risco criminal*, na hipótese em que se colocasse a responsabilidade penal de gestores da filial brasileira ou de fornecedores locais, e a depender do grau de contaminação da operação do grupo francês e da omissão de seus dirigentes em prevenir resultados desvaliosos provenientes dessa determinada fonte de perigo, não seria de se descartar que fos-

45 Tradução livre. No original, em inglês, o documento declara que: “Decathlon does not want any supplier to introduce leather from cattle breeding linked to deforestation [and] we wish you to identify the origin of leather used [...] and document it on demand”. LEIBOVICI, *op. cit.* (2025b).

46 FRANÇA. Tribunal Judicial de Saint-Étienne. *Sherpa e outros v. Groupe Casino*. Petição inicial, 2 mar. 2021. Disponível em: https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2021/20210302_13435_complaint.pdf. Acesso em: 4 jul. 2025.

sem eles alcançados por uma responsabilidade penal compartilhada, assim como a própria pessoa jurídica da sociedade-mãe em se tratando da imputação de crime ambiental. O dever de fiscalizar e vigiar imposto pela legislação francesa operaria, nesse contexto, como importante elemento de fundamentação e facilitação no processo de identificação da responsabilidade penal. Sempre lembrando, como é evidente, que, ao descumprimento ao dever de vigilância eventualmente identificado nessas hipóteses, deve-se somar uma série de outros parâmetros jurídico-penais que, somente se igualmente atendidos, permitiriam a conformação de uma efetiva responsabilidade penal.

Uma vez que o direito penal brasileiro rechaça a responsabilidade penal objetiva, a imputação em crimes omissivos impróprios não se restringe à fundamentação e à conformação do especial dever de agir, dentre nós positivado no art. 13, § 2º, alíneas a, b e c, CPBr. Os seus pressupostos estendem-se, de um lado, a múltiplos parâmetros objetivos, atinentes à capacidade e à possibilidade de agir, bem como à imputação objetiva do resultado. E, de outro, a exigências próprias do tipo subjetivo, postas pelo art. 18 do CPBr. Parâmetros que, em seu conjunto, devem resguardar a racionalidade e a rigorosa adequação dogmática e principiológica na aplicação da lei penal, tudo de modo a evitar que leituras levianas possam levar a conclusões descuidadas e precipitadas.

Logo, ao aumento do âmbito de incidência penal, em razão do novo desenho fático e normativo da matéria de proibição, deve-se contrapor o estrito e rigoroso atendimento às garantias penais e processuais penais, como recurso indispensável à preservação do espaço de legítima incidência do direito penal. Daí que, uma vez posto o problema e dado o sem-número de desdobramentos práticos e teóricos que já se pode antever no processo de individualização da responsabilidade penal, torna-se indispensável ulteriores estudos para o seu devido aprofundamento e uma melhor compreensão dos seus limites.

4 Considerações finais

O instituto do dever de vigilância no direito francês busca trazer maior segurança jurídica às relações comerciais deslocalizadas e globais. A relevância desse instituto para o debate jurídico é incontornável, como demonstra a sua recente incorporação ao quadro jurídico europeu pela Diretiva (UE) 2024/1760 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, que trata do dever de vigilância das empresas em matéria de sustentabilidade. No direito, entretanto, é comum que novas soluções também tragam novos desafios. E não é diferente na hipótese desta intrincada matéria. Ainda que o tema possua enorme potencial, a exata extensão de seus reflexos penais ainda é incerta, e deverá ser observada caso a caso.

Na presente hipótese, o fato de o direito francês não trabalhar com a figura da comissão por omissão, em homenagem à legalidade penal estrita, desloca, muitas vezes, para a jurisprudência a tarefa de encontrar soluções criativas, evitando-se lacunas. Com efeito, ainda que a nova lei sobre o dever de vigilância não tipifique ilícitos penais, o dever por ela imposto, conjugado com o alargamento jurisprudencial do âmbito de incidência dos delitos culposos (*delitos não-intencionais*) e do instituto da *cumplicidade* (participação), abre portas para o risco de responsabilização criminal de dirigentes por resultados desvaliosos derivados da omissão ao dever de vigilância.

Por outro lado, no que cabe ao direito brasileiro, em que pese a ausência de semelhante legislação, o *dever de vigilância* se faz presente por meio de uma das fontes materiais do dever de garantia previsto no artigo 13, §2º, da Parte Geral do CPBr. Nesse sentido, a ausência de uma lei sobre o dever de vigilância não socorre os dirigentes de empresas estrangeiras de responderem penalmente na condição de Garantes. No caso de sociedades anônimas transnacionais francesas esse risco é acentuado, uma vez que a legislação francesa coloca objetivamente esse dever, reforçando, formalmente, a mitigação de autonomia da filial ou subsidiária nacional em relação à controladora estrangeira nesse ponto preciso, e estendendo-o no que diz respeito a terceirizados e fornecedores com quem seja mantida relação comercial estabelecida. O detalhamento dessa responsabilidade, contudo, ainda carece de maior atenção, a qual deverá ser objeto de desenvolvimentos futuros.

Referências bibliográficas

- BOSKOVIC, Olivera. **Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé**. Paris : Recueil Dalloz, 2016.
- BOSKOVIC, Olivera. L'efficacité du droit international privé en matière environnementale. In: BOSKOVIC, Olivera (dir.). **L'efficacité du droit de l'environnement**: mise en œuvre et sanctions. Paris: Dalloz, 2010.
- BOSKOVIC, Olivera. Quelle extraterritorialité pour le devoir de vigilance. **Revue des sociétés**, Paris : Dalloz, n. 10, p. 590-594, oct. 2023.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. HC 603.195-PR. Brasília. 6 de outubro de 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%22603195%22%29+ou+%28HC+adj+%22603195%22%29.suce>. Acesso em: 28 abr. 2025.
- CHALAS, Christelle; MUIR WATT, Horatia. Vers une regime de compétence adapté à la responsabilité environnementale des entreprises multinationales? Point d'étape post-Brexit (Affaires *Municipio de Mariana v. BHP plc & BHP Group Ltd.*; *Okpabi and others v. Royal Dutch Shell Plc and another*). **Revue critique de droit international privé**, Paris, nº 2, p. 333-347, 2021/2. Disponível em : <https://droit.cairn.info/revue-critique-de-droit-international-prive-2021-2-page-333?lang=fr>. Acesso em: 18 abr. 2025.
- D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico, Coimbra: Coimbra, 2005.
- DAN, Adrian. **Le délit de comission par omission** : éléments de droit suisse et comparé. Genève: Schulthess éd. Romandes, 2015. Disponível em : <https://access.archive-ouverte.unige.ch/access/metadata/15e1d2ae-499a-4bb1-9224-acc2d4522600/download>. Acesso em: 21 abr. 2025.
- DAOUD, Emmanuel; RIGAMONTI, Valentin; LACAZE MASMONTIEL, Mathilde. Devoir de vigilance

- et risques pénaux : entre prévention et répression, le plan de vigilance au service de l'entreprise. **Dalloz Actualité**, 23 de maio de 2024. Disponível em: <https://www.dalloz-actualite.fr/node/devoir-de-vigilance-et-risques-penaux-entre-prevention-et-repression-plan-de-vigilance-au-servi>. Acesso em: 18 abr. 2025.
- DUTHILLEUL, Anne ; JOUVENEL, Matthias de. **Évaluation de la mise en oeuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre**, Conseil général de l'économie, 2020.
- ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018.
- FARIA COSTA, José de. **Direito penal**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017.
- FRANÇA, Cour de Cassation. Chambre Criminelle. Paris. 19 décembre 1989, D. 1990.198, note Mayer, apud LEVASSEUR, Georges. Infractions contre les personnes. **Revue de science criminelle et droit pénal comparé**, Paris : Dalloz, n. 2, p. 345-349, 1991. Disponível em: <https://data.decalog.net/enap1/Liens/fonds/REVUE SCIENCE CRIMINELLE 2 1991.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2025.
- FRANÇA. Cour d'Appel de Poitiers. Poitiers. **20 novembre 1901**. Disponível em: <https://ledroitcriminel.fr/jurisprudence/gds-arrets/instr-et-jugt/le-jugt/qualif-faits/qual-positif-confront-loi-faits.htm#trib-corr-poitiers-11-10-1901>. Acesso em: 21 abr. 2025
- FRANÇA. Cour de Cassation. Chambre Commerciale. **Pourvoi n.º 20-26.220**. Paris. 20.03.12. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000025568037/>. Acesso em 21 abr. 2025.
- FRANÇA. Cour de Cassation. Chambre Commerciale. **Pourvoi n.º 10-30.679**. Paris. 6 septembre 2011. Disponível em : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000024550309/>. Acesso em: 21 abr. 2025.
- FRANÇA. Cour de Cassation. Chambre Criminelle. Paris. 5 de novembro de 1941, S. 1942.1.89, note Bouzat, apud FREIJ-DALLOZ. Répression de la tentative de complicité : commentaire de l'article 28 du code pénal ivoirien. **Revue de science criminelle et de droit pénal comparé**. Paris: Dalloz, n. 1, p. 73-85, 1993. Disponível em: <https://data.decalog.net/enap1/Liens/fonds/REVUE SCIENCE CRIMINELLE 1 1993.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2025.
- FRANÇA. Cour de Cassation. Chambre Criminelle. **Pourvoi n.º 04-81.024**. Paris. 5 de outubro de 2004. Bulletin Criminel n.º 236. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007069506>. Acesso em: 18 abr. 2025.
- FRANÇA. Cour de Cassation. Chambre Criminelle. **Pourvoi n.º 04-82.485**. Paris. 19 de outubro de 2004. Bulletin Criminel n.º 247. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007069092>. Acesso em: 18 abr. 2025.
- FRANÇA. Cour de Cassation. Chambre Criminelle. **Pourvoi n.º 07-83.621**. Paris. 13 de novembro de 2007. Bulletin Criminel. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000017736194>. Acesso em: 18 abr. 2025.
- FRANÇA. Cour de Cassation. Chambre Criminelle. **Pourvoi n.º 89-85.743**. Paris. 19 de dezembro de 1989, D. 1990.190. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007064732>. Acesso em: 18 abr. 2025.
- FRANÇA. Cour de Cassation. Chambre Criminelle. **Pourvoi n.º 92-80.186**. Paris. 31 de março de 1992. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007541816>. Acesso em: 18 abr. 2025.
- FRANÇA. Tribunal Judicial de Saint-Étienne. **Sherpa e outros v. Groupe Casino**. Petição inicial, 2 mar. 2021. Disponível em: https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2021/20210302_13435_complaint.pdf. Acesso em: 4 jul. 2025.
- FRANÇA. Tribunal Judiciaire de Paris. **RG n.º 21/15827 (La Poste)**. Paris, 5 de dezembro de 2023. Disponível em: <https://web.lexisnexis.fr/LexisActu/laposte.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2025.
- FREIJ-DALLOZ. Répression de la tentative de complicité : commentaire de l'article 28 du code

- pénal ivoirien. **Revue de science criminelle et de droit pénal comparé**, Paris: Dalloz, n. 1, p. 73-85, 1993. Disponível em: <https://data.decalog.net/enap1/Liens/fonds /REVUE SCIENCE CRIMINELLE 1 1993.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2025.
- GUILLARD, Charlotte. Protection de l'environnement et justice conflictuelle: une nouvelle équation pour le droit international privé? Cour de cassation (1re civ.), 9 mars 2022, n.º 20-22.444. **Revue critique de droit international privé**, Paris, n.º 2(2), p. 251-271, avril-juin, 2022. Disponível em : https://shs.cairn.info/article/RCDIP_222_0251 /pdf?lang=fr. Acesso em: 18 abr. 2025.
- HAFTTEL, Bernard. **Droit international privé**. 3. Ed. Paris: Dalloz, 2023.
- HATCHUEL, Armand; SEGRESTIN, Blanche. Devoir de vigilance: la norme de gestion comme source de droit ? **Droit et Société**, Paris, n.º 106(3), p. 667-682, 2020/3. Disponível em: <https://doi.org/10.3917/drs1.106.0667>. Acesso em: 18 abr. 2025.
- HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde (dir.); TRUILHÉ, Eve (dir.). **Le procès environnemental: du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement**. Paris : Dalloz, 2021.
- INGLATERRA, United Kingdom Supreme Court. **Vedanta Resources PLC & Anor v Lungowe & Ors [2019] UKSC 20**. 10 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2019/20.html>. Acesso em: 28 abr. 2025.
- INGLATERRA. High court of Justice, Technology and Construction Court, Queen's Bench Division. **Município de Mariana v. BHP Plc & BHP group Ltd**, Liverpool.
- LABROUSSE, Pascale. **Rapport de la conseillère**. Cour de cassation, arrêt n.º 1387 du 29 novembre 2022, Chambre Criminelle, Pourvoi n.º 20-86.216. Disponível em : www.courdecassation.fr/getattaachedoc/6385aee875a08105d473cce5/40dcfcb692fc9ea24a09cb8ced0beb0f. Acesso em: 18 abr. 2025.
- Le Procès Monnier. **Le Petit Parisien**, □ Paris, 12 out. 1901. Disponível em: <https://www.retronews.fr/journal/le-petit-parisien/12-octobre-1901/2/86866/1/494a4f6f1b1607179f6e29edf7b9c65a?from=%2Fsearch%23allTerms%3D%2522blanche%2520monnier%2522%26sort%3Dscore%26page%3D2%26searchIn%3Dall%26total%3D845&index=27>. Acesso em: 18 abr. 2025.
- Le Procès Monnier. **Le Petit Parisien**, □ Paris, 9 out. 1901. Disponível em: <https://www.retronews.fr/journal/le-petit-parisien/9-octobre-1901/2/86872/1/3a2a4d389a020761ea09f6116e0c8245?from=%2Fsearch%23allTerms%3D%2522blanche%2520monnier%2522%26sort%3Dscore%26page%3D1%26searchIn%3Dall%26total%3D845&index=1>. Acesso em: 18 abr. 2025.
- LEIBOVICI, Pierre; GARCIA, Gabriel. Decathlon profits from Uyghur forced labour in China. **Disclose**, Le Pré Saint Gervais, 6 fev. 2025. Direitos Humanos. Disponível em: <https://disclose.ngo/en/article/decathlon-profits-from-uyghur-forced-labour-in-china>. Acesso em: 18 abr. 2025.
- LEIBOVICI, Pierre; HEUGTEN, Yara van. Decathlon's Quechua shoes manufactured by suppliers linked to deforestation in Brazil. **Disclose**, Le Pré Saint Gervais, 8 fev. 2025. Direitos Humanos. Disponível em: <https://disclose.ngo/en/article/decathlons-quechua-shoes-manufactured-by-suppliers-linked-to-deforestation-in-brazil>. Acesso em: 18 abr. 2025.
- LEITE, André Lamas, **As “posições de garantia” na omissão impura**: em especial, a questão da determinabilidade penal. Coimbra: Coimbra, 2007.
- LEVASSEUR, Georges. Infractions contre les personnes. **Revue de science criminelle et droit pénal comparé**, Paris : Dalloz, n. 2, p. 345-349, 1991. Disponível em: <https://data.decalog.net/enap1/Liens/fonds/REVUE SCIENCE CRIMINELLE 2 1991.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2025.

CRICIÚMA: UMA HISTÓRIA DE TODOS? CONSIDERAÇÕES SOBRE O ENCOBRIMENTO DAS INSTITUIÇÕES PENAIS EM CRICIÚMA/SC

CRICIÚMA: A STORY FOR EVERYONE? CONSIDERATIONS ON THE
COVERAGE OF CRIMINAL INSTITUTIONS IN CRICIÚMA/SC

FELIPE ALVES GOULART¹

JACKSON DA SILVA LEAL²

RESUMO: Partindo do confronto discursivo capitaneado pelas ideologias que disputam a narrativa da história de Criciúma, o texto problematiza a obra *Criciúma: Uma História de Todos*, publicada pela Secretaria de Educação do município. Resgatando documentos oficiais e arquivos das instituições, contextualiza os estabelecimentos penais na localidade e tem como objetivo geral compreender os motivos pelas quais essas unidades são desprezadas na historiografia local. A hipótese de pesquisa centraliza-se na essência da prisão, que se consolida como uma instituição fechada, encobridora não apenas dos indesejados pela sociedade moderna, mas também dos demais atores que fazem parte da dialética prisional, como trabalhadores do sistema penal, familiares de pessoas em situação de cárcere, dentre outros. A construção se divide em descrever a história dessas instituições, problematizando as doutrinas que disputam a narrativa oficial, e debatendo a seguinte pergunta: Criciúma, uma história de todos? Ao final, conclui-se que o encobrimento das instituições penais é proposto, resultado não apenas do âmagô prisional, mas também da própria essência do conceito de ideologia.

PALAVRAS CHAVES: Criciúma; Ideologias; Prisão

ABSTRACT: Starting from the discursive confrontation led by ideologies that dispute the narrative of Criciúma's history, this text problematizes the work *Criciúma: Uma História de Todos* (Criciúma: A History of All), published by the city's Department of Education. By analyzing official documents and archives from local institutions, it contextualizes the penal establishments in the area and aims to understand the reasons why these units are disregarded in the local historiography. The central research hypothesis focuses on the essence of prisons, which consolidate as closed institutions, not only hiding those deemed unde-

1 Mestre em Direito na linha de Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos pela Universidade (comunitária) do Extremo Sul Catarinense (PPGD-UNESC; Policial Penal; Ex-gerente do Presídio Regional de Criciúma/SC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8337725424316816>E-mail: fgoul87@gmail.com. ORCID: [0000-0001-5433-5461](https://orcid.org/0000-0001-5433-5461)

2 Doutor em Direito (UFSC), professor permanente do PPG Direito UNESC, mestre em Política Social (UCPel), graduado em Direito e advogado criminal com registro na OAB/SC, membro do Comissão Estadual de Assuntos Prisionais (OAB/SC), coord. Grupo Andradiano de Criminologia Crítica (UNESC/SC). ORCID: [0000-0002-0779-1103](https://orcid.org/0000-0002-0779-1103)

sirable by modern society but also other actors involved in the prison dialectic, such as workers in the penal system, families of incarcerated individuals, and others. The structure of the work is divided into describing the history of these institutions, problematizing the doctrines that dispute the official narrative, and debating the following question: *Criciúma, a history of all?* In conclusion, it is argued that the concealment of penal institutions is proposed not only by the prison's core but also by the very essence of the concept of ideology.

KEYWORDS: Criciúma; Ideology; Prisión

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Criciúma: dos conflitos ao cárcere; 3 As disputas pela construção da historiografia e da memória local; 4 Criciúma: uma história de todos?; 5 A ideologia em ação: a prisão precisa ser esquecida; 6 Conclusão; Referências bibliográficas.

1 Introdução

Criciúma é uma cidade localizada ao sul do estado de Santa Catarina que pela sua proximidade com o estado do Rio Grande do Sul e a capital Porto Alegre se confunde entre as raízes catarinense e gaúcha. Essa mescla de influências trazidas pela própria geografia confundem a cultura local e nos últimos anos tem movimentado as autoridades constituídas na construção de uma identidade regional.

Figura 1: Localização geográfica da cidade de Criciúma:



FONTE: Google maps

A necessidade dessa identidade tem feito com que as autoridades tenham se preocupado com algo até pouco tempo atrás desprezado: o passado. Assim, esforços têm sido empreendidos nos últimos anos pelos instrumentos oficiais do município para (re)contar a história da cidade. No ano de 2020, por exemplo, foi publicado no sítio oficial da Prefeitura Municipal de Criciúma uma obra da Secretaria Municipal de Educação do município com o título *Criciúma: Uma história de todos!* A obra, segundo recorte de apresentação, tem o objetivo de promover “[...] uma reflexão sobre a realidade criciumense, para que, a partir dela, cada sujeito que faz parte dessa história possa contribuir no progresso de Criciúma”. O livro parte da necessidade de um instrumento que conte a história de forma “lúdica e pedagógica [...] a qual poderá ser utilizada pelos professores, a fim de explicar a história do povo e do município de Criciúma”³.

Ao largo de uma louvável preocupação cultural, não se pode desconsiderar o cuidado com eventuais construções ditas como “oficiais”, por alguns motivos que podem ser rapidamente colocados nesta introdução. Os eventos do passado e seus personagens são movediços e estão em constante transformação e uma narrativa pretensamente oficial poderia comprometer o próprio dinamismo e dialética que a história apresenta com as sucessivas superações das produções realizadas ao longo dos tempos.

Ainda que tais considerações sejam importantes para avaliação na (des) construção de uma narrativa oficial, deixamos de lado eventuais contradições de uma (in)verdade produzida e nos voltamos em direção aquilo que mais chama a atenção em trabalhos oficiais: as histórias não contadas.

Isso porque, a obra produzida pela Prefeitura Municipal contou a história a partir do assentamento dos colonos na região até os dias atuais. Demonstrou o crescimento da sociedade e das instituições - públicas e privadas - e destacou, sobretudo as primeiras. O ponto é que, apesar de destacá-las dentro do contexto da sociedade criciumense a obra referenciou a importância das diversas instituições ligadas à saúde, meio ambiente, educação, comércio, segurança pública, etc, mas não dedicou qualquer espaço para os estabelecimentos penais da cidade, como se as três unidades prisionais que abrigavam, só em 2020, 2200 pessoas e mais um corpo expressivo de trabalhadores, não existisse naquele contexto social⁴.

3 CRICIÚMA. *Criciúma: Uma história de todos!* Prefeitura Municipal de Criciúma. Criciúma/SC 2020. Disponível em https://www.criciuma.sc.gov.br/site/pdfs_gravados/Livro-Com-Capa-Criciuma-Uma-Historia-de-todos.pdf. Acesso em 15 mar. 2022.

4 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Base de dados do SISDEPEN 2014/2021**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/bases-de-dados>. Acesso em: 20 mar. 2022.

Dentro de uma sociedade conservadora como a criciუმense, talvez o desprezo com as pessoas privadas de liberdade não seja algo tão espantoso. Porém, chama a atenção o fato de o documento listar todos os órgãos de segurança pública nominalmente e sequer tratar dos trabalhadores que trabalham nas instituições penais da cidade, mesmo com os discursos tradicionalmente conservadores.

O encobrimento do cárcere não é novidade. Apesar dos inúmeros periódicos e pesquisas sobre a cidade de Criciúma, não se encontram elementos materiais que remontam a institucionalização, disseminação e as consequências do cárcere na cidade, ainda que a instalação de tais prédios esteja intimamente ligada com a história e as lutas sociais da população entre os diversos períodos da república brasileira. Nesse sentido, são justamente as inquietações provocadas a partir do esquecimento (ou seria encobrimento) dos veículos oficiais que norteiam os debates promovidos neste trabalho.

Trazendo uma rápida construção sobre a história da cidade e as ideologias que disputam a narrativa do passado somatizando-as com uma lógica a partir da consolidação da prisão como ferramenta hegemônica de controle social no Brasil republicano, este estudo procura, resgatando nos documentos oficiais e arquivos das instituições, contextualizar os estabelecimentos penais na localidade e apresenta como objetivo geral compreender os motivos pelos quais as unidades são desprezadas na historiografia local. A hipótese de pesquisa centraliza-se na essência da prisão que se consolida na modernidade como instituição fechada cuja finalidade se funda no processo de banimento dos indesejados pela sociedade moderna.

2 Criciúma: dos conflitos ao cárcere

A comunidade comemora a fundação do município de Criciúma no dia 06 de janeiro. Data oficial da celebração. Neste dia, no ano de 1880, motivados pela condição de enriquecerem na América, um grupo de imigrantes italianos fixou-se onde hoje é a cidade, fundando o núcleo São José de Criciúma⁵.

Os imigrantes instalados na cidade capitanearam a economia basicamente pela agricultura e o comércio dos produtos das plantações. Entre o período de instalação até a primeira década do Século XX a cidade foi construída a partir dessas atividades ligadas a agricultura que, de acordo com Teixeira⁶, diante da desigual distribuição de terras promovidas pelo órgão central brasileiro, gestou-se a desigualdade social e a formação de uma pequena elite.

5 VOLPATO, Teresinha Gasho. **A pirita humana: os mineiros de Criciúma**. Florianópolis/SC: UFSC, 1982, p. 34.

6 TEIXEIRA, José Paulo. **Os donos da cidade**. Florianópolis: Insular, 1996, p. 54.

[...] até 1925, Criciúma era apenas um dos distritos do município de Araranguá, controlado politicamente desde 1900 por um luso-brasileiro, o coronel João Fernandes de Souza. Isso significa que também a emancipação política de Criciúma foi marcada por interesses sócio-econômico-políticos e envolveu disputas políticas em âmbito local e regional. O desmembramento suscitou a perda do controle político de Criciúma pelo grupo liderado pelo coronel João Fernandes de Souza, que em âmbito estadual era próximo da oligarquia dos Ramos⁷.

A emancipação formal e a transformação da localidade em município ocorreu em 04 de novembro de 1925 com a sanção do projeto de lei nº 1516. Tratava-se de consequência natural da influência política, econômica e social que a região adquirira já nas primeiras décadas do século a partir da descoberta e exploração do carvão que paulatinamente ganhou espaço na região e no país⁸. Segundo Volpato⁹ o carvão já havia sido descoberto antes mesmo da chegada dos imigrantes italianos no ano de 1880, porém, segundo a autora não essas descobertas foram frutos de “expedições exploratórias” que somente “confirmaram a existência do mineral” sem que os exploradores “fixassem residência no local”.

O mineral se torna uma prioridade com a emancipação e a ascensão quase seguida de Getúlio Vargas ao poder em 1930 a extração do carvão se hegemonizou no cenário econômico de toda a região graças aos constantes subsídios governamentais oferecidos pela ditadura varguista¹⁰.

Todo complexo energético-carbonífero montado na região sul de Santa Catarina (usinas termelétricas, sistema portuário e ferroviário, coqueiras industriais carboníquicas, mineradoras, etc) e que forma o mosaico urbanamente caótico que se chama Criciúma, todo este complexo que caracteriza e fundamenta a história e o desenvolvimento econômico da cidade, foi constituindo a partir de uma ligação político-estrutural entre a esfera pública e privada, mais exatamente, entre o patrimônio público e o patrimônio privado¹¹.

A oferta de trabalho, mesmo que precário, nas minas de carvão provocou uma segunda onda migratória de trabalhadores que aportaram na cidade oriundos de regiões do planalto serrano e do litoral em busca de emprego e renda. No

7 TRICHES, Janete; ZANELATTO, João Henrique. *História Política de Criciúma no século XX*. Criciúma/SC: UNESC, 2015, p. 37.

8 TRICHES, Janete; ZANELATTO, João Henrique. *História Política de Criciúma no século XX*. Criciúma/SC: UNESC, 2015, p. 37.

9 VOLPATO, Teresinha Gasho. *A pirita humana: os mineiros de Criciúma*. Florianópolis/SC: UFSC, 1982, p. 34.

10 TRICHES, Janete; ZANELATTO, João Henrique. *História Política de Criciúma no século XX*. Criciúma/SC: UNESC, 2015, p. 51.

11 TEIXEIRA, José Paulo. *Os donos da cidade*. Florianópolis: Insular, 1996, p. 16.

município, eles encontraram nas minas de carvão a oportunidade de uma vida minimamente melhor, passando a ocupar as regiões periféricas da cidade¹².

Outra consequência dessa massificação foi a mobilização dos mineiros em busca de melhores condições de trabalho e moradia. Ao mesmo tempo em que a elite da cidade se acomodou entre os proprietários das mineradoras, os trabalhadores iniciaram um processo de organização popular, imprescindível para inúmeras conquistas adquiridas naqueles tempos¹³.

A hegemonização do carvão na cidade seguiu das primeiras décadas do século XX, ultrapassou todo o período varguista e começou a cambalear exatamente a partir da década de 60 e 70. A indústria dependia muito do auxílio governamental e a ajuda oscilou com o fim da Segunda Guerra Mundial, porque o acesso a outras fontes de energia mais baratas, até então dificultado pelo entrave do conflito, deixou de ser um problema¹⁴.

Diante das frequentes crises no setor, uma parcela do empresariado buscou outras fontes para a economia como nas atividades calçadista e azulejista que, paulatinamente, começaram a concorrer com a economia local e empurram o carvão do centro econômico da cidade¹⁵.

Com o estouro da crise do carvão, o desemprego, os baixos salários e as péssimas condições de trabalho as turbulências e a pobreza aumentaram na cidade. Neste mesmo período, o Brasil sofreu o golpe militar de 1964 que rapidamente foi apoiado pelas elites locais e contrariado pelos trabalhadores organizados da mineração. No cenário entre disputas políticas e a falta de condições dignas aos grupos subalternizados, iniciou-se um duro processo de repressão contra esses segmentos da população, transformando a sociedade criciúmens¹⁶.

Em um período de dura repressão, o cárcere começa a ser objeto de maior atenção pelas autoridades já que os aprisionados eram alocados de forma improvisada em lugares não criados para isso no centro da cidade¹⁷. A partir de então, as discussões e os trabalhos em torno da construção de uma cadeia pública são

12 TEIXEIRA, José Paulo. **Os donos da cidade**. Florianópolis: Insular, 1996, p. 47.

13 TRICHES, Janete; ZANELATTO, João Henrique. **História Política de Criciúma no século XX**. Criciúma/SC: UNESC, 2015, p. 51.

14 TRICHES, Janete; ZANELATTO, João Henrique. **História Política de Criciúma no século XX**. Criciúma/SC: UNESC, 2015, p. 51.

15 VOLPATO, Teresinha Gasho. **A pirita humana: os mineiros de Criciúma**. Florianópolis/SC: UFSC, 1982, p. 37.

16 TRICHES, Janete; ZANELATTO, João Henrique. **História Política de Criciúma no século XX**. Criciúma/SC: UNESC, 2015, p. 106.

17 TRICHES, Janete; ZANELATTO, João Henrique. **História Política de Criciúma no século XX**. Criciúma/SC: UNESC, 2015, p. 106.

iniciados, de modo que as pessoas fossem alocadas em lugares supostamente adequados, sem imprevisto¹⁸.

A primeira cadeia pública da cidade, o Presídio Santa Augusta (hoje Presídio Regional de Criciúma) foi inaugurada somente no ano de 1977 quando, desde o fim da década de 60, as autoridades viam a necessidade de alocação de um estabelecimento penal afastado do centro da cidade, conforme documento da Câmara Municipal de Criciúma¹⁹. A unidade que funciona até hoje, portanto, se relaciona em sua essência pela própria necessidade que as autoridades da época encontraram para alocar o excessivo número de prisioneiros que a cada ano aumentavam na cidade desde os grandes movimentos do Golpe Militar de 1964.

Outros trabalhos críticos, como os de Araújo Chersoni, Goulart e Leal²⁰, apontam que o encobrimento dessas práticas, muitas vezes justificado por uma ideologia de segurança nacional, reflete uma tentativa deliberada de apagar os vestígios de um passado de violência política. Uma análise da historiografia local, ao desconsiderar as instituições penais, revela um silêncio profundo sobre o período da ditadura militar em Criciúma, quando as prisões assumiram um papel central na repressão política e na violação dos direitos humanos. Durante esse período, as instituições penais foram utilizadas não apenas para encarcerar aqueles considerados indesejáveis pela sociedade, mas também para silenciar vozes dissidentes e marginalizar qualquer oposição ao regime.

Neste sentido, posteriormente, já no século XXI, outras duas unidades prisionais foram construídas em socorro à superlotação do Presídio o qual, diante da expansão urbana, se viu rodeado pela cidade em uma estrutura da década de 70. Em junho de 2008, a Penitenciária Sul foi inaugurada em um bairro afastado do centro da cidade e do próprio Presídio Regional de Criciúma, e, de acordo com os dados extraídos do Departamento Penitenciário Nacional²¹, destina-se ao recolhimento de pessoas condenadas em regime fechado. Em janeiro de 2018, a Penitenciária Feminina abriu 286 vagas para mulheres em um estabelecimento localizado ao lado da Penitenciária Sul.

18 CÂMARA MUNICIPAL DE CRICIÚMA. Comissão Especial Resolução nº 006/01. Criciúma, SC, 2001. Disponível em: https://www.camaracriciuma.sc.gov.br/arquivo-digital?termo=pres%C3%ADdio+santa+augusta&tipo_documento=81&grupo_documento=&subgrupo_documento=&tipo_data=1&data_inicial=&data_final=. Acesso em 14 abr. 2022.

19 CÂMARA MUNICIPAL DE CRICIÚMA. Comissão Especial Resolução nº 006/01. Criciúma, SC, 2001. Disponível em: https://www.camaracriciuma.sc.gov.br/arquivo-digital?termo=pres%C3%ADdio+santa+augusta&tipo_documento=81&grupo_documento=&subgrupo_documento=&tipo_data=1&data_inicial=&data_final=. Acesso em 14 abr. 2022.

20 CHERSONI, Felipe de Araújo; GOULART, Felipe Alves; LEAL, Jackson da Silva. A repressão à classe trabalhadora e sua contribuição para a consolidação do cárcere em Criciúma-SC. *Revista Jurídica (Rio Verde)*, v. 12, n. 5, 2024, p. 96..

21 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Base de dados do SISDEPEN 2014/2021*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/bases-de-dados>. Acesso em: 20 mar. 2022.

Gestadas a partir das necessidades e emergências dos conflitos ocorridos no período de repressão e consolidadas por políticas penais de encarceramento em massa promovido especialmente a partir do fim do século XX²², as instituições penais de Criciúma abrigavam, no ano de 2020, 2200 pessoas.

3 As disputas pela construção da historiografia e da memória local

Seguindo a lógica da construção promovida no capítulo anterior, observa-se uma estreita relação entre o Golpe Militar e a construção da cadeia pública na comarca. Mas para compreender as nuances que motivaram e ainda motivam o processo de encobrimento das instituições carcerárias na cidade de Criciúma/SC, é necessário compreender alguns conceitos locais que disputam a hegemonia da narrativa e da memória local. O debate sobre a memória, especialmente no contexto das narrativas locais, envolve um confronto entre as diferentes versões da história que buscam legitimar diferentes grupos e interesses. Como aponta Walter Benjamin, a memória é um campo de luta política, sendo moldada por aqueles que detêm o poder²³.

José Paulo Teixeira (1996) em sua obra *Os donos da cidade*, realiza um resgate da historiografia do município de Criciúma/SC procurando “[...] compreender as mudanças ocorridas em Criciúma, do ponto de vista econômico, político e cultural e elaborar um contra-discurso do poder e do imaginário dominante”²⁴.

O “imaginário dominante” citado por Teixeira²⁵ quando da apresentação do objeto de sua obra, foi construído a partir de duas narrativas que procuram se consolidar dentro da historiografia local, as quais, segundo o autor denomina, seriam a “ideologia do imigrante” e a “ideologia da mineração”.

O termo “ideologia” utilizado por Teixeira²⁶ se filia a concepção travada por Marilena Chauí²⁷ no sentido de que a ideologia não pode ser confundida com “ideário” porque, segundo ela, este consistiria em um “conjunto sistemático e encadeado de ideias”, enquanto que “ideologia” seria: [...] um ideário histórico, social e político que oculta a realidade, e esse ocultamento é uma forma de assegurar e manter a exploração econômica, a desigualdade social e a dominação política”.

22 BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 101.

23 MATE, Reyes. *Meia-noite na história*: comentários às teses de Walter Benjamin sobre o conceito de história. São Leopoldo: Unisinos, 2011.

24 TEIXEIRA, José Paulo. *Os donos da cidade*. Florianópolis: Insular, 1996, p. 22.

25 TEIXEIRA, José Paulo. *Os donos da cidade*. Florianópolis: Insular, 1996, p. 23.

26 TEIXEIRA, José Paulo. *Os donos da cidade*. Florianópolis: Insular, 1996.

27 CHAUI, Marilena. *O que é ideologia*. Brasiliense, 2017, p. 3.

A “ideologia do imigrante”, na linha de Teixeira²⁸, foi gestada pelas oligarquias locais descendentes dos imigrantes europeus aportados em Criciúma no fim do século XIX. Restou difundida através do domínio que a elite detinha – e ainda detém – sob o aparelho do Estado, colocando o imigrante como personagem central da historiografia local. Nessa perspectiva, construiu-se que o processo formativo da região teria ocorrido de forma convergente e pacífica entre os povos que aqui se instalaram²⁹.

Dessa forma, ainda segundo Teixeira³⁰, a “ideologia do imigrante” fabricou uma perspectiva de coesão social dos processos formativos da região. A prova de que essa primeira ideologia foi sustentada pelas oligarquias e abraçada pelas instituições oficiais do município foi a criação da “Quermesse de Tradição e Cultura” comemorada no ano de 1989, no centenário da chegada dos primeiros imigrantes ao local.

Antes de seguir na problematização é necessário consignar que não é o objetivo deste intercurso – e aparentemente o de José Paulo Teixeira também – revisar a história da cidade e deixar de reconhecer a importância do imigrante dentro do espectro formativo da cidade. O que se pretende, na verdade, é trazer o maior número de elementos possível para se compreender a falta de cuidado que a sociedade regional tem com a história das instituições prisionais locais e isso passa obrigatoriamente pela necessidade que as autoridades públicas detêm em propagar uma história de convergência na construção da localidade.

Disputando a perspectiva dominante, a “ideologia da mineração” surgiu como ponto de vista diferente da construção da historiografia oficial. Centrada na importância que a extração do carvão trouxe à economia da região, a qual, como se viu, foi determinante para o processo de emancipação municipal ocorrida no ano de 1925, a “ideologia da mineração” procurou retirar a centralidade do imigrante e relativizar a ideia de coesão social difundida pela “ideologia do imigrante”³¹.

A ideologia da mineração se diferencia em muitos aspectos da matriz étnica oficial. Enquanto pelo viés das etnias se enaltecem as figuras mais destacadas da colonização e do comércio no processo de fundação histórica da cidade (1880 a 1930), na matriz da ideologia da mineração, não é possível pensar a história de Criciúma somente a partir do enaltecimento de seus grandes homens, daqueles membros mais destacados e pertencentes às classes dominantes, embora alguns

28 TEIXEIRA, José Paulo. *Os donos da cidade*. Florianópolis: Insular, 1996.

29 CRICIÚMA. Criciúma: Uma história de todos! Prefeitura Municipal de Criciúma. Criciúma/SC 2020. Disponível em https://www.criciuma.sc.gov.br/site/pdfs_gravados/Livro-Com-Capa-Criciuma-Uma-Historia-de-todos.pdf. Acesso em 15 mar. 2022.

30 TEIXEIRA, José Paulo. *Os donos da cidade*. Florianópolis: Insular, 1996, p. 24.

31 TEIXEIRA, José Paulo. *Os donos da cidade*. Florianópolis: Insular, 1996, p. 34

deles [...] também tenham seus nomes emplacados nos espaços e logradouros públicos da cidade³².

A explicação para a ideia de convergência no processo de formação social da cidade não ter sido confrontada de forma mais direta pela “ideologia da mineração” está no fato de ela ter sido desenhada também pelos proprietários das minas de carvão. Por esse motivo, apesar de fugir da perspectiva oficial e incluir o trabalhador das minas de carvão no cenário formativo social, como argumenta Teixeira³³, essa perspectiva ainda não conseguiu transmitir de forma ampla todos eventos e personagens importantes na construção social da cidade.

Pesquisando os eventos ocorridos na sociedade do século XX Triches e Zanelatto³⁴ dão pistas de que o discurso de convergência evocado pelas autoridades locais não refletiria efetivamente a realidade dos acontecimentos de Criciúma. Eles observam que a formação social cricumense estaria distante de um processo de coesão e se caracterizaria, na realidade, em um conjunto de lutas e conflitos ocorridos, sobretudo, a partir do século XX.

Desse período em diante, na linha de Teixeira³⁵, a cidade chegou a ser reconhecida no cenário nacional pelas “suas lutas sociais, populares e sindicais, pelas constantes mobilizações de trabalhadores, cujos movimentos são considerados “de vanguarda”, no plano nacional”, sendo que, segundo o autor, muitos passaram a se referir a cidade como “a ABC de Santa Catarina” ou a “Cuba de Brasil” tamanho o envolvimento e organização sindical dos mineiros locais.

Dessa forma, as correntes narrativas intituladas por Teixeira como “do imigrante” e “da mineração” restaram emplacadas pelo autor como “ideologias” porque, embora disputem a hegemonia ideológica, ambas promovem, através do ideário histórico, político e social, uma narrativa de consenso que oculta a realidade sobre o processo de formação da cidade e encobre eventos e personagens importantes dentro desse contexto³⁶.

Diante disso, ciente de que tais ocultamentos da memória entornam o caldo na consecução do conceito de ideologia trazido por Chauí³⁷, Teixeira³⁸ também aproveitou do conflito discursivo entre as ideologias “do imigrante” e “da minera-

32 TEIXEIRA, José Paulo. *Os donos da cidade*. Florianópolis: Insular, 1996, p. 34 e 35.

33 TEIXEIRA, José Paulo. *Os donos da cidade*. Florianópolis: Insular, 1996, p. 43

34 TRICHES, Janete; ZANELATTO, João Henrique. *História Política de Criciúma no século XX*. Criciúma/SC: UNESC, 2015, p. 51.

35 TEIXEIRA, José Paulo. *Os donos da cidade*. Florianópolis: Insular, 1996, p. 18.

36 CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. Brasiliense, 2017, p. 3.

37 CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. Brasiliense, 2017, p. 3.

38 TEIXEIRA, José Paulo. *Os donos da cidade*. Florianópolis: Insular, 1996, p. 22.

ção” e procurou promover um contra-discurso suficiente a confrontá-las e incluir as pessoas e os eventos desconsiderados por essas ideologias. Assim, filiando-se nos objetivos propostos pelo autor, o trabalho avança para o seu objeto e discute o encobrimento do cárcere pelas ideologias dominantes no cenário local.

4 Criciúma: uma história de todos?

Como dito na introdução deste trabalho, no ano de 2020, foi publicado no sítio oficial da Prefeitura Municipal de Criciúma uma obra da Secretaria Municipal de Educação do município intitulada *Criciúma: Uma história de todos!* Fortemente influenciada pela “ideologia do imigrante”, o livro surgiu com o objetivo de promover “[...] uma reflexão sobre a realidade criciumense, para que, a partir dela, cada sujeito que faz parte dessa história possa contribuir no progresso de Criciúma”³⁹.

Logo nos objetivos gerais da obra, é possível observar a necessidade de manutenção do discurso de consenso difundido há muito pelos órgãos oficiais. Apesar dos vários questionamentos que poderiam ser realizados sobre o material colocado como uma “versão oficial” - porque publicado por uma autoridade pública-a ser utilizado no intuito de contar a história de forma “lúdica e pedagógica”⁴⁰, procura-se focar em outros pontos importantes que foram esquecidos e são há muito encobertos pelas ideologias que disputam a historiografia local: a prisão.

Ao descrever as instituições - públicas e privadas - da cidade, destacando a importância de cada uma delas dentro do contexto da sociedade criciumense a obra referencia os organismos ligados à saúde, meio ambiente, educação, comércio, segurança pública, etc, mas não dedica qualquer espaço para os estabelecimentos penais da cidade. Como se as três unidades prisionais anteriormente remontadas não existissem na região.

Analisando esse processo de encobrimento promovido pelas instituições oficiais à luz do percurso realizado sob as ideologias do imigrante e da mineração constata-se uma certa coerência nesta atitude. Como se percebe, nunca foi o enfoque dessas doutrinas apresentar as lutas, conflitos e enlaces ocorridos durante o processo de formação da sociedade local. Por esse motivo, não faria sentido privilegiar instituições que são exatamente o resultado das contendas ocorridas ao longo do século XX na região⁴¹.

39 CRICIÚMA. Criciúma: Uma história de todos! Prefeitura Municipal de Criciúma. Criciúma/SC 2020. Disponível em https://www.criciuma.sc.gov.br/site/pdfs_gravados/Livro-Com-Capa-Criciuma-Uma-Historia-de-todos.pdf. Acesso em 15 mar. 2022.

40 CRICIÚMA. Criciúma: Uma história de todos! Prefeitura Municipal de Criciúma. Criciúma/SC 2020. Disponível em https://www.criciuma.sc.gov.br/site/pdfs_gravados/Livro-Com-Capa-Criciuma-Uma-Historia-de-todos.pdf. Acesso em 15 mar. 2022.

41 TRICHES, Janete; ZANELATTO, João Henrique. *História Política de Criciúma no século XX*. Criciúma/SC: UNESC, 2015, p. 51.

Mas a realidade é que essas instituições, apesar de não fazerem parte “da história de todos”, estão presentes no contexto da sociedade local e da circunstância posta. As unidades prisionais que atualmente lidam com a superlotação, fruto da política de encarceramento em massa em curso⁴² apresentam problemas que pela sua localização, alteram o dia-a-dia da população.

Um exemplo disso são os inúmeros conflitos que ocorreram desde a inauguração desses estabelecimentos. O Presídio Regional de Criciúma, como narrado, foi criado distante do centro, na década de 1970, exatamente para albergar apriacionados de forma pretensamente adequada, algo que as instituições do centro naquela oportunidade já não conseguiam. Com o passar do tempo, a cidade rapidamente cresceu e, do dia para a noite, o presídio se viu em meio urbano. Desde então os conflitos de superlotação que costumeiramente ocorriam com a vizinhança nas cadeias improvisadas na região central da cidade passaram a acontecer.

Atendendo ao pleito desta última, no ano de 2001 a Câmara Municipal de Criciúma instalou uma Comissão Especial para, conforme artigo 1º da Resolução nº 006/01, “tratar sobre o problema Presídio Santa Augusta”⁴³. A Comissão permaneceu ativa até o ano de 2002 e tentou de todas as formas retirar a cadeia pública do local sugerindo que ela fosse instalada em um sítio distante do bairro, naquela oportunidade já urbanizado.

As respostas formuladas pelas autoridades de segurança da época que constam no processo da Câmara Municipal foram no sentido da impossibilidade de outra remoção. O então Secretário de Segurança Pública propôs-se a tentar minorar o problema promovendo reformas internas no local já inadequado fisicamente⁴⁴. Daqueles tempos até os atuais, a cadeia pública em questão sofreu diversas reformas, sendo a última concluída no ano de 2017⁴⁵.

Na esteira dos confrontos discursivos das ideologias “do imigrante” e da “mineração” que encobrem os estabelecimentos penais da cidade, percebe-se que a comunidade local não se aproxima dessas instituições. Para além das vontades

42 BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 100-101.

43 CÂMARA MUNICIPAL DE CRICIÚMA. Comissão Especial Resolução nº 006/01. Criciúma, SC, 2001. Disponível em: https://www.camaracriciuma.sc.gov.br/arquivo-digital?termo=pres%C3%ADdio+santa+augusta&tipo_documento=81&grupo_documento=&subgrupo_documento=&tipo_data=1&data_inicial=&data_final=. Acesso em 14 abr. 2022.

44 CÂMARA MUNICIPAL DE CRICIÚMA. Comissão Especial Resolução nº 006/01. Criciúma, SC, 2001. Disponível em: https://www.camaracriciuma.sc.gov.br/arquivo-digital?termo=pres%C3%ADdio+santa+augusta&tipo_documento=81&grupo_documento=&subgrupo_documento=&tipo_data=1&data_inicial=&data_final=. Acesso em 14 abr. 2022.

45 SANTA CATARINA. Secretaria de Estado da Administração Prisional e Socioeducativa. Florianópolis, 2017. Disponível em: https://www.sap.sc.gov.br/?option=com_content&view=article&id=1294:secretaria-da-justica-e-cidadania-entrega-reforma-e-ampliacao-do-presidio-regional-de-criciuma&catid=19&Itemid=260. Acesso em 14, abr. 2022.

da população em se distanciar das unidades, o próprio Conselho da Comunidade local, instituição importante na execução penal brasileira, foi criada na cidade somente no ano de 2017, ou seja, 40 anos depois da inauguração da cadeia pública e 33 anos após a entrada em vigor da lei de execuções penais⁴⁶.

Nesse sentido, a mora na formação do conselho comunitário e a forma como a própria população local enxerga a prisão transformam-se em pistas significativas para compreender que o objetivo ideológico proposto tem cumprido o seu papel na formação da subjetividade local, fazendo com que a comunidade se desinteresse e até despreze a prisão.

Para além das perspectivas formativas do próprio conceito de ideologia⁴⁷, a prisão tem um elemento adicional importante que precisa ser levado em consideração para compreender os motivos do encobrimento promovido pela obra *Criciúma: uma história de todos!* Em termos que remontam a Foucault⁴⁸, o cárcere se hegemonizou no século XIX como ferramenta de controle social porque conseguiu albergar uma ótima simbiose entre o discurso iluminista e a realidade impositiva materializando-se em instrumento utilitário de punição. Substituindo o modelo punitivo da Idade Média que se caracterizava, entre outras singularidades, pela publicidade dos castigos, o cárcere foi colocado como um meio de controle social extremamente reservado e eficaz. Nesse sentido é a contribuição de Leal⁴⁹:

[...] a assistência dos flagelos e as execuções em público se faziam como rotina para determinada organização social e, com a mudança das reações e dos sentimentos culturais, passaram a ser vistas como manifestações pouco civilizadas, ou mesmo pouco refinadas do uso da violência. Razão pela qual passaram aos espaços públicos (escondidos) longe dos olhos e dos sentimentos populares, se deslocando para dentro das prisões, para atrás dos muros⁵⁰.

Justamente a partir desses motivos apresentados, Goffman⁵¹ coloca os estabelecimentos penais entre as espécies daquilo que ele denominou “instituições totais”. Segundo o autor:

Quando resenhamos as diferentes instituições de nossa sociedade ocidental, verificamos que algumas são muito mais “fechadas” do que outras. Seu “fecha-

46 BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

47 CHAUI, Marilena. **O que é ideologia**. Brasiliense, 2017.

48 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 42ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 229.

49 LEAL, Jackson Silva. Uma razoável quantidade de violência: a aceitação das prisões como síntese da atual sensibilidade acerca da violência. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 15, n. 1, p. 58-73, 2021, p. 62.

50 LEAL, Jackson Silva. Uma razoável quantidade de violência: a aceitação das prisões como síntese da atual sensibilidade acerca da violência. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 15, n. 1, p. 58-73, 2021, p. 62.

51 GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. [tradução Sante Moreira Leite] São Paulo: Perspectiva, 2015, p. 16.

mento” ou seu caráter total é simbolizado pela barreira à relação social com o mundo externo e por proibições à saída que muitas vezes estão incluídas no esquema físico – por exemplo, portas fechadas, paredes altas, arame farpado, fossos, água, florestas ou pântanos⁵².

Embora seja um conceito que precise ser observado com cuidado no Brasil⁵³, a ideia de instituição fechada contribui para compreender movimentos como esses que nos propomos a problematizar. Por isso, é importante lembrar que os estabelecimentos penais se fecham de dentro para fora⁵⁴, na medida em que a sociedade cerra de fora para dentro com a ignorância e a pouca ou nenhuma participação e debate sobre o processo de execução penal⁵⁵.

5 A ideologia em ação: a prisão precisa ser esquecida

O resultado do fechamento da prisão se desnuda através de situações como as que são trazidas pela obra da cidade de Criciúma. Além de ignorar as pessoas privadas de liberdade, a Secretaria Municipal de Criciúma sequer tomou o cuidado de listar entre “as instituições da cidade” as categorias que representam o organismo prisional.

O cárcere e a sua episteme afetam as pessoas que convivem neste dia a dia. Antes mesmo de se ingressar na própria contemporaneidade nacional, estudando sobre o tema, observa-se que já nos anos de 1940, nos Estados Unidos, Donald Clemmer em seu livro *The Prison Community* dedicou-se a estudar sobre a vida na prisão e, inaugurando uma série de estudos subsequentes que se perpetuam até os dias atuais, já naquela época, discutiu que as relações sociais do cárcere traziam mazelas a todas as pessoas que lá estavam conceituando esses efeitos como *prisionização*, a qual, na linha do autor, seria a “aquisição, em maior ou menor grau das normas, costumes, moralidade, e cultura geral da prisão”⁵⁶.

Fortemente influenciado por Clemmer e Sykes o jurista Augusto Thompson, no ano de 1970, publicou no Brasil a obra *A Questão Penitenciária* (1980) e através dela procurou importar o conceito de prisionização. A pessoa sujeita a pena privativa de liberdade entre todas os personagens do cotidiano carcerário é quem mais sofre as consequências do claustro, absorvendo a cultura da prisão. Submissa

52 GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. [tradução Sante Moreira Leite] São Paulo: Perspectiva, 2015, p. 16.

53 GODOI, Rafael. **Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na virada dos tempos**. Tese de doutoramento em Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 2015, p. 73.

54 GODOI, Rafael. **Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na virada dos tempos**. Tese de doutoramento em Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 2015, p. 16.

55 LEAL, Jackson Silva. Uma razoável quantidade de violência: a aceitação das prisões como síntese da atual sensibilidade acerca da violência. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 15, n. 1, p. 58-73, 2021, p. 62

56 CLEMMER, Donald. *The Prison Community*. New York: Holt, Rinehart & Winston, 1958, p. 270.

ao poder de disciplina e dos instrumentos coercitivos dispostos para impor-se⁵⁷, a pessoa ainda precisa sobreviver às normas de socialização e convivência criadas entre os demais privados⁵⁸, algo que ganha maior complexidade com o advento das facções criminosas no interior das prisões brasileiras⁵⁹.

Chies⁶⁰ abre as portas para promover interessante debate a respeito do tema abordando o conceito a partir da lógica daquilo que Thompson⁶¹ denominava de “o corpo de guarda”. Com o título “Prisionalização e sofrimento dos agentes penitenciários: fragmentos de uma pesquisa”, Chies (2005) interpreta os dados extraídos em uma pesquisa elaborada entre os servidores do Presídio Regional de Pelotas. Além da importante contribuição dos números extraídos, o texto enxerga a mudança de comportamento (prisionalização) desses profissionais que lidam diariamente com o cárcere. A conclusão do estudo merece a referência:

Para mais além do desvelar da prisionalização do agente penitenciário, o que também entendemos que esta pesquisa nos permitiu descortinar – ainda que de forma inicial e, portanto preliminar (a requerer aprofundamentos) - foi a existência de outra (ou, mais uma) “perversidade do Sistema Punitivo Penitenciário (capitaneado pelo Estado Moderno), ou seja: o encarceramento “sem pena” – seja na acepção jurídico-legal de punição formal, seja mesmo no seu significado de piedade e compaixão – inclusive daqueles que se expõe para ao próprio Estado servir⁶².

Recentemente a estrutura funcional das carreiras dos profissionais incumbidos da segurança dos estabelecimentos penais sofreu modificação jurídico-administrativa. A Emenda Constitucional nº 104/2019, instituiu o órgão das polícias penais às quais “cabe a segurança dos estabelecimentos penais”⁶³. Criando esse novo órgão dentro da segurança pública nacional, a constituição fixou que a polícia penal seria, portanto, constituída por concurso público específico e “por meio

57 DIAS, Camila Nunes. **Disciplina, controle social e punição: o entrecruzamento das redes de poder no espaço prisional**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 29, p. 113-127, 2014.

58 GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. [tradução Sante Moreira Leite] São Paulo: Perspectiva, 2015, p. 62.

59 MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. **A guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil**. Editora Todavia SA, 2018.

60 CHIES, Luiz Antônio Bogo; BARROS, Ana Luisa Xavier; LOPES, Carmen Lúcia Alves da Silva; OLIVEIRA, Sinara Frank de. Prisionalização e Sofrimento dos Agentes Penitenciários: fragmentos de uma pesquisa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 309-335, Jan/fev. 2005. Disponível em <https://gitep.ucpel.edu.br/wp-content/uploads/2019/01/PRISIOI.pdf>. Acesso em 26.08.2021.

61 THOMPSON. Augusto. **A Questão Penitenciária**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980

62 CHIES, Luiz Antônio Bogo; BARROS, Ana Luisa Xavier; LOPES, Carmen Lúcia Alves da Silva; OLIVEIRA, Sinara Frank de. Prisionalização e Sofrimento dos Agentes Penitenciários: fragmentos de uma pesquisa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 309-335, Jan/fev. 2005. Disponível em <https://gitep.ucpel.edu.br/wp-content/uploads/2019/01/PRISIOI.pdf>. Acesso em 26.08.2021.

63 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Emenda Constitucional nº 104, de 04 de dezembro de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc104.htm. Acesso em: 04/11/2021.

da transformação dos cargos isolados, dos cargos de carreira dos atuais agentes penitenciários e dos cargos públicos equivalentes”, de modo que, ainda conforme o documento, cabe aos estados promover a organização dessas estruturas policiais nas respectivas unidades da federação⁶⁴.

Para além dos impactos que a prisionização causam às pessoas que convivem o dia a dia do cárcere, sejam elas encarceradas “com” ou “sem” pena⁶⁵, o banimento social representado por lapsos como o da obra *Criciúma: Uma História de Todos* não somente é digno de nota, mas também importante pista para compreender os paradoxos institucionais que convergem para a Questão Penitenciária enquanto Campo⁶⁶.

Os diretores das prisões constituem outra categoria profissional presente no cárcere que, a partir de suas experiências, também fornecem pistas importantes sobre a forma como as autoridades públicas enxergam a prisão e o que elas esperam dele. Segundo Thompson⁶⁷, o gestor quando assume o comando da prisão precisa lidar com:

[...] a expectativa do Governador e do Secretariado é a de que consiga conduzir o sistema sem incidentes graves, livre de episódios capazes de macular a imagem da administração superior perante os olhos da população. Percebe que a imprensa só aparece, para fiscalizar-lhe a ação, quando há boatos (ou informações verdadeiras) acerca de eventos escandalosos, acontecidos intramuros.

A descrição de Thompson é representativa e demonstra o que as autoridades esperam da prisão: silêncio. Somente a partir dessa inanição social o cárcere se mostra realmente produtivo dentro da sociedade moderna. Isto está na sua essência⁶⁸. No entanto, para além do âmago da prisão, o encobrimento também é elementar na consolidação das ideologias que procuram apresentar um processo de formação social harmônico que oculta uma realidade de lutas e conflitos e encobre eventos e personagens importantes dentro desse contexto⁶⁹.

Para além da prisionização que afeta, embora de forma distinta, a todas as pessoas que fazem parte do cotidiano da prisão, a ideologia e a memória silen-

64 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Emenda Constitucional nº 104, de 04 de dezembro de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc104.htm. Acesso em: 04/11/2021.

65 CHIES, Luiz Antônio Bogo; BARROS, Ana Luisa Xavier; LOPES, Carmen Lúcia Alves da Silva; OLIVEIRA, Sinara Frank de. Prisionalização e Sofrimento dos Agentes Penitenciários: fragmentos de uma pesquisa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo. v. 13, n. 52. p. 309-335. Jan/fev. 2005. Disponível em <https://gitep.ucpel.edu.br/wp-content/uploads/2019/01/PRISIOI.pdf>. Acesso em 26.08.2021.

66 CHIES, Luiz Antônio Bogo. *Revisitando Foucault e outros escritos em questão penitenciária*. 1 ed. Curitiba: BrazilPublishing, 2019.

67 THOMPSON. Augusto. *A Questão Penitenciária*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 32.

68 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 229.

69 CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. Brasiliense, 2017, p. 3.

ciadora dos conflitos sociais tão importantes na compreensão da sociedade atual apresenta o mesmo efeito indistinto, porque além de encobrir a presença dos encarcerados “com” pena, também ignora aqueles “sem” pena⁷⁰. Isso faz com que a própria instituição seja esquecida e colocada de lado dentro desse contexto. Por isso, percebe-se ser impossível pensar que iniciativas como a obra *Criciúma: Uma História de Todos* sejam fruto de mero esquecimento⁷¹.

6 Conclusão

O debate sobre a historiografia e a memória em Criciúma revela a complexidade das disputas históricas, onde diferentes grupos buscam importar suas versões da história para legitimar seus interesses e manter ou desafiar o *status quo*. A seletividade com que a memória da cidade foi construída, com omissões e distorções, é um reflexo claro da manipulação simbólica que visa silenciar aqueles que foram marginalizados, como os movimentos de resistência e as instituições que atuaram na repressão durante o regime militar. Como argumenta Walter Benjamin, a memória não é um campo neutro, mas um campo de luta política, onde o poder é exercido através da escolha do que é lembrado e do que é eliminado, reforçando as estruturas de dominação⁷².

É digna de registro a preocupação cultural das autoridades de Criciúma com a história e memória local, no entanto, é necessário cuidado quando se observam iniciativas de órgãos do Estado que procuram construir uma narrativa oficial, porque isso tende a limitar o campo de ação e incutir no imaginário social determinadas afirmativas como verdades absolutas, prejudicando o debate democrático tão necessário sobre os processos formativos de uma sociedade.

A obra publicada no ano de 2020 pela Secretaria de Educação do Município de Criciúma procurou resgatar a história desde o assentamento dos colonos na região até os dias atuais. Demonstrou o crescimento da sociedade e das instituições - públicas e privadas - e destacou, sobretudo as primeiras. No entanto, ao fazer isso, ela não dedicou qualquer espaço para os estabelecimentos penais da cidade, como se as três unidades prisionais que abrigavam, só em 2020, 2200 pessoas e mais um corpo expressivo de funcionários (Brasil, 2020), não existisse naquele contexto social.

70 CHIES, Luiz Antônio Bogo; BARROS, Ana Luisa Xavier; LOPES, Carmen Lúcia Alves da Silva; OLIVEIRA, Sinara Frank de. Prisionalização e Sofrimento dos Agentes Penitenciários: fragmentos de uma pesquisa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo. v. 13. n. 52. p. 309-335. Jan/fev. 2005. Disponível em <https://gitep.ucpel.edu.br/wp-content/uploads/2019/01/PRISIOI.pdf>. Acesso em 26.08.2021.

71 CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. Brasiliense, 2017, p. 3; FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhe. 42ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 229.

72 MATE, Reyes. *Meia-noite na história*: comentários às teses de Walter Benjamin sobre o conceito de história. São Leopoldo: Unisinos, 2011.

Partindo do confronto discursivo entre as ideologias “do imigrante” e “da mineração” este texto procurou compreender os motivos pelos quais a historiografia local encobre o cárcere da sua sociedade, como se os estabelecimentos penais, as pessoas recolhidas e os servidores não fizessem parte da construção da sociedade criciumense. Por isso, na tentativa de auxiliar autores como José Paulo Teixeira⁷³ que procuram produzir um contra-discurso suficiente a superar essa polarização, nos propomos a trazer à tona essa questão e problematizá-la no mesmo sentido.

Representando mais um passo da “ideologia do imigrante”, a obra *Criciúma: Uma história de todos!* procura ratificar o discurso de coesão social promovido pelas entidades oficiais desde o século XX. O livro não se atenta aos importantes processos de lutas e rupturas que também foram importantes para a construção da comunidade Criciúma. A “ideologia da mineração” que, segundo José Paulo Teixeira, emergiu como um contraponto à doutrina oficial, embora tenha procurado contemplar os trabalhadores das minas de carvão da região, algo até então desprezado, também não pautou os conflitos sociais gestados a partir das lutas desses trabalhadores.

O resultado disso, enquanto consequência lógica do conceito de ideologia trazido por Marilene Chauí⁷⁴ é o encobrimento de segmentos sociais, personagens e até instituições importantes que, por conta dessa omissão, permanecem à margem da historiografia local, escondidos da população geral.

Embora o encobrimento do cárcere não seja de exclusividade da historiografia de Criciúma, é importante contextualizar as questões que levaram a necessidade de existência das três instituições penais. Por esses motivos, ainda que continuem apropriados dos aparelhos estatais permitindo-lhes produzir narrativas oficiais da cidade, as ideologias dominantes da cidade conseguem manter-se na vitrine da produção de conteúdo, contando histórias. Mas não de todos.

Referências bibliográficas

- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Emenda Constitucional nº 104, de 04 de dezembro de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc104.htm. Acesso em: 04/11/2021.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Base de dados do SISDEPEN 2014/2021**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/bases-de-dados>. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁷³ TEIXEIRA, José Paulo. **Os donos da cidade**. Florianópolis: Insular, 1996, p. 22.

⁷⁴ CHAUI, Marilena. **O que é ideologia**. Brasiliense, 2017, p. 3.

- CÂMARA MUNICIPAL DE CRICIÚMA. Comissão Especial Resolução nº 006/01. Criciúma, SC, 2001. Disponível em: https://www.camaracriciuma.sc.gov.br/arquivo-digital?termo=pres%C3%ADdio+santa+augusta&tipo_documento=81&grupo_documento=&subgrupo_documento=&tipo_data=1&data_inicial=&data_final=. Acesso em 14 abr. 2022.
- CHAUI, Marilena. **O que é ideologia**. Brasiliense, 2017.
- CHERSONI, Felipe de Araújo; GOULART, Felipe Alves; LEAL, Jackson da Silva. A repressão à classe trabalhadora e sua contribuição para a consolidação do cárcere em Criciúma-SC. **Revista Jurídica (Rio Verde)**, v. 12, n. 5, 2024.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo. **Revisitando Foucault e outros escritos em questão penitenciária**. 1 ed. Curitiba: BrazilPublishing, 2019.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo; BARROS, Ana Luisa Xavier; LOPES, Carmen Lúcia Alves da Silva; OLIVEIRA, Sinara Frank de. Prisionalização e Sofrimento dos Agentes Penitenciários: fragmentos de uma pesquisa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 309-335, Jan/fev. 2005. Disponível em <https://gitep.ucpel.edu.br/wp-content/uploads/2019/01/PRISIO1.pdf>. Acesso em 26.08.2021.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo. Administradores de presídios: na corda bamba dos paradoxos institucionais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 72, p. 295-326, 2008.
- CLEMMER, Donald. **The Prison Community**. New York: Holt, Rinehart & Winston, 1958.
- CRICIÚMA. Criciúma: Uma história de todos! Prefeitura Municipal de Criciúma. Criciúma/SC 2020. Disponível em https://www.criciuma.sc.gov.br/site/pdfs_gravados/Livro-Com-Capa-Criciuma-Uma-Historia-de-todos.pdf. Acesso em 15 mar. 2022.
- DIAS, Camila Nunes. **Disciplina, controle social e punição: o entrecruzamento das redes de poder no espaço prisional**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 29, p. 113-127, 2014.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014.
- GODOI, Rafael. **Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na virada dos tempos**. Tese de doutoramento em Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 2015
- GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. [tradução Sante Moreira Leite] São Paulo: Perspectiva, 2015.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/sc.html>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- LEAL, Jackson Silva. Uma razoável quantidade de violência: a aceitação das prisões como síntese da atual sensibilidade acerca da violência. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, v. 15, n. 1, p. 58-73, 2021.
- MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. **A guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil**. Editora Todavia SA, 2018.
- MATE, Reyes. **Meia-noite na história**: comentários às teses de Walter Benjamin sobre o conceito de história. São Leopoldo: Unisinos, 2011.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Conselho da Comunidade de Criciúma toma posse e já faz visita ao Presídio Regional**. Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/impressa/-/conselho-da-comunidade-de-criciuma-toma-posse-e-ja-faz-visita-ao-presidio-regional>. Acesso em: 29 ago. 2022.
- SYKES, Gresham. **La sociedade de loscautivos: Estudio de una cárcel de máxima seguridad**. 1ª ed. Buenos Aires: SigloVeintiuno Editores, 2017.
- TEIXEIRA, José Paulo. **Os donos da cidade**. Florianópolis: Insular, 1996.
- THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- TRICHES, Janete; ZANELATTO, João Henrique. **História Política de Criciúma no século XX**. Criciúma/SC: UNESC, 2015
- VOLPATO, Teresinha Gasho. **A pirita humana: os mineiros de Criciúma**. Florianópolis/SC: UFSC, 1982.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, COLABORAÇÃO PREMIADA E REDUÇÃO DE DANOS: A JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO

*NON-PROSECUTION AGREEMENT, PLEA BARGAINING
AND DAMAGE REDUCTION: NEGOTIABLE CRIMINAL
JUSTICE IN THE DEMOCRATIC CONTEXT*

MICHELLE BARBOSA DE BRITO¹

RESUMO: A partir da ideia de uma atuação constitucionalmente orientada no âmbito da justiça criminal negocial e considerando a premissa de que mecanismos negociais como Colaboração Premiada e Acordo de Não Persecução Penal possuem contornos inquisitoriais, este artigo busca identificar aspectos relevantes desses institutos e analisá-los sob uma perspectiva de redução de danos, a fim de compatibilizá-los, tanto quanto possível, ao contexto democrático no qual estão inseridos. Enfatizando-se a atividade do julgador e o papel da defesa nos, sustenta-se a necessidade de efetivo controle judicial dos acordos, notadamente no que diz respeito à verificação da existência de elementos de corroboração e base fática da hipótese acusatória, e de efetiva atuação da defesa na construção dos acordos penais.

PALAVRAS-CHAVE: processo penal; justiça negocial; controle judicial; direitos e garantias fundamentais; redução de danos.

ABSTRACT: *Based on the idea of a constitutionally-oriented performance in the criminal justice system, and considering the premise that negotiation mechanisms such as Plea Bargain and Agreement of Non-Criminal Prosecution have inquisitorial contours, this article seeks to identify relevant aspects of these institutions and analyze them under a damage reduction perspective, in order to make them compatible, as much as possible, with the democratic context in which they are inserted. Emphasizing the judge's activity and the role of the defense, it is argued that there is a need for effective judicial control of agreements, especially regarding the verification of the existence of corroborating elements and factual basis of the accusatory hypothesis, and effective defense participation in the construction of criminal agreements.*

KEYWORDS: *criminal procedure; plea bargaining; judicial control; fundamental rights and guarantees; harm reduction.*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Acordos penais, verdade e devido pro-

¹ Doutora (2018) e Mestre (2013) em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA, com período sanduíche no Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra - UC/Portugal. Especialista em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL (2009). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA (2003). Analista Ministerial e Assessora da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1841-7915>.

cesso; 3 Presunção de inocência e controle judicial; 4 A (efetiva) atuação da defesa na construção do acordo; 5 Justiça criminal negocial e a confissão no cenário de redução de danos; 6 Considerações finais; Referências bibliográficas.

1 Introdução

O maior detalhamento da colaboração premiada pelo legislador e a inserção do acordo de não persecução penal - ANPP no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei nº 13.964/2019 são claras demonstrações de que vivenciamos a expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, o que decorre de fatores utilitaristas e pela busca de uma suposta eficiência na resposta penal. A essência desses mecanismos de justiça criminal negocial, portanto, é própria de um ambiente pragmático, em que o fim é buscado por qualquer meio², tornando muito difícil a tarefa de analisá-los e aplicá-los a partir de uma concepção do Direito constitucionalmente orientada pelo marco do respeito aos direitos e garantias fundamentais do acusado/investigado.

Mecanismos negociais como a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal, com fortes traços de inquisitorialidade em seus contornos, quando habitam ambiente processual penal descomprometido com balizas constitucionais enquanto primeiro e principal constrangimento na aplicação/interpretação de institutos jurídicos, para além da retórica legitimadora, as margens para o cometimento de abusos e arbitrariedades expandem-se consideravelmente, em especial no caso do ANPP, pela amplitude de sua aplicação em tese, considerando os parâmetros legais estabelecidos. Diante desse cenário e no contexto democrático pós-88, mecanismos negociais dessa natureza devem ter especial atenção para que o sistema de garantias conquistado não venha a sucumbir diante de uma suposta necessidade de imprimir eficiência à resposta penal estatal.

A difusão e consolidação de mecanismos negociais no sistema de justiça criminal, a partir de práticas e argumentos que sustentam seus supostos benefícios, não raro tangenciam seus custos no campo de direitos e garantias fundamentais.

Nada obstante as expressivas distinções entre colaboração premiada e acordo de não persecução penal, a exemplo da utilidade probatória característica da primeira e ausente no segundo, é inegável que ostentam um ponto em comum que confere a esses institutos o selo de máxima funcionalidade para o poder punitivo estatal: a confissão. Muito embora a confissão seja um pressuposto da delação premiada e requisito do ANPP, não se pode concordar com a dedução às cegas de culpabilidade daquele que aceita o acordo, pois esse argumento desconsidera

2 Sobre eficientismo e delação premiada, cf. BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade**. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

todo o contexto que por vezes é construído para que o réu/investigado admita a sua culpa, delate coautores e negocie a sua pena (colaboração premiada) ou aceite as condições propostas pelo órgão acusador (ANPP). Não raro essa conduta faz parte da própria estratégia de defesa, por entender ser o melhor a se fazer diante de um cenário acusatório desfavorável ao imputado. E mesmo para os que defendem que a não aplicação de princípios como não autoincriminação e presunção de inocência está no campo da renúncia a direitos e garantias fundamentais, jamais concordariam com a ideia de condenação de inocentes.

A resolução de um caso penal com a imposição de condições ou sanções, quando “protegidas” sob o manto da confissão, torna a resposta estatal coerente e sem contradições, além de eficiente, já que o caminho investigativo é sobremaneira abreviado. Contudo, os custos democráticos que podem decorrer dessa solução podem ser inconciliáveis com o Estado de Direito inaugurado com a Constituição Federal de 1988. Está-se, portanto, diante de um cenário processual penal de abreviação em ampla expansão que, todavia, jamais pode olvidar do contexto no qual está inserido. A postura de redução de danos diante de mecanismos de justiça criminal negocial não é uma opção, mas uma exigência do Estado democrático de Direito.

Este artigo busca destacar alguns aspectos relevantes dos institutos da colaboração premiada e do acordo de não persecução penal, com o objetivo de que a interpretação/aplicação desses mecanismos seja conduzida por uma concepção do Direito constitucionalmente orientada, reduzindo seus danos no campo dos direitos e garantias fundamentais e conferindo-lhes o mínimo da legitimidade necessária diante do contexto democrático no qual estão inseridos, já que inevitáveis.

2 Acordos penais, verdade e devido processo

De acordo com o *National Registry of Exonerations*, relatório anual produzido nos Estados Unidos sobre pessoas que tiveram suas condenações rescindidas, no ano de 2022, das 233 pessoas com processos revisados, 31 haviam confessado a prática do crime e realizado acordo sobre a condenação.³

O Estado democrático de Direito não admite uma única condenação de inocente. Por esse motivo, o interesse pela verdade no processo penal não deve ser tangenciado a pretexto da rápida resolução de casos penais por meio de acordos que tem a confissão como pressuposto ou requisito. A necessidade de se verificar, entre outros, os elementos de corroboração das declarações do colaborador

3 NEWKIRK CENTER FOR SCIENCE & SOCIETY, *The national registry of exonerations*. 2022 annual report. East Lansing: University of California Irvine; University of Michigan, 2023. Disponível em: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/NRE%20Annual%20Report%202022.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2024, p. 4.

(coerência interna e corroboração externa) e a existência de base fática no acordo de não persecução penal (justa causa), é corolário da ideia de processo justo, cujo escopo é a resolução de casos com decisões justas. Em um sistema democrático, conforme observa Taruffo, a qualidade da decisão não é uma opção negligenciável. Com apoio em Luigi Ferrajoli, o autor afirma que o exercício da função jurisdicional é uma fundamental função de garantia e a justiça da decisão pode ser definida “através de três condições, separadamente necessárias e conjuntamente suficientes, ou seja: a correção do procedimento, a justa interpretação e aplicação da lei substancial, e a veracidade da verificação dos fatos”⁴. Sobre essa última condição, Taruffo observa que a veracidade de acontecimentos empíricos não deve ter base somente nas construções mentais do sujeito imputado

... a veracidade da averiguação dos fatos não é a única condição de justiça da decisão (posto que não menos importante é a correta aplicação das normas que são assumidas como critério de juízo), mas, de qualquer modo, vale a pena destacar que se trata de uma condição necessária, baseada na tradicional e difundida constatação de que nenhuma decisão pode ser considerada justa e legítima caso seja fundada “sobre fatos errados”, ou seja, sobre uma reconstrução errônea da *fattispecie* concreta que é objeto de decisão. Esta tese encontra uma recente e muito significativa confirmação na obra já lembrada de Ferrajoli, o qual coloca em evidência como o correto exercício da função de garantia que é desenvolvida pela jurisdição encontra seu fundamento em uma atividade cognitiva que concerne ainda à averiguação dos fatos sobre os quais se funda a aplicação da lei.⁵

Sob a perspectiva dos acordos penais, qual a importância da verdade na resolução dos casos? Não é algo mais tão relevante? O que é essa verdade negociada⁶? Aceitamos os custos de possíveis condenações injustas pela utilidade desse modelo? Esse é o preço a pagar? É possível pagar esse preço em um Estado Democrático de Direito? O que o Judiciário deve garantir, a eficiência do processo penal ou a resolução justa dos casos penais? São excludentes? É possível um processo penal eficiente com respeito às regras do jogo democrático?

4 TARUFFO, Michele. Verdade Negociada? **Revista Eletroônica de Direito Processual – REDP**. Vol 13. N. 13. 2014. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/11928> Acesso em 28 jul. 2024, p. 641.

5 TARUFFO, Michele. Verdade Negociada? **Revista Eletroônica de Direito Processual – REDP**. Vol 13. N. 13. 2014. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/11928> Acesso em 28 jul. 2024, p. 642.

6 Segundo ARANGO GIRALDO e BUSTAMANTE RÚA, verdade negociada é “a possibilidade que as partes tem de fixar os fatos ou circunstâncias que se darão por certos dentro do processo, que formam parte do tema da prova e terão efeitos na configuração da verdade dos fatos da sentença” (tradução livre). No original: “la posibilidad que tienen las partes de fijar los hechos o circunstancias que se darán por ciertos dentro del proceso, que forman parte del tema de prueba y tendrán efectos en la configuración de la verdad de los hechos de la sentencia.” ARANGO GIRALDO; BUSTAMANTE RÚA, Estipulaciones probatorias y verdades negociadas: una reflexión sobre los acuerdos probatorios en el sistema procesal penal colombiano. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 9, n. 3, p. 1137-1172, set./dez. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.855>, p. 1146.

Diante da tendência global de encurtamento da resolução dos casos penais por meio de mecanismos de justiça criminal negocial, um dos maiores desafios do sistema de justiça criminal na atualidade é, sem dúvida, conferir rápida resposta penal sem descuidar da observância de direitos e garantias fundamentais do imputado. O alcance desse equilíbrio tem como premissa a concepção de direito do intérprete, onde os direitos fundamentais sobrepõem-se a cálculos de utilidade (Dworkin).

A necessidade de se colocar luz sobre o tema da verdade nos acordos penais decorre, sobretudo, de duas razões: não deixou de ser importante a justa resolução dos casos penais e pode haver uma variedade de razões para que o imputado não conteste e concorde com a tese acusatória. Esse comportamento, todavia, não torna verdadeiro o enunciado alegado pelo órgão acusador. Dito de outro modo, a aceitação de uma proposta de acordo não altera o status epistêmico de um enunciado, determinando sua veracidade, razão pela qual é imprescindível que o juiz se convença de sua existência por meio de suporte probatório (elementos de corroboração e existência de base fática). Conforme observa Taruffo, “a veracidade de um enunciado não depende nunca do consenso de um auditório, e tanto menos do acordo de duas pessoas, mas do modo como é conformado à realidade do acontecimento que tem por objeto”.⁷

A importância de se trazer para os acordos penais o tema da verdade como algo que deve ser perseguido enquanto condição para a justa resolução dos casos em nada se aproxima com a ideia autoritária de busca da verdade a qualquer custo e, por essa razão, tendencialmente violadora de direitos e garantias fundamentais. Ao contrário, alinha-se aqui a uma orientação realista da verdade (conformidade do enunciado com a realidade do fato a que se refere) enquanto uma das condições que definem a justiça da decisão e, ao fim e ao cabo, do próprio processo. O total afastamento dessa concepção com a ideia autoritária de busca da verdade dá-se pelo convencimento do julgador quanto à ocorrência do fato com observância das regras do jogo democrático, a exemplo daquelas que vedam a iniciativa probatória do juiz e lhe impõem a realização de controle de voluntariedade nos acordos penais. Trata-se de entender a verdade como algo relevante para o processo penal e alcançável por métodos adequados.⁸ E não há qualquer contradição ou incompatibilidade nisso.

7 TARUFFO, Michele. Verdade Negociada? *Revista Eletroônica de Direito Processual – REDP*. Vol 13. N. 13. 2014. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/11928> Acesso em 28 jul. 2024, p. 652.

8 ARANGO GIRALDO; BUSTAMANTE RÚA, Estipulaciones probatorias y verdades negociadas: una reflexión sobre los acuerdos probatorios en el sistema procesal penal colombiano. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 3, p. 1137-1172, set./dez. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.855>, p. 1144.

3 Presunção de inocência e controle judicial

O princípio da presunção de inocência precisa deixar de ser um recurso de retórica no cotidiano da prática jurídica e passar a incidir, efetivamente e com seriedade, sobre os casos penais. Somente levando a sério o princípio da presunção de inocência, principalmente enquanto norma de tratamento⁹ e norma probatória¹⁰, é possível potencializar a autonomia da vontade do imputado e, aí sim, falar sobre voluntariedade nos acordos. A persecução penal que não tem como premissa a presunção de inocência do imputado torna a exigida voluntariedade nos acordos mera ficção jurídico-normativa.

Na colaboração premiada, se tem-se a culpabilidade como ponto de partida, a tendência é que os comportamentos ao longo da persecução penal desenvolvam-se nesse sentido. É o que se depreende da importante contribuição que a Teoria da Dissonância Cognitiva traz para o processo penal. Trata-se de teoria estudada na Psicologia Social por Leon Festinger em 1957, segundo a qual, conforme ensina Danielle Comar

Um indivíduo, quando tem uma convicção qualquer, uma crença, valores ou uma opinião e é confrontado com informações opostas que demonstram que a crença original pode ser falsa, depara-se com um estado de angústia no cérebro. A presença de uma incoerência (ou dissonância) gera um “desconforto psicológico”, um stress psíquico, uma pressão para reduzi-la ou até eliminá-la.¹¹

Ruiz Ritter, em relação à premissa que fundamenta a Teoria da Dissonância Cognitiva, ensina que “...o indivíduo tende sempre a buscar um *estado de coerência* entre seus conhecimentos (opiniões, crenças e atitudes) ...”¹², de modo que desenvolve involuntariamente um processo cognitivo para alcançar essa correlação. En-

9 A presunção de inocência como norma de tratamento impõe o reconhecimento do estado de inocência do imputado durante toda a persecução penal, desde o seu início até o trânsito em julgado, atuando interna e externamente ao processo. Conforme observa Stein, “na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador; externamente, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu.” STEIN, Ana Carolina Filippon. Acordo de não persecução penal e presunção de inocência: a (im)possibilidade da presença do direito fundamental à presunção de inocência em ambiente extraprocessual negocial. In: **Acordo de não persecução penal**. Leonardo Schmitt de Bem, João Paulo Martinelli (organizadores). 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, p. 37.

10 Sobre a presunção de inocência como norma probatório, Stein esclarece que “o ônus substancial da prova, dentro do contexto do processual penal, recai somente sobre a acusação, quem deverá suportar o facasso de qualquer dos elementos de prova carregados aos autos. O juiz, portanto, em caso de dúvida, deverá dar por demonstrado o caso penal, resolvendo a dúvida em favor do réu”. STEIN, Ana Carolina Filippon. Acordo de não persecução penal e presunção de inocência: a (im)possibilidade da presença do direito fundamental à presunção de inocência em ambiente extraprocessual negocial. In: **Acordo de não persecução penal**. Leonardo Schmitt de Bem, João Paulo Martinelli (organizadores). 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, p. 41-42.

11 COMAR, Danielle Nogueira Mota. **Imparcialidade e juiz das garantias**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2022, p. 232.

12 RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal: Reflexões a Partir da Teoria da Dissonância Cognitiva**. 2ª ed. Tirant Lo Blanch Brasil: São Paulo, 2019, p. 100.

tão diante de situações que representem incoerência com uma cognição ou atitude anteriormente adotada, nós tendemos (por óbvio, sem universalizar), automática e involuntariamente, a atuar para evitar o contato com essas situações, ou buscamos reduzir ou eliminar essa dissonância para restabelecer a harmonia com o comportamento pré-existente. Nesse sentido, tendemos a buscar ativamente informação que apresente consonância com a cognição e comportamento anteriores e afastar o que lhes são contrários ou dissonantes.¹³

Na colaboração premiada, concedidos os benefícios ao delator, cujo conteúdo da delação incrimina terceiros (delatados), é quase inevitável que o juiz, sendo o mesmo, busque a todo tempo a coerência ou consonância de sua razão (cognição) e sua atividade jurisdicional (comportamento) em relação ao delator e ao delatado. Ou seja, ainda que apareçam elementos que descaracterizem a incriminação do delatado tal qual levada a efeito pelo delator, a quem foram concedidos benefícios e atestada a eficácia da delação, o julgador tenderá a evitar, reduzir ou eliminar a relevância desses elementos de convicção, já que dissonantes de sua cognição externada na atividade jurisdicional já conferida ao delator. Nessa hipótese, tem-se a dissonância no processo pós-decisório em que o julgador tende a estabilizar a escolha feita, o que se denomina “efeito de congelamento” da decisão ao estabelecer, conforme ensina Danielle Comar, “elementos cognitivos consonantes com a deliberação e eliminar os elementos dissonantes.”¹⁴

A tendência, portanto, é o juiz manter a harmonia e o equilíbrio entre a decisão que concede os benefícios ao delator, afirmando a efetividade da colaboração e os resultados dela advindos (art. 4º da Lei nº. 12.850/2013), e aquela dirigida ao delatado, de modo que os elementos/argumentos dissonantes da primeira decisão, eventualmente apresentados por este último, tendem a ser rejeitados pelo julgador, do que se denota um potencial prejuízo à imparcialidade causado pela atuação do mesmo juiz nos processos decisórios relacionados ao delator e ao delatado.

Em atenção ao princípio da presunção de inocência e para resguardar a imparcialidade do julgador, entende-se que delator e delatado não devem ser julgados pelo mesmo magistrado. Desse modo, a atividade jurisdicional relativa ao delatado estaria desvinculada da cognição desenvolvida e comportamento pré-existente em relação ao delator, possibilitando a imparcialidade do julgador enquanto princípio estruturante e supremo do processo penal acusatório.

13 COMAR, Danielle Nogueira Mota. **Imparcialidade e juiz das garantias**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 234.

14 COMAR, Danielle Nogueira Mota. **Imparcialidade e juiz das garantias**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 236.

No acordo de não persecução penal e ainda sobre levar a sério a presunção de inocência, há que se destacar a hipótese em que há confissão formal e circunstancial do investigado, mas o conteúdo indiciário é insuficiente. A questão que se coloca é: a confissão é suficiente? Por expressa previsão legal, não. Conforme se depreende do art. 28-A do CPP, a regra é: se não houver justa causa, deve o Ministério Público arquivar o inquérito policial. Mas e se não o fizer? E se o Ministério Público propuser o ANPP, a despeito da falta de justa causa, e a defesa técnica concordar, o que pode ocorrer por diversos fatores? Em qualquer caso, o controle judicial deve incidir ativamente na análise da base fática da imputação, afinal, conforme já asseverado no tópico precedente, a verdade é fundamental para a justiça da decisão e do próprio processo.

Não se concebe a atividade jurisdicional que não ingressa em qualquer análise sobre a existência de justa causa, qual seja, sobre elementos suficientes de autoria e comprovada materialidade; não se concebe a ausência de controle judicial sobre a base fática do acordo de não persecução penal; não se concebe a atividade jurisdicional meramente ratificadora da confissão (voluntariedade) e de que Ministério Público e defesa estão de acordo (termo), para, em seguida, verificar se as condições pactuadas estão conforme a lei e homologar a avença.

Ora, se o juiz deve rejeitar a denúncia por falta de justa causa para o exercício da ação penal (art. 395, III do CPP), também é seu dever analisar a existência dessa mesma justa causa para homologar o acordo; na verdade, antes mesmo de buscar a confirmação da confissão para atestar a voluntariedade do investigado, há que aferir a base fática da imputação. Essa aferição está inserida no controle de legalidade que deve fazer, nos termos do art. 28-A, § 4º do CPP, e que não está restrito ao controle de legalidade/constitucionalidade das cláusulas/condições dispostas no acordo. Deve o juiz estar convencido de que o acusado não está confessando o crime, quando é inocente; de que a materialidade dos fatos objeto da investigação está comprovada; de que o delito confessado em audiência corresponde à imputação atribuída pelo Ministério Público. Caso contrário, não havendo base fática, deve o juiz recusar a homologação do ANPP pelo não atendimento aos requisitos legais (art. 28-A, § 7º do CPP) e devolver os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações (art. 28-A, § 8º do CPP) ou arquivamento, conforme o caso.

A falta de análise adequada quanto à existência de base fática para o acordo potencializa sobremaneira e de forma evidente a possibilidade de homologações equivocadas de casos que demandariam o seu arquivamento por falta de justa causa, em total desrespeito ao princípio da presunção de inocência.

4 A (efetiva) atuação da defesa na construção do acordo

A justiça criminal negocial no contexto democrático exige a efetiva atuação da defesa na construção do acordo, no estabelecimento de seus termos em paridade de condições com o Ministério Público. Se não há abertura para essa possibilidade de diálogo, não há o mínimo para uma estrutura de consenso.

Ao tratar sobre a afirmação de que o sistema de justiça penal português enfrenta uma crise grave e que ameaça eternizar-se, Figueiredo Dias observa que, a despeito das razões mais profundas e complexas dessa crise, verifica-se de forma imediata e comprovada a perda de confiança do povo português nesse sistema por ter-se “revelado incapaz de estabilizar as expectativas comunitárias na sua correção e funcionalidade”.¹⁵ Segundo o autor, o modelo de processo penal alicerçado em uma estrutura basicamente acusatória, de resguardo de direitos fundamentais, portanto, expressão de um Estado de Direito, por mais contraditório que possa parecer, é a base da crise do processo penal português, na medida em que esse modelo admite (ou é incapaz de impedir) procedimentos e diligências complexos e por vezes inúteis, demoras excessivas, fazendo com que os processos se arrastem por tempo indeterminado.¹⁶

Gloeckner também destaca a constante importação do *plea negotiation*, gerado na prática norte-americana, por países de tradição continental, com o objetivo de encurtamento do processo penal. O autor observa o mesmo movimento de aposta no modelo negocial identificado por Figueiredo Dias como solução para os entraves do sistema de justiça criminal, salientando

A ausência do processo como a única solução para a “ineficiência” do sistema de justiça criminal, especialmente a partir do argumento de sua inevitabilidade, é, *mutatis mutandis*, equivalente ao argumento facilmente encontrado nos Estados Unidos de que o abandono do *plea bargain* constituiria a falência do sistema de justiça criminal.¹⁷

Diante desse contexto e com o objetivo de ultrapassar a atual sobrecarga da justiça criminal, Figueiredo Dias defende a ideia de uma “eficiência funcionalmente orientada” para o processo penal, em que se passa da estrutura de conflito para a estrutura de consenso entre os sujeitos processuais, sem desconsiderar os

15 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 13.

16 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 14-15.

17 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “novo” liberalismo processual penal autoritário? In: **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 185.

princípios constitucionais próprios do Estado (democrático) de Direito.¹⁸ O autor critica a consensualização do processo penal tal qual é operada em Portugal, Itália, Espanha, França e Brasil, já que não baseada em estruturas e procedimentos de verdadeiro consenso, mas “mais simplesmente em meras *concordâncias* perante (ou na *aceitação* de) propostas ou requerimentos de um ou mais sujeitos processuais dirigidos a outro ou a outros”.¹⁹

Há casos em que a proposta de acordo chega em um envelope, ao pior estilo “contrato de adesão”; não há audiência para celebração do ANPP; não há a construção de um efetivo consenso entre as partes. Qualquer eventual contraproposta também seguirá por escrito, em um envelope. Isso afeta sobremaneira e restringe negativamente a efetiva atuação da defesa.

O primeiro grande e importante passo para o aperfeiçoamento de mecanismos processuais de natureza consensual em um sistema de justiça criminal reside na compreensão da ideia de consenso. A esse respeito, Figueiredo Dias ensina

De “consenso” bastará aqui tomar a ideia central de que se trata de um processo democrático de alcançar a solução de um problema em que participa construtivamente e de modo inclusivo – num ambiente em que todas as opiniões são respeitadas e todas as contribuições avaliadas – todo o grupo ou conjunto de pessoas diretamente interessadas no problema.²⁰

A implementação de mecanismos negociais no âmbito da justiça criminal exige, no contexto de um Estado democrático de Direito, a efetiva participação da defesa na construção dos acordos. Essa participação, sob a perspectiva de Figueiredo Dias, da qual compartilhamos, pressupõe o melhoramento das estruturas de comunicação entre os diferentes sujeitos que integram o momento das tratativas. A mera presença de defesa técnica no acordo não garante a necessária estrutura de consenso; a deficiente participação ou ausência de oportunidade da defesa para efetivamente negociar as condições propostas pelo órgão acusador e, em conjunto com este, construir o acordo, não se amolda a um sistema de justiça criminal negocial no contexto democrático em que, a despeito da opção por soluções pragmáticas para a resolução de casos penais, o respeito à defesa ampla é premissa básica, irrenunciável e deve permear horizontalmente todos os procedimentos afetos à justiça criminal, inclusive no ambiente extraprocessual, como é próprio do ANPP.

18 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 16.

19 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 21.

20 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 22.

De outra parte, há que se observar com destaque as condições que proporcionam a efetiva participação da defesa na construção dos acordos de que tratamos nesta seção, a fim de que a abertura de espaço para negociar os termos a serem pactuados não seja um ato meramente protocolar.

Somente é possível falar em ampla defesa e seu efetivo exercício quando se garante à defesa o conhecimento de todo o material investigativo/probatório de que dispõe o Ministério Público, o que é assegurado pela Súmula Vinculante nº 14²¹ do Supremo Tribunal Federal, e reforçado pelo art. 3º-B, XV do Código de Processo Penal, que atribui ao juiz das garantias a competência para assegurar que essa garantia seja observada, qual seja, o direito do investigado e seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento. Em relação a essa ressalva, Maduro observa que, no caso da colaboração premiada (aplicável ao ANPP) e em atenção ao *fair trial*, deve o Ministério Público aguardar o final das diligências em curso para somente depois propor o acordo ou, caso seja proposto pela defesa, indeferir-lhe sumariamente de forma motivada ou também aguardar a conclusão da diligência para analisar a proposta. Dessa forma, garante-se à defesa o acesso a todos os elementos probatórios produzidos nos procedimentos investigativos e, por conseguinte, o pleno conhecimento do panorama persecutório em sua totalidade.²²

Entre tantas utilidades fundamentais dessa garantia, tem-se a possibilidade da defesa, juntamente com o réu/investigado, avaliar todas as possibilidades de caminhos a seguir e suas consequências, vantagens e desvantagens, traçando a estratégia de defesa que melhor se afigura ao caso e deixando mais clara a percepção de que a opção pelo acordo decorreu de um ato voluntário.

Somente com o conhecimento desse material é possível equilibrar as forças²³ e assegurar a efetiva atuação da defesa na construção dos acordos, ou mesmo na alegação de seu afastamento no caso concreto na hipótese de falta de justa causa

21 Súmula Vinculante 14 STF: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

22 O autor ressalta, contudo, que “... em que pese a possibilidade de uma seleção abusiva por parte da acusação, suscetível de controle judicial *a posteriori*, não é concebível vedar, por completo, edições/restrições no que toa ao procedimento a ser disponibilizado, desde que o material selecionado não tenha qualquer implicação na esfera de direitos do colaborador, sob pena de possível anulação do acordo.” MADURO, André Mirza. *Acesso aos autos na colaboração premiada*. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 153.

23 Vinicius Vasconcellos observa que “não se pode admitir que o imputado decida sobre o aceite ou acordo de não persecução penal sem ter ciência de sua situação diante da pretensão acusatória, visto que isso é indispensável para que se impeçam eventuais erros e abusos, como blefes no sentido de que existem elementos probatórios mais consistentes ou sobre fatos mais graves do que na realidade fazem parte das investigações. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 114.

(indícios de autoria e comprovada materialidade). Sobre esse aspecto, Maria Letícia Gontijo destaca

De modo ainda mais essencial, o advogado, informado de todos os elementos até então constantes dos autos, sem a oposição de sigilo a nenhum documento pelo órgão acusador, deve zelar para que as tratativas apenas ocorram em casos em que exista lastro probatório suficiente – a presença de justa causa –, a fim de coibir arbitrariedades na utilização de institutos consensuais em casos com notável fragilidade probatória.²⁴

A abertura de espaço para a participação da defesa técnica na construção dos acordos por meio do aperfeiçoamento das estruturas de comunicação entre os sujeitos, a garantia de condições para que essa participação dê-se de forma efetiva mediante o amplo acesso aos elementos de investigação e a atuação defensiva realmente comprometida, são aspectos mínimos e elementares para o esboço de uma estrutura de consenso no âmbito da justiça criminal negocial, fundamental no contexto democrático.

5 Justiça criminal negocial e a confissão no cenário de redução de danos

“O fenômeno da expansão do espaço de consenso no processo penal parece irrefreável”²⁵, afirma Gloeckner. A título de exemplo, após um ano do início da vigência, em 2017, do Código de Processo Penal no Uruguai, 83% dos casos criminais haviam sido decididos por meio de soluções negociadas e três vezes mais rápido que o processo tradicional. Esse fenômeno ocorre por toda a América Latina²⁶ e o desafio, diante desse cenário, é fazer do processo penal um espaço ainda possível de se batalhar por aspirações democráticas.²⁷

A implementação de modelos de negociação no processo penal brasileiro, que segue a tendência mundial, potencializa o maior incremento de estruturas

24 GONTIJO, Maria Letícia Nascimento. **O acordo de não persecução penal como instrumento da justiça criminal negocial**: análise dos mecanismos de controle da atuação do ministério público. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 196.

25 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “novo” liberalismo processual penal autoritário? In: **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 178.

26 Sobre a expansão dos mecanismos negociais na América Latina, Anitúa relaciona: “... no âmbito latino-americano, na década de noventa, em Guatemala, Panamá, Costa Rica, Chile, Bolívia, Paraguai, Brasil, El Salvador, assim como nos regimes processuais penais argentinos (em 1992, Córdoba; em 1993, Santa Fé; em 1994, Tierra del Fuego; em 1997, no Estado Federal; em 1998, Buenos Aires, etc.), se adotaram formas procedimentais nas quais se pode chegar a uma pena logo da resignação do imputado à pretensão do Ministério Público, chamando-se, em todos estes casos, de juízo de procedimento abreviado.” ANITÚA, 2021, p. 443. E-book.

27 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “novo” liberalismo processual penal autoritário? In: **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 184.

autoritárias já existentes.²⁸ Diante de uma codificação de inspiração fascista²⁹, que conferiu excessivos poderes judiciais ao magistrado, aliada à concessão de poderes negociais ao Ministério Público, o sistema de justiça criminal negocial acaba por configurar-se terreno fértil para arbitrariedades e violações de direitos e garantias fundamentais, o que, no contexto pós-88, enseja redobrada atenção por parte daqueles que compõem esse sistema e estão inseridos nesse contexto, fator que jamais pode ser descuidado.

Somente é possível atribuir legitimidade democrática à atuação judicial em um Estado de direito se ela for marcada pelo respeito às garantias penais e processuais penais.³⁰ No campo da justiça criminal negocial, em todas as atividades desenvolvidas pelo juiz, tais como análise de requisitos para os acordos, controles de legalidade, voluntariedade, regularidade, entre tantas outras possíveis intervenções judiciais, o vetor são as balizas legais e constitucionais, os efetivos limites no campo dos direitos e garantias fundamentais que devem incidir sobre práticas e procedimentos próprios do modelo negocial.

De outra parte, como bem observa Gontijo³¹, o maior poder de disposição dos acordos e das condições (ANPP) ou sanções (colaboração premiada) a serem cumpridas pelo imputado/réu está centrado no Ministério Público, ensejando natural desequilíbrio de forças entre acusação e defesa. Há que se ter mecanismos de controle interno e externo da atuação do Ministério Público, a fim de evitar favoritismos, subjetivismos e outras formas inadequadas e ilegais de utilização dos mecanismos negociais pelo órgão acusador. Trata-se de importantes iniciativas que devem ser incentivadas e levadas a efeito com seriedade, mediante ações preventivas e repressivas que efetivamente entronizem na instituição uma cultura de respeito aos limites legais e infra legais impostos à atuação ministerial no âmbito da justiça criminal negocial. Contudo, tal como se constata no âmbito judicial, há algo prévio e primordial que necessita maior atenção por parte de todos os atores envolvidos na prática dos mecanismos negociais: o relevo que se confere à confissão do imputado nesse cenário, na maioria das vezes forte e irrefletido.

28 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “novo” liberalismo processual penal autoritário? In: **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 189.

29 O Código de Processo Penal brasileiro foi gestado durante a ditadura do Estado Novo, com forte influência do Código de Processo Penal italiano de 1930, o Código Rocco, de forte inspiração fascista. GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>, p. 144.

30 BRITO, Michelle Barbosa de. **A reação punitiva aos crimes de colarinho branco no Brasil: novos marcos, velhos hábitos**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 170.

31 GONTIJO, Maria Letícia Nascimento. **O acordo de não persecução penal como instrumento da justiça criminal negocial: análise dos mecanismos de controle da atuação do ministério público**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, pp. 115-116.

Na estrutura judicial contemporânea, a confissão é colocada em regime de evidência, deixando fora de dúvida não apenas a decisão que impõe condições ou sanções ao imputado, mas os elementos de investigação existentes, de modo que eventual deficiência nesse material é compensada pela confissão. Sobre a confissão repousa o “acerto” da resposta penal estatal, sem grandes esforços. Nesse sentido, Gloeckner observa

Através da confissão não será mais necessário ao órgão decisório recolher os fragmentos de verdade, as pequenas narrativas, nem tampouco decifrar as entrelinhas do caso. A verdade se manifestará radiante, inevitável. Assim, por mais que os códigos afirmem a inexistência de um meio de prova superior aos demais, as práticas confessionais demonstram o contrário. Obter a confissão garante a emancipação de uma verdade a todos constatável.³²

Já que se trata de fenômeno irrefreável, como bem salienta Gloeckner, além permanente vigilância sobre o aparato legislativo e interpretativo que se tem construído em torno dos mecanismos negociais, notadamente colaboração premiada e acordo de não persecução penal, objetivando não os descolar, tanto quanto possível, dos princípios constitucionais, há que se voltar especial atenção à compreensão da confissão enquanto um dos fatores mais elementares desses institutos, na medida em que se apresenta como condição *sine qua non* para celebração das avenças. A compreensão da confissão no contexto da justiça negocial é o primeiro e grande passo para se iniciar um processo de construção de um cenário de redução de danos nesse ambiente tendencialmente inquisitorial.

Lorena Winter³³ observa que a admissão de culpa nos acordos penais pode dar-se em razão de diversos fatores, tais como o medo da condenação, incerteza quanto ao resultado do processo, prisão provisória, intimidação do Ministério Público, ameaça de que seja requerida pena maior na hipótese de exercício do direito ao julgamento, entre outros. Assim, a presença da voluntariedade exigida como requisito para homologação da delação premiada (art. 4º, § 7º, IV da Lei n.º 12.850/2013) e pressuposto no ANPP (art. 28-A do Código de Processo Penal), não necessariamente significa que se trata de investigado/réu culpado, tampouco representa o efetivo exercício da livre autonomia da vontade em todos os casos.

Afirmar que a confissão e a aceitação voluntária dos acordos de colaboração premiada ou de não persecução penal, devidamente assistida por defesa técnica, deixa a culpabilidade do imputado fora de dúvida, é conferir um enfoque mera-

32 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástases do sistema inquisitório. In: **Sistemas processuais penais**. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). 2a ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 22-23. E-book

33 WINTER, Lorena Bachmaier. Justiça negociada e coerção: reflexões à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In: **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 13-14, 25.

mente formalista aos institutos, desconsiderando o contexto do sistema de justiça criminal negocial e o papel que nele desempenham os seus atores. De outra parte, sustentar que a questão está resolvida quando a situamos no campo da renúncia a direitos e garantias fundamentais por parte do imputado, a exemplo da presunção de inocência e não autoincriminação, denota uma postura de legitimação desses mecanismos negociais que, todavia, tangencia o seu real funcionamento e subestima os seus impactos.

A análise da admissão de culpa do investigado na colaboração premiada e no ANPP não pode ignorar toda a lógica inquisitória e eficientista que envolve o sistema de justiça criminal, notadamente os órgãos acusador e julgador, que tem todo o interesse na “resolução” do caso penal mediante o máximo encurtamento dos caminhos investigativo e/ou probatório e argumentativo (maior benefício ao menor custo). Conforme observa Anitúa³⁴, segundo os defensores da verdade alcançada a partir de um acordo – chamada “verdade consensual” (ou negociada), a única vantagem do acordo está em concluir a busca mais rapidamente, de modo que não há qualquer preocupação em melhor aproximação da verdade.

Na colaboração premiada, a pretexto de combater a criminalidade e alcançar a segurança pública (discurso oficial), imprimindo maior eficiência ao processo penal, chega-se a uma suposta verdade por meio da confissão do réu e da delação de coautores ou partícipes, entre outras hipóteses de colaboração previstas na Lei n.º 12.850/2013, mediante a concessão de benefícios ao delator. No ANPP, sustentado como uma política criminal despenalizadora e com a mesma pretensão supostamente baseada em cálculos de utilidade social³⁵, a verdade é alcançada por meio da confissão formal e circunstancial do investigado que, em troca, terá as condições (não uma pena) de propositura do acordo. No procedimento inquisitório³⁶, a pretexto de combater a propagação de condutas heréticas, buscava-se obsessivamente a verdade por meio da confissão, mediante o recurso à tortura (mas nem sempre). As semelhanças não são meras coincidências!

Muito embora a lógica inquisitória siga impulsionando os mecanismos de justiça criminal na atualidade, a consideração do contexto democrático no qual es-

34 ANITÚA, Gabriel Ignacio. A importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense nas reformas processuais latino-americanas. In: **Sistemas processuais penais**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 2a ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 446. E-book.

35 Maria Leticia Gontijo observa os variados argumentos “...daqueles que se posicionam favoráveis ao acordo de não persecução penal: a necessidade de se garantir resposta eficiente às exigências sociais de prevenção, repressão e ressocialização, a grande quantidade de processos criminais em trâmite, com o iminente colapso do Poder Judiciário, a inserção de alternativas ao burocrático e estigmatizante processo penal, os altos custos financeiros de um processo criminal, a possibilidade de reparação do dano e valorização do papel da vítima.” GONTIJO, Maria Leticia Nascimento. **O acordo de não persecução penal como instrumento da justiça criminal negocial**: análise dos mecanismos de controle da atuação do ministério público. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2022, p. 68-69.

36 ROSSETTO, Enio Luiz. **A confissão no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 130.

tão inseridos deve conduzir a sua interpretação/aplicação no cotidiano da prática jurídica. A efetiva e adequada atuação do julgador no que diz respeito à análise e verificação de suporte probatório da hipótese acusatória é fundamental para o justo e devido processo no âmbito da justiça negocial. Não é suficiente a alteração legislativa para expressamente afirmar a estrutura acusatória do processo penal e vedar a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (art. 3º-A do CPP), se a confissão, base do sistema inquisitivo, segue sendo a peça principal da hipótese acusatória e, de um modo geral, dos procedimentos de persecução penal.

6 Considerações finais

Em um contexto democrático, a previsão legal de institutos com fortes traços de inquisitorialidade deve ser lida e aplicada, necessariamente e por mais paradoxal que seja, considerando uma estrutura acusatória de processo penal, ou o mais perto disso que se possa chegar, para que se reduza, naquilo que for possível, os danos que deles decorrem no campo dos direitos e garantias fundamentais.

No processo penal democrático, o caminho percorrido (meio) legitima o fim (resposta penal). O processo penal continua com a sua função primordial de limitar o poder punitivo. Os traços de inquisitorialidade que insistem em permanecer em procedimentos e na mentalidade dos atores que integram o sistema de justiça criminal encontram no modelo de justiça negocial campo favorável a abusos e violações de direitos e, por essa razão, a negociação no contexto democrático necessita de permanente atenção quanto aos seus parâmetros legais, equilíbrio de forças (paridade de armas) e respeito às regras do jogo.

O argumento de que a simplificação do processo penal é fundamental para conter a crise do sistema de justiça criminal deve encontrar limites na Constituição Federal. O contexto democrático não admite a resolução de casos penais a qualquer custo. A eficiência também é um princípio a ser perseguido no processo penal, todavia, o seu alcance não pode levar à total sucumbência de outros direitos e garantias fundamentais. Há que se construir e solidificar em terras brasileiras um cenário de justiça criminal negocial compatível, tanto quanto possível, à estrutura constitucional estabelecida. Práticas e procedimentos podem (e devem) ser aperfeiçoados para que princípios como presunção de inocência e ampla defesa tenham lugar também nos mecanismos negociais.

A compreensão dos limites de seus poderes, por parte do Ministério Público, o efetivo controle judicial dos acordos pelo Judiciário e a garantia de participação e comprometimento da defesa técnica na construção das avenças, são alguns dos relevantes aspectos que merecem constante reforço e vigilância no caminho de redução de danos a ser trilhado pela prática jurídica do sistema de justiça criminal negocial. E não há outro a seguir.

Referências bibliográficas

- ANITÚA, Gabriel Ignacio. A importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense nas reformas processuais latino-americanas. In: **Sistemas processuais penais**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 2a ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. E-book.
- ARANGO GIRALDO, Andres Felipe; BUSTAMANTE RÚA, Mónica María. Estipulacionees probatórias y verdades negociadas: uma reflexión sobre los acuerdos probatórios em el sistema procesal penal colombiano. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 9, n. 3, p. 1137-1172, set./dez. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.855>
- BRITO, Michelle Barbosa de. **A reação punitiva aos crimes de colarinho branco no Brasil: novos marcos, velhos hábitos**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.
- BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade**. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.
- COMAR, Danielle Nogueira Mota. **Imparcialidade e juiz das garantias**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?** Conselho Distrital do Porto, 2011.
- GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “novo” liberalismo processual penal autoritário? In: **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástases do sistema inquisitório. In: **Sistemas processuais penais**. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). 2a ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.
- GONTIJO, Maria Letícia Nascimento. **O acordo de não persecução penal como instrumento da justiça criminal negocial: análise dos mecanismos de controle da atuação do ministério público**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.
- MADURO, André Mirza. **Acesso aos autos na colaboração premiada**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.
- NEWKIRK CENTER FOR SCIENCE & SOCIETY. **The national registry of exonerations**. 2022 annual report. East Lansing: University of California Irvine; University of Michigan, 2023. Disponível em: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/NRE%20Annual%20Report%202022.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2024.
- ROSSETTO, Enio Luiz. **A confissão no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2001.
- RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal: Reflexões a Partir da Teoria da Dissonância Cognitiva**. 2ª ed. Tirant Lo Blanch Brasil: São Paulo, 2019.
- STEIN, Ana Carolina Filippou. Acordo de não persecução penal e presunção de inocência: a (im) possibilidade da presença do direito fundamental à presunção de inocência em ambiente extraprocessual negocial. In: **Acordo de não persecução penal**. Leonardo Schmitt de Bem, João Paulo Martinelli (organizadores). 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.
- TARUFFO, Michele. Verdade Negociada? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Vol 13. N. 13. 2014. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/11928> Acesso em 28 jul. 2024.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Acordo de não persecução penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- WINTER, Lorena Bachmaier. Justiça negociada e coerção: reflexões à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In: **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

PRISÃO PREVENTIVA E LEI DE DROGAS: ANÁLISE DOS DISCURSOS JURÍDICO- PENAIIS A PARTIR DO REALISMO MARGINAL E CRIMINOLOGIA CAUTELAR

*PRE-TRIAL DETENTION AND DRUG LAW: ANALYSIS OF
CRIMINAL-LEGAL DISCOURSES UNDER THE MARGINAL
REALISM AND PREVIOUS CRIMINOLOGY*

FRANCIELE SILVA CARDOSO¹

FABIANA SANTOS MILHOMEM²

RESUMO: A Lei 11.343/2006, também denominada de Lei de Drogas, tratou de maneira distinta duas figuras centrais do panorama de consumo de substâncias ilícitas: o traficante e o usuário. Ao passo que foi endurecido o tratamento repressivo destinado ao traficante, ao usuário foi dispendido tratamento oposto, não mais sendo cominadas penas privativas de liberdade e surgindo, no texto legal, mecanismos que o tratam como pessoa que necessita de ações de tratamento e reinserção social. Nesse contexto, surgem indagações acerca do papel da polícia, responsável pela primeira classificação do indivíduo, além de questionamentos quanto aos impactos da inserção em um sistema prisional, criminógeno por natureza, de indivíduos que, ao menos de maneira programática, deveriam ser direcionados a atividades de atenção e reinserção social. Sob esse enfoque, como uma espécie de ambiente de observação, o presente trabalho busca investigar, através de uma pesquisa documental, casos em que houve a desclassificação do crime de tráfico para uso, em processos julgados pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás em 2018. A partir dos dados observados, é possível confirmar a hipótese de que o discurso jurídico-penal estabelecido não coaduna com a realidade, na medida em que, na prática, existem inúmeras dificuldades e incongruências na distinção entre as figuras do traficante e usuário. De maneira especial, destaca-se as distorções provocadas pela decretação de prisões preventivas em casos ligados à lei de drogas: há o aprisionamento do indivíduo durante o processo mesmo que, ao final, possa

- 1 Doutora em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de São Paulo (2012). Professora associada da Universidade Federal de Goiás. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação (Mestrado Profissional) em Direito e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás - UFG. Pesquisadora do NECRIVI (Núcleo de Estudos sobre Criminalidade e Violência - UFG). Coordenadora adjunta estadual (GO) do IBCCrim - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. <https://orcid.org/0000-0001-9094-6008>. Endereço: Rua 1.141, n. 358, apto. 302. Edifício Spot Marista, Setor Marista. CEP: 74.180-08. Telefone: 62 8304-4797. E-mail: francielecardoso@gmail.com;
- 2 Mestranda do Programa de Pós-Graduação (Mestrado Profissional) em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás. Endereço: Rua 267, nº 168, Setor Coimbra, Goiânia/GO. Telefone: 62 99653-4418. E-mail: fabiana.smilhomem@gmail.com

ser reconhecida sua conduta como uso, hipótese em que não há previsão de pena privativa de liberdade.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia; Prisão Preventiva; Lei de Drogas; Tráfico de Drogas; Consumo de Drogas.

ABSTRACT: The 11.343/2006 law, also known as the Brazilian Drug Law, dealt differently with two central figures in the illicit drug consumption panorama: the dealer and the user. While the repressive treatment aimed at the dealer was toughened, the user was given the opposite treatment, with custodial sentences no longer being imposed and mechanisms appearing in the legal text that treat him as a person in need of treatment and social reintegration actions. In this context, questions arise about the role of the police, responsible for the first classification of the individual, in addition to questions about the impacts of insertion into a prison system, criminogenic in nature, of individuals who, at least programmatically, should be directed to activities care and social reintegration. Under this approach, as a kind of observation environment through a documentary research, the present work seeks to investigate cases in which the crime of trafficking was declassified for use, in cases judged by the First Criminal Chamber of the State Court of Justice of Goiás in 2018. Based on the data observed, it is possible to confirm the hypothesis that the established legal-criminal discourse does not match reality, as, in practice, there are numerous difficulties and inconsistencies in the distinction between the figures of the drug trafficker and user. In particular, the distortions caused by the decree of preventive arrests in cases linked to the drug law stand out: there is the imprisonment of the individual during the process even if, in the end, his conduct may be recognized as use, a hypothesis in which there is no provision for a custodial sentence.

KEY-WORDS: Criminology; Preventive Prison; Drug Law; Drug Trafficking; Drug Consumption.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Discurso jurídico-penal: análise da legislação; 3 O usuário e a Lei de Drogas; 4 A excepcionalidade da prisão preventiva; 5 A realidade: análise da deslegitimidade do sistema penal; 6 Ambiente de observação: análise dos processos julgados pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás em 2018; 7 Conclusão; Referências Bibliográficas.

1 Introdução

Grandes são as discussões que cercam a política criminal de drogas adotada pelo Brasil, caracterizada como uma política de guerra delineada a partir de um modelo genocida de segurança pública. Essa guerra, cujos inimigos não são dro-

gas mas determinados grupos de pessoas que com elas se relacionam, tem “deixando milhares de anônimos para trás, mortos, amontoados”.³

Nesse sentido, pode-se constatar claramente, mediante a simples observação da realidade, que a guerra às drogas constitui verdadeiro massacre, ocasionado pelo descontrole do poder punitivo do Estado, dentro da visão consagrada por Zaffaroni, marcada pelos milhares de encarcerados e mortos em nome desta guerra.

Quando se verifica que, ao menos programadamente, o discurso oficial dispensa tratamentos diferentes às figuras do traficante e usuário, aparentemente há um grande descompasso entre o discurso jurídico-penal e a realidade do sistema penal. Sobre a planificação do tratamento do usuário, Salo de Carvalho aponta que os princípios e diretrizes previstos na Lei nº 11.343/2006, notadamente identificados com políticas de redução de danos, acabam ofuscados pela lógica proibicionista, não representando senão mera carta de intenções.⁴

Esse cenário fica ainda mais crítico quando se considera, na prática, as dificuldades relacionadas à distinção entre as condutas de tráfico e uso de drogas. Ainda que a legislação atribua ao Poder Judiciário realizar esta distinção, com base nos critérios genéricos dispostos no art. 28, § 2º, da Lei de Drogas, na realidade são os agentes policiais os responsáveis por uma primeira classificação – fato que determina o curso e, muitas das vezes, até o resultado do processo penal ao qual será submetido o indivíduo.⁵

Nesse contexto, atenção especial é direcionada à possibilidade de prisão preventiva nos casos relacionados à lei de drogas. A distinção inicial, realizada pelas agências executivas sem critérios objetivos, determinará se o indivíduo poderá ser preso preventivamente, ainda que, ao final do processo, possa lhe ser imputada conduta para a qual não é prevista pena privativa de liberdade: o uso. Essa realidade evidencia-se ainda mais grave quando constatado que, também ao contrário da programação legislativa, a decretação de prisões preventivas opera-se no Brasil como regra e não como medida excepcional.

Assim, o presente trabalho propõe uma análise do latente descompasso entre o discurso jurídico-penal e a realidade do sistema penal, sob a ótica do realismo marginal e da criminologia cautelar, com vistas a verificar a deslegitimidade

3 VALOIS, 2020, p. 19.

4 CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 172.

5 MACHADO, Nara Borgo Cypriano. *Usuário Ou Traficante? A Seletividade Penal Na Nova Lei De Drogas*. In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza, 2010, p. 1101.

do sistema penal e da contribuição das práticas identificadas para o massacre em curso no país.

Para tanto, em um primeiro momento, realiza-se uma breve análise dos discursos jurídicos-penais contidos na programação legislativa da lei de drogas, especialmente quanto ao tratamento despendido ao usuário, além da legislação que disciplina a prisão preventiva.

Em seguida, o trabalho traz uma análise da realidade do sistema penal, contrapondo-se à verdade das práticas adotadas sistematicamente pelos aplicadores da lei penal com a planificação explicitada na legislação. Busca-se, portanto, verificar se o discurso jurídico-penal é verdadeiro e racional, a fim de se demonstrar a ausência de legitimidade do sistema penal tal como propõe Zaffaroni.⁶

Por fim, construímos um ambiente de observação para que, verificando dados colhidos empiricamente, seja possível observar a atuação do sistema penal dentro do cenário de deslegitimidade proposto. Para tanto, é realizada uma pesquisa documental em processos julgados no ano de 2018 pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, nos quais foram providas apelações criminais em que os recorrentes pleitearam a desclassificação da conduta de tráfico, para uso.

3 Discurso jurídico-penal: análise da legislação

Alinhando-nos ao que propõe Raúl Eugenio Zaffaroni, este trabalho assume a realidade de poder do sistema penal e sua deslegitimação.⁷ Nesse sentido, adotando a abordagem da criminologia crítica, sob a ótica do realismo marginal e da criminologia crítica, propomos uma análise da (des)legitimidade do discurso jurídico-penal que envolve as políticas de drogas brasileiras, especialmente quanto ao encarceramento provisório dos indivíduos reconhecidos pelo próprio sistema penal como usuários.

3.1 O usuário e a Lei de Drogas

A lei nº 11.343/2006, a chamada Nova Lei de Drogas, emergiu reunindo um duplo regime de saberes e tecnologias de poder, na medida em que foi influenciada pelo contexto de formulação de políticas repressivas no contexto de “guerra às

6 ZAFFARONI, E. R. *Em Busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 19.

7 ZAFFARONI, E. R. *Em Busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 6.

drogas”, mas também apresenta, dentro de um plano médico-preventivo, influência do contexto das chamadas “políticas de redução de danos”.⁸

Essa característica fica escancarada quando, ao elencar os princípios do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), a legislação traz o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade, o reconhecimento da intersectorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito e, ainda, a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social.

Dessa maneira, o discurso legislativo é construído de maneira a indicar aparente preocupação em efetivamente reinserir socialmente o usuário e dependente de drogas, tratando esses sujeitos como pessoas humanas, cujos direitos fundamentais devem ser respeitados. Nessa esteira, a Nova Lei de Drogas, trouxe importante inovação em seu art. 28, que não mais prevê a aplicação de penas restritivas de liberdade a quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar - ou seja, ao usuário.

Embora a legislação tenha operado apenas uma despenalização do delito de uso de drogas, mantendo-se a criminalização do uso, existem diversos debates no campo acadêmico e jurídico a respeito da constitucionalidade da manutenção do tipo penal contido em seu art. 28.

Menciona-se, por exemplo, o entendimento esposado por Maria Lúcia Karam, segundo o qual a simples posse para uso pessoal de drogas tornadas ilícitas, ou mesmo seu consumo em circunstâncias que não envolvam perigo concreto, direto e imediato para terceiros, são condutas que não afetam nenhum bem jurídico alheio.⁹ Pelo contrário: trata-se de decisão inserida na esfera da liberdade individual, podendo-se falar em autolesão na medida em que, ainda que o consumo de drogas possa acarretar prejuízos para a saúde do usuário, não há nenhuma afetação a direitos de terceiros.

Dessa forma, na medida em que não há lesão a bem jurídico alheio e tampouco à saúde pública – bem jurídico tutelado pela Lei de Drogas – a tipificação

8 CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo*. 2015. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 26.

9 KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais* [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://dspace/xmlui/bitstream/item/6937/PDfexibepdf.pdf?sequence=1>>, p. 132.

do consumo de drogas fere os princípios constitucionais da lesividade e da intervenção mínima, já que a tipificação extrapola o limite imposto ao legislador pela fixação do bem jurídico

Entretanto, mesmo diante de diversos debates acerca da constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, notável é que o legislador optou por não cominar pena privativa de liberdade ao indivíduo reconhecido como usuário, o que pode ser interpretado como uma efetivação dos princípios elencados no próprio texto legal.

Nesse sentido, destaca-se o princípio do Sisnad abrigado no art. 4º, inc. X, da Lei 11.343/2006, que prevê a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social. Destaca-se, portanto, que o próprio legislador determinou a importância de se equilibrar as ações de prevenção e reinserção, destinadas aos usuários, e de repressão, destinadas às figuras dos traficantes.

Contudo, inobstante o discurso normativo diferenciador da conduta, o próprio instrumento legal traz dificuldades para que, na prática, ocorra a diferenciação entre a figura do usuário e do traficante. A Lei de Drogas apresenta, em seu art. 28, § 2º, os critérios legais para a classificação da conduta como uso, indicando que deve-se levar em consideração a quantidade e natureza da droga apreendida, o local e condições da ação, além das circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes do agente.

Nota-se, portanto, que o texto legal valeu-se de critérios extremamente vagos, utilizando diversos critérios subjetivos, conferindo excessiva discricionariedade aos aplicadores da lei para a classificação das condutas. Dessa forma, verifica-se evidente violação ao princípio constitucional da legalidade, especialmente em sua faceta da taxatividade imposta ao legislador. Confirmando este entendimento, Alessandra Matos Portella indica que o legislador não seguiu devidamente o corolário da taxatividade, decorrente do princípio constitucional da legalidade, na medida em que não tratou com clareza e precisão o *quantum* da droga a ser considerada para efeitos de classificação jurídica da conduta.¹⁰ Além disso, a autora aponta que a margem de discricionariedade enlarguecida existente na legislação permite que o magistrado julgue as circunstâncias sociais e pessoais do agente sobrepesando negativamente as qualidades a depender de seus parâmetros valorativos.

No mesmo compasso, Luciana Boiteux considera “inconstitucional essa opção legislativa ao deixar propositalmente em aberto tal distinção, justamente

10 PORTELLA, Alessandra Matos. Usuário ou Traficante? A Operacionalidade do Sistema Penal Desvelada por Meio da Análise da Lei Nº 11.343/2006. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 28.

pela ausência de garantias legais que limitem a intervenção estatal com relação ao usuário”.¹¹ Aponta a autora, ainda, que a ausência de distinção legal objetiva entre usuário e traficante, somada ao aumento da pena mínima do crime de tráfico, faz com que a Lei de Drogas constitua uma das principais causas do desproporcional crescimento dos níveis atuais de encarceramento no Brasil.

Essas aparentes contradições entre a Lei de Drogas e os princípios do sistema jurídico brasileiro, constitucionalmente consagrados, já nos indica a possível ausência de racionalidade do discurso jurídico-penal, na concepção trazida por Zaffaroni, na medida em que lhe falta coerência interna, o que lhe confere ilegitimidade.¹²

3.2 A excepcionalidade da prisão preventiva

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, é um tratado internacional com o propósito de consolidar, no continente americano, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem. O tratado foi assinado em novembro de 1968, tendo sido ratificado pelo Brasil em setembro de 1992 e assumido caráter supralegal a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, em dezembro de 2008, que fixou a tese de que os tratados sobre direitos humanos são dotados de um atributo de supralegalidade diante de seu caráter especial.

Ainda que não trate nomeadamente da prisão preventiva, o tratado traz prerrogativas que devem nortear a regulamentação do instituto. Em seu artigo 7, que trata do direito à liberdade pessoal, a Convenção determina que ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas na legislação. Dispõe, ainda, que toda pessoa detida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Prevê, ainda, o direito de toda pessoa privada da liberdade em recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais.

Verifica-se, portanto, a consagração da ideia de excepcionalidade da prisão, além de preconizar a existência de um julgamento em prazo razoável e o direito da

11 BOITEUX, Luciana. Drogas e Cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão; LEMOS, Clécio. Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014, p. 89.

12 ZAFFARONI, E. R. *Em Busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 16.

pessoa de ser posta em liberdade, durante o prosseguimento do processo, além do direito de ver decidido, sem demora, sobre a legalidade da prisão.

Na legislação ordinária, a prisão preventiva está disciplinada nos arts. 311 a 316 do Código de Processo Penal, constituindo-se uma medida cautelar processual de natureza pessoal. A redação desses artigos sofreu alterações pela Lei nº 12.403/2011 e, recentemente, pela Lei nº 13.964/2019, também conhecida como “pacote anticrime”.

A Lei nº 12.403/2011 foi editada sob o argumento de que o encarceramento preventivo deveria ser decretado em caráter de *ultima ratio*, diante da insuficiência das demais medidas e da necessidade de prisão do sujeito.¹³

Nesse compasso, com a redação dada ao art. 313 do CPP, a prisão preventiva ficou adstrita aos casos de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, em casos em que o indivíduo tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, além da hipótese de garantia de execução de medidas protetivas de urgência, nos casos de violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. Ainda, o § 1º do art. 313 admite a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação.

Assim, apenas dentro dessas hipóteses, e quando houver a existência da necessidade de garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, nos casos em que houver prova da existência do crime, indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (art. 312, CPP), a legislação permite a decretação de prisão preventiva.

Na mesma confluência, a redação dada pela Lei nº 12.403/2011 ao art. 282 do CPP determinou que as medidas cautelares, dentre elas a prisão preventiva, deverão ser aplicadas observando-se a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais e a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Ainda que o presente trabalho não se proponha a analisar as alterações legislativas trazidas pelo pacote anticrime, especialmente porque o espaço de observação se volta para processos julgados antes da edição da Lei nº 13.964/2019, é

13 LEÃO, Bernardo S. C.; PRADO, Alessandra R. M. A periculosidade na decretação de prisão preventiva por furto em Salvador: controle racial e de classe. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 1713-1749, set./dez. 2021, p. 1724.

pertinente tecer alguns comentários sobre seu conteúdo, especialmente por representar o discurso jurídico-penal presente no ordenamento – não havendo nenhum rompimento com a lógica introduzida pela Lei nº 12.403/2011.

Sob esse prisma, quanto à Lei nº 13.964/2019, ainda que não lhe faltem críticas por valer-se de uma racionalidade tecnicista-fascista, marcada por uma lógica de processo inquisitorial e apresentando elementos autoritários, reconhece-se algumas alterações promovidas, dentro da regulamentação das medidas cautelares, potencialmente úteis para frear o arbítrio dos operadores do direito.¹⁴

Feita essa ressalva, destaca-se a nova redação dada ao § 6º do mencionado art. 282, que consagra o princípio de adoção da prisão preventiva como *ultima ratio* ao dispor que será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, prevendo a necessidade de justificação da medida de forma fundamentada nos elementos presentes no caso concreto, de maneira individualizada. De maneira semelhante, a determinação de maior rigor nas motivações e fundamentações na decretação de prisões preventivas é vista nos arts. 283, 312, § 2º e 315.

Relevante, também, observar a inclusão do § 2º do art. 313, que veda a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. A redação deste artigo parece positivar o princípio da presunção da inocência, reforçando o caráter cautelar e não punitivo previsto para o instituto da prisão preventiva.

Por fim, destaca-se a alteração do art. 310, que disciplinou a obrigatoriedade da audiência de custódia. A inclusão dos §§ 3º e 4º também merecem comentário. Parece positiva a determinação do § 3º ao prever a responsabilização da autoridade que der causa à não realização da audiência de custódia, sem motivação idônea. No entanto, embora o § 4º preveja a ilegalidade da prisão em flagrante se não realizada a audiência de custódia no prazo legal, também permite a imediata decretação de prisão preventiva – contradição que pode tornar inócuo o comando constante do trecho inicial da obra.¹⁵

Essas alterações legislativas, especificamente dentro da regulamentação das medidas cautelares consoante exposto, caminham no mesmo compasso do discur-

14 AMARAL, A. J. do; SILVEIRA, F. L. da. A prisão preventiva e as (nem tão) novas controvérsias na Lei nº 13.964/2019. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 26, p. 141-162, 2020. Disponível em: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/23>>. Acesso em: 01 ago. 2022, p. 154.

15 AMARAL, A. J. do; SILVEIRA, F. L. da. A prisão preventiva e as (nem tão) novas controvérsias na Lei nº 13.964/2019. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 26, p. 141-162, 2020. Disponível em: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/23>>. Acesso em: 01 ago. 2022, p. 156.

so jurídico-penal adotado até então, preconizando-se a excepcionalidade da prisão preventiva e buscando garantir os direitos fundamentais dos presos, buscando-se mecanismos para “frear o eventual arbítrio” dos operadores do direito.¹⁶

A preocupação legislativa, justifica-se, contudo, diante da prática penal que reiteradamente e sistematicamente viola esses preceitos e direitos dos custodiados, não tendo ocorrido alteração do Estado de Coisas Inconstitucional, reconhecido no julgamento da ADPF 347. É exatamente diante deste descompasso entre o discurso presente no ordenamento jurídico e a realidade que se parte para uma análise da deslegitimidade do discurso jurídico-penal.

4 A realidade: análise da deslegitimidade do sistema penal

Admitindo-se a razão proveniente do abolicionismo, Zaffaroni defende a perda da legitimidade do sistema penal diante da situação de extrema pobreza fundamentadora do sistema e das críticas reveladoras que desacreditam o próprio saber jurídico.¹⁷ Nos países da América Latina, segundo o autor, a contradição entre a programação normativa e a realizada é tão gritante, que pode ser verificada por uma simples observação superficial. Nesse sentido, aponta que a dor e a morte provocadas pelo sistema penal são tão significativas que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desparatamento, motivo pelo qual se desarma ao mais leve toque com a realidade.

Propõe o autor uma análise a partir da ótica do chamado realismo marginal, reconhecendo-se a realidade dos sistemas penais latino-americanos, tido como periféricos e distintos daqueles países centrais, marcada por seu autoritarismo e tendência a promover massacres. Nesse contexto, Zaffaroni propõe uma abordagem criminológica cautelar, que deve se dedicar a evitar massacres – estes compreendidos como o elevado número de mortes produzidas pelo descontrole do poder punitivo.

Partindo desses referenciais, o presente trabalho busca realizar uma análise sobre a deslegitimidade do discurso jurídico-penal referente à aplicação da lei de drogas e decretação de prisões preventivas, cotejando a programação normativa com a realidade e delineando o massacre que vem se operando neste contexto.

16 AMARAL, A. J. do; SILVEIRA, F. L. da. A prisão preventiva e as (nem tão) novas controvérsias na Lei nº 13.964/2019. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 26, p. 141–162, 2020. Disponível em: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/23>>. Acesso em: 01 ago. 2022, p. 154.

17 ZAFFARONI, E. R. *Em Busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 6.

Sob essa ótica, a legitimidade do sistema penal existiria se o discurso jurídico-penal fosse racional e se o sistema penal atuasse em conformidade com ele.¹⁸ Quanto à racionalidade do discurso jurídico-penal, refere-se à sua coerência interna e ao seu valor de verdade quanto à operatividade social. Nas palavras de Zaffaroni, portanto, “a projeção social efetiva da planificação explicitada no discurso jurídico-penal deve ser minimamente verdadeira, ou seja, deve realizar-se em alguma medida”.¹⁹

Contudo, ao analisarmos o discurso jurídico-penal na construção de políticas sobre drogas, verificamos que não é socialmente verdadeiro. Em que pese na programação normativa esteja positivado o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, além de disposições sobre atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social, verifica-se uma realidade completamente distinta – e distante.

Na prática, o discurso jurídico-penal destoa do contexto de guerra às drogas travada no Brasil, ou melhor, de guerra a pessoas, conforme cunha Luís Carlos Valois.²⁰ Na realidade, a lei de drogas é aplicada dentro de um cenário estigmatizante e seletivo, sendo responsável pelo aprisionamento de 219.398 (duzentos e dezoito mil, trezentas e noventa e oito) pessoas, correspondente a 29,41% da população carcerária em dezembro de 2021, consoante dados divulgados pelo DEPEN.

O presente trabalho preocupa-se, de maneira específica, justamente quanto à distinção entre a figura do traficante e do usuário, na medida em que o discurso jurídico-penal dispensa tratamentos completamente distintos a essas condutas, inclusive quanto à possibilidade de prisão preventiva, conforme delineado anteriormente.

É importante, então, voltarmos a atenção à realidade do processo penal imposto a esses sujeitos: há a prisão em flagrante – já ocorrida dentro de um padrão estigmatizante –, a realização de uma primeira classificação da conduta realizada pelos agentes policiais, e, se o indivíduo já for rotulado como traficante, assim será reconhecido durante todo o processo mesmo que, ao final, haja a desclassificação da conduta para uso. Nessa lógica, que subverte completamente o princípio da presunção de inocência, o usuário poderá ser encarcerado durante todo o processo

18 ZAFFARONI, E. R. *Em Busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 16.

19 ZAFFARONI, E. R. *Em Busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 18.

20 VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 3. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 20.

penal, recebendo tratamento diametralmente oposto ao preconizado pela legislação e, assim, escancarando a mentira do discurso jurídico-penal.

Destaca-se, neste ponto, conforme indica Nara Borgo Cypriano Machado, que embora a lei determine que caberá ao juiz diferenciar o usuário do traficante, na prática, é a polícia que efetua a apreensão de drogas, que resultará na lavratura de Termo Circunstanciado de Ocorrência ou prisão em flagrante, a depender da classificação da conduta, sendo, portanto, o agente policial o primeiro a realizar referida classificação.²¹ Dessa forma, num primeiro momento, transfere-se ao policial a responsabilidade em avaliar e classificar a conduta do réu, abrindo margem para grande discricionariedade do agente policial.

Assim, como destaca Maria Gorete de Jesus, é a polícia que “desempenha o papel de oferecer vocabulário para a definição do crime, que vai preencher esses ‘espaços’ deixados pela lei”.²² Assim, nesse papel de traduzir um “fato da realidade” para um “fato jurídico” os policiais, com base em suas percepções, utilizam expressões, linguagens e categorias que são centrais para a própria definição do crime.

Quanto aos espaços deixados pela lei, são os critérios subjetivos adotados pela legislação, presentes do art. 28, § 2º, da Lei de Drogas, que conferem a possibilidade de que o aplicador da lei se valha de preceitos morais para valorar quais locais estão mais ou menos propensos à prática do crime de tráfico, bem como, do mesmo modo, selecionar realidades sociais e pessoais que ele, dentro de seu campo discricionário, considera mais tendentes ao tráfico.

Diante dessa situação há uma clara subversão, não só dos princípios que deveriam reger o Sisnad, planejado na Lei de Drogas, mas do próprio processo penal, na medida em que “o juiz nos processos de tráfico de drogas, não é o juiz togado, mas o policial na rua”.²³ Ademais, os critérios utilizados por estes juízes da lei de drogas, os agentes policiais, em nada referem-se ao discurso jurídico-penal da lei de drogas, mas pela prática policial construída dentro de um sistema seletivo, racista e inquisitorial.

O trabalho realizado pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, coordenado por Maria Gorete Marques de Jesus, denominado “Prisão Provisória e Lei de Drogas”, examinou as práticas e discursos dos profissionais

21 MACHADO, Nara Borgo Cypriano. *Usuário Ou Traficante? A Seletividade Penal Na Nova Lei De Drogas*. In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza, 2010, p. 1101

22 DE JESUS, Maria Gorete Marques. *A verdade jurídica dos casos de acusação por tráfico de drogas: o campo de imunidade da narrativa policial na justiça criminal*. In: 40º Encontro Anual da Anpocs SPG 11. Caxambu, 2016, p. 6.

23 VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 3. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 459.

do sistema de justiça criminal de São Paulo, principalmente através de entrevistas com policiais civis e militares. No trabalho, destaca-se a confirmação pelos agentes policiais de que operam a distinção entre traficante e usuário baseado naquilo que chamam de “atividade suspeita” – embora sequer haja uma definição do que seria este conceito.²⁴

Portanto, a primeira classificação realizada pelos agentes policiais, que possui o condão de determinar o curso do processo penal, e até mesmo seu desfecho, subverte completamente a lógica do processo penal. Essa subversão tem grande impacto principalmente quando analisamos a possibilidade de prisão preventiva nesses casos.

Sobre o tema, Zaffaroni aponta a violação da legalidade penal através de uma distorção cronológica causada pela extraordinária duração dos processos penais, que tem por resultado

a conversão do auto de prisão em flagrante ou do despacho de prisão preventiva em autêntica sentença (a prisão provisória transmuta-se em penal), a conversão do despacho concessivo de liberdade provisória em verdadeira “absolvição” e a conversão da decisão final em recurso extraordinário.²⁵

Basta uma observação superficial da realidade do sistema penal brasileiro para verificar-se que, ao contrário do que preconiza a programação legislativa, a decretação de prisões preventivas é utilizada como regra e não exceção. É possível constatar, então, que o poder punitivo brasileiro “se tornou uma máquina de conversão de prisões flagranciais em preventivas”.²⁶

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao publicar o Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas, em 2013, classificou a aplicação arbitrária e ilegal da prisão preventiva como um “problema crônico” em muitos países da América Latina, destacando que essa disfuncionalidade do sistema de justiça penal é a causa de problemas como a superlotação, por exemplo. Em 2017, a Comissão apresentou Relatório sobre medidas destinadas à redução do uso da prisão preventiva, dando seguimento ao relatório publicado em 2013, reafirmando que o uso não excepcional da medida é um dos problemas mais graves e generalizados que enfrentam os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA).

24 DE JESUS, Maria Gorete Marques. (coord.). *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. [recurso eletrônico] São Paulo: Núcleo e Estudos da Violência – Universidade de São Paulo, 2011, p. 98.

25 ZAFFARONI, E. R. *Em Busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, pp. 27/28.

26 MATOS, H. *Contribuições da Criminologia Cautelar no Combate à Superlotação Carcerária: Impactos e desafios do programa Fazendo Justiça das Audiências de Custódia*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, p. 16.

Sobre o tema, encampando sua ótica realista marginal, em “A Questão Criminal”, Zaffaroni trata da categoria dos presos sem condenação, referindo-se aos presos provisórios, ressaltando que essas prisões são inúteis e sem causa.²⁷ Sobre sua prática, conclui que essas prisões inúteis, entendidas por ele como prisões sem causa, não são erros judiciais, mas práticas correntes utilizadas pelos juízes como forma de se protegerem da chamada criminologia midiática.

A criminologia midiática, que exerce grande papel na prática de conversão dos flagrantes em prisão preventiva, pode ser observada nos discursos populistas penais, que consagram a existência de inimigos a serem combatidos, disseminados pela própria imprensa que divulga prisões e apreensões de drogas – mas não as absolvições, como aponta o próprio Zaffaroni –, mas também é expressa pela narrativa defendida e difundida pelos agentes policiais.²⁸

A pesquisa desenvolvida por Maria Gorete Marques de Jesus, Caren Ruoti e Renato Alves, ao realizar entrevistas com policiais civis e militares sobre a realização de audiências de custódia, aponta que a frase mais ouvida foi a de que “os policiais prendem e a audiência de custódia solta”.²⁹ Essa ideia de impunidade, reproduzida largamente em veículos midiáticos e, inclusive, discursos políticos, é combustível para a máquina de decretação de prisões preventivas que se tornou o sistema penal brasileiro.

Para além das graves violações aos princípios constitucionais e direitos fundamentais destas pessoas, estigmatizadas pela ação das agências executivas em virtude do uso de drogas, há o grande problema da inserção desses indivíduos no sistema prisional, reconhecidamente criminógeno, acentuando-se os problemas causados pelo superencarceramento em curso no Brasil.

É possível concluir, valendo-nos dos conceitos firmados por Zaffaroni, que existe um massacre por conta-gotas desta categoria de presos sem condenação, convertendo-se a pena de prisão por nenhum delito em uma pena de morte aleatória, já que, para além do efeito reprodutor criminógeno da prisão, o risco de vitimização homicida costuma superar em vinte vezes o da vida em liberdade.³⁰

Ou seja, esses usuários, cuja conduta sequer foi apurada pelo Poder Judiciário e que jamais poderia ser repreendida por pena privativa de liberdade, são inseridos em um sistema em que se operam massacres diários, dos quais os efeitos jamais poderão ser remediados, ainda que ao final do processo haja o reconhecimento da conduta de uso e não tráfico de drogas.

27 ZAFFARONI, E. R. *A Questão Criminal*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 287.

28 ZAFFARONI, E. R. *A Questão Criminal*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 287.

29 DE JESUS, Maria Gorete Marques; Ruotti, C., & Alves, R. “A gente prende, a audiência de custódia solta”: narrativas policiais sobre as audiências de custódia e a crença na prisão. *Revista Brasileira De Segurança Pública*, 2018, 12(1), 152-172.

30 ZAFFARONI, E. R. *A Questão Criminal*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 285.

Dessa forma, partindo-se da ideia de que o discurso jurídico-penal existente na programação normativa, delineados na primeira parte do trabalho, não é levado a termo pela atuação do sistema, conforme analisado nesta parte, propomos um ambiente de observação na parte seguinte, em que serão analisados os contornos dos processos em que houve, em segunda instância, a desclassificação do tipo penal de tráfico para uso.

5 Ambiente de observação: análise dos processos julgados pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás em 2018

Diante do exposto, para que seja possível observar analiticamente um corte da realidade, o presente trabalho propõe a análise de processos julgados no Estado de Goiás em que, após o julgamento em segunda instância, o indivíduo, antes condenado como traficante, teve sua conduta desclassificada para uso.

Prezando pela viabilidade do presente trabalho, optou-se por fazer um recorte nos acórdãos a serem analisados: foram coletados acórdãos proferidos pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, durante o ano de 2018, que julgaram apelações interpostas por réus condenados pelo art. 33 de Lei de Drogas e que, em suas razões, pugnaram pela desclassificação para a conduta do art. 28.

Foi desenvolvida uma pesquisa documental, realizada nos acórdãos da Primeira Câmara Criminal do aludido Tribunal, fazendo-se necessário que alguns comentários acerca da metodologia utilizada sejam tecidos.

A coleta de dados se deu no sítio do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, utilizando-se duas ferramentas de busca disponibilizadas a saber: busca em jurisprudência (<https://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/juris.php>) e busca em atos de 2º grau (<https://www.tjgo.jus.br/sge/dmcomp.php>).

Em ambas plataformas de busca, foram pesquisadas as seguintes combinações de palavras-chave: (1) DESCLASSIFICAÇÃO USO TRÁFICO DROGAS; (2) DESCLASSIFICAÇÃO USUÁRIO TRAFICANTE DROGAS, (3) DESCLASSIFICAÇÃO ART. 28 ART. 33 DROGAS. Dentre elas, foi selecionada a primeira combinação, por ter apresentado um maior número de resultados.

Na primeira ferramenta de busca, dos 2306 resultados encontrados, 160 eram oriundos da Primeira Câmara Criminal e foram julgados durante o ano de 2018, atendendo aos critérios. Após a exclusão dos acórdãos em que o único apelante era o Ministério Público, aqueles em que não foi possível acessar o inteiro teor e, ainda, aqueles em que não havia o pedido de desclassificação da conduta para uso, restaram 144 acórdãos para análise.

Na segunda ferramenta de busca, por sua vez, dos 2112 resultados encontrados, 266 foram julgados pela Primeira Câmara Criminal em 2018. Desses resultados, 149 eram idênticos aos encontrados pela primeira busca, 02 referiam-se a embargos infringentes, 19 correspondiam a apreciação de *habeas corpus*, 06 não possuíam o inteiro teor disponibilizado e, em 10 deles, o Ministério Público figurava como único apelante. Assim sendo, da segunda busca resultaram 80 novos acórdãos aptos a análise.

O universo analisado, portanto, foi de 224 acórdãos, julgados durante o ano de 2018, pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em apelações interpostas por réus condenados por tráfico de drogas, em que um dos pedidos seja de desclassificação da conduta do art. 33 da Lei de Drogas para a do art. 28 da referida lei. Destaca-se, assim, que os casos analisados são anteriores à edição da Lei nº 13.964/2019, não tendo o presente trabalho a pretensão de analisar o impacto da nova legislação na prática criminal – mas podendo apresentar um panorama da realidade antes de sua edição.

Assim, do universo de acórdãos encontrados, procedeu-se à coleta de dados e a alimentação de uma planilha com informações sobre o condenado, sobre a apreensão de drogas, sobre o julgamento em primeira instância e, por fim, sobre o julgamento em segunda instância. Como em alguns recursos havia mais de um apelante, passamos a tratá-los individualmente. Dessa maneira, a planilha em que foram organizados os dados analisou 262 indivíduos, sendo esta a referência para a elaboração das análises e gráficos que seguem.

Feitos os necessários comentários acerca da metodologia aplicada e do procedimento de coleta de dados utilizado, passamos à análise dos resultados.

Observando-se a quantidade de pleitos providos, ou seja, a quantidade de indivíduos que, após julgamento em segunda instância, teve desclassificada a conduta de tráfico para a conduta de uso, é possível organizar os dados como no gráfico a seguir:

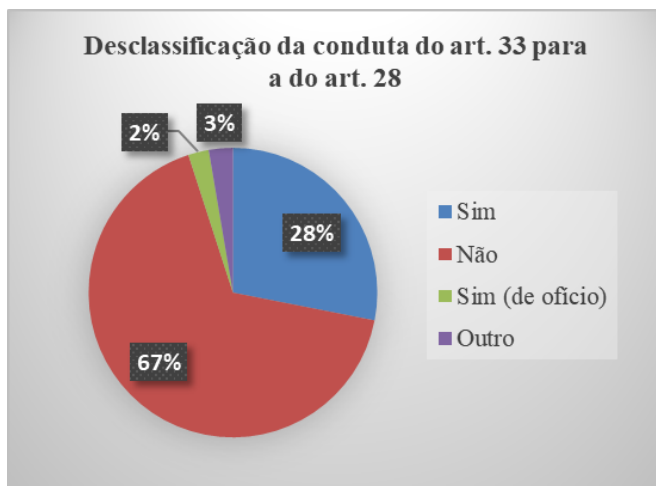


Gráfico 1 – Gráfico do provimento dos pleitos desclassificatórios dados em segunda instância por condenado.

A partir da análise do gráfico tem-se que, considerando-se aqueles em que o pleito desclassificatório foi acolhido e aqueles em que houve a desclassificação de ofício, 30% das pessoas que responderam ao processo penal por tráfico foram reconhecidas, pelo sistema, como usuárias. Em números absolutos, dos 262 indivíduos analisados, 79 tiveram a conduta imputada do art. 33 da Lei 11.343/2006 desclassificada para aquela prevista no art. 28 do diploma legal.

Como o presente estudo cuida, especificamente, daqueles julgados como usuários, passamos a realizar análises pormenorizadas das pessoas que tiveram a conduta desclassificada para uso em segunda instância.

Buscou-se, então, verificar os contornos da ação policial que culminou na autuação em flagrante e consequente processo penal dessas pessoas que, ao final, foram entendidas como usuárias. Os dados podem ser organizados como no gráfico abaixo:

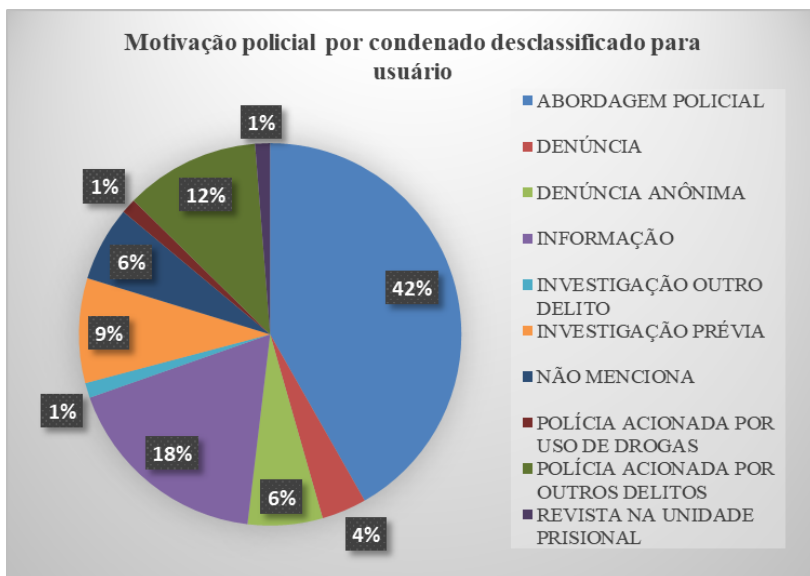


Gráfico 2 - Motivação da ação policial por condenado classificado, em segunda instância, como usuário.

Antes de qualquer análise, pertinente tecer alguns comentários acerca da categorização realizada:

Como “abordagem policial” foram consideradas todas as abordagens realizadas a partir de patrulhamento de rotina das autoridades policiais, inclusive a partir de *blitz* ou posto da Polícia Rodoviária Federal. Assim sendo, não existe elemento informativo algum a respeito da conduta do réu, a não ser o julgamento

próprio da autoridade policial. Nessa classificação encontram-se, a grosso dizer, todos aqueles que tiveram “atitudes suspeitas”, conforme a narrativa dos policiais.

Como “denúncia” foram consideradas denúncias recebidas pelos canais oficiais da polícia. Registre-se que as informações são colhidas a partir da narrativa policial, inexistindo registro ou comprovante de referidas denúncias nos autos. Já como “denúncia anônima”, nos mesmos moldes da definição anterior, considera-se denúncias em que não há identificação do denunciante, de acordo com a narrativa policial.

Por sua vez, como “informação” foram consideradas informações repassadas aos policiais através de informantes, sejam eles também autoridades policiais, serviço de informação ou mesmo civis conhecidos pela polícia, conforme narrativa dos policiais.

Como “investigação prévia” enquadram-se operações policiais deflagradas com o intuito de repressão ao tráfico de drogas, investigações decorrentes de outros inquéritos ou ações penais relacionadas a drogas, investigações que culminaram em ordens de busca e apreensão e, também, monitoramento realizado pelas autoridades policiais. Na categoria “polícia acionada por outros delitos”, foram consideradas as apreensões realizadas quando as autoridades policiais atenderam a chamados por crimes não relacionados a tráfico de drogas, como furto, roubo e homicídio.

Sob a categoria “revista na unidade prisional”, foram consideradas a revista pessoal realizada em pessoas que adentrem a unidade prisional e, também, revistas de rotina realizadas em celas. Por fim, na categoria “investigação outro delito”, foram consideradas as investigações realizadas em relação a outros delitos mas que, incidentalmente, foram encontradas drogas, inexistindo qualquer trabalho investigativo envolvendo tráfico.

O que se observa neste recorte, portanto, é uma representação da realidade reconhecida no capítulo anterior, em que se verifica que a maior parte dos flagrantes foi realizada a partir da abordagem policial de rotina, motivada principalmente pela existência de “atitudes suspeitas”.

Depreende-se, dos casos analisados, que a maioria dos flagrantes prescindiu de elementos informativos anteriores, bastando a discricionariedade do agente policial, influenciada pelos estigmas sociais e criminologia midiática, para que o indivíduo fosse classificado como traficante e, a partir daí, responda o processo criminal já com uma espécie de sentença preliminar – dada pelos policiais.

Corroborando com essa ideia, verificamos que 59% destes indivíduos, reconhecidos como usuários após julgamento em segunda instância, tiveram a prisão em flagrante convertida em prisão preventiva, como se vê do gráfico a seguir:

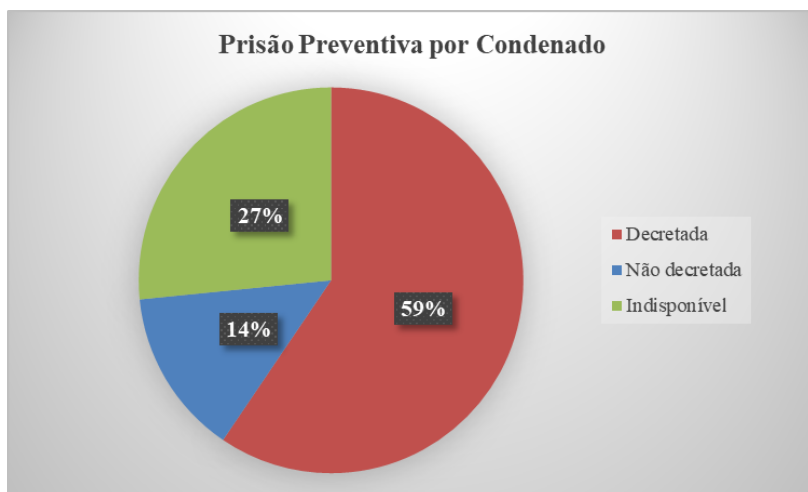


Gráfico 3 - Gráfico da decretação de prisão preventiva por condenado classificado como usuário

Registre-se que a porcentagem identificada como indisponível refere-se aos casos em que não foi possível ter acesso à integralidade dos processos, por tratarem-se de autos físicos, de diversas comarcas, não digitalizados.

É possível apontar, da análise do gráfico, que a constatação da conversão do flagrante em prisões preventivas na maioria absoluta dos casos analisados não foge do cenário analisado na parte anterior, em que se revela a utilização em larga escala da prisão cautelar, ainda que a legislação lhe relegue caráter excepcional.

Interessante, ainda, relacionar as informações quanto à ação da atividade policial com a decretação de prisões preventivas. Ainda que a maioria dos flagrantes sejam lavrados sem a existência de uma investigação específica anterior, o que ocorreu em somente 9% dos casos (identificados como investigação prévia), a absoluta maioria desses usuários foi encarcerada preventivamente, mesmo não existindo elementos informadores de sua conduta para além da narrativa policial.

Buscou-se analisar, ainda, se a sentença, que condenou estes indivíduos como traficantes, concedeu-lhes o direito de recorrer em liberdade ou se, ao contrário, permaneceram presos até o julgamento em segunda instância - em que foram reconhecidos como usuários. Assim, os dados são organizados no seguinte gráfico:

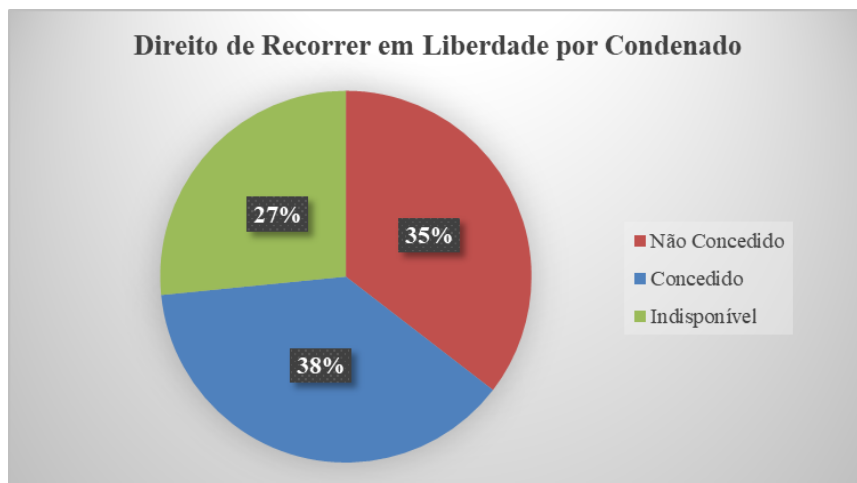


Gráfico 4 – Gráfico da concessão do direito de recorrer em liberdade por condenado

Portanto, observa-se que 35% desses indivíduos permaneceram encarcerados durante toda a instrução processual, tendo, ao final do julgamento em segunda instância, sua conduta sido desclassificada para tráfico.

Questiona-se, assim, o impacto da inserção no sistema penal desses indivíduos, que permaneceram anos encarcerados, tendo seus direitos suspensos e suprimidos, e que carregarão permanentemente este estigma. É valioso trazer a lição de Zaffaroni sobre o tema:

Pouco importa que, no final, a pessoa acabe libertada ou absolvida, porque socialmente carregará um estigma, dado que a criminologia midiática publica sua detenção, mas não sua libertação, quando não critica: alguma ela fez, se safou por acaso, teve um bom advogado, teve sorte, fizeram um acerto com os juízes etc.³¹

É possível concluir, concordando com Zaffaroni, que estas pessoas sofrem verdadeiros sequestros estatais, na medida em que não há na legislação vigente hipótese fundamentadora de seu encarceramento, que revela a deslegitimidade do sistema penal.

Da observação proposta, é possível reconhecer que o discurso jurídico-penal planejado na legislação, especialmente quanto ao tratamento que deveria ser despendido ao usuário e, principalmente, quanto à excepcionalidade da prisão

³¹ ZAFFARONI, E. R. *A Questão Criminal*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 287.

preventiva, não se realiza no plano social, sendo a realidade totalmente descolada da programação normativa – exemplificando-se a deslegitimidade do sistema penal proposto por Zaffaroni em suas obras e contribuindo, sobremaneira, para o alargamento dos massacres operados pelo sistema penal no Brasil.

6 Conclusão

Diante da constatação, pela simples observação da realidade, de que as práticas sistematicamente realizadas pelos operadores do direito no contexto da Lei de Drogas não coaduna com o que, em tese, deveria ser realizado a partir da planificação legislativa da matéria, a presente pesquisa constitui uma investigação acerca da legitimidade do sistema penal diante da aparente contradição entre o discurso jurídico-penal e a realidade.

Na primeira parte do trabalho, então, foi realizada uma análise da Lei de Drogas, com especial enfoque ao tratamento direcionado à figura do usuário, bem como aos mecanismos legais oferecidos para que seja realizada a distinção das condutas de tráfico e uso. Foram identificados, assim, princípios norteadores da ação estatal direcionada aos usuários, ligadas à políticas de redução de danos – em contraposição ao caráter punitivo-repressivo direcionado ao tráfico de drogas. Neste momento, ainda, foi realizada uma análise quanto às previsões legais de prisões preventivas, especialmente quanto ao seu caráter de excepcionalidade. Foi, então, delineado o discurso jurídico-penal fundador da programação normativa analisada.

Em um segundo momento, buscou-se realizar uma verificação da deslegitimidade do sistema penal, procurando-se demonstrar a contradição existente entre o discurso planejado e a realidade da atuação do sistema penal, apoiando-nos na ótica do realismo marginal proposta por Zaffaroni. Ainda, alinhando-nos à criminologia cautelar, buscamos identificar o massacre em curso no país, especificamente relacionado à aplicação das prisões preventivas no contexto da Lei de Drogas.

Por fim, dentro de um ambiente de observação, procedemos a uma pesquisa documental de processos em que, após decisão de segundo grau, houve o acolhimento do pedido de desclassificação da conduta de tráfico para uso. Para tanto, foram analisados processos julgados pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em que houve a desclassificação da conduta de tráfico para uso de drogas, após o julgamento dos recursos de apelação.

Assim, foram analisados os processos de 262 indivíduos, identificando-se que 79 deles tiveram os pleitos desclassificatórios providos, sendo atribuído-lhes a conduta de uso, tipificada no art. 28 da Lei de Drogas – para a qual não há previsão legal de pena privativa de liberdade. Ainda, identificou-se as condições da ação

policial que culminou na autuação do flagrante, diante da correlação estabelecida entre a classificação inicial da conduta operada pelos agentes policiais e o encaminhamento do processo penal. Constatou-se que a maioria dos flagrantes ocorreu em virtude de abordagem policial em patrulhamento de rotina, responsável por 42% dos flagrantes.

Verifica-se a relevância da atuação policial que, seletivamente identificando indivíduos como possuindo “atitude suspeita”, dão uma verdadeira sentença antes mesmo de qualquer apreciação da conduta pelo Poder Judiciário. Classificados preliminarmente como traficantes pelos policiais, esses indivíduos responderam por processos criminais e, em sua grande maioria, foram aprisionados durante seu curso.

Quanto ao encarceramento destas pessoas no curso processual, observou-se que 59% tiveram o flagrante convertido em prisão preventiva, coadunando com a análise realizada quanto à sistemática decretação de prisões preventivas pelo sistema penal – em total dissonância com a programação legislativa. Ainda, desses usuários encarcerados durante o curso processual, 39% permaneceram presos até a decisão de segunda instância – que operou a desclassificação da conduta para uso –, na medida em que não lhes foi concedido o direito de recorrer em liberdade.

Da pesquisa documental realizada, portanto, parece ser possível observar o total descompasso entre a programação normativa e a realidade do sistema penal, conforme delineado. Ainda, parece claro o massacre em curso, com o aprisionamento de diversas pessoas cuja conduta praticada não deveria ser repreendida com penas privativas de liberdade – retrata-se a categoria dos presos por nada, conforme indica Zaffaroni, que, mesmo libertos ao final do processo, permanecerão estigmatizados e, na grande maioria dos casos, suportando as consequências de terem sido inseridos dentro de um sistema crimínogeno e, em última instância, homicida.

Referências bibliográficas

- AMARAL, A. J. do; SILVEIRA, F. L. da. A prisão preventiva e as (nem tão) novas controvérsias na Lei nº 13.964/2019. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 26, p. 141-162, 2020. Disponível em: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/23>>. Acesso em: 01 ago. 2022.
- BOITEUX, Luciana. *Drogas e Cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas*. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão; LEMOS, Clécio. *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014.
- CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo*. 2015. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DE JESUS, Maria Gorete Marques. *A verdade jurídica dos casos de acusação por tráfico de drogas: o campo de*

- imunidade da narrativa policial na justiça criminal*. In: 40º Encontro Anual da Anpocs SPG 11. Caxambu, 2016.
- DE JESUS, Maria Gorete Marques. (coord.). *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. [recurso eletrônico] São Paulo: Núcleo e Estudos da Violência – Universidade de São Paulo, 2011
- DE JESUS, Maria Gorete Marques; Ruotti, C., & Alves, R. “A gente prende, a audiência de custódia solta”: narrativas policiais sobre as audiências de custódia e a crença na prisão. *Revista Brasileira De Segurança Pública*, 2018, 12(1), 152–172
- KARAM, Maria Lúcia. *Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais* [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://dspace/xmlui/bitstream/item/6937/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>>.
- LEÃO, Bernardo S. C; PRADO, Alessandra R. M. *A periculosidade na decretação de prisão preventiva por furto em Salvador: controle racial e de classe*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 1713-1749, set./dez. 2021.
- MACHADO, Nara Borgo Cypriano. *Usuário Ou Traficante? A Seletividade Penal Na Nova Lei De Drogas*. In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza, 2010.
- MATOS, H. *Contribuições da Criminologia Cautelar no Combate à Superlotação Carcerária: Impactos e desafios do programa Fazendo Justiça das Audiências de Custódia*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói.
- PORTELLA, Alessandra Matos. *Usuário ou Traficante? A Operacionalidade do Sistema Penal Desvelada por Meio da Análise da Lei Nº 11.343/2006*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.
- VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 3. ed., 3. reimp. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.
- ZAFFARONI, E. R. *Em Busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- ZAFFARONI, E. R. *A Questão Criminal*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

NOTAS SOBRE O ENCARCERAMENTO EM MASSA E A CRISE CLIMÁTICA A PARTIR DA QUESTÃO CRIMINAL NEOLIBERAL

NOTES ON MASS INCARCERATION AND THE CLIMATE CRISIS FROM THE NEOLIBERAL CRIMINAL ISSUE

JÁDIA L. TIMM DOS SANTOS¹

RESUMO: O encarceramento em massa é um problema que assola muitos países, em especial Estados Unidos, China e Brasil – como os líderes em população carcerária no mundo –, não sendo, necessariamente, uma questão recente. A crise climática, por sua vez, figura como um problema global, de múltiplas facetas, e nos últimos anos passou a ter maior destaque, visto o aumento das catástrofes ambientais provocadas, ou influenciadas, pelo aquecimento global e o antropoceno. Nos últimos anos, estudos começaram a surgir interrelacionando o encarceramento em massa e a crise climática. É sobre isso que o presente artigo se desenvolve, utilizando como ponto de partida a questão criminal neoliberal. Para isso, apresenta-se primeiro os conceitos de neoliberalismo e penalidade neoliberal. Em seguida, discorre-se sobre como encarceramento em massa e crise climática estão interrelacionados. Por último, passa-se pelos conceitos de vulnerabilidade contextual, racismo ambiental e justiça climática. Como resultados, pode-se mencionar que a população carcerária é fortemente impactada pelas mudanças climáticas, devendo ser reconhecida como grupo vulnerável. E que o combate ao encarceramento em massa também é questão de justiça ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Questão criminal. Neoliberalismo. Crise Climática. Encarceramento em massa.

ABSTRACT: Mass incarceration, which is not necessarily a recent matter, represents a concern in many countries, especially in the United States, China, and Brazil – the world leaders in prison populations. The climate crisis, in turn, is a global problem with multiple facets and has lately gained greater prominence, given the increase in environmental catastrophes caused or influenced by global warming and the Anthropocene. In recent years, studies have begun to emerge that interrelate mass incarceration and the climate crisis. This is the aim of this article, using the neoliberal criminal issue as a starting point. To do so, one first presents the concepts of neoliberalism

¹ Professora do Curso de Direito da UniLaSalle. Professora Visitante do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais/PUCRS. Advogada (OAB/RS nº 112.160). Pesquisadora com estágio pós-doutoral (PUCRS/INCT-InEAC). Doutora e Mestra em Ciências Criminais (Escola de Direito - PUCRS). Especialista em Direitos Humanos (PUCRS). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7558876452672963>. E-mail: jadia.adv@gmail.com.

and neoliberal penalty. Then, one discusses the implications between mass incarceration and the climate crisis. Finally, the concepts of contextual vulnerability, environmental racism, and climate justice are added to the discussion. The findings are that incarcerated people are strongly impacted by climate change and should be recognized as a vulnerable group. And that combating mass incarceration is also a matter of environmental justice.

KEYWORDS: Criminal Issue. Neoliberalism. Climate change. Mass Incarceration.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A questão criminal neoliberal; 3 Mudanças climáticas e o encarceramento em massa; 4 Vulnerabilidade contextual, racismo ambiental e justiça ambiental; 5 Conclusão; Referências.

1 Introdução

O encarceramento em massa é um problema que assola muitos países, em especial Estados Unidos, China e Brasil – como os líderes em população carcerária no mundo –, não sendo, necessariamente, uma questão recente. A crise climática, por sua vez, figura como um problema global, de múltiplas facetas, e, ainda que não seja recente, nos últimos anos passou a ter maior destaque, visto o aumento das catástrofes ambientais provocadas, ou influenciadas, pelo aquecimento global e o antropoceno. Ou seja, tão necessário que inclusive já passou do adjetivo “urgente”. Por isso, pertinente é a reflexão de Eduardo Viveiros de Castro, no texto *Transformação na Antropologia*, *Transformação da Antropologia*: “Penso sinceramente que quem não está preocupado com isso não tem muito com o que se preocupar”.²

Embora pareça, de forma superficial, não haver relação direta entre os dois problemas mencionados, nos últimos anos, estudos começaram a surgir interrelacionando o encarceramento em massa e a crise climática. E é sobre isso que o presente artigo se desenvolve. Afinal, tais crises são diretamente impactadas pelas dinâmicas de poder, local e global. E como pano de fundo, ou ponto de estarte, da presente análise, utiliza-se a questão criminal neoliberal, sob a justificativa de que tanto a expansão do encarceramento se dá a partir das décadas de 1970 e 1990 – períodos em que os processos de neoliberalização ocorrem nos EUA e no Brasil –, assim como é das décadas mais recentes, sob a égide do modelo de exploração capitalista neoliberal, que a aceleração da degradação ambiental e das consequentes catástrofes socioambientais vêm ocorrendo.

2 CASTRO, Eduardo Viveiros de. “Transformação” na Antropologia, *Transformação da “Antropologia”*. MANA, v. 18, n. 1, p. 151-171, 2012, p. 153.

2 A questão criminal neoliberal

Para falar-se em questão criminal neoliberal, é preciso passar pelas ideias do que aqui se entende por neoliberalismo e penalidade neoliberal. Dois conceitos que já tiveram seu “fim” ou “ultrapassagem”³⁻⁴ – precipitadamente – decretados, mas que seguem atuais no entender deste trabalho, justamente por terem como característica a *plasticidade destrutiva*.⁵

O neoliberalismo, como movimento intelectual, teve início com o fatídico Colóquio Walter Lippmann, em agosto de 1938, realizado em Paris, no qual se cunhou o nome e lançaram-se as bases político-intelectuais, “as propostas específicas”⁶, do que, passada a Segunda Guerra Mundial, se consolidaria com a Sociedade Mont Pèlerin, em 1947.⁷ Tanto em 1938, quanto em 1947, Friedrich von Hayek e Ludwig von Mises eram nomes de destaque. Posteriormente, Milton Friedman, junto a Hayek, passam a ser conhecidos como os “founding fathers” do neoliberalismo, expoentes intelectuais máximos e ganhadores do “Prêmio Sverige Riksbank de Ciências Econômicas em memória de Alfred Nobel” – que não é, diga-se de passagem, o verdadeiro “Prêmio Nobel”, criado pelo cientista Alfred Nobel e que premia nomes da Física, Química, Medicina ou Psicologia, Literatura e Paz.⁸

No campo político, os nomes de Margaret Thatcher e Ronald Reagan que mais se destacaram, como responsáveis por processos de neoliberalização no Reino Unido e nos Estados Unidos, durante seus mandatos, principalmente durante

3 É o que também observa Neil Vallely, ao mencionar que pelo menos desde a década de 1990 há autores que apostam no fim do neoliberalismo, em sua maioria do campo da esquerda. Ao demonstrar que grande parte dos obituários vem de leituras apressadas ou superficiais do neoliberalismo, que menosprezam sua característica mutante, e que não identificam as facetas autoritárias e neofascistas como partes possíveis do neoliberalismo, o autor procura chamar a atenção da esquerda para que se mobilize politicamente para buscar meios de realmente por um fim no neoliberalismo, além de ficar apostando que eventos alheios acerretarão tão almejado objetivo, especialmente quando a extrema direita se mostra bem mais organizada em colocar suas pautas em ação (VALLELY, Neil. Ending Neoliberalism. *Critical Times*, v. 7, n. 2, p. 280-303, August 2024).

4 Com relação à penalidade neoliberal, cita-se o trabalho de Xenakis e Cheliotis, os quais apostam numa superação do conceito, de modo que sealaria em pós-penalidade neoliberal, o que estaria diretamente ligado à permanência ou não do neoliberalismo como realidade socioeconômica, especialmente após a crise financeira de 2008, que seria uma crise do próprio neoliberalismo. Tal crise, como sabido, não ocasionou o fim do neoliberalismo. Os autores também apostaram no fim da penalidade neoliberal quando Donald Trump assumiu seu primeiro mandato, entendendo que o nacionalismo autoritário inauguraria uma nova penalidade (XENAKIS, Sappho; CHELIOTIS, Leonidas. Whither neoliberal penalty? The past, present and future of imprisonment in the US. *Punishment and Society*, v. 21, n. 2, p. 187-206, January 2018. Disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/85702/>).

5 Conceito desenvolvido em SANTOS, Jádria Larissa Timm dos. **A questão criminal neoliberal: racionalidade hegemônica, neoconservadorismo e punição**. São Paulo: Blimunda, 2024.

6 FOUCAULT, Michel. **O nascimento da biopolítica**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2018. p. 178.

7 Importante mencionar que tal cartilha é fruto de uma construção, que se inicia anteriormente ao período referido, com influência de nomes como Herbert Spencer, Bernard Mandeville.

8 PRÊMIO Nobel de Economia. In: **CONSELHO Federal de Economia**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cofecon.org.br/premio-nobel-de-economia/>). Noutros termos, como bem apontou Gilles Dostaler, trata-se de um “sequestro semântico” (*kidnapping sémantique*) (DOSTALER, Gilles. Les Lois Naturelles en Économie: Émergence d'un Débat. *L'Harmattan: L'Homme & la Société*, v. 4, n. 170-171, p. 71-92, 2008. p. 91.

a década de 1980. Muito embora hoje se saiba que ainda antes deles, foi Pinochet, no *pequeno onze de setembro* no Chile, que serviu como primeira experiência ou laboratório de neoliberalização, em 1973.

Atualmente, já não se pode mais considerar o neoliberalismo como

apenas uma corrente de pensamento econômica, mas um modo de organizar a sociedade, que é por excelência uma sociedade de mercado, fundando-se sob a lógica do individualismo, do concorrencialismo e da liberdade de mercado. Tais características refletem em vários aspectos dos *tempos em que vivemos* (ou seja, dos tempos neoliberais), tais como: enfraquecimento dos laços sociais e da busca por justiça social, aplicação da lógica de mercado e de empresa a todos os setores da sociedade e da vida, enaltecimento de uma (falsa) meritocracia, ascensão de autoritarismos e fortalecimento de conservadorismos – com seus tentáculos machista, racista e punitivista. Seu discurso e sua aplicação têm na plasticidade seu trunfo – (...) por isso, cunhei a expressão *plasticidade destrutiva neoliberal* –, tendo conquistado corações e mentes de tal forma que hoje constitui a racionalidade hegemônica, o pensamento comum dominante. Portanto, a função do Estado deve girar sobre as pautas da manutenção da lei e ordem e assegurar a força da iniciativa privada, além de promover mercados competitivos. Tudo que ultrapasse a isso representa uma interferência desnecessária no mercado, assistencialismo.⁹

A penalidade neoliberal, por sua vez, é a análise da questão penal a partir do neoliberalismo; do vínculo entre punição e neoliberalismo. Para Loïc Wacquant, essa penalidade neoliberal se dá a partir da configuração de um Estado-centauro. E por quê? Pois a imagem de um centauro, da mitologia grega, é a de um homem da cintura para cima e cavalo da cintura para baixo. No topo, o estado é liberal, apoia o “livre-mercado” e suas instituições; na base, é paternalista e mostra sua faceta autoritária, endurecendo na esfera punitiva – a única que lhe cabe legitimamente segundo os ideais do livre mercado e provocando um inchaço no sistema carcerário. Essa penalidade une o império do mercado, a redução de gastos sociais e a ampliação penal. Portanto, “o crescimento e a glorificação do braço penal do Estado constituem um componente essencial do Leviatã neoliberal”.¹⁰

Outro autor que se debruça sobre a penalidade neoliberal é Bernard Harcourt, segundo o qual, a penalidade neoliberal analisa a expansão do braço penal/punitivo do Estado como um dos efeitos do neoliberalismo. Tornando mais fácil a resistência à intervenção governamental no mercado e facilitando a aceitação da criminalização de um número cada vez maior de condutas. E assim como neolibe-

9 SANTOS, Jádía Larissa Timm dos. **A questão criminal neoliberal**: racionalidade hegemônica, neoconservadorismo e punição. São Paulo: Blimunda, 2024, p. 177.

10 WACQUANT, Loïc. Três etapas para uma antropologia histórica do neoliberalismo realmente existente. **Caderno CRH**, Salvador, v. 25, n. 66, p. 505-518, set./dez. 2012. p. 510-513. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-49792012000300008&script=sci_abstract&tlng=pt.

ralismo tem suas bases em intelectuais e ideias de séculos anteriores, a penalidade neoliberal também se dá como uma construção que bebe também das “primeiras articulações da teoria econômica liberal”.¹¹

Tem-se, portanto, uma dicotomia: de um lado, decreta-se a incompetência do Estado em gerir questões econômicas, o qual deve abrir caminho para o amplo desenvolvimento do livre mercado; de outro, credita-se ao Estado a total competência para promover a segurança, o que implica, inclusive, um certo incentivo para que esse braço penal seja cada vez mais expandido, o que culmina em um aparato penal cada vez mais punitivo, militarizado e vigilante.

O movimento lei e ordem, a teoria das janelas quebradas, da tolerância zero, traduzidos como realismo criminológico de direita e desenvolvidos por autores como James Wilson, George Kelling e Charles Murray na década de 1990 — e que tiveram sua maior vitrine na cidade de Nova York quando governada pelo prefeito republicano Rudolph Giuliani —, representam essa nova penologia trazida pela penalidade neoliberal, tendo composto “um novo senso comum punitivo, moldado para controlar as crescentes desigualdade e marginalidade urbana nas metrópoles”.¹² Apesar de demandar altos investimentos pela máquina pública e de não ter comprovada relação com a queda da criminalidade, passou a ser vista como o modelo a ser seguido nos Estados Unidos e no mundo ocidental.

O processo de difusão do estilo americano de penalidade se deu não só pela Europa Ocidental, mas também pela América Latina. A incorporação de práticas da lei e ordem, da teoria das janelas quebradas etc., não se deu em outros países simplesmente como resposta a um incremento das taxas criminais, mas foi resultado de um exitoso empreendimento para “vender”, a altas cifras, a receita tão bem-sucedida implementada por Giuliani; enfim, uma exitosa estratégia de marketing. A América Latina enamorou-se duplamente: primeiramente, pelos Chicago Boys; e, depois, pelos New York Boys.

Citando novamente Bernard Harcourt, quando se questiona qual o preço que se paga pela penalidade neoliberal, ele responde:

Ao preço, primeiro, de naturalizar o mercado e, assim, efetivamente blindar da avaliação normativa os mecanismos regulatórios em nossos mercados contemporâneos e as distribuições de riqueza que ocorrem diariamente; e, segundo, ao preço de naturalizar, facilitar e possibilitar a expansão massiva de nossa esfera

11 HARCOURT, Bernard E. *The Illusion of Free Markets: punishment and the myth of natural order*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 44, tradução nossa.

12 WACQUANT, Loïc. A tempestade global da lei e ordem: sobre punição e neoliberalismo. *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, v. 20, n. 41, p. 7-20, fev. 2012. p. 7.

penal, ou, para ser mais provocativo, de possibilitar o encarceramento em massa hoje.¹³

A década de 1970, portanto, inaugurou o período do encarceramento em massa nos EUA, como bem sabemos, acompanhando o desenvolvimento de políticas econômicas neoliberais. Entre essas está a redução drástica de investimento público em áreas como saúde e educação. A título de exemplo, Jonathan Simon escreveu sobre isso, traçando um paralelo entre o aumento das taxas carcerárias (e do investimento de dinheiro público no aparato penal) e os cortes nos valores destinados às universidades públicas nos Estados Unidos.¹⁴

Em países da América Latina, como Chile, Brasil e Argentina, a curva do encarceramento começou a subir a partir da década de 1990. O Chile, que já tinha a taxa mais alta de encarceramento em comparação aos demais países da região, passou de 155, em 1992, para 240 a cada 100 mil, em 2004. No mesmo período, a Argentina assistiu ao crescimento de sua taxa de 63 para 140 a cada 100 mil habitantes, enquanto o Brasil foi de 74 para 183. Entre 1992 e 2014, o percentual de crescimento da taxa de encarceramento no Brasil atingiu o recorde entre os países latinos, equivalente a 350%.

Por ora, é possível mencionar que, sob a penalidade neoliberal, a resposta a problemas sociais tem sido dada com incremento na esfera penal — uma resposta simbólica, sem relação direta com a eficácia pretendida. Além disso, a penalidade neoliberal contribuiu — pois o movimento já havia iniciado antes (na década de 1960) — para que o crime virasse questão política, ou melhor, de disputa política. A campanha de Ronald Reagan representa bem isso. E lembremos que ninguém menos que James Wilson (teórico da Lei e Ordem) compôs o quadro de conselheiros do seu governo.

Katherine Beckett argumenta que isso se deve ao sucesso do discurso veiculado politicamente de que um pacote de medidas mais severo, como o da lei e ordem, é a solução para os problemas sociais e criminais.¹⁵ E também facilita a redução na resistência a discursos e estratégias punitivistas. Portanto, o encarceramento em massa é visto como uma característica da penalidade neoliberal.

13 HARCOURT, Bernard E. **The Illusion of Free Markets**: punishment and the myth of natural order. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 31-32, tradução nossa. No original, lê-se: "At the price, first, of naturalizing the market and thereby effectively shielding from normative assessment the regulatory mechanisms in our contemporary markets and the wealth distributions that occur daily; an at the price, second, of easing, facilitating, and enabling the massive expansion of our penal sphere, or, to be more provocative, of making possible mass incarceration today".

14 SIMON, Jonathan. Janus Faced Leviathan: California's Prisons and Universities as Two Faces of State Power. **Carceral Notebooks**, v. 6, p. 154-174, 2010.

15 BECKETT, Katherine. **Make Crime Pay**: Law and Order in Contemporary American Politics. New York: Oxford University, 1997.

Melhor, não se quer com isso dizer que ela é responsável por tal fato, mas que ela facilita tal fenômeno.

O Brasil conhece bem a realidade do encarceramento em massa. E é neste ponto, no encarceramento em massa, que se fará o gancho com a questão ambiental, ou melhor, das catástrofes ambientais provocadas pelas mudanças climáticas. Assim como com a noção de justiça ambiental.

3 Mudanças climáticas e o encarceramento em massa

Nos últimos anos, os efeitos das mudanças climáticas têm sido sentidos em todo o globo terrestre. Catástrofes (socio)ambientais ocorrem cada vez com mais frequência e intensidade. De um lado, negacionismo e apatia naturalizam os eventos e seus efeitos, sob um discurso de que são eventos da natureza, e nada pode ser feito. Portanto, siga-se com o modelo de exploração irracional dos recursos naturais, da busca desenfreada por lucro e “progresso”. Por outro, a constatação de que

A mudança climática é apenas um aspecto de uma crise planetária muito mais ampla: não é a causa principal das alterações, mas sim um fenômeno cognato. Nesse sentido, a mudança climática, os deslocamentos em massa, a poluição, a degradação ambiental, o colapso político e a pandemia de Covid-19 são todos efeitos cognatos da aceleração cada vez maior das últimas três décadas. Essas crises não estão apenas interligadas, mas também profundamente enraizadas na história e, em última análise, impulsionadas por dinâmicas de poder global.¹⁶

A crise climática é, portanto, um dos aspectos de uma série de crises planetárias que vivemos e que têm em ponto comum o processo desenfreado de exploração dos recursos naturais e de aceleração das últimas décadas, assim como o fato de serem questões fortemente impactadas por dinâmicas de poder, por fatores sociais e econômicos. E se o posicionamento se dá deste lado, ou seja, em oposição a uma retórica naturalística e sem alternativa, deve-se reconhecer que a humanidade – na era do antropoceno – é responsável em grande parte pelo cenário que se apresenta hoje, ou seja, que decisões do poder global, mais especificamente, foram e são decisivas para o resultado que se vê e que se verá.

Segundo o último Censo (de 2022, divulgado em 2023),¹⁷ o Brasil tem mais de 203 milhões de habitantes. Isso representa o sétimo país mais populoso do

16 No original: “Climate change is but one aspect of a much broader planetary crisis: it is not the prime cause of dislocation, but rather a cognate phenomenon. In this sense climate change, mass dislocations, pollution, environmental degradation, political breakdown, and the Covid-19 pandemic are all cognate effects of the ever-increasing acceleration of the last three decades. Not only are these crises interlinked – they are all deeply rooted in history, and they are all ultimately driven by the dynamics of global power” (GOSH, Amitav. *The Nutmeg’s Curse: Parables for a planet in crisis*. University of Chicago Press: Chicago, 2021, p. 158).

17 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo Demográfico 2022*. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: <https://censo2022.ibge.gov.br/>.

mundo. É o sexto país que mais emite gases de efeito estufa no mundo, e o quinto em gás metano (dados da Conferência das Partes (COP 29) da Convenção-Quadro das Nações Unidas para Mudanças Climáticas (UNFCCC)).¹⁸

Quando o assunto é encarceramento, o Brasil é a terceira maior população carcerária do mundo, com um total de 909.067 de pessoas presas,¹⁹ estando atrás apenas de Estados Unidos e China.²⁰ Além disso, não é novidade que o Brasil sustenta há muito o vergonhoso patamar de um país que superencarcera em um sistema prisional colapsado, em constante afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, sem garantir os direitos mais básicos de uma pessoa, configurando um verdadeiro estado de coisas inconstitucional, como declarou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 347. Desde o marco zero da história das prisões brasileiras a situação do sistema estava longe de ser minimamente digna, sendo um verdadeiro “depósito de presos”, como descreve Manuel de Barros da Motta, sobre as visitas de Comissões Inspetoras, no início do Brasil República.²¹ Fato é que:

A superlotação e as condições degradantes em que se encontram a grande maioria das prisões brasileiras denunciam e escancaram o desinteresse por um projeto ressocializador, reformador. É a inconstitucional aplicação da pena de tortura quando o que se tem é a superlotação de presídios, em condições insalubres e sub-humanas. As prisões servem à finalidade da vingança, agora monopolizada pelo Estado. O interesse da sociedade pela questão criminal passa única e exclusivamente pela vazão de sua sede, de sua sanha punitivista, reflexo da penalidade neoliberal.²²

E o que isso tem a ver com a questão climática, com os desastres (socio) ambientais? Muito mais do que se imagina, na verdade. Ampliando o raciocínio supracitado de Amitav Gosh, arrisca-se afirmar que não só as mudanças climáticas, os deslocamentos em massa, a poluição, a degradação ambiental, o colapso da política, a pandemia de Covid-19, mas também o encarceramento em massa são efeitos correlatos da constante e ascendente aceleração das últimas décadas. Tais crises estão entrelaçadas por dinâmicas de poder.

18 COP 28: Brasil emitiu 2,3 bilhões de toneladas brutas de gases de efeito estufa em 2022. In: Instituto de Energia e Meio Ambiente (IEMA). São Paulo, dez. 2023. Disponível em: <https://energiaemambiente.org.br/cop-28-brasil-emitiu-23-bilhoes-de-toneladas-brutas-de-gases-de-efeito-estufa-em-2022-20231209>.

19 WORLD PRISON BRIEF; ICPR; BIRBECK UNIVERSITY OF LONDON. **Highest to Lowest - Prison Population Total**, 2025. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total>; BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Relatório de Informações Penais: 17º Ciclo SISDEPEN, 2º Semestre de 2024**. Brasília: SENAPEN, 2025. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios>.

20 Na sequência, vêm Índia e Rússia.

21 MOTTA, Manoel de Barros da. *Crítica da Razão Punitiva: Nascimento da prisão no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

22 SANTOS, Jádia Larissa Timm dos. **A questão criminal neoliberal: racionalidade hegemônica, neoconservadorismo e punição**. São Paulo: Blimunda, 2024, p. 304.

Até pouco tempo, os problemas decorrentes do encarceramento em massa e os problemas envolvendo a crise ambiental eram analisados de forma apartada. Ocorre que, tanto o encarceramento quanto as mudanças climáticas são problemas resultantes de escolhas políticas estruturais e históricas – resultantes de injustiças política, econômica e racial – e que têm forte impacto sobre políticas de saúde.²³ Por isso, estudos começam a surgir na última década, nos últimos cinco anos mais especificamente, correlacionando os fenômenos. Entre eles, destaca-se o relatório “Hidden Hazards: The Impacts of Climate Change on Incarcerated People in California State Prisons” (Perigos ocultos: os impactos das mudanças climáticas sobre pessoas encarceradas nas prisões estaduais da Califórnia), produzido pela Escola de Assuntos Públicos da Universidade da Califórnia (UCLA), publicado em junho de 2023.

O estado da Califórnia tem sido fortemente impactado pelas mudanças climáticas. Nos últimos dez anos, tem enfrentado “incêndios florestais em larga escala, alta nas temperaturas, enchentes devastadoras, entre outros desastres climáticos, que causaram danos à saúde humana e ao meio ambiente”.²⁴ A partir da compreensão de que esses fenômenos seguirão ocorrendo com maior frequência e intensidade, a preocupação recai sobre os grupos mais vulneráveis da população, sobre os quais os impactos são maiores. A população carcerária é um desses grupos e, segundo o relatório, o sistema carcerário da Califórnia não está preparado para responder a tais eventos.

O objetivo do relatório, encomendado pelo Centro para Direitos Humanos Ella Baker, é compreender quais políticas podem reduzir o impacto dos desastres climáticos sobre a população carcerária da Califórnia, sob o seguinte problema de pesquisa: “Quais alternativas políticas podem reduzir o impacto dos riscos climáticos sobre os encarcerados nas prisões estaduais da Califórnia?”. Algumas descobertas da pesquisa foram: os estabelecimentos prisionais estatais da Califórnia são suscetíveis aos efeitos dos desastres climáticos, pois estão em área remotas, suas estruturas são antigas, apresentam uma população carcerária que está envelhecendo e estão superlotados – operando com um percentual de 108,5% de ocupação.²⁵

23 GOLEMBESKI, Cynthia; ARMSTRONG, Andrea; IRFAN, Ans et. al. **Climate Change and Incarceration: People in prison are vulnerable to extreme temperatures, diseases, and displacement.** In: Think Global Health, April 29, 2022. Disponível em: <https://www.thinkglobalhealth.org/article/climate-change-and-incarceration>.

24 ABDALA, Aishah *et al.* **Hidden Hazards: The Impacts of Climate Change on Incarcerated People in California State Prisons.** Ella Baker Center for Human Rights; UCLA Luskin Institute on Inequality and Democracy, 2024, p. 6, tradução nossa.

25 ABDALA, Aishah *et al.* **Hidden Hazards: The Impacts of Climate Change on Incarcerated People in California State Prisons.** Ella Baker Center for Human Rights; UCLA Luskin Institute on Inequality and Democracy, 2024.

Diante do quadro identificado pelos pesquisadores, algumas recomendações mencionadas no Relatório são: reduzir a população carcerária em 50.000, focando nas pessoas com mais de 50 anos e naquelas mais vulneráveis; criar políticas de liberação para períodos de emergência; fechar estabelecimentos prisionais cujas estruturas sejam mais vulneráveis aos riscos climáticos; atualizar o Plano Emergencial da Califórnia, de modo a incluir a população prisional como grupo vulnerável; realocar recursos do orçamento prisional para investimento em ventilação, climatização, geradores e estruturas de sombra/cobertura.²⁶

Outra produção sobre a temática foi o evento on-line “Climate Justice and Mass Incarceration” (Justiça Climática e Encarceramento em Massa), promovido pelo Harvard Radcliff Institute, em 04 de junho de 2024, que reuniu atores de diferentes campos, inclusive um dos autores do Relatório “Hidden Hazards”, Eric Henderson. Além dele: a jornalista investigativa Alleen Brown, autora de diversas matérias sobre os impactos das mudanças climáticas sobre a população carcerária; o jornalista Juan Moreno Haines, que também contribuiu para o relatório “Hidden Hazards”, editor de Solitary Watch, o qual falou de dentro da prisão de San Quentin, na Califórnia, onde cumpre pena; Amika Mota, diretora-executiva do coletivo Sister Warriors, a qual atuou como bombeira enquanto cumpria pena no Centro Feminino da Califórnia, tendo sido mais uma pessoa encarcerada a atuar na linha de frente durante os incêndios florestais que acometem o estado com frequência; e Ufuoma Ovienmhada, doutora pelo Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT), responsável por desenvolver uma plataforma que concentra dados relacionados às mudanças climáticas nos estabelecimentos prisionais dos Estados Unidos.²⁷

Esse evento é muito fértil, pois ao unir atores interessados e impactados pelo tema das mudanças climáticas e encarceramento, é possível ter diferentes perspectivas, olhares de um mesmo fenômeno. Juan Moreno Haines sente na pele e relata o impacto das mudanças e dos desastres climáticos dentro do cárcere. Amika Mota, que agora milita de fora também já esteve dentro do sistema prisional e relatou as precárias condições do confinamento, desde a falta de água potável até a ausência de espaço para lazer, pois a superlotação era uma realidade na prisão feminina na qual estava, e todos os espaços eram aproveitados para colocar mais beliches – inclusive a sala das caldeiras. Ela também relatou a experiência e a falta de valorização de um trabalho fundamental, que foi ter servido como

26 ABDALA, Aishah *et al.* **Hidden Hazards**: The Impacts of Climate Change on Incarcerated People in California State Prisons. Ella Baker Center for Human Rights; UCLA Luskin Institute on Inequality and Democracy, 2024.

27 HARVARD RADCLIFFE INSTITUTE. **Climate Justice and Mass Incarceration**, June 4, 2024. Disponível em: <https://www.radcliffe.harvard.edu/event/2024-climate-justice-and-mass-incarceration-discussion-virtual>.

bombeira durante os incêndios florestais. Aliás, grande parte da força de trabalho nesse setor vem das prisões, sob a mísera contraprestação de 56 dólares por mês.²⁸

Academia e imprensa investigativa também estiveram presentes no referido encontro, e demonstram a importância de tais contribuições para lançar luz sobre o problema e buscar alternativas. Como, por exemplo, a informação trazida por Alleen Brown, de que, nos últimos 20 anos, mais de 250 mortes em prisões no Texas se deram por causa do calor.²⁹ E a inovadora pesquisa de Ufuoma Oviemhada, desenvolvida durante seu doutoramento no MIT, cuja dissertação foi recentemente defendida, que envolveu trabalho junto ao movimento “Fight Toxic Prisons” e a criação de ferramentas geoespaciais para auxiliar no advocacy de justiça climática e ambiental. A partir de tais ferramentas e dos dados coletados, a pesquisadora alertou sobre os problemas envolvendo poluição do ar, em níveis muito acima dos aceitáveis,³⁰ e calor extremo dentro das prisões.

Com um foco um pouco diferente do trabalhado neste artigo e nas fontes recém mencionadas, mas que também interrelaciona encarceramento em massa e as mudanças climáticas, e por isso vale ser mencionado, é “Locked into Emissions: How Mass Incarceration Contributes to Climate Change” (Presos em emissões: como o encarceramento em massa contribui para as mudanças climáticas), de Julius Alexander McGee, Patrick Trent Greiner e Carl Appleton, publicado em 2020. Nesse estudo, os autores confirmam a hipótese de que o encarceramento em massa nos EUA e o complexo industrial prisional (PIC) contribuem para um ciclo de desenvolvimento econômico que se dá às custas de exploração massiva de recursos naturais, que causam danos ambientais, e para as mudanças climáticas. Noutros termos, nos Estados Unidos, o aumento no encarceramento está diretamente ligado ao aumento de emissões industriais.³¹

A interrelação entre a crise climática e o encarceramento em massa, portanto, faz todo o sentido. E passa a ser mais uma pauta quando se discute justiça – seja ela ambiental, climática ou criminal. Eis alguns pontos passíveis de análise e conexão, levando em consideração o cenário brasileiro.

O calor é uma das principais causas de mortalidade relacionada ao clima. Ondas de calor cada vez mais intensas, longas e frequentes impactarão cada vez

28 HARVARD RADCLIFFE INSTITUTE. **Climate Justice and Mass Incarceration**, June 4, 2024. Disponível em: <https://www.radcliffe.harvard.edu/event/2024-climate-justice-and-mass-incarceration-discussion-virtual>.

29 HARVARD RADCLIFFE INSTITUTE. **Climate Justice and Mass Incarceration**, June 4, 2024. Disponível em: <https://www.radcliffe.harvard.edu/event/2024-climate-justice-and-mass-incarceration-discussion-virtual>.

30 O dado trazido pela pesquisadora revela que em uma amostragem encontrou-se mais do que o dobro de material particulado 2,5 do que o tolerável.

31 MCGEE, Julius Alexander; GREINER, Patrick Trent; APPLETON, Carl. Locked into Emissions: How Mass Incarceration Contributes to Climate Change. **Social Currents**, v. 8, n. 4, p. 1-15, nov. 2020.

mais a saúde humana, e dos grupos vulnerabilizados mais fortemente.³² O calor dentro dos estabelecimentos prisionais brasileiros resultante da superlotação se intensifica na presença das ondas de calor. Exemplo disso foi a interdição realizada na Penitenciária de Charqueadas, no Estado do Rio Grande do Sul, em 2024, meses depois de sua inauguração – ostentada como prisão modelo – devido às altas temperaturas registradas no interior das celas, que passava de 31°C, e à falta de água.³³

De modo a agravar o problema, a falta de acesso à água, seja para higiene pessoal ou para beber, também é uma realidade do contexto prisional brasileiro. São Paulo é um dos estados que reiteradamente precisa fazer racionamento de água durante alguns períodos do ano. Conforme denúncia da Pastoral Carcerária, em 2023, com relação ao complexo Prisional de Pinheiros, em São Paulo, tanto faltava água dentro dos estabelecimentos prisionais, como os familiares eram impedidos de levar água aos presos. Já no inverno, é a falta de acesso à água quente que ameaça a saúde das pessoas encarceradas.³⁴ É preciso lembrar que mesmo que o problema da água seja também sentido pela população externa, há soluções para mitigar os efeitos da falta de um item tão essencial: como a contratação de caminhões-pipa, a distribuição de água mineral, enfim. Lembre-se da decisão judicial que determinou que uma produtora de shows permitisse o ingresso de garrafas de água e tomasse outras medidas para amenizar o calor do público no show da cantora Taylor Swift, no Rio de Janeiro, em novembro de 2023. Uma portaria ministerial federal também foi editada nesse sentido, tamanha foi a comoção após a morte de uma fã enquanto aguardava na fila durante uma onda de calor extremo na capital carioca. Quem está dentro do sistema prisional sofre cotidianamente as mazelas que vão muito além da privação da liberdade, mas da privação dos requisitos mais básicos de sobrevivência. Diante de eventos extremos decorrente das mudanças climáticas, a situação ganha contornos ainda mais calamitosos.

Outro agravante é que as pessoas encarceradas também enfrentam problemas de saúde de modo desproporcional – antes, durante e após o encarceramento.³⁵ A letalidade prisional é um risco iminente às pessoas em contexto de pena

32 GOLEMBESKI, Cynthia; ARMSTRONG, Andrea; IRFAN, Ans et. al. **Climate Change and Incarceration:** People in prison are vulnerable to extreme temperatures, diseases, and displacement. In: Think Global Health, April 29, 2022. Disponível em: <https://www.thinkglobalhealth.org/article/climate-change-and-incarceration>.

33 AIRES, Isadora. Penitenciária do RS é interditada parcialmente devido ao calor nas celas. CNN, Porto Alegre, 24 jan. 2024. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/penitenciaria-do-rs-e-interditada-parcialmente-devido-ao-calor-nas-celas/>.

34 DUARTE, Catarina; DALAPOLA, Kaique. 'O verdadeiro inferno': mudanças climáticas agravam violações aos presos no Brasil. **Ponte**, 13 dez. 2023. Disponível em: <https://ponte.org/o-verdadeiro-inferno-onda-de-calor-expoe-violacoes-impostas-aos-presos-no-brasil/>.

35 GOLEMBESKI, Cynthia; ARMSTRONG, Andrea; IRFAN, Ans et. al. **Climate Change and Incarceration:** People in prison are vulnerable to extreme temperatures, diseases, and displacement. In: Think Global

privativa de liberdade. Mortes declaradas em obituários como “causas naturais” ou “acidentais” muitas vezes são resultado das “condições degradantes do sistema penitenciário, que figuram como engrenagens constitutivas das mortes por doenças”, conforme apontou o relatório do CNJ: Letalidade prisional: uma questão de justiça e de saúde pública, de 2023. Uma morte com causa “natural” isenta o Estado de responsabilização. Contudo, segundo dados do referido relatório,

mais da metade das pessoas tiveram mortes classificadas como “naturais”, quando, ao manusear os documentos dos processos – apesar das ausências de informações e das muitas lacunas promovidas por subnotificações – pudemos verificar que a morte natural foi um longo e tortuoso processo de adoecimento, falta de assistência, definhamento e morte.³⁶

O poder sobre decisões envolvendo tanto as mudanças climáticas quanto o encarceramento está concentrado nas mãos dos governos, restando muito pouco para ser feito no âmbito social e individual, no que diz respeito a efeitos de mitigação, adaptação, planejamento e administração.³⁷ A lista poderia seguir, mas a questão é que fatores sociais, estruturais e políticos, que incluem também marcadores de raça, gênero, idade, situação econômica, saúde precária e a presença de debilidades/deficiências aumentam a vulnerabilidade diante de riscos climáticos.

Há inclusive um conceito na literatura estrangeira “vulnerabilidade contextual” (contextual vulnerability), o qual considera que as circunstâncias econômicas e sociais em desastres específicos intensificam seus efeitos danosos em grupos que já são marginalizados.³⁸ A ideia de vulnerabilidade pressupõe a falta de capacidade para lidar ou se adaptar às mudanças nas condições climáticas. Essa vulnerabilidade é gerada por múltiplos fatores e processos contextuais – de ordem social, econômica, política e estruturas e dinâmicas institucionais. Tal conceito é importante para que se aponte para mudanças necessárias no melhor enfrentamento dos eventos climáticos, na adaptação e na mitigação de suas consequências. De forma geral e, especificamente, com relação à população carcerária, mote deste escrito.

Health, April 29, 2022. Disponível em: <https://www.thinkglobalhealth.org/article/climate-change-and-incarceration>.

36 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA INSPER. **Letalidade prisional**: uma questão de justiça e de saúde pública. Colaboração Fundação Getúlio Vargas. Brasília: CNJ, 2023, p. 16.

37 GOLEMBESKI, Cynthia; ARMSTRONG, Andrea; IRFAN, Ans et. al. **Climate Change and Incarceration**: People in prison are vulnerable to extreme temperatures, diseases, and displacement. In: Think Global Health, April 29, 2022. Disponível em: <https://www.thinkglobalhealth.org/article/climate-change-and-incarceration>.

38 GOLEMBESKI, Cynthia; ARMSTRONG, Andrea; IRFAN, Ans et. al. **Climate Change and Incarceration**: People in prison are vulnerable to extreme temperatures, diseases, and displacement. In: Think Global Health, April 29, 2022. Disponível em: <https://www.thinkglobalhealth.org/article/climate-change-and-incarceration>;

O'BRIEN, K., ERIKSEN, S., NYGAARD, L. P., & SCHJOLDEN, A. Why different interpretations of vulnerability matter in climate change discourses. **Climate Policy**, v. 7, n. 1, p. 73–88, 2007.

4 Vulnerabilidade contextual, racismo ambiental e justiça ambiental

A vulnerabilidade contextual não se confunde com a ideia de racismo ambiental. Ainda que possível traçar paralelos, pontos de convergência. Pode-se arriscar afirmar que o racismo ambiental configura uma espécie de vulnerabilidade contextual, sendo a vulnerabilidade contextual um conceito que pode abarcar ou não o racismo ambiental.

A expressão “racismo ambiental” foi cunhada, em 1982, por Benjamin F. Chavis Jr., importante ativista pelos direitos civis nos Estados Unidos. À época, Chavis liderou uma série de protestos no condado de Warren, em Ohio, contra a decisão do governo de despejar quase quatro toneladas de solo contaminado com substância cancerígena em localidade ocupada majoritariamente por residentes negros. O ativista foi preso e dentro da prisão que desenvolveu o conceito de racismo ambiental, dando origem a um movimento que visa demonstrar como desigualdade e racismo também impactam a questão ambiental.³⁹ Atualmente, o conceito dá conta de que “injustiças sociais e ambientais (...) impactam mais fortemente grupos étnicos vulnerabilizados e outros grupos discriminados por sua “raça”, origem ou cor. Isso significa que abrange negros, mas também comunidades indígenas, quilombolas, ribeirinhas e periféricas, entre outras”⁴⁰. Em paralelo, é preciso pensar sobre a ideia de justiça ambiental, que tem como um de seus pioneiros Robert Bullard, sociólogo norte-americano, e implica na combinação de “noções de sustentabilidade ambiental e ambientes cotidianos com demandas por justiça social”,⁴¹ e que pode ser definido brevemente como a luta para que nenhum grupo de pessoas enfrente desproporcionalmente a carga da degradação do espaço coletivo.⁴²

Durante as enchentes que assolaram o estado do Rio Grande do Sul, em maio de 2024, o racismo ambiental ficou latente, conforme o relatório da visita de trabalho da Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA) da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), realizada entre 2 e 6 de dezembro de 2024. A delegação visitou regiões afetadas pelas enchentes e também se reuniu com autoridades federais, estaduais e muni-

39 MCDONALD, Thomasi. Benjamin Chavis on Building Community with Equity and Environmental Justice. *Duke Today*, January 23, 2024. Disponível em: <https://today.duke.edu/2024/01/benjamin-chavis-building-community-equity-and-environmental-justice>.
<https://today.duke.edu/2024/01/benjamin-chavis-building-community-equity-and-environmental-justice>.

40 SANTOS, Teresa. Racismo ambiental: o que é isso? FIOCRUZ - Invivo, 13 maio 2022. Disponível em: <https://www.invivo.fiocruz.br/sustentabilidade/racismo-ambiental/>.

41 No original: “The movement’s idea of environmental justice combined notions of environmental Sustainability and everyday environments with demands for social justice” (SCHLOSBERG, David; COLLINS, Lisette B. From environmental to climate justice: climate change and the discourse of environmental justice. *WIRE’s Climate Change*, v. 5, p. 359-374, 2014, p. 361).

42 SANTOS, Teresa. Racismo ambiental: o que é isso? FIOCRUZ - Invivo, 13 maio 2022. Disponível em: <https://www.invivo.fiocruz.br/sustentabilidade/racismo-ambiental/>.

cipais, representantes da sociedade civil, academia e comunidades diretamente impactadas.

O relatório foi publicado em 31 de março de 2025, sob o título “Impactos das enchentes no Rio Grande do Sul: Observações e recomendações para a garantia dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais”, e, segundo o qual, o objetivo principal da missão foi:

documentar os impactos das enchentes ocorridas entre abril e maio de 2024 no Rio Grande do Sul sobre os DESCA, analisando seus efeitos no acesso a bens e serviços básicos, com ênfase em saúde, educação, habitação, meio ambiente e meios de subsistência, especialmente para grupos vulneráveis. Ao avaliar os impactos das inundações no Estado, a missão também buscou compreender as causas desse desastre e analisar os desafios na resposta estatal, na prevenção, mitigação, adaptação, planejamento e na reconstrução.⁴³

Logo no início do documento, no capítulo “Emergência climática, proteção ambiental e as enchentes no Rio Grande do Sul”, a Relatoria Especial evidenciou o racismo ambiental:

Os impactos das enchentes no Rio Grande do Sul revelaram as desigualdades estruturais e os efeitos desproporcionais que desastres climáticos têm sobre diferentes grupos em situação de vulnerabilidade. Tais eventos não apenas evidenciam as desigualdades pré-existent, mas também ampliam as barreiras enfrentadas por pessoas e comunidades que historicamente sofreram discriminação e exclusão social. Esses impactos destacam a necessidade de analisar e responder às particularidades vivenciadas por esses grupos, considerando suas condições sociais, culturais e econômicas específicas. Sendo assim, destaca-se que as enchentes que atingiram o Rio Grande do Sul em 2024 causaram perda de vidas e destruição material, e também expuseram profundas desigualdades sociais, evidenciando um cenário de racismo ambiental. Comunidades historicamente marginalizadas, como afrodescendentes, quilombolas e indígenas, foram desproporcionalmente afetadas, revelando a interseção entre desastres socioambientais e injustiças raciais.⁴⁴

Posteriormente, tratou em capítulo específico sobre os “Impactos diferenciados em grupos em situação de vulnerabilidade”, alertando de pronto para o fato de que grupos vulnerabilizados são afetados desproporcionalmente pelas

43 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). RELATORIA ESPECIAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS. **Impactos das enchentes no Rio Grande do Sul**: Observações e recomendações para a garantia dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. [s.l.]: OEA, 31 de março de 2025, p. 7.

44 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). RELATORIA ESPECIAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS. **Impactos das enchentes no Rio Grande do Sul**: Observações e recomendações para a garantia dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. [s.l.]: OEA, 31 de março de 2025, p. 19-20.

mudanças climáticas e eventos extremos, tendo o mesmo se repetido no caso do Rio Grande do Sul.

(...) mudanças climáticas e os desastres ambientais afetam de forma desproporcional certos grupos da população que já enfrentam desigualdades estruturais, agravando sua vulnerabilidade e limitando o exercício pleno de seus direitos humanos. Conforme estabelecido na Resolução 3/2021, os segmentos populacionais historicamente marginalizados, como mulheres, crianças, povos indígenas, afrodescendentes, comunidades rurais, pessoas trabalhadoras informais e pessoas em situação de pobreza, são os mais expostos aos impactos ambientais, apesar de terem contribuído muito menos para a crise climática.⁴⁵

No referido capítulo, os grupos vulneráveis são classificados em: a. povos indígenas, comunidades quilombolas, comunidades rurais e camponesas; b. meninas e mulheres; c. crianças e adolescentes; d. idosos e pessoas com deficiência; e. novas formas de vulnerabilidade social e climática. Neste último, a missão advertiu para a possibilidade de outros grupos, conforme o contexto situacional, serem enquadrados em situação de vulnerabilidade, como pessoas que vivem em zonas costeiras, pescadores e ribeirinhos, enfim.⁴⁶ Pode-se identificar que o órgão aplica o conceito de vulnerabilidade contextual e está alerta quanto as diferentes demandas e impactos que o contexto produz. Além disso, também é pertinente ressaltar a observação feita pela missão de que a classificação não é exaustiva, mas exemplificativa, podendo haver outros grupos, como foi o caso da menção feita a problemas enfrentados por refugiados e pela população LGBTQIA+.

Contudo, em que pese o relatório tenha deixado o conceito de vulnerabilidade e a classificação de grupos vulneráveis aberta, em nenhum momento fez menção à população em situação de cárcere, nem de forma geral – como grupo que é desproporcionalmente afetado pelas mudanças climáticas e eventos extremos, nem de forma específica, com relação à população carcerária do Rio Grande do Sul, das prisões afetadas pelas enchentes. Diversos estabelecimentos prisionais ficaram ilhados, como nas cidades de Montenegro, Charqueadas e Arroio do Meio. A situação de acesso à água, à higiene e à alimentação ficou ainda mais problemática durante as enchentes. Denúncias chegaram à público por meio de familiares e de ONGs como Viver Sem Cárcere e a Frente dos Coletivos Carcerários do Rio

45 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). RELATORIA ESPECIAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS. **Impactos das enchentes no Rio Grande do Sul**: Observações e recomendações para a garantia dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. [s.l.]: OEA, 31 de março de 2025, p. 44.

46 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). RELATORIA ESPECIAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS. **Impactos das enchentes no Rio Grande do Sul**: Observações e recomendações para a garantia dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. [s.l.]: OEA, 31 de março de 2025.

Grande do Sul, relatando, entre outras questões, que a sobrevivência de encarcerados estava dependendo do envio de mantimentos por seus familiares.⁴⁷

Ainda que tenha havido medidas para conter os efeitos das enchentes sobre a população carcerária, como a decisão judicial que autorizou o cumprimento de prisão domiciliar a 250 presos do regime semiaberto, em caráter emergencial, diante do risco de vida que sofriam pelo rápido avanço das águas,⁴⁸ não se pode considerar que houve um plano de ação para a população prisional enquanto população vulnerável. Numa retórica populista-penal, inclusive, qualquer menção de “benefício” à população prisional é lida como descabida e disseminada com alarde e sensacionalização ao senso comum, quando não contaminada por desinformação e *fake news*, causando verdadeiro pânico moral.⁴⁹

Por todo o exposto neste trabalho e nas referências mencionadas, não há dúvida de que a população encarcerada, especialmente em contexto de encarceramento em massa, configura grupo vulnerável diante das mudanças climáticas e dos eventos extremos. Contudo, o caminho para incluir tal grupo no plano de ações de prevenção e combate ainda é longo. Basta atentar para o fato de que nem mesmo a OEA inclui a população prisional como grupo vulnerável.

Portanto, lidar com a delicada questão da justiça ambiental passa por enfrentar também o encarceramento em massa. As mudanças climáticas e as catástrofes ambientais ampliarão os riscos existentes e criarão outros riscos para os sistemas naturais e humanos, sendo que tais riscos são distribuídos de forma desigual e geralmente são maiores para pessoas e grupos desfavorecidos.

O combate ao encarceramento em massa encontra agora mais um (e fortíssimo) fundamento, além de todos aqueles que já o legitimam, o combate à crise climática. Ou seja, o combate à crise climática, ou a busca por uma justiça ambiental

47 MENDONÇA, Jeniffer. Presos do RS dependem da família para não morrerem de sede, dizem parentes. In: **Ponte**, 08 maio 2024. Disponível em: <https://ponte.org/presos-do-rs-dependem-da-familia-para-nao-morrer-de-sede-dizem-parentes/>; ENCHENTES deixam presídios ilhados no RS: Com elevação de rios, cerca de 1.000 detentos foram transferidos de áreas de risco, segundo superintendência. In: **Poder 360**, 04 maio 2024. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/enchentes-deixam-presidios-ilhados-no-rs-veja-imagens/>; TEMPORAIS no RS: enchentes deixam presídios ilhados. In: **G1**, 04 maio 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2024/05/04/temporais-no-rs-enchentes-deixam-presidios-ilhados-1-mil-detentos-foram-transferidos.ghtml>.

48 FRIOLI, Giovana. Governo não soltou presos por causa de enchentes no Rio Grande do Sul. In: **Estadão**, São Paulo, 21 maio 2024. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/estadao-verifica/presos-do-rio-grande-do-sul-soltos-enganoso/>?srsltid=AfmBOorv9xreR_Q-kU-PruA4UKDcMW735Cj18UE5ayLr7PoD2BmjAYf0.

49 Durante as enchentes, circulou em redes sociais, entre tantas outras, a notícia falsa de que “que o governo liberou presos do Rio Grande do Sul e mandou soltar todos os flagrantes por conta da tragédia no Estado”, a qual ensejou a matéria de esclarecimento do Estadão, no quadro “Estadão verifica” (FRIOLI, Giovana. Governo não soltou presos por causa de enchentes no Rio Grande do Sul. In: **Estadão**, São Paulo, 21 maio 2024).

ou climática, passa também pelo enfrentamento do problema do encarceramento em massa.

5 Conclusão

Ao se levar essa forma atomizada de ver o mundo, impulsionada pela racionalidade neoliberal, para a questão criminal, ou mais necessariamente para questão do encarceramento, não restam dúvidas de que o hiperindividualismo, fruto da subjetividade destes tempos, invisibiliza ainda mais o problema. Acrescente-se a isso a polarização, como mais uma faceta da realidade atual, e não há espaço nem na sociedade, nem na política para seriamente se discutir questões tão importantes como o encarceramento em massa e a crise climática – para além de populismos e de disputas de retórica.

Sob o prisma da questão criminal neoliberal, não há, portanto, espaço para seriamente se pensar alternativas às mazelas do sistema prisional através de políticas públicas desencarceradoras, que analisem a questão criminal a partir de aspectos sociais, políticos, econômicos e ambientais.

A partir da aliança entre neoliberalismo e neoconservadorismo, a questão criminal neoliberal se retroalimenta de ressentimentos e torna quase impossível qualquer tipo de tentativa de assimilação da realidade. Qual realidade? A de que a ilusão de segurança – segurança para se seguir replicando esse modelo que vende a ilusão do progresso e da evolução da sociedade – traz destruição a todos os âmbitos que toca: ambiental, social, penal. A realidade de que nos últimos 50 anos (a partir da década de 1970), entramos em processo de hiperaceleração do consumo de recursos primários, do uso de energia, do aumento populacional, da atividade econômica e da degradação da biosfera. A realidade de que quando se fala em justiça ambiental, deve-se passar também pelo impacto sofrido pela população carcerária diante das catástrofes ambientais e das mudanças climáticas, de como tais eventos impactam sobremaneira e desproporcionalmente populações marginalizadas.

Foi isso que este escrito teve como intuito realizar, ainda a título de ensaio, pois fruto de pesquisa em andamento, trazendo à tona o imbricamento de dois problemas contemporâneos, o encarceramento em massa e a crise climática, de modo a ser um catalisador para mais reflexões e consequentes ações.

Referências bibliográficas

- ABDALA, Aishah *et al.* **Hidden Hazards:** The Impacts of Climate Change on Incarcerated People in California State Prisons. Ella Baker Center for Human Rights; UCLA Luskin Institute on Inequality and Democracy, 2024.
- AIRES, Isadora. Penitenciária do RS é interditada parcialmente devido ao calor nas celas. CNN, Porto Alegre, 24 jan. 2024. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/penitenciaria-do-rs->

e-interditada-parcialmente-devido-ao-calor-nas-celas/.

ALBERT, Bruce; KOPENAWA, Davi. **O espírito da floresta**. São Paulo: Companhia das Letras, 2023.

BALDACCI, Cristina *et al.* (ed.). **Venice and the Anthropocene**: an ecocritical guide. Venezia: Wetlands, 2022.

BECKETT, Katherine. **Make Crime Pay**: Law and Order in Contemporary American Politics. New York: Oxford University, 1997.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Relatório de Informações Penais**: 17º Ciclo SISDEPEN, 2º Semestre de 2024. Brasília: SENAPEN, 2025. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios>

CASTRO, Eduardo Viveiros de. “Transformação” na Antropologia, Transformação da “Antropologia”. **MANA**, v. 18, n. 1, p. 151-171, 2012.

CONSELHO Federal de Economia. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cofecon.org.br/premio-nobel-de-economia/>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA INSPER. **Letalidade prisional**: uma questão de justiça e de saúde pública. Colaboração Fundação Getúlio Vargas. Brasília: CNJ, 2023, p. 16.

COP 28: Brasil emitiu 2,3 bilhões de toneladas brutas de gases de efeito estufa em 2022. *In*: Instituto de Energia e Meio Ambiente (IEMA). São Paulo, dez. 2023. Disponível em: <https://energiaeambiente.org.br/cop-28-brasil-emitiu-23-bilhoes-de-toneladas-brutas-de-gases-de-efeito-estufa-em-2022-20231209>.

DOSTALER, Gilles. Les Lois Naturelles en Économie: Émergence d’un Débat. **L’Harmattan**: L’Homme & la Société, v. 4, n. 170-171, p. 71-92, 2008.

DUARTE, Catarina; DALAPOLA, Kaique. ‘O verdadeiro inferno’: mudanças climáticas agravam violações aos presos no Brasil. **Ponte**, 13 dez. 2023. Disponível em: <https://ponte.org/o-verdadeiro-inferno-onda-de-calor-expoe-violacoes-impostas-aos-presos-no-brasil/>.

ENCHENTES deixam presídios ilhados no RS: Com elevação de rios, cerca de 1.000 detentos foram transferidos de áreas de risco, segundo superintendência. *In*: **Poder 360**, 04 maio 2024. Disponível em:

<https://www.poder360.com.br/brasil/enchentes-deixam-presidios-ilhados-no-rs-veja-imagens/>;

FOUCAULT, Michel. **O nascimento da biopolítica**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2018.

FRIOLI, Giovana. Governo não soltou presos por causa de enchentes no Rio Grande do Sul. *In*: Estadão, São Paulo, 21 maio 2024. Disponível em: https://www.estadao.com.br/estadao-verifica/presos-do-rio-grande-do-sul-soltos-enganoso/?srsltid=AfmBOorv9xreR_Q-kU-PruA4UKDcMW735CJ18UE5ayLr7PoD2BmjAYF0.

GALDEANO, Ana Paula. Salmo 127, versículo 1: ativismo religioso e ordenamentos da segurança em uma periferia de São Paulo. **Religião e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 1, p. 38-60, 2014.

GOLEMBESKI, Cynthia; ARMSTRONG, Andrea; IRFAN, Ans *et al.* **Climate Change and Incarceration**: People in prison are vulnerable to extreme temperatures, diseases, and displacement. *In*: Think Global Health, April 29, 2022. Disponível em: <https://www.thinkglobalhealth.org/article/climate-change-and-incarceration>.

GOSH, Amitav. **The Nutmeg’s Curse**: Parables for a planet in crisis. University of Chicago Press: Chicago, 2021.

HARCOURT, Bernard E. **The Illusion of Free Markets**: punishment and the myth of natural order. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Censo Demográfico 2022. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: <https://censo2022.ibge.gov.br/>.

LACERDA, Marina Basso. **O novo conservadorismo brasileiro**: de Reagan a Bolsonaro. Porto Alegre: Zouk, 2019.

LARRAURI, Elena. Populismo punitivo y cómo resistirlo. **Jueces para la Democracia**, v. 55, p. 15-22, marzo 2006.

- MCDONALD, Thomasi. Benjamin Chavis on Building Community With Equity and Environmental Justice. **Duke Today**, January 23, 2024. Disponível em: <https://today.duke.edu/2024/01/benjamin-chavis-building-community-equity-and-environmental-justice>.
- MCGEHE, Julius Alexander; GREINER, Patrick Trent; APPLETON, Carl. Locked into Emissions: How Mass Incarceration Contributes to Climate Change. **Social Currents**, v. 8, n. 4, p. 1-15, nov. 2020.
- MENDONÇA, Jeniffer. Presos do RS dependem da família para não morrerem de sede, dizem parentes. In: **Ponte**, 08 maio 2024. Disponível em: <https://ponte.org/presos-do-rs-dependem-da-familia-para-nao-morrer-de-sede-dizem-parentes/>.
- MOTTA, Manoel de Barros da. Crítica da Razão Punitiva: Nascimento da prisão no Brasil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011
- O'BRIEN, K., ERIKSEN, S., NYGAARD, L. P., & SCHJOLDEN, A. Why different interpretations of vulnerability matter in climate change discourses. **Climate Policy**, v. 7, n. 1, p. 73-88, 2007. <https://doi.org/10.1080/14693062.2007.9685639>.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). RELATORIA ESPECIAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS. **Impactos das enchentes no Rio Grande do Sul**: Observações e recomendações para a garantia dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. [s.l.]: OEA, 31 de março de 2025.
- SANTOS, Jádia Larissa Timm dos. **A questão criminal neoliberal**: racionalidade hegemônica, neoconservadorismo e punição. São Paulo: Blimunda, 2024.
- SANTOS, Jádia Larissa Timm dos. **A questão criminal neoliberal e as catástrofes ambientais**. Conferência XV Congresso Internacional de Ciências Criminais da PUCRS| XXIII Congresso Transdisciplinar de Ciências Criminais do ITEC, 2024.
- SANTOS, Jádia Larissa Timm dos. **Criminologia e contemporaneidade: escritos sobre os tempos que vivemos**. São Paulo: Blimunda, 2022.
- SANTOS, Teresa. Racismo ambiental: o que é isso? FIOCRUZ - Invivo, 13 maio 2022. Disponível em: <https://www.invivo.fiocruz.br/sustentabilidade/racismo-ambiental/>.
- SCHLOSBERG, David; COLLINS, Lisette B. From environmental to climate justice: climate change and the discourse of environmental justice. **WIRE's Climate Change**, v. 5, p. 359-374, 2014.
- SIMON, Jonathan. Janus Faced Leviathan: California's Prisons and Universities as Two Faces of State Power. **Carceral Notebooks**, v. 6, p. 154-174, 2010.
- TEMPORAIS no RS: enchentes deixam presídios ilhados. In: **G1**, 04 maio 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2024/05/04/temporais-no-rs-enchentes-deixam-presidios-ilhados-1-mil-detentos-foram-transferidos.ghml>.
- VALLELLY, Neil. Ending Neoliberalism. **Critical Times**, v. 7, n. 2, p. 280-303, August 2024.
- XENAKIS, Sappho; CHELIOTIS, Leonidas. Whither neoliberal penalty? The past, present and future of imprisonment in the US. **Punishment and Society**, v. 21, n. 2, p. 187-206, January 2018. Disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/85702/>.
- WACQUANT, Loïc. A tempestade global da lei e ordem: sobre punição e neoliberalismo. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, v. 20, n. 41, p. 7-20, fev. 2012
- WACQUANT, Loïc. Três etapas para uma antropologia histórica do neoliberalismo realmente existente. **Caderno CRH**, Salvador, v. 25, n. 66, p. 505-518, set./dez. 2012.
- WORLD PRISON BRIEF; ICPR; BIRBECK UNIVERSITY OF LONDON. **Highest to Lowest - Prison Population Total**, 2025. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total>.

Confira nesta edição:

Desafios atuais da convenção de Istambul na prática judiciária

Alexandra Maria dos Santos Esteves Vilela

Abordagem policial e *stop and frisk*: jurisprudência brasileira e estadunidense

André Ribeiro Giamberardino e Tomás Gast Kienen

Sociedades transnacionais, dever de vigilância e responsabilidade penal. Uma primeira aproximação a partir do contexto normativo franco-brasileiro

Dieter Axt e Fabio Roberto D'Avila

Criciúma: uma história de todos? Considerações sobre o encobrimento das instituições penais em Criciúma/SC

Felipe Alves Goulart e Jackson da Silva Leal

Acordo de não persecução penal, colaboração premiada e redução de danos: a justiça criminal negocial no contexto democrático

Michelle Barbosa de Brito

Prisão preventiva e lei de drogas: análise dos discursos jurídico-penais a partir do realismo marginal e criminologia cautelar

Franciele Silva Cardoso e Fabiana Santos Milhomem

Notas sobre o encarceramento em massa e a crise climática a partir da questão criminal neoliberal

Jádria L. Timm dos Santos

ISSN 1676-8698/97



+ ACESSO À **VERSÃO DIGITAL GRÁTIS** NA NOSSA PLATAFORMA DE LEITURA