USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 28 • vol. 172 • outubro/2020

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 28 • vol. 172 • outubro/2020

Presidência
Eleonora Rangel Nacif

Coordenação
Leandro Ayres França

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editor-chefe – Leandro Ayres França

Editores-assistentes – Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, Beatriz Corrêa Camargo, Daniel Leonhardt, Guilherme Ceolin, Gustavo Noronha de Ávila, Italo Rabello, José de Assis Santiago Neto e Laura Gigante Albuquerque.

Editores-executivos – Helen Christo e Willians Meneses

CONSELHO EDITORIAL

Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália) – Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia) – Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal) – Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha) – Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha) – Antonio Garcia-Pablos de Molina (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP) – Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP) – Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha) – Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha) – Carlos Gonzales Zorrilla (Universitat Autònoma de Barcelona – Espanha) – Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha) – Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal) – Cornelius Prittwitz (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha) – David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália) – Esther Gímenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull - ESADE – Espanha) – Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá) – Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha) – Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Iasevoli Clelia (Universita' Degli Studi di Napoli – Itália) – Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universi-dad de Salamanca – Espanha) – Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha) – Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile) – Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha) – João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal) – Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal) – José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha) – José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal) – Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina) – Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR) – Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha) – Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha) – Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR) – Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal) – Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal) – Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia) – Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) – Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP) – Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha) – Nila Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal) – Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile) – Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai) – Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR) – Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália) – Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha) – Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME)

Alexandre Ribas de Paulo (UEM – Maringá/PR) – Carolina Stein (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Ana Paula Motta Costa (UFRGS – Porto Alegre/RS) – André Vaz Porto Silva (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Andrei Zenkner Schmidt (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Bruno Rigon (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Carlo Velho Mais (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Clara Moura Masiero (UNISINOS – São Leopoldo/RS) – Cristhovão Fonseca Gonçalves (Universidade Estadual de Pernambuco – UEP – Recife/PE) – Daniel Kessler de Oliveira (FEEVALE – Novo Hamburgo/RS) – Douglas Sena Bello (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Felipe da Costa De-Lorenzi (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Felipe Faoro Bertoni (Faculdade Dom Bosco – Porto Alegre/RS) – Filipe Henrique Vergniano Magliarelli (USP – São Paulo/SP) – Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira (Libertas Faculdades integradas – Belo Horizonte/MG) – Francis R. Beck (UNISINOS – São Leopoldo/RS) – Frederico Valdez Pereira (Università degli Studi di Pavia – Itália) – Gabriela Borghi Affonso (Universidade de Coimbra/ Portugal) – Gabriela Perissinotto de Almeida (USP – São Paulo/SP) – Gustavo Barbosa Mesquita Batista (UFPB – João Pessoa/PB) – Humberto Soares de Souza Santos (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Indaiá Lima Mota (UFBA – Salvador/BA) – Izabel Saenger Nuñez (UFF – Rio de Janeiro/RJ) – João Beccon de Almeida Neto (Universidade Federal de Juiz de Fora – DPFEP/UFJF – Juiz de Fora/MG) – Joel de Freitas (UNEMAT – Cáceres/MT) – José Carlos Portella Jr (UNICURITIBA – Curitiba/PR) – José Edvaldo Pereira Sales (UFPA – Belém/PA) – Leonardo Costa de Paula (UFPR – Curitiba/PR) – Lucas Gabriel Santos Costa (UNIP – São Paulo/SP) – Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (UNIJUÍ – Ijuí/RS) – Marcel Figueiredo Gonçalves (Secretaria da Administração Penitenciária – São Paulo/SP) – Marcos Eugênio Melo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Mariana Barrêto Nóbrega de Lucena (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Marina Pinhão Coelho Araújo (INSPER – São Paulo/SP) – Maurício Sant'Anna dos Reis (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Nathalia Beduhn Schneider (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Nathália Regina Pinto (USP – São Paulo/SP) – Ney Menezes de Oliveira Filho (UFBA – Salvador/BA) – Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues (Faculdade SEUNE – Maceió/AL) – Paulo Henrique Burg Conti (Universidade do Vale do Itajaí/SC e Faculdade de Santa Catarina/SC) – Paulo Roberto Incott Junior (Faculdades Santa Cruz – Curitiba/PR) – Paulo Thiago Fernandes Dias (UNISINOS – São Leopoldo/RS) – Priscila Beltrame (USP – São Paulo/SP) – Rafael Fecury (UNAMA – Belém/PA) – Renan Barboza de Faria (USP – São Paulo/SP) – Ricardo Jacobsen Gloeckner (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson (Instituo Federal do Rio Grande do Norte – João Câmara/RN) – Ruiz Ritter (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Ruy Celso Barbosa Florence (UNIDERP – Campo Grande/MS) – Selma Pereira de Santana (UFBA – Salvador/BA) – Sheila Jorge Selim de Sales (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG) – Theodoro Balducci de Oliveira (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Thiago Mota de Moraes (CESMAC – Maceió/AL) – Túlio Felippe Xavier Januário (Universidade de Coimbra – Portugal) – Vanessa Aparecida de Souza Fontana (ABEMPTRAN – Curitiba/PR) – Vicente de Azevedo Bastian Cortese (UFGRS – Porto Alegre/RS) – Vinícius Abdala (Universidade 9 de julho – São Paulo/SP) – Vitor de Paula Ramos (UFRGS – Porto Alegre/RS).

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Áquila Magalhães Duarte (Universalidade Católica do Salvador – Salvador/BA) – Artur César de Souza (TRF – Londrina/PR) – Caio Salles (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP) – Camila Saldanha Martins (Centro Universitário Internacional – UNINTER – Curitiba/PR) – Carlos Henrique Almeida José e Azevedo (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG) – Carolina Costa Ferreira (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB – Brasília/DF) – Carolina Cutrupi Ferreira (Fundação Getúlio Vargas – FGV – São Paulo/SP) – Daniel Fauth Washington Martins (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR) – Denise Neves Abade (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP) – Érica Montenegro Alves Barroso (Universidade de Fortaleza – Fortaleza/CE) – Felipe Martins Pinto (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG) – Gustavo Mascarenhas Lacerda Pedrina (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP) – Hamilton Gonçalves Ferraz (PUC-Rio – Rio de Janeiro/RJ) – Lorena Souto Tolentino (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG) – Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP) – Maria Claudia Girotto do Couto (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP) – Maria Helena de Carvalho Nogueira de Paula (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Paula Brener (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG) – Regina Geni Amorim Juncal (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG) – Rui Carlo Dissenha (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR) – Sérgio Salomão Shecaira (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP) – Thiago Bottino (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Victor Sugamosto Romfeld (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR) – Vinicius Gomes de Vasconcellos (Instituto de Direito Público – IDP – Brasília/DF).

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 172 • outubro/2020

Coordenação (editor-chefe)
Leandro Ayres França

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 172 • outubro/2020

Presidência
Eleonora Rangel Nacif

Coordenação (editor-chefe)
Leandro Ayres França

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

© edição e distribuição da
Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda.

Juliana Mayumi Ono
Diretora Responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia
CEP 04548-005, São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução
total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

Central de Relacionamento Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais
(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sacrt@thomsonreuters.com

e-mail para submissão dos originais: aval.artigo@thomsonreuters.com e revista@ibccrim.org.br

Conheça mais sobre Thomson Reuters: www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso *eComm*
www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [10-2020]
Profissional
Fechamento desta edição: [21.08.2020]

CÓPIA NÃO AUTORIZADA É CRIME
ABDR
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS
RESPEITE O DIREITO AUTORAL
EDITORA AFILIADA

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2019/2020

Diretoria Executiva

PRESIDENTA
Eleonora Rangel Nacif
1º VICE-PRESIDENTE
Bruno Shimizu
2º VICE-PRESIDENTE
Helios Alejandro Nogués Moyano
1º SECRETÁRIA
Andrea D'Angelo
2º SECRETÁRIO
Luís Carlos Valois
1º TESOUREIRO
Gabriel Queiroz
2º TESOUREIRO
Yuri Felix
DIRETOR NACIONAL DAS COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS
Carla Silene Gomes
ASSESSORA DA PRESIDÊNCIA
Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

MEMBROS
Cristiano Maronna
Sérgio Salomão Shecaira
Ela Wiecko
Geraldo Prado
OUVIDORA
Fabiana Zanatta Viana

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

AÇÕES ANTIDISCRIMINATÓRIAS
Thayná Yaredy
AMICUS CURIAE
Maurício Stegmann Dieter
ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO CONTROLADO
Roberto Portugal de Biazi
BIBLIOTECA
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
BOLETIM
Luigi Barbieri Ferrarini
COMUNICAÇÃO
Roberto Tardelli
CONCESSÃO DE BOLSAS DE ESTUDOS E DESENVOLVIMENTO ACADÊMICO
Juliana Souza Pereira
CONVÊNIOS
Gustavo Brito
COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL
Ilana Müller
CURSOS
Clara Masiero
CURSOS IBCCRIM - COIMBRA
Claudia Barrilari
DIREITO PENAL ECONÔMICO E COMPLIANCE
Priscila Beltrame

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS
Carolina Costa Ferreira
ESTUDOS SOBRE HABEAS CORPUS
Alberto Zacharias Toron
INFÂNCIA E JUVENTUDE
Mariana Chies Santiago Santos
INICIAÇÃO CIENTÍFICA
André Lozano
JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA
Dina Alves
MESAS DE ESTUDOS E DEBATES
Renato Watanabe
MONOGRAFIAS
Eduardo Saad Diniz
NÚCLEO DE PESQUISAS
Riccardo Cappi
POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS
Luciana Boiteux
RELAÇÕES INTERNACIONAIS
Silvio Luiz de Almeida
REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Leandro Ayres França
SISTEMA PRISIONAL
Patrick Lemos Cacicedo
23º CONCURSO DE MONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM
Eduardo Saad Diniz
26º SEMINÁRIO INTERNACIONAL
Marcela Diório

Grupo de Estudos

GRUPOS DE ESTUDO SOBRE CIÊNCIAS CRIMINAIS E DIREITOS HUMANOS
Manoel Alves Jr
GRUPO DE ESTUDOS SOBRE ESCOLAS PENAIS
Alice Quintela

Equipe do IBCCRIM

SUPERVISÃO GERAL E NÚCLEO DE ATUAÇÃO POLÍTICA
SUPERVISÃO
Paulo Cesar Malvezzi Filho
EQUIPE
Marília Jahnel
Jonas Santos

Núcleo Administrativo

SUPERVISÃO
Fernanda Barreto
EQUIPE
Alexandre Soledade de Oliveira
Eliane Yanikian

Núcleo Financeiro

SUPERVISÃO
Roberto Seracinskis
EQUIPE
Andrea Pereira dos Santos
Vanessa dos Santos Lima
Victor de Souza Nogueira

Núcleos de Biblioteca e Publicações

SUPERVISÃO
Willians Meneses
EQUIPE
Anderson Fernandes Campos
Helen Christo
Natalí de Lima Santos

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Núcleo de Comunicação

SUPERVISÃO
Douglas Calixto

EQUIPE
Adriana Peres Almeida Santos
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore

Núcleo de Educação

SUPERVISÃO
Andreza Martiniano da Silva

EQUIPE
Ana Paula da Silva
Andreia da Silva Rocha
Hegle Borges da Silva

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) | www.ibccrim.org.br
Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar, São Paulo, SP. CEP 01018-000

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 172 • outubro/2020

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
Juliana Mayumi Ono

Gerente de Conteúdo
Milisa Cristine Romera

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiários: Alan H. S. Moreira, Ana Amalia Strojnowski, Bárbara Baraldi e Bruna Mestriner

Produção Editorial
Coordenação
Andréia R. Schneider Nunes Carvalhaes

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thais Pereira e Victória Menezes Pereira

Designer Editorial: Lucas Kfouri

Estagiárias: Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Linotec

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica
Mauricio Alves Monte

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Sumário

Direito Penal

A intricada construção normativa dos Decretos de Indulto no Brasil (1984-2019)

The puzzling normative construction of pardon in Brazil (1984-2019)

Carolina Cutrupi Ferreira e Carolina Costa Ferreira 19

Bens jurídicos e direitos: repensando a competência penal nas infrações contra a livre-concorrência

Legal interest and rights: rethinking criminal jurisdiction over acts in unfair competition

Denise Neves Abade 59

Gozo, autonomia e poder: a retirada não consentida do preservativo durante o sexo e suas implicações para o Direito Penal

Sexual pleasure, autonomy and power: "stealthing" practices and its implications for Brazilian Criminal Law

Maria Claudia Girotto do Couto e Hamilton Gonçalves Ferraz 97

Organização criminosa no direito comparado: desafios da harmonização normativa e problemas dos transplantes legais

Organized crime in comparative law: challenges of normative harmonization and problems of legal transplants

Paula Brener 125

Apontamentos para a construção de um modelo único de responsabilidade penal

Notes on the creation of a unified model for criminal liability

Regina Geni Amorim Juncal 161

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Efeitos penais dos acordos de supervisão no âmbito dos procedimentos administrativos sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários

Criminal effects of the supervision agreements in the administrative procedures of the Brazilian Securities and Exchange Commission

Thiago Bottino e Maria Helena de Carvalho Nogueira de Paula 207

Processo Penal

Prescrição penal para pessoas jurídicas em crimes ambientais

Prescription of criminal prosecutions for corporative entities imputed of environmental crimes

Carlos Henrique Almeida José e Azevedo 241

A legalidade à luz do garantismo penal nos crimes ambientais: análise dos critérios limitadores na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Legality in the light of criminal garantism in environmental crimes: an analysis of limiting criteria in jurisprudence of the Superior Court of Justice

Érica Montenegro Alves Barroso 263

Ônus probatório argumentativo sob a perspectiva da filosofia da linguagem de Gadamer

Argumentative burden of proof under the perspective of Gadamer's philosophy of language

Felipe Martins Pinto e Lorena Souto Tolentino 293

Habeas corpus concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2019: pesquisa empírica e dados estatísticos

Habeas corpus *granted by the Brazilian Supreme Court in 2019: empirical research and statistics*

Vinicius Gomes de Vasconcellos, Gustavo Mascarenhas Lacerda Pedrina, Caio Salles e Áquila Magalhães Duarte 323

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Crime e Sociedade

O perigo do fundamento eugênico em aborto de criança com microcefalia – ADI 5.581/DF: uma perspectiva ética filosófica

The danger of eugenic grounding in child abortion with microcephaly – ADI 5,581/DF: a philosophical ethical perspective

Artur César de Souza 355

Do caso Ellwanger à criminalização da homofobia: a atividade legislativa do Supremo Tribunal Federal e a violação da reserva absoluta da lei em matéria penal

From Ellwanger case to homophobia's criminalization: the Supreme Federal Court Legislative activity and the absolute law reserve in criminal matters violation

Rui Carlo Dissenha e Camila Saldanha Martins 383

Usos e distorções do pensamento foucaultiano pela criminologia crítica brasileira

Uses and distortions of foucaultian thinking by Brazilian critical criminology

Victor Sugamosto Romfeld e Daniel Fauth Washington Martins 421

Direito Por Quem o Faz

A tipificação do empréstimo vedado de administradora de consórcio à empresa coligada (Parecer)

The typification of the prohibited loan from consortium administrators to associated company (Legal opinion)

Sérgio Salomão Shecaira e Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini 453

Índice Alfabético-remissivo

Autores 477

Temas 481

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais 487

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 499

Condições para Submissão (*Check List*) 505

Edital 1 – Chamada de Artigos Dossiês – 2020 507

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Direito Penal

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

A intricada construção normativa dos Decretos de Indulto no Brasil (1984–2019)

The puzzling normative construction of pardon in Brazil (1984-2019)

Carolina Cutrupi Ferreira

Doutoranda em Administração Pública e Governo pela Fundação Getulio Vargas (2017). Mestra (2011) em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (DireitoSP). Graduada (2009) em Direito pela Universidade de São Paulo. Pesquisadora no Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. Advogada.
Lattes: [lattes.cnpq.br/5248198753109750].
ORCID: 0000-0003-3190-7257
carolinacutrupi@gmail.com

Carolina Costa Ferreira

Doutora (2016) e Mestra (2010) em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professora de Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Colíder do Grupo de Pesquisa "Observatório de Direitos Humanos" (IDP/CNPq). Coordenadora-Chefe do Departamento de Estudos e Projetos Legislativos do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Advogada criminalista.
Lattes: [lattes.cnpq.br/5101049656368655].
ORCID: 0000-0003-0664-9559
carolinacferreira@gmail.com

Recebido em: 06.01.2020
Aprovado em: 15.06.2020
Última versão das autoras: 30.07.2020

Áreas do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Resumo: O presente artigo traz alguns resultados de pesquisa qualitativa exploratória que analisou de forma sistemática 38 decretos de indulto editados pelo Poder Executivo Federal entre os anos de 1984 e 2019. A partir da teoria fundamentada nos dados (*grounded theory*), elaborou-se um

Abstract: This paper presents some results of an exploratory qualitative research that systematically analyzed 38 decrees of pardon issued by the Brazilian Federal Executive Power between 1984 and 2019. Based on grounded theory, it elaborated a "normative elaboration standard", an

Ferreira, Carolina Cutrupi; Ferreira, Carolina Costa. A intricada construção normativa dos Decretos de Indulto no Brasil (1984-2019). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 172. ano 28. p. 19-58. São Paulo: Ed. RT, out. 2020.

"padrão de elaboração normativa" (PEN), categoria analítica identificada em todos os decretos analisados. Os resultados apontam uma persistência de padrões e de conceitos presentes em atos normativos pretéritos, com alterações apenas incrementais a cada edição. Observou-se ainda uma ampliação crescente das hipóteses de cabimento de indulto humanitário, seja por meio da inclusão de novas categorias de potenciais beneficiários, seja por meio da flexibilização de critérios existentes. A seção de discussão problematiza o quanto a manutenção de um determinado padrão normativo e de critérios para concessão de indulto apontam para a falta de subsídios empíricos no processo de elaboração normativa em matéria criminal. A pesquisa inova ao utilizar a teoria fundamentada nos dados no estudo de atos normativos em matéria criminal e ao propor, de forma exploratória, uma nova categoria analítica para a compreensão dos institutos presentes na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984).

Palavras-chave: Execução Penal – Pesquisa Empírica – Teoria Fundamentada nos Dados – Indulto.

analytical category identified in the majority of decrees analyzed in the period. The results indicate a persistence of patterns and concepts present in normative acts, with only incremental changes at each edition. There was also a growing increase in the chances of humanitarian pardon, through the inclusion of new categories of potential beneficiaries as well as through the flexibility of existing criteria. The discussion section points how the maintenance of a certain normative standard and criteria for granting pardon tends to the lack of empirical subsidies in the process of normative elaboration in criminal matters. The research innovates by using data-based theory in the study of normative acts in criminal matters and by proposing, in an exploratory way, a new analytical category for the understanding of the institutes present in the Penal Execution Law (Law 7.210/1984).

Keywords: Criminal Law – Empirical Research – Grounded Theory – Pardon.

Sumário: 1. Introdução. 2. O processo de elaboração normativa dos decretos de indulto no Brasil. 3. Metodologia. 4. Resultados. 5. Discussão. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Este artigo[1] tem por objetivo apresentar o procedimento e alguns dos resultados de uma pesquisa mais ampla dedicada à sistematização e análise de decretos de indulto presidencial publicados entre os anos de 1984 e 2019 no Brasil. A pergunta que orienta a investigação é: é possível identificar um padrão de elaboração

1. Agradecemos à Prof.ª Dra. Maíra Machado e a todos os integrantes do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena (Direito GV SP), que receberam as autoras para uma discussão do manuscrito deste artigo. As considerações feitas no encontro foram fundamentais para o amadurecimento do texto e sua formatação final.

Uso Exclusivo Do IBCCRIM

normativa nos decretos de indulto no Brasil? As principais conclusões destas primeiras análises apontam que os atos normativos em matéria criminal reproduzem padrões e recorrências de atos normativos pretéritos, com redações repetitivas e mudanças incrementais, que não encontram respaldo em evidências e dados científicos produzidos sobre a implementação e avaliação de políticas públicas em matéria criminal.

O indulto é concedido privativamente pelo Presidente da República (CF/1988, art. 84, inciso XII) por meio de decreto, geralmente publicado no mês de dezembro[2]. É uma forma de extinção da pena (Código Penal, art. 107, inciso II; Lei 7.210/1984, arts. 187 a 193), cuja principal consequência é o desaparecimento dos efeitos penais da sentença condenatória. Trata-se de benefício concedido a quem, para o Estado, reúne condições de retomar a liberdade e não mais importa punir. Para tal concessão, o Poder Executivo estabelece critérios de elegibilidade de situações. A comutação, por sua vez, é "um indulto parcial da pena"[3]. Se a pessoa presa reunir os requisitos indicados no decreto de indulto, pode haver a redução na execução da pena a cumprir (Lei 7.210/1984, art. 192).

Cada decreto apresenta requisitos objetivos e subjetivos que devem ser cumpridos até a data de publicação, como perfil pessoal e comportamental da pessoa condenada, modalidade de crime cometido, tipos e quantidades mínimas de sanção cumprida, entre outros. A Constituição Federal e a legislação penal e processual penal não especificam os requisitos mínimos necessários à concessão de indulto ou comutação. Assim, a inclusão ou exclusão de requisitos em cada decreto de indulto e como se relacionam entre si são atos discricionários do Presidente da República[4].

2. Os decretos de Dia das Mães, editados nos anos de 2017 e 2018, foram publicados em abril e maio, respectivamente (Decreto sem número de 12 de abril de 2017 e Decreto 9.370/2018).

3. ROIG, Rodrigo. *Execução penal*: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 193.

4. O Supremo Tribunal Federal julgou a constitucionalidade do Decreto de Indulto 9.246/2017 na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.874, proposta pela Procuradoria Geral da República (PGR). Para a PGR, o Decreto viola princípios constitucionais e extrapola a competência do poder executivo ao estabelecer cumprimento de penas mínimas reduzidas para determinados crimes. Em 9 de maio de 2019, o STF, por maioria, julgou improcedente a ação, ou seja, reconheceu a constitucionalidade do decreto. A divergência aberta pelo ministro Alexandre de Moraes – e que se tornou vencedora – sustenta que o indulto é ato privativo do Presidente da República e não fere o princípio da separação de Poderes, desde que esteja dentro dos limites à discricionariedade do chefe do Poder Executivo. A decisão será objeto de estudo posterior.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

A literatura define indulto como instrumento político-criminal[5], mas a produção teórica e empírica sobre o tema é bastante escassa. Os autores que abordam empiricamente o tema concentram-se na análise de decretos específicos, apontando as mudanças textuais em relação aos decretos anteriores[6] ou problematizando a necessidade de inclusão/exclusão de dispositivos para a edição de decretos futuros[7].

Poucos autores estudam sistematicamente o conteúdo dos decretos já editados e, mesmo nestes trabalhos, a análise é secundária ao objeto central deste estudo[8]. Machado e Alves buscam compreender o papel do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) na edição de decretos de indulto publicados a partir dos anos 2000. Gabriela Nabozny, por sua vez, investiga os decretos editados após a Constituição Federal de 1988, "a fim de viabilizar o diagnóstico das alterações de percepção quanto às necessidades do sistema prisional durante os governos"[9]. Contudo, enfatiza a análise nas principais características dos decretos editados em diferentes mandatos presidenciais, sem abordá-los comparativamente.

As doutrinas de execução penal referem-se às disposições legais sobre indulto e comutação da pena sem maiores problematizações sobre sua aplicação concreta. Roig, por exemplo, defende que os decretos de indulto editados na década de

5. "Na essência, assim como a pena é uma opção política (processo decisional), o indulto é uma contramedida que assim também se apresenta. É, enfim, uma opção política vetorialmente apontada no sentido de reduzir os danos causados pela experiência penal". In: ROIG, Rodrigo. *Execução penal*: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 493.

6. Neste sentido, ver: SHECAIRA, Sérgio Salomão e ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. O novo decreto de indulto. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 195, fevereiro de 2009; RIBEIRO, P. B. e SANTOS, T. Breve análise dogmática do Decreto Presidencial 7.873/2012 (que concede indulto e comutação de penas). *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 244, março de 2013.

7. Neste sentido, ver: CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. Indulto: da necessidade e impositividade de sua concessão ao crime de tráfico de drogas. *Boletim do Ibccrim*, São Paulo, n. 280, março 2016.

8. Neste sentido: FERREIRA, A. L. T. *Indulto e sistema penal*: limites, finalidades e propostas. Rio de Janeiro: Universidade Estado do Rio de Janeiro, 2011; MACHADO, B. A.; ALVES, R. R. Comunidades epistêmicas e a produção dos decretos de indulto no Brasil. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, 15, n. 21, p. 50-76, 2017.

9. NABOZNY, Gabriela. *O indulto no direito brasileiro e a volatilidade dos decretos (im) prevista constitucionalmente*. Trabalho de Conclusão de Curso. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2017, p. 34.

Uso Exclusivo Do IBCCRIM

2010 são forma de "compensação penal", como nos casos de concessão de indulto de penas restritivas de direito a pessoas presas preventivamente[10]. Já o recente estudo de Constantino analisa em profundidade o fluxo do processamento de 207 pedidos de indulto pelo Poder Judiciário paulista em favor de pessoas condenadas por tráfico de drogas[11].

Uma explicação possível para a escassez de trabalhos empíricos é a inexistência de dados oficiais nacionais a respeito do número de pessoas beneficiadas por decretos de indulto. Embora os governos estaduais tenham a obrigação de encaminhar o número de pessoas beneficiadas ao Ministério da Justiça e da Segurança Pública (MJSP)[12] e estejam sujeitos à fiscalização do Departamento Penitenciário Nacional (Depen/MJSP) e ao condicionamento de acesso aos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen)[13], não há divulgação dos dados encaminhados, o que nos leva a compreender que poucos estados produzem estes registros de forma periódica e consistente.

De acordo com voto do Ministro Roberto Barroso no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.874 pelo STF, entre 2013 e 2017 foram concedidos 27.681 indultos nos estados de Espírito Santo, Piauí, Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul, o que corresponde a uma média de 5.536 benefícios por ano, ou seja, 1.107 indultos por estado a cada ano[14]. Mas estes dados não apontam, de forma precisa e desagregada, o número de concessões anuais em relação aos demais por Unidade da Federação (UF) a cada ano, o percentual

10. ROIG, Rodrigo. *Execução penal*: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 193.

11. CONSTANTINO, Otávio Fantoni. *Compartilhando o poder de perdoar penas*: a implementação dos decretos presidenciais de indulto pelo TJSP. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2020.

12. Esta obrigação está prevista no próprio texto dos decretos de indulto editados, nos seguintes termos: "Art. 11. Os órgãos centrais da Administração Penitenciária preencherão o quadro estatístico, de acordo com o modelo em anexo a este Decreto, devendo encaminhá-lo, até 31 de março de 1996, ao Departamento de Assuntos Penitenciários da Secretaria de Justiça do Ministério da Justiça" (Decreto 1.645/1995). A partir do Decreto 2.365/1997, surge a previsão de condicionamento de recursos.

13. A partir do julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 pelo Supremo Tribunal Federal (*DJe* 14.09.2015), houve o "descontingenciamento" das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), posteriormente aprovada na Lei 13.500/2017, que alterou a Lei Complementar 79/1994.

14. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.874. Voto do Ministro Roberto Barroso, j. 09.05.2009, *DJe* 16.05.2019.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

em relação ao total da população carcerária e o crime que ensejou a condenação. Também inexistem informações sobre processos em que foi declarada comutação de pena[15].

Já a pesquisa desenvolvida pela Pastoral Carcerária, destinada a aferir os impactos concretos do "Decreto especial de indulto do Dia das Mães"[16], traz dados primários sobre beneficiadas por indulto. À época da edição do Decreto, o Depen/MJSP anunciou que aproximadamente 14 mil presas poderiam ser beneficiadas, de um total de 42 mil mulheres presas no país. A pesquisa revelou que três mil mulheres atendiam aos requisitos do Decreto (cerca de 20% do total estimado pelo Depen), e que apenas 488 mulheres (cerca 3,5% do número de mulheres estimadas) efetivamente se beneficiaram com a concessão do indulto[17].

Ante a inexistência de dados oficiais consolidados e de poucas pesquisas empíricas que se debrucem sobre os decretos presidenciais, pode-se afirmar que este instrumento normativo é elaborado sem respaldo em evidências empíricas ou pesquisas científicas anteriores, sendo publicado anualmente sem considerar o impacto deste instituto sobre o sistema de justiça criminal e penitenciário. A ausência de conhecimento sobre a realidade sobre a qual o decreto incidirá limita em muito seu alcance. Para o Ministro Barroso, o indulto deve ser usado de acordo com "um plano estratégico baseado em dados que revelem a eficiência do instituto com relação à finalidade pretendida"[18].

A aferição da eficácia e a produção de dados sobre indulto demanda uma compreensão prévia sobre os requisitos que são exigidos para sua declaração. Neste

15. O CNPCP revelou alguns números sobre pessoas indultadas nos estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul para justificar a edição de decreto de Dia das Mães para o ano de 2017. Indica como fonte os órgãos estaduais de administração penitenciária, mas sem maiores especificações. No estado de São Paulo, entre os anos de 2010 e 2014, 6.652 pessoas foram indultadas; no estado de Minas Gerais, entre os anos de 2012 e 2014, 1.265 pessoas foram beneficiadas e, no Rio Grande do Sul, entre 2010 e 2014, houve indulto de 3.241 pessoas. In: BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Minuta de decreto presidencial de indulto para mulheres*. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/docs/2016/indulto_para_mulheres.pdf]. Acesso em: 13.11.2019.

16. Decreto sem número de 12 de abril de 2017.

17. PASTORAL CARCERÁRIA. *Pesquisa sobre o impacto concreto do Indulto do Dia das Mães de 2017*. Disponível em: [carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/08/relatorio_indulto_dia_das_maes_2017.pdf]. Acesso em: 17.04.2019.

18. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.874. Voto do Ministro Luiz Roberto Barroso, j. 09.05.2009, *DJe* 16.05.2019.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

sentido, este trabalho analisa sistematicamente estes decretos e propõe uma categorização dos requisitos mínimos na declaração de indulto nos últimos 35 anos. Conforme veremos ao longo deste estudo, os decretos impõem requisitos mínimos relacionados entre si de forma complexa, o que acaba por esvaziar o potencial deste instrumento como medida de reintegração social dos condenados criminalmente. Este conjunto de requisitos mínimos constitui um padrão normativo reproduzido pelo menos desde o ano de 1984.

Consideramos esta proposta uma primeira reflexão sobre a quantidade (e a qualidade) dos requisitos e como essa sistematização pode contribuir para a construção de indicadores de medição de desempenho dos decretos de indulto sobre o total de pessoas condenadas criminalmente. Futuros estudos poderão ampliar esta pesquisa, testar as categorias em outros atos normativos ou construir indicadores de impacto dos novos decretos de indulto.

O próximo item do artigo expõe o histórico normativo do indulto e da comutação de pena; a seguir, os procedimentos metodológicos adotados com base na teoria fundamentada nos dados (*grounded theory*). Os itens posteriores resumem alguns dos resultados encontrados e discutem a proposta de categorização. As considerações finais detalham a contribuição e os limites deste trabalho e apontam caminhos para estudos futuros.

2. O processo de elaboração normativa dos decretos de indulto no Brasil

O perdão da sanção criminal concedido pelo poder público tem previsão expressa desde a Constituição Federal de 1824. Atribuiu-se ao Imperador o exercício do poder moderador, "perdoando, e moderando as penas impostas e os réus condenados por sentença" (CF/1824, art. 101, inciso VIII). Os termos "indulto" e "comutação" surgem com o texto constitucional de 1891, que estabelece a competência privativa do Presidente da República para "indultar e comutar as penas nos crimes sujeitos à jurisdição federal", salvo nos casos previstos expressamente (CF/1891, art. 48, § 6º).

Tal competência foi, em certa medida, relativizada com a previsão de perdão "mediante proposta dos órgãos competentes" (CF/1934, art. 56, § 3º), em seguida substituída por "audiência dos órgãos instituídos em lei" (CF/1946, art. 87, inciso XIX; CF/1967, art. 83, inciso XX). A obrigatoriedade de audiência tornou-se facultativa a partir da EC 1/1969, apenas "se necessária" (CF/1969, art. 81, inciso XXII), redação que se manteve no texto de 1988 (CF/1988, art. 84, inciso XII). Desde a CF/1967, o Presidente da República pode delegar a atribuição aos

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Ministros de Estado (CF/1967), a outras autoridades (CF/1969), ao Procurador da República ou Advogado-Geral da União (CF/1988).

O CNPCP é o órgão competente para elaborar a proposta do decreto de indulto e dos "planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades da política criminal e penitenciária" (Lei 7.210/1984, art. 64, III). Integra a estrutura do MJSP e é composto por 13 membros, como professores, profissionais da área do direito penal, processual penal e penitenciário, representantes da comunidade e de Ministérios da área social. Quatro membros devem compor uma comissão responsável por elaborar a proposta de decreto. Em regra, a comissão reúne as sugestões de entidades e organizações por meio de audiências públicas ou da participação direta dos cidadãos.

Após as audiências, a comissão apresenta a primeira versão da minuta ao plenário do CNPCP. Em seguida, a minuta final e a exposição de motivos são encaminhadas ao Ministro da Justiça e da Segurança Pública, para eventual parecer de outros órgãos técnicos. A versão final é enviada à Presidência da República, que pode ou não consultar demais Ministérios. A minuta do CNPCP não vincula o Ministro da Justiça e da Segurança Pública e, por sua vez, esta versão não vincula a decisão da Presidência da República, sendo ato discricionário[19].

O indulto não tem incidência automática sobre os processos judiciais de execução penal. Os requisitos previstos no decreto são apurados para cada pessoa condenada, em procedimento perante o Juízo da Execução Penal, com manifestação prévia do Ministério Público e do defensor sobre o indulto ou a comutação da pena (Lei 7.210/1984, art. 112 § 2º).

3. Metodologia

O material empírico deste trabalho consiste nos decretos de indulto editados pela Presidência da República entre os anos de 1984 e 2019. A íntegra dos textos está disponível no "Portal da Legislação" da página eletrônica do Palácio do Planalto[20] e no "Portal de Atividade Legislativa" da Câmara dos Deputados[21]. Como não existe uma consolidação de atos normativos por assunto, os decretos

19. MACHADO, B. A.; ALVES, R. R. Comunidades epistêmicas e a produção dos decretos de indulto no Brasil. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, 15, n. 21, p. 50-76, 2017.

20. BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. *Portal da Legislação*. Disponível em: [www4.planalto.gov.br/legislacao/]. Acesso em: 27.09.2019.

21. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Portal de Atividade Legislativa*. Disponível em: [www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislação]. Acesso em: 27.09.2019.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Uso Exclusivo do IBCCRIM

são acessados a partir de sua numeração. O marco inicial do ano de 1984 reflete a preocupação em observar as alterações legislativas subsequentes à aprovação da reforma da parte geral do Código Penal (Lei 7.209/1984) e da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), que regulamentam em nível infraconstitucional os procedimentos de indulto e de comutação da pena.

Inicialmente, realizamos duas leituras integrais de todos os decretos, de modo a identificar pontos em comum entre os atos normativos. Adotamos o método da Teorização Fundamentada nos Dados (TFD) ou *grounded theory*, método de pesquisa que permite elaborar hipóteses teóricas a partir da observação dos dados empíricos[22]. Os dados são coletados, codificados e analisados de forma sistemática e simultânea até a saturação teórica, ou seja, até que dados novos ou relevantes não sejam mais encontrados ou se tornem repetitivos[23].

Esta abordagem qualitativa de pesquisa se concentra firmemente na interpretação dos dados, feita por meio de codificação. Esta tarefa envolve comparações constantes entre fenômenos, casos e conceitos, as quais conduzem ao desenvolvimento de teorias por meio da abstração e relações entre os elementos[24]. Os procedimentos de codificação são denominados de codificação aberta, codificação axial e codificação seletiva e devem ser entendidos como formas diferentes de tratar os dados, muito mais do que etapas firmemente demarcadas, claramente distintas e temporalmente separadas[25].

A codificação aberta prevê a comparação e os questionamentos como dois procedimentos analíticos básicos que oferecem precisão e especificidade a partir dos dados empíricos. Consiste na formulação de conceitos para os elementos que compõem a realidade observada, visto que qualquer dado é passível de

22. Sobre o uso da teoria fundamentada nos dados para pesquisas nas ciências sociais e no direito, ver: CAPPI, R. A "teorização fundamentada nos dados": um método possível na pesquisa empírica em Direito. In: MACHADO Maíra Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017; BANDEIRA-DE-MELLO, Rodrigo; CUNHA, Cristiano José Castro de Almeida. Operacionalizando o método da *grounded theory* nas pesquisas em estratégia: técnicas e procedimentos de análise com apoio do software Atlas.ti. In: *ENCONTRO DE ESTUDOS EM ESTRATÉGIA DA ANPAD*. Curitiba: Anpad, 2003.
23. STRAUSS, A. & CORBIN, J. *Pesquisa Qualitativa*: Técnica e procedimentos para o desenvolvimento da teoria fundamentada. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2008.
24. FLICK, Uwe. *Uma introdução à Pesquisa Qualitativa*. Porto Alegre: Bookman, 2004.
25. GASQUE, K.C.G.D. Teoria fundamentada: nova perspectiva à pesquisa exploratória. In: MUELLER, S.P.M. (Org.). *Métodos para a pesquisa em ciência da informação*. Brasília: Thesaurus, 2007. p. 107-142.

codificação[26]. A codificação axial traz a comparação das categorias obtidas a partir dos dados empíricos. O objetivo dessa etapa é aprimorar e diferenciar as categorias resultantes da codificação aberta. O pesquisador seleciona as categorias mais relevantes e as coloca como fenômeno central para estabelecer as relações entre as categorias e subcategorias. A codificação seletiva, por sua vez, possibilita a identificação, a partir das categorias construídas anteriormente de um problema teórico. A tarefa é elaborar a categoria essencial, em torno da qual as outras categorias desenvolvidas possam ser agrupadas e pelas quais são integradas.[27]A partir da leitura de todos os decretos de indulto, alguns elementos se repetiram em diferentes textos, o que deu início a um primeiro esforço de codificação aberta. Todos os decretos editados entre os anos de 1984 e 2019 apresentam uma estrutura formal dividida em três partes: (i) "parte preliminar", contendo epígrafe, ementa, preâmbulo, enunciado do objeto e indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas; (ii) "parte normativa", com as matérias reguladas; e (iii) "parte final", com as disposições acerca da implementação da matéria regulamentada.

Os elementos reunidos dentro de cada parte (preliminar, normativa e final) passaram por nova leitura e análise, de forma a identificar outros padrões ou mudanças de redação[28]. A codificação axial resultou em um grande quadro comparativo que foi constantemente (re)elaborado para contemplar todos os dispositivos mapeados nos decretos analisados, ou seja, até que fosse atingida a saturação[29].

---

26. CAPPI, Ricardo. Pensando as respostas estatais às condutas criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioridade penal (1993-2010). *Revista de Estudos Empíricos em Direito,* vol. 1, n. 1, jan., 2014.

27. GASQUE, K.C.G.D. Teoria fundamentada: nova perspectiva à pesquisa exploratória. In: MUELLER, S.P.M. (Org.). *Métodos para a pesquisa em ciência da informação*. Brasília: Thesaurus, 2007. p. 107-142.

28. A "parte preliminar" dos decretos sofreu poucas mudanças ao longo dos anos. Os preâmbulos dos decretos editados entre 1993 e 2016 indicam que houve manifestação prévia do CNPCP sobre o conteúdo, enquanto que os decretos editados entre 1993 e 2009 reiteram o objetivo do ato normativo de proporcionar a "oportunidade de retorno útil ao convívio da sociedade, objetivo maior da sanção penal". O objeto e o âmbito de aplicação do decreto de indulto estão previstos no artigo 1º, que relaciona alguns dos requisitos exigidos de cada pessoa condenada criminalmente. A partir do Decreto 7.648/2011, menciona-se expressamente que o âmbito de aplicação atinge "pessoa nacional e estrangeira".

29. As novidades introduzidas a cada decreto exigem o esforço constante de (re)categorização dos dispositivos. Um exemplo interessante é o dispositivo que autoriza a concessão e indulto ao condenado por tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006), introduzido nos decretos após o julgamento do *Habeas Corpus* 118.533, em junho de 2016, que retirou o caráter hediondo desta modalidade de tráfico de drogas.

Uso Exclusivo DoRBCCrim

Uso Exclusivo Doutrim

O quadro a seguir traz as categorias obtidas por meio da codificação axial e que se tornaram centrais na análise das correlações entre elas. As subcategorias revelam o primeiro esforço de codificação aberta, momento no qual se definiram os conceitos mais próximos do material empírico. Já as categorias e as macrocategorias são o produto da codificação axial, ou seja, a comparação entre categorias e em suas propriedades e seu agrupamento visando à elaboração de hipóteses teóricas. As duas primeiras etapas de codificação geraram um quadro com seis macrocategorias, 11 categorias e 28 subcategorias. Todos os dispositivos legais existentes nos decretos analisados estão abrangidos por esta codificação.

Quadro 1. Categorização dos decretos de indulto e comutação

Parte	Macrocategoria	Categoria	Subcategoria
I. Parte Preliminar	I.1. Preâmbulo		
II. Parte Normativa	II.1. Requisitos e âmbito de aplicação de indulto e comutação	II.1.1. Regime fechado e semiaberto	II.1.1.1. Condenação até 4 anos II.1.1.2. Condenação de 8 a 12 anos por crime sem violência ou grave ameaça II.1.1.3. Cumprimento ininterrupto de 15 ou 20 anos de pena II.1.1.4. Beneficiado com saída temporária II.1.1.5. Condenação até 12 anos e frequência a curso de ensino II.1.1.6. Condenação a mais de 12 anos e frequência a curso de ensino II.1.1.7. Condenação por crime contra patrimônio sem violência ou grave ameaça II.1.1.8. Condenação por crime contra patrimônio em até 4 anos sem violência ou grave ameaça

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

Parte	Macrocategoria	Categoria	Subcategoria
II. Parte Normativa	II.1. Requisitos e âmbito de aplicação de indulto e comutação	II.1.2. Regime aberto e prisão provisória	II.1.2.1. Cumprimento de pena em regime aberto ou livramento condicional II.1.2.2. Preso sem condenação (prisão provisória)
		II.1.3. Multa, sursis e penas restritivas de direitos	II.1.3.1. Condenação à pena de multa II.1.3.2. Condenação às penas restritivas de direitos e/ou sursis
		II.1.4. Medida de segurança	II.1.4.1. Condenação à medida de segurança
		II.1.5. Critérios pessoais	II.1.5.1. Maior de 60 ou 70 anos II.1.5.2. Menor de 21 anos II.1.5.3. Pai/mãe/avô/avó de filho ou neto menor de idade e gestante II.1.5.4. Deficiência física ou mental II.1.5.5. Doença grave ou permanente com grave limitação, restrição ou cuidados II.1.5.6. Vítima de tortura praticada por agente público II.1.5.7. Indígena
		II.1.6. Comutação	
	II.2. Hipóteses de vedação	II.2.1. Hipóteses de vedação	II.2.1.1. Tortura, terrorismo e tráfico II.2.1.2. Crimes hediondos ou equiparados II.2.1.3. Previsão no Código Penal Militar II.2.1.4. Outros

Parte	Macrocategoria	Categoria	Subcategoria
II. Parte Normativa	II.3. Cálculo dos benefícios	II.3.1. Requisitos gerais II.3.2. Regras para cálculo	II.3.1.1. Cabimento II.3.2.1. Concurso de crimes II.3.2.2. Penas acessórias e efeitos da condenação II.3.2.3. Remição de pena
	II.4. Procedimento judicial e administrativo	II.4.1. Procedimento judicial II.4.2. Envio de estatísticas	
III. Parte Final	III.1. Disposições finais e transitórias		

Fonte: elaborado pelo autor.

Os dispositivos agrupados dentro das subcategorias ainda guardam diferenças entre si, que foram objeto de observação e comparação, mas sem que fosse criada uma nova categorização. As diferenças nos dispositivos legais podem ser de redação ou de conteúdo, com a inclusão ou supressão de palavras e expressões em diferentes decretos. O quadro seguinte exemplifica diferentes versões de um mesmo dispositivo legal dentro de uma subcategoria. A subcategoria "pai/mãe/avô/avó de filho ou neto menor de idade e gestante" (II.1.5.3) está inserida dentro da categoria "critérios pessoais" (II.1.5) e reúne todos os dispositivos aplicáveis para este perfil de pessoas. Mas, dentro do conjunto de dispositivos que compõem esta subcategoria, existem alterações legislativas que podem ampliar ou reduzir a abrangência de cada decreto de indulto.

Quadro 2. Alteração legislativa do requisito "condenado com filho menor de idade" em diferentes decretos

Requisito	D. 6.294/2007	D. 6.706/2008	D. 7.046/2009
Condenado(a) com filho menor de idade	Art. 1º [...] IV – à condenada a pena privativa de liberdade superior a oito anos que, até 25 de dezembro de 2007, tenha cumprido, em regime fechado ou	Art. 1º [...] IV – à condenada a pena privativa de liberdade superior a oito anos que, até 25 de dezembro de 2008, tenha cumprido, em	Art. 1º [...] IV – condenadas à pena privativa de liberdade superior a oito anos que, até 25 de dezembro de 2009, tenham cumprido, em

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Requisito	D. 6.294/2007	D. 6.706/2008	D. 7.046/2009
Condenado(a) com filho menor de idade	semiaberto, um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente, e *mãe de filho menor de quatorze anos*, de cujos cuidados dela necessite, nos termos da lei; [...].	regime fechado ou semiaberto, um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente, e seja *mãe de filho com deficiência mental ou física ou menor de dezesseis anos*, cujos cuidados dela necessite; [...].	regime fechado ou semiaberto, um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes, *e tenham filho ou filha menor de dezoito anos ou com deficiência mental, física, visual ou auditiva*, cujos cuidados delas necessite; [...].

Fonte: elaborado pelo autor. Grifamos.

O Decreto 6.294/2007 concede indulto à pessoa condenada que seja mãe de filho menor de 14 anos e que lhe exija cuidados. No ano seguinte, o mesmo dispositivo foi alterado para incluir filhos com deficiência mental ou física e os menores de 16 anos. Em 2009, o requisito se torna mais ampliativo, admitindo-se indulto àquele que tiver filho menor de 18 anos ou com algum tipo de deficiência, não necessariamente mental e física, mas também visual ou auditiva. Note-se ainda que, enquanto os Decretos 6.294/2007 e 6.706/2008 mencionam expressamente que a pessoa condenada seja "mãe", o Decreto 7.046/2009 exclui o termo, o que nos leva à conclusão de que tal dispositivo abrange tanto mães quanto pais.

Aparentemente pontuais, mudanças deste tipo podem ampliar substantivamente o alcance do indulto em relação à população carcerária. Se considerarmos o dispositivo supra, a exclusão da "mãe" no Decreto 7.046/2009 abriu passagem para que todos os pais de filhos nestas condições postulassem o benefício. Ainda que não se possa aferir o número de pessoas que possam ser atingidas, mudanças incrementais ampliam ou reduzem a abrangência de cada decreto. Como veremos a seguir, a análise do conjunto dos decretos revela que a maior parte das alterações legais são pontuais no ato normativo. Os requisitos mínimos para a declaração de indulto são rigorosos e se relacionam entre si de forma complexa e cumulativa, não deixando margem para inovação e flexibilização, o que acaba sendo observado nos decretos apenas residualmente.

4. Resultados

Este item traz os principais resultados obtidos a partir da codificação seletiva, a última etapa de categorização da teoria fundamentada nos dados, e que

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

mais se aproxima da abstração teórica. De acordo com Cappi, a integração da teoria com as categorias construídas a partir dos dados empíricos se procede por meio de redução, "sendo a teoria produzida com um número mais restrito de conceitos, porém de um nível teórico mais denso aplicável a um número maior de situações"[30].

Após as fases iniciais de codificação da categoria "requisitos e âmbito de aplicação de indulto e comutação" (II.1), procedeu-se à abstração e ao estabelecimento de relações entre categorias e subcategorias já obtidas a partir do material empírico. Esta abstração – composta pelas categorias estabilizadas e a relações que as interligam – constitui uma teoria emergente dos dados empíricos e é dotada de um caráter de generalidade, pelo menos em relação aos dados observados.

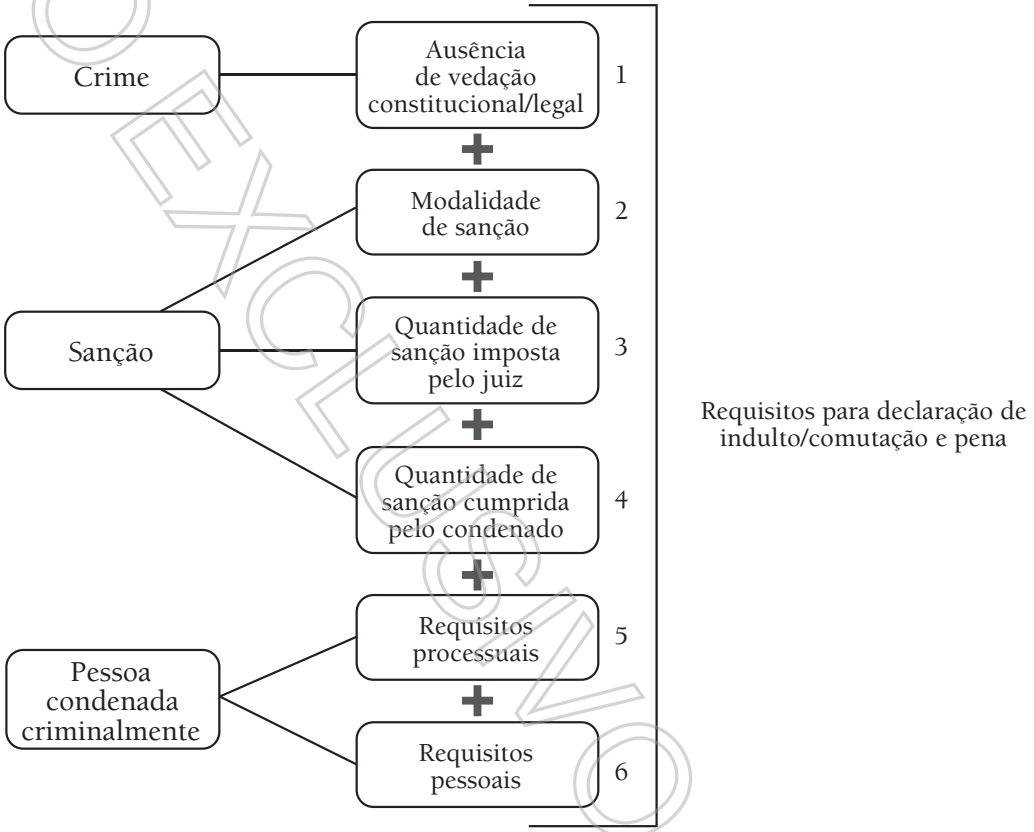
No presente material empírico, as categorias e as relações entre elas serão denominadas de "Padrão de Elaboração Normativa" (PEN), que consiste no conjunto de requisitos mínimos, exigidos em diferentes situações concretas, para a declaração de indulto ou comutação de pena. A análise das categorias obtidas a partir da codificação axial explicitou relações que devem ser lidas e interpretadas de forma conjunta. Embora cada texto de decreto disponha sobre diferentes situações e fatores que admitem indulto, existe um conjunto de categorias e relações que forma o núcleo central dos decretos, ou seja, é o agrupamento dos requisitos mínimos que devem ser cumpridos para a declaração do benefício.

O PEN é o produto da codificação seletiva das categorias obtidas a partir do material empírico e pode ser trabalhado como uma abstração teórica replicável a outras situações. A tarefa de codificação seletiva gerou propriedades importantes acerca da dimensão de cada elemento, como frequência, intensidade e duração observadas no material empírico. Aqui, o PEN é um modelo teórico que sintetiza todos os requisitos para a declaração do indulto, relacionados ao tipo de crime, à sanção imposta e ao perfil da pessoa condenada criminalmente. A Figura 1 traz o modelo analítico composto pelos seis requisitos legais cumulativos que devem estar presentes para a declaração do benefício.

30. CAPPI, Ricardo. Pensando as respostas estatais às condutas criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioridade penal (1993-2010). *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 1, n. 1, jan., 2014. p. 15.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Figura 1. Modelo analítico do Padrão de Elaboração Normativa (PEN)



Fonte: elaborado pelo autor.

Os requisitos pertinentes ao "crime" se referem à ausência de vedação constitucional ou legal para declaração de indulto ou à previsão expressa de incidência para certos crimes (1).

Há três requisitos que tratam sobre determinados aspectos da sanção, como: modalidade de sanção (pena privativa de liberdade, multa, pena restritiva de direitos ou medida de segurança) (2); quantidade de sanção imposta pelo juiz no caso concreto (3); e quantidade de sanção cumprida pela pessoa (4). Os últimos dois requisitos se referem a elementos processuais da condenação criminal – como a reincidência (5) – e elementos pessoais, como pertencimento a grupo vulnerável (idoso, menor de idade, mulher, portador de doença ou deficiência ou proveniente de etnia indígena) (6). Todos esses requisitos estão presentes nos decretos analisados e deverão ser observados pelo juiz na declaração de indulto ou comutação da pena.

O Quadro 3 ilustra como o PEN está presente em decretos distintos e para cada tipo de sanção (pena privativa de liberdade, multa, pena restritiva e direitos e medida de segurança), ilustrando a abstração do PEN em diferentes situações concretas.

Uso Exclusivo Do RBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Quadro 3. "Padrão de Elaboração Normativa" (PEN) nos dispositivos legais

Pena privativa de liberdade (Dispositivo extraído do Decreto 7. 873/2012)	Art. 1º É concedido indulto: VI – Condenadas à pena privativa de liberdade (2) superior a oito anos (3) que tenham filho ou filha menor de dezoito anos ou com deficiência que necessite de seus cuidados (6) e que, até 25 de dezembro de 2012, tenham cumprido: a) se homens não reincidentes (5), um terço da pena (4), ou metade (4), se reincidentes (5); ou b) se mulheres não reincidentes (5), um quarto da pena (4), ou um terço (4), se reincidentes (5). § 2º O indulto previsto no inciso VI do *caput* não alcança as pessoas condenadas por crime praticado com violência ou grave ameaça contra o filho ou a filha (1).	Art. 4º. A declaração do indulto e da comutação de penas previstos neste Decreto fica condicionada à inexistência de aplicação de sanção, homologada pelo juízo competente, em audiência de justificação, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, por falta disciplinar de natureza grave, prevista na Lei de Execução Penal, cometida nos doze meses de cumprimento da pena (5), contados retroativamente à data de publicação deste Decreto.
Pena restritiva de direitos (Dispositivo extraído do Decreto 7.046/2009)	Art. 1º É concedido indulto: IX – Condenadas à pena privativa de liberdade, desde que substituída por pena não privativa de liberdade (2), na forma do art. 44 do Código Penal (1 e 3), que tenham cumprido, ainda que por conversão, privados de liberdade, até 25 de dezembro de 2009, um terço da pena (4), se não reincidentes (5), ou metade (4), se reincidentes (5); VII – Condenadas: c) acometidas, cumulativamente, de doença grave, permanente, apresentando incapacidade severa, com grave limitação de atividade e restrição de participação, exigindo cuidados contínuos, desde que comprovada por laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado pelo juízo da execução, constando o histórico da doença, caso não haja oposição do beneficiário (6), mantido o direito de assistência nos termos do art. 196 da Constituição;	Art. 4º A concessão dos benefícios deste Decreto fica condicionada à inexistência de aplicação de sanção, homologada pelo juízo competente, garantido o contraditório e a ampla defesa por falta disciplinar de natureza grave (5), prevista na Lei 7.210, de 1984, cometida nos últimos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à publicação deste Decreto.

Multa (dispositivo extraído do Decreto 8.172/2013)	Art. 1º. É concedido indulto: X – condenadas a pena de multa, ainda que não quitada (4), independentemente da fase executória ou juízo em que se encontre, aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade (2) cumprida até 25 de dezembro de 2013, desde que não supere o valor mínimo para inscrição de débitos na Dívida Ativa da União (3), estabelecido em ato do Ministro de Estado da Fazenda, e que não tenha capacidade econômica de quitá-lá (5); XI – condenadas: a) com paraplegia, tetraplegia ou cegueira, desde que tais condições não sejam anteriores à prática do delito e se comprovem por laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado pelo juízo da execução; (6) Art.8º. O disposto neste Decreto não alcança as pessoas condenadas por (1): I – Crime de tortura ou terrorismo; II – Crime de tráfico ilícito de droga, nos termos do caput e § 1º do art. 33 e dos arts. 34 a 37 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006;	Art. 5º A declaração do indulto e da comutação de penas previstos neste Decreto fica condicionada à inexistência de aplicação de sanção, reconhecida pelo juízo competente, em audiência de justificação, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, por falta disciplinar de natureza grave (5), prevista na Lei de Execução Penal, cometida nos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à data de publicação deste Decreto.
Medida de segurança (dispositivo extraído do Decreto 6.706/2008)	Art. 1º. É concedido indulto: VIII – aos submetidos à medida de segurança que, até 25 de dezembro de 2008, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal (4) correspondente à conduta praticada (3) ou, nos casos de	Art. 4º A concessão dos benefícios deste Decreto fica condicionada à inexistência de aplicação de sanção por falta disciplinar de natureza grave cometida nos últimos doze meses de cumprimento da pena (5), e, no caso de crime militar, da inexistência de aplicação de sanção

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Medida de segurança (dispositivo extraído do Decreto 6.706/2008)	substituição prevista no art. 183 da Lei 7.210, de 1984 (**2**), por período igual ao tempo da condenação, mantido o direito de assistência nos termos do art. 196 da Constituição. b) acometido, cumulativamente, de doença grave, permanente, apresentando incapacidade severa, com grave limitação de atividade e restrição de participação, exigindo cuidados contínuos, desde que comprovada por laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado pelo juízo da execução, constando o histórico da doença, caso não haja oposição do beneficiário, mantido o direito de assistência nos termos do art. 196 da Constituição (**6**); Art.8º Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam os condenados (**1**): I – por crime de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de drogas, nos termos do art. 33 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, excetuadas as hipóteses previstas nos §§ 2º ao 4º do artigo citado, desde que a conduta típica não tenha configurado a prática da mercancia;	por falta disciplinar prevista nos respectivos regulamentos disciplinares, verificada nos últimos doze meses de cumprimento da pena, contados, em ambos os casos, retroativamente à publicação deste Decreto.

Fonte: tabela das autoras

Os itens a seguir especificam cada um dos requisitos e as alterações legislativas nos diferentes atos normativos. De modo geral, a análise obedeceu a uma ordem cronológica, na tentativa de se identificar alguma forma de aprimoramento nos atos normativos editados a cada ano.

(1) Crime

O requisito "crime" reúne os dispositivos normativos que autorizam ou vedam a declaração de indulto à pessoa condenada criminalmente por determinada infração penal. Dispositivos constitucionais e legais restringem a declaração

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

de indulto àqueles condenados pela prática de tortura, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e crimes hediondos. Mas todos os decretos têm um rol de crimes que não admite indulto ou comutação, mais amplo que as vedações supra. Por exemplo, alguns decretos proíbem indulto pela prática de crimes contra o sistema financeiro nacional[31] ou contra agentes de segurança pública[32]. Por outro lado, alguns dispositivos permitem expressamente indulto pela prática de crime com violência ou grave ameaça[33] e contra o patrimônio[34].

Em relação ao tráfico de drogas, três decretos inovam ao distinguir ações praticadas pelo usuário de drogas, admitindo-se o benefício nestes casos. O Decreto 6.294/2007 veda indulto pela prática de tráfico ilícito de drogas e condutas associadas, "exceto induzir ou oferecer droga", enquanto o decreto posterior fixa a ressalva "exceto as condutas que não configurem mercancia"[35]. Posteriormente, os Decretos de Dia das Mães passam a admitir indulto à condenada por tráfico privilegiado de drogas, quando se tratar de pessoa primária, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º)[36]. Note-se que esta previsão nos decretos de indulto ocorreu após o afastamento da hediondez nas hipóteses de tráfico privilegiado no julgamento do *Habeas Corpus* 118.533 pelo STF[37].

(2) Modalidade de sanção

O requisito "modalidade de sanção" se refere ao indulto de pena privativa de liberdade, multa, restritiva de direitos ou medida de segurança. Os decretos

31. Redação prevista no Decreto 3.367/2000.
32. Redação prevista no Decreto 9.246/2017: "Art. 3º O indulto natalino ou a comutação de pena não será concedido às pessoas condenadas por crime: [...] IV – praticado com violência ou grave ameaça contra os militares e os agentes de segurança pública, de que tratam os art. 142 e art. 144 da Constituição, no exercício da função ou em decorrência dela.
33. Redação prevista no Decreto 9.246/2017: "[...] III – metade da pena, se não reincidentes, e dois terços da pena, se reincidentes, nos crimes praticados com grave ameaça ou violência a pessoa, quando a pena privativa de liberdade for superior a quatro e igual ou inferior a oito anos".
34. Redação prevista nos Decretos 7.648/2011, 7.873/2012, 8.172/2013, 8.380/2014, 8.615/2015 e 9.246/2017.
35. Redação prevista no Decreto 6.706/2008.
36. Redação prevista no Decreto sem número de 12 de abril de 2017 e Decreto 9.370/2018.
37. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Habeas Corpus 118.533. Relatora Min. Cármen Lúcia. j. 23.06.2016, *DJe* 16.09.2016.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

regulamentam, de forma prioritária, situações relacionadas ao cumprimento de pena privativa de liberdade. As regras sobre penas restritivas de direitos, multa ou medida de segurança são marginais.

Justamente por se concentrarem no indulto da pena privativa de liberdade que os dispositivos trazem a maior variedade de critérios e situações, aplicáveis a diferentes regimes prisionais (fechado, semiaberto e aberto), liberdade condicional, suspensão condicional da pena (sursis) e prisão processual. A prioridade da regulamentação está nas hipóteses de cumprimento de pena em regime fechado, que exigem cumprimento mínimo de pena neste regime e/ou remição pelo estudo ou trabalho[38]. Dispositivos sobre regime aberto, *sursis* e em livramento aparecem de forma intermitente nos decretos[39]. Em relação ao livramento condicional, a pessoa deve apresentar bom comportamento e não ter sido condenada por crime cometido antes ou durante a vigência do benefício (Código Penal, arts. 86 e 87). A previsão expressa de indulto ao preso provisório restringe-se aos anos de 2010 a 2015.

Penas restritivas de direitos surgem a partir do Decreto 3.226/1999, aplicável somente na hipótese de substituição da pena privativa de liberdade[40], sendo posteriormente ampliado aos casos de conversão da pena de prisão[41].

---

38. O indulto para a pessoa condenada que estuda está previsto nos Decretos 7.648/2011, 7.873/2012, 8.172/2013, 8.380/2014, 8.615/2015 e 8.940/2016. Já a previsão de trabalho externo está nos Decretos 7.420/2010, 7.648/2011, 7.873/2012, 8.172/2013, 8.380/2014 e 8.615/2015.

39. O indulto ao condenado beneficiado com livramento condicional e em cumprimento de pena no regime aberto está previsto nos Decretos 2.365/1997, 2.838/1998, 3.226/1999, 3.667/2000, 4.011/2001, 7.046/2009, 7.420/2010, 7.648/2011, 7.873/2012, 8.172/2013, 8.380/2014 e 8.615. A partir do Decreto 3.226/1999, passou-se a admitir tanto o indulto ao condenado submetido ao regime aberto por consequência do sistema progressivo de pena quanto àquele que tivesse cumprido ao menos metade da pena, desde o início, neste regime prisional.

40. Redação prevista no Decreto 3.226/1999: "Art. 1º. É concedido indulto ao: "[...] VII – condenado beneficiado com suspensão condicional da execução da pena até 31 de dezembro de 1998 ou que teve a pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos, desde que tenha cumprido metade do período de prova ou da pena". Redação atualizada também presente nos Decretos 3.667/2000 e 4.011/2001.

41. Redação prevista no Decreto 7.046/2009: " Art. 1º É concedido indulto às pessoas: [...] IX – condenadas à pena privativa de liberdade, desde que substituída por pena não privativa de liberdade, na forma do art. 44 do Código Penal, que tenham cumprido, ainda que por conversão, privados de liberdade, até 25 de dezembro de 2009, um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes". Redação atualizada também

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

A inclusão de dispositivo voltado à pessoa submetida à medida de segurança ocorre a partir do Decreto 6.706/2008, exigindo-se que a privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial, tenha sido por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada. Os dispositivos presentes nos decretos posteriores preveem de forma expressa o indulto "independentemente da cessação de periculosidade" mesmo para crimes vedados[42]. Alguns decretos asseguram o direito constitucional da assistência à saúde[43], posteriormente denominado como "tratamento psicossocial"[44] com encaminhamento à rede pública de atenção psicossocial[45].

As alterações normativas estão sintonizadas com o debate jurídico sobre saúde mental e poder punitivo. No ano de 2011 foi publicado o primeiro Censo dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico do Brasil, por meio de uma parceria entre o Depen/MJSP e o Instituto Anis de Bioética[46]. No ano de 2014, o Ministério da Saúde endereça política específica ao tratamento de transtornos mentais de pessoas em conflito com a lei, com serviço de avaliação e atendimento no sistema prisional[47]. Em seguida, o Superior Tribunal de Justiça edita a Súmu-

presente nos Decretos 7.046/2009, 7.420/2010, 7.648/2011, 7.873/2012, 8.172/2013, 8.380/2014 e 8.615.

42. Redação prevista nos Decretos 7.046/2009, 7.420/2010, 7.648/2011, 7.873/2012, 8.172/2013, 8.380/2014 e 8.615/2015, 8.940/2016, 9.246/2017 e 9.370/2018. Os Decretos 8.940/2016 e 9.246/2017 não admitem indulto de medida de segurança a crimes vedados.

43. Redação prevista nos Decretos 6.706/2008 e 7.046/2009.

44. Redação prevista no Decreto 8.940/2016: "Art. 7º O indulto será concedido às pessoas submetidas a medida de segurança que, independentemente da cessação de periculosidade, tenham suportado privação da liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por período igual ou superior ao máximo da pena cominada à infração penal correspondente à conduta praticada ou, nos casos da substituição prevista no art. 183 da Lei 7.210, de 1984, por período igual ao remanescente da condenação cominada, *garantindo o tratamento psicossocial adequado, de acordo com a Lei no 10.216, de 6 de abril de 2001*" (grifamos).

45. Redação prevista no Decreto 9.246/2017.

46. DINIZ, Débora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil*: Censo 2011. Brasília: Universidade de Brasília/Letras Livres, 2013. Disponível em: [newpsi.bvs-psi.org.br/ebooks2010/pt/Acervo_files/custodia_tratamento_psiquiatrico_no_brasil_censo2011.pdf]. Acesso em: 29.07.2019.

47. BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 94*, de 14 de janeiro de 2014. Institui o serviço de avaliação e acompanhamento de medidas terapêuticas aplicáveis à pessoa com transtorno mental em conflito com a lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: [bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt0094_14_01_2014.html]. Acesso em: 29.09.2019.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

la 527, determinando que o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado[48]. A previsão de encaminhamento à rede pública de atenção psicossocial nos decretos ocorre após a fixação de diretrizes de uma política pública voltada à pessoa condenada portadora de transtornos mentais.

A possibilidade de indulto da pena de multa tem previsão desde o Decreto 90.570/1984,

quando "[a pena pecuniária] ensejar soltura ou livramento condicional" (Decreto 90.570/1984). Os decretos posteriores são omissos sobre o tema e, a partir do Decreto 6.706/2008, inclui-se dispositivo para admitir indulto de multa quando "aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade, desde que não quitada aquela e cumprida a pena privativa de liberdade imposta"[49]. No ano seguinte, surge um novo critério para admitir a declaração de indulto "desde que não supere o valor mínimo para inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, estabelecido em ato do Ministro de Estado da Fazenda, e que [a pessoa condenada] não tenha capacidade econômica de quitá-la"[50]. Em sentido diametralmente oposto ao histórico legislativo, o Decreto 8.940/2016 dispõe que o não pagamento da multa "será objeto de execução fiscal após inscrição em dívida ativa do ente federado competente"[51].

(3) Quantidade de sanção imposta pelo juiz

O requisito contempla dispositivos que trazem penas mínimas e/ou máximas de privação de liberdade impostas pelo juiz no caso concreto. Um exemplo é o

48. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Seção. Súmula 527: O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. Aprovada em 13.05.2015.

49. Redação prevista nos Decretos 6.706/2008, 7.046/2009, 7.420/2010, 7.648/2011 e 7.873/2012.

50. Redação prevista nos Decretos 8.172/2013, 8.380/2014 e 8.615/2015.

51. Redação prevista apenas no Decreto 8.940/2016. No ano seguinte, volta a possibilidade de indulto da pena de multa:

"Art. 10. O indulto ou a comutação de pena alcançam a pena de multa aplicada cumulativamente, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, observados os valores estabelecidos em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

Parágrafo único. O indulto será concedido independentemente do pagamento:

I – do valor multa, aplicada de forma isolada ou cumulativamente; ou

II – do valor de condenação pecuniária de qualquer natureza" (Decreto 9.246/2017).

O Decreto 10.189/2019, por sua vez, veda o alcance do indulto à pena de multa.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

indulto por crime praticado sem violência ou grave ameaça[52] limitado às penas impostas entre oito e 12 anos:

> "II – condenadas à pena privativa de liberdade *superior a oito anos e não superior a doze anos, não substituída por restritivas de direitos ou multa e não beneficiadas com a suspensão condicional da pena,* por crime praticado sem violência ou grave ameaça, que, até 25 de dezembro de 2010, tenham cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes" (Decreto 7.420/2010, grifamos).

A opção da faixa temporal entre oito e 12 anos de pena fixada indica uma opção normativa que não enfrenta penas altas para crimes sem violência ou grave ameaça, o que não parece ser a realidade do sistema de justiça criminal[53] . No Decreto de 2017, houve uma mudança neste padrão, já que há mais hipóteses que especificam diferentes frações de sanção imposta pelo juiz em crimes patrimoniais:

> "II – um terço da pena, se não reincidentes, e metade da pena, se reincidentes, nos crimes praticados com grave ameaça ou violência a pessoa, quando a pena privativa de liberdade não for superior a quatro anos;
>
> III – metade da pena, se não reincidentes, e dois terços da pena, se reincidentes, nos crimes praticados com grave ameaça ou violência a pessoa, quando a pena privativa de liberdade for superior a quatro e igual ou inferior a oito anos;
>
> [...]
>
> VI – um sexto da pena, se não reincidentes, ou um quarto, se reincidentes, nos casos de crime contra o patrimônio, cometido sem grave ameaça ou violência a pessoa, desde que haja reparação do dano até 25 de dezembro de 2017, exceto se houver inocorrência de dano ou incapacidade econômica de repará-lo; ou

52. Redação prevista nos Decretos 7.420/2010, 7.648/2011, 7.873/2012, 8.172/2013, 8.380/2014, 8.615/2015, 8.940/2016, 9.246/2017 e 9.370/2018.

53. Pesquisa da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro indicou que, em 69,4% dos crimes relacionados a tráfico de drogas, houve a imposição da pena mínima. Especificamente sobre os casos de tráfico privilegiado, em que o indulto foi permitido no Decreto sem número/2017, o tempo de pena médio foi de 27,45 meses e a pena mínima foi aplicada em 57,63% destes casos (RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. *Relatório Final* – Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018. p. 18). Sobre os crimes patrimoniais, outra pesquisa empírica indicou que a pena média para crimes contra a administração pública definida pelos Tribunais Regionais Federais é de 1 ano e 9 meses, enquanto que a de furto é de 3 anos e 2 meses e a de roubo é de 5 anos e 4 meses (FERREIRA, Carolina Costa. *Discursos do sistema penal*: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos Tribunais Regionais Federais. Curitiba: CRV, 2013. p. 83-87).

Uso Exclusivo do IBCCRIM

> VII – três meses de pena privativa de liberdade, se comprovado o depósito em juízo do valor correspondente ao prejuízo causado à vítima, exceto se houver incapacidade econômica para fazê-lo, no caso de condenação a pena privativa de liberdade superior a dezoito meses e não superior a quatro anos, *por crime contra o patrimônio*, cometido sem grave ameaça ou violência a pessoa, com prejuízo ao ofendido em valor estimado não superior a um salário mínimo" (Decreto 9.246/2017, grifamos).

Importante que se acompanhe, em decretos futuros – quando o Chefe do Poder Executivo assim entender ser o caso –, se haverá a retomada de uma redação genérica ou algum avanço na especificidade dos critérios em relação ao quantitativo de pena.

(4) Quantidade de sanção cumprida pela pessoa condenada

Este requisito traz a exigência de cumprimento ininterrupto de uma quantidade mínima de anos dentro do sistema prisional, seja em número de anos[54] ou fração mínima da pena:

"V – condenado à pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 1999, tenha *cumprido ininterruptamente quinze anos da pena*, se não reincidente, ou *vinte anos, se reincidente*" (Decreto 3.226/1999, grifamos); "I – ao condenado à pena privativa de liberdade não superior a seis anos, que *cumprir, até 25 de dezembro de 1994, um terço da pena*, se não reincidente, ou *metade, se reincidente*" (Decreto 1.242/1994, grifamos).

Nota-se a inspiração no sistema progressivo de penas previsto no Código Penal e na Lei 7.210/1984, em que a pena será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando a pessoa presa tiver cumprido uma fração mínima de pena (Código Penal, art. 33 do Código Penal, e Lei 7.210/1984, art. 112), e também aplicável à declaração de outros benefícios prisionais, como o livramento condicional (Código Penal, art. 83) e a saída temporária (Lei 7.210/1984, art. 123).

(5) Requisitos processuais da pessoa condenada

Este requisito agrupa determinadas condições impostas à pessoa condenada e que se relacionam ao seu histórico no sistema de justiça criminal ou à

54. Redação prevista nos Decretos 245/1991, 668/1992, 953/1993, 1.242/1994, 1.645/1995, 2.002/1996, 2.365/1997, 2.838/1998, 3.226/1999, 4.904/2003, 5.295/2004, 5.620/2005, 5.993/2006, 6.294/2007, 6.706/2008, 7.046/2009, 7.420/2010, 7.648/2011, 7.873/2012, 8.172/2013, 8.380/2014 e 8.615/2015. Os Decretos 3.667/2000, 4.011/2001 e 4.495/2002 determinam cumprimento de, no mínimo, 20 anos à pessoa primária e 25 anos à reincidente.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

situação presente no cumprimento de pena. Classificamos estas condições em objetivas e subjetivas.

As condições objetivas são passíveis de comprovação, ou seja, são verificadas rigorosamente por meio de manifestação processual de uma situação específica, como a reincidência, reparação de danos e a remição de pena pelo trabalho ou estudo. A caracterização da reincidência pode ser concretamente comprovada pela folha de antecedentes criminais ou a certidão cartorária, que aponte a data exata do trânsito em julgado da sentença precedente. A exigência de reparação do dano é constatada por meio de depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores:

> "Art. 5º. Nos crimes praticados com grave ameaça ou violência à pessoa, o indulto será concedido, nas seguintes hipóteses:
>
> I – quando a pena privativa de liberdade não for superior a quatro anos, desde que, tenha cumprido:
>
> *a) um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes;*
>
> *b) um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes, nas hipóteses do § 1º, do art. 1º*" (Decreto 8.940/2016, grifamos).
>
> [...]
>
> VII – três meses de pena privativa de liberdade, *se comprovado o depósito em juízo do valor correspondente ao prejuízo causado à vítima*, exceto se houver incapacidade econômica para fazê-lo, no caso de condenação a pena privativa de liberdade superior a dezoito meses e não superior a quatro anos, por crime contra o patrimônio, cometido sem grave ameaça ou violência a pessoa, com prejuízo ao ofendido em valor estimado não superior a um salário mínimo" (Decreto 9.246/2017, grifamos).

Por fim, a remição da pena pelo trabalho ou estudo deve ser devidamente atestada pela administração prisional ou estabelecimento de ensino para incidir a redução da pena. A pessoa deve ter (i) exercido trabalho externo por no mínimo doze meses nos três anos anteriores ao pedido de indulto e (ii) frequência em curso de ensino ou de requalificação profissional, no mínimo por 12 meses nos últimos três anos. A frequência no curso sempre está condicionada ao cumprimento de pena em regime semiaberto, aberto ou livramento condicional.

As condições subjetivas, por sua vez, se referem à conduta e ao comportamento da pessoa condenada no cumprimento da pena. A capacidade de ser comportar dentro do estabelecimento ou posteriormente em sociedade (ressocialização) são aferidas pelo diretor do estabelecimento prisional ou pelo juiz[55]. Trata-se da aferição

55. Maíra Rocha Machado e Patrícia Bocardo Batista Pinto distinguem as disposições atinentes à disciplina na execução entre normas de comportamento, de processo e de

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

de "boa conduta prisional" do condenado, da ausência de faltas disciplinares ou da necessidade de o juiz constatar, em caso de crimes sem violência ou grave ameaça, "condições pessoais que façam presumir que não voltará a delinquir", e a participação "nos limites de suas possibilidades pessoais, do processo de ressocialização, quando realizado no estabelecimento em que esteja cumprindo pena". O quadro a seguir sintetiza os dispositivos que compõem a categoria. As condições subjetivas pautadas no ideal de ressocialização aparecem nos textos dos decretos até o ano de 2004, sendo que, a partir deste ano, a ênfase dos dispositivos se volta para a ausência de falta grave e de aplicação de sanção dentro do estabelecimento prisional.

Quadro 4. Relação de dispositivos com as condições processuais subjetivas do condenado

Condições relacionadas ao comportamento fora do estabelecimento prisional (ressocialização)	Condições relacionadas ao comportamento dentro do estabelecimento prisional
Participação "nos limites de suas possibilidades pessoais, do processo de ressocialização, quando realizado no estabelecimento em que esteja cumprindo pena"[56];	Demonstrar "possuir comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto";[57]

referência. Em pesquisa empírica que analisou 132 decisões administrativas submetidas ao Tribunal de Justiça de São Paulo, as pesquisadoras concluíram que, em 62% dos casos, não houve alteração da decisão administrativa na esfera judicial (MACHADO, Maíra Rocha; PINTO, Patrícia Bocardo Batista. A punição na punição na punição: as múltiplas sanções aplicadas em caso de falta grave nas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 152, p. 117-143, fev. 2019). Complementando a visão sobre as dificuldades de acesso à Justiça para a revisão de decisões administrativas ne execução penal, Bruno Shimizu explica a existência de uma "jurisdicionalização perversa na execução penal", expondo a fragilidade legislativa em torno das faltas médias e leves, o que gera um aumento do poder discricionário em torno da aplicação das mesmas no cotidiano prisional" (SHIMIZU, Bruno. A jurisdicionalização perversa na execução penal: reflexão crítica sobre a transformação de uma garantia fundamental em um entrave a mais no exercício de direitos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 152, p. 19-64, fev./2019).

56. Redação prevista nos Decretos 90.570/1984, 92.056/1985, 93.886/1986, 95.290/1987, 96.035/1988, 98.389/1989, 99.915/1990, 245/1991 e 668/1992.

57. Redação prevista nos Decretos 92.056/1985, 93.886/1986, 95.290/1987, 96.035/1988, 98.389/1989, 99.915/1990 e 245/1991.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Condições relacionadas ao comportamento fora do estabelecimento prisional (ressocialização)	Condições relacionadas ao comportamento dentro do estabelecimento prisional
Revelar, "por sua conduta, condições pessoais favoráveis à permanência na comunidade" ou "ter conduta reveladora de condições pessoais que assegurem sua reinserção social"[58];	Demonstração de "bom comportamento durante os últimos 12 (doze) meses do cumprimento da pena"[59];
Evidenciar, "especialmente se condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, condições pessoais que façam presumir que não mais voltará a delinquir"[60];	Não cometimento de "falta/infração grave, apurada na forma prevista na Lei 7.210, de 1984, durante os últimos doze/vinte e quatro meses de cumprimento da pena"[61];
Não "esteja sendo processado por outro crime entre [vedados] deste Decreto, ou praticado dolosamente com violência contra a pessoa".[62]	Inexistência de "aplicação de sanção por falta disciplinar de natureza grave cometida nos últimos doze meses de cumprimento da pena"[63];
	Inclusão "no Sistema Penitenciário Federal, em qualquer momento do cumprimento da pena, exceto na hipótese em que o recolhimento se justifique por interesse do próprio preso"[64].

Fonte: tabela das autoras

58. Redação prevista nos Decretos 92.056/1985, 93.886/1986, 95.290/1987, 96.035/1988, 98.389/1989, 99.915/1990, 245/1991, 668/1992, 953/1993, 1.242/1994, 1.645/1995, 2.002/1996.
59. Redação prevista nos Decretos 1.242/1994, 1.645/1995, 2.002/1996 e 2.365/1997.
60. Redação prevista nos Decretos 1985-1993; 2002.
61. Redação prevista nos Decretos 2.838/1998, 3.226/1999, 3.667/2000, 4.011/2001, 4.495/2002, 4.904/2003, 5.295/2004, 5.620/2005, 5.993/2006, 6.294/2007, 6.706/2008 e 8.940/2016.
62. Redação prevista nos Decretos 2.838/1998, 3.226/1999, 3.667/2000, 4.011/2001, 4.495/2002, 4.904/2003 e 5.295/2004.
63. Redação prevista nos Decretos 7.046/2009, 7.420/2010, 7.648/2011, 7.873/2012, 8.172/2013, 8.380/2014 e 8.615/2015.
64. Redação prevista no Decreto 9.246/2017.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Sabe-se que, no universo da execução penal, a dimensão das punições disciplinares passa pelo binômio "legalidade x discricionariedade"[65], não só no registro do tempo de cumprimento da pena, mas principalmente na definição de faltas leves, médias e graves, que ensejam punições disciplinares. Assim, dispositivos normativos que adotem conceitos indeterminados ("presumir que não voltará a delinquir", "comportamento satisfatório") aumentam o poder discricionário dos agentes administrativos e judiciais, o que pode reduzir o alcance de pessoas que poderiam ter o indulto declarado.

(6) Condições pessoais do condenado

O requisito reúne todas as situações que especificam condições pessoais da pessoa condenada, como idade, sexo, etnia[66], paternidade/maternidade, avoternidade, portar deficiência ou sofrer doenças incuráveis ou ser vítima de tortura. A caracterização de uma condição pessoal implica em menor quantidade de pena a ser cumprida, mas os demais requisitos permanecem e devem ser cumpridos cumulativamente.

De modo geral, as alterações legais sobre estes requisitos se concentram nos critérios etários, maternidade/paternidade, deficiências e doenças sem cura:

a) *Critério etário:* entre os anos de 1984 e 1990 admitiu-se indulto à pessoa menor de 21 anos na data do crime, desde que sujeita à pena privativa de liberdade superior a quatro anos e ao cumprimento de pena mínima[67]. Após anos sem qualquer previsão, os decretos de Dia das Mães retomam o critério, voltado às mulheres condenadas por crime sem violência ou grave ameaça e que tenham 21 anos incompletos na data da publicação do decreto (e não da data do crime)[68]. Quanto à pessoa idosa, todos os decretos preveem este critério,

65. "A execução penal é regida pelo princípio da legalidade. Por outro, uma perspectiva crítica e descritiva deve sublinhar que o *cotidiano* da prisão é pleno de decisões e conveniência e oportunidade – discricionárias – tomadas pela autoridade administrativa, as quais têm por escopo primevo não o tratamento individualizado e reeducativo, mas a manutenção da ordem interna" (PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da Pena e Execução Penal*: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 233).

66. Redação prevista no Decreto 9.246/2017.

67. Redação prevista nos Decretos 90.570/1984, 92.056/1985, 93.886/1986, 95.290/1987, 96.035/1988, 98.389/1989, 99.915/1990, 245/1991, 668/1992, 953/1993, 1.242/1994, 1.645/1995, 2.002/1996, 2.365/1997, 2.838/1998 e 3.226/1999.

68. Redação prevista nos Decretos sem número de 12 de abril de 2017, 9.246/2017 e 9.370/2018.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

apenas variando a idade mínima: 60 anos[69]; 65 anos, se homem ou 60 anos, se mulher[70]; ou 70 anos[71].

b) *Maternidade, paternidade e avoternidade:* o reconhecimento da necessidade de assistência aos filhos de pessoas condenadas varia em razão da idade do menor ou dos vínculos de parentesco (pais ou avós). Os primeiros decretos fixam a idade mínima do filho inferior a 14 anos[72], posteriormente restrita ao filho "de cujos cuidados ele necessite"[73]. Nos anos seguintes a idade mínima varia entre 12 anos[74], 16 anos[75] ou 18 anos[76], em alguns decretos cumulada ao diagnóstico de "deficiência mental, física, visual ou auditiva"[77] ou doença crônica grave[78]. A maior parte dos decretos contempla apenas mães[79], sendo estendido aos pais em breves intervalos[80]. Os Decretos de Dia das Mães[81] inovam ao prever as figuras de

69. Redação prevista nos Decretos 90.570/1984, 92.056/1985, 245/1991, 4.904/2003, 5.295/2004, 5.620/2005, 5.993/2006, 6.294/2007, 6.706/2008, 7.046/2009, 7.420/2010, 7.648/2011, 7.873/2012, 8.172/2013, 8.380/2014 e 8.615/2015.

70. Redação prevista nos Decretos 98.389/1989 e 99.915/1990.

71. Redação prevista nos Decretos 93.886/1986, 95.290/1987, 96.035/1988, 7.420/2010, 7.648/2011, 7.873/2012, 8.172/2013, 8.380/2014, 8.615/2015, 8.940/2016 e 9.246/2017. O Decreto de Dia das Mães sem número de 12 de abril de 2017 e o Decreto 9.246/2017 determinam idade mínima de 60 anos e 70 anos, respectivamente, para mulheres condenadas a crimes cometidos sem violência ou grave ameaça.

72. Redação prevista nos Decretos 90.570/1984, 92.056/1985, 93.886/1986, 95.290/1987, 96.035/1988, 98.389/1989, 99.915/1990 e 245/1991.

73. Redação prevista nos Decretos 668/1992, 953/1993, 1.242/1994, 1.645/1995, 2.002/1996, 2.365/1997, 5.295/2004, 5.620/2005, 5.993/2006 e 6.294/2007.

74. Redação prevista nos Decretos 1.645/1995, 2.002/1996, 2.365/1997, 2.838/1998, 3.226/1999 e 8.940/2016.

75. Redação prevista no Decreto 6.706/2008.

76. Redação prevista nos Decretos 7.046/2009, 7.046/2009, 7.420/2010, 7.648/2011, 7.873/2012, 8.172/2013, 8.380/2014 e 8.615/2015.

77. Redação prevista nos Decretos 7.046/2009, 7.420/2010, 7.648/2011, 7.873/2012, 8.172/2013, 8.380/2014, 8.615/2015, 8.940/2016 e 9.246/2017.

78. Redação prevista nos Decretos 8.615/2015, 8.940/2016 e 9.246/2017.

79. Redação prevista nos Decretos 90.570/1984, 92.056/1985, 93.886/1986, 95.290/1987, 96.035/1988, 245/1991, 668/1992, 953/1993, 5.295/2004, 5.620/2005, 5.993/2006, 6.294/2007 e 6.706/2008.

80. Redação prevista nos Decretos 1.242/1994, 1.645/1995, 2.002/1996, 2.365/1997, 2.838/1998, 3.226/1999, 7.873/2012, 8.172/2013, 8.380/2014 e 8.615/2015.

81. Redação prevista nos Decretos 9.246/2017 e 9.370/2018.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

gestante, ex-gestante[82] e avós, desde que tenham cometido o crime sem violência ou grave ameaça e que o filho comprovadamente necessite de seus cuidados.

A Pastoral Carcerária realizou levantamento para acompanhar as declarações de indulto fundamentadas no Decreto do Dia das Mães de 2017[83]. Como exemplo, a Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal informa 74 pedidos de indulto com fundamento no Decreto de Dia das Mães, sendo três aceitos, 36 rejeitados e 21 aguardando apreciação do juízo[84]. Em São Paulo, segundo o mesmo Mapa[85], a Secretaria de Administração Penitenciária identificou 1.626 pessoas que atendiam a todos os requisitos do Decreto; houve 226 declarações e 804 pedidos rejeitados. Na Bahia, a Secretaria de Administração Penitenciária informou 11 casos de preenchimento dos requisitos, com apenas quatro declarações do benefício.

c) *Pessoa com deficiência*: dentro do período analisado, os decretos paulatinamente ampliam o rol de deficiências passíveis de indulto, como a tetraplegia[86], a paraplegia e a cegueira[87], desde que "tais condições não sejam anteriores à prática do delito"[88]. Os decretos mais recentes são restritivos, admitindo-se indulto à

82. Redação prevista apenas no Decreto 9.370/2018: "Art. 1º O indulto especial será concedido às mulheres presas, nacionais ou estrangeiras, que, até o dia 13 de maio de 2018, atendam, de forma cumulativa, aos seguintes requisitos: f) ex-gestantes, que tiveram aborto natural dentro da unidade prisional, condenadas à pena privativa de liberdade, desde que comprovada a condição por laudo médico emitido por profissional designado pelo juízo competente; [...]".

83. PASTORAL CARCERÁRIA. *Pesquisa sobre o impacto concreto do Decreto de Indulto do Dia das Mães 2017*. Disponível em: [carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/08/relatorio_indulto_dia_das_maes_2017.pdf]. Acesso em: 30.11.2019.

84. PASTORAL CARCERÁRIA. *Mapa Virtual do Indulto do Dia das Mães 2017*. Disponível em: [carceraria.org.br/mulher-encarcerada/pastoral-carceraria-lanca-pesquisa-avaliando-a-efetividade-do-indulto-do-dia-das-maes-de-2017]. Acesso em: 30.11.2019.

85. Idem.

86. Redação prevista nos Decretos 2.838/1998, 3.226/1999, 3.667/2000, 4.011/2001, 4.495/2002, 4.904/2003, 5.295/2004, 5.620/2005, 5.993/2006, 6.294/2007, 6.706/2008, 7.046/2009, 7.420/2010, 7.648/2011, 7.873/2012, 8.172/2013, 8.380/2014, 8.615/2015, 8.940/2016 e 9.246/2017.

87. Redação prevista nos Decretos 4.495/2002, 4.904/2003, 5.295/2004, 5.620/2005, 5.993/2006, 6.294/2007, 6.706/2008, 7.046/2009, 7.420/2010, 7.648/2011, 7.873/2012, 8.172/2013, 8.380/2014, 8.615/2015, 8.940/2016 e 9.246/2017.

88. A partir do Decreto 7.046/2009, admite-se indulto às pessoas com deficiência "ainda que tais condições sejam anteriores à prática do delito".

USO EXCLUSIVO DO PC CRIM

pessoa com deficiência que tiver "grave limitação de atividade e restrição de participação"[89] ou exigir "cuidados contínuos que não possam ser prestados no estabelecimento penal"[90]. O Decreto de Dia das Mães de 2017 inova ao indultar de forma ampla a "pessoa com deficiência, nos termos do Estatuto da Pessoa com deficiência" (Lei 13.146/2015).

d) *Pessoa com doença grave ou incurável:* existe previsão expressa em todos os decretos, mas com diversas alterações de redação e abrangência do diagnóstico. Inicialmente, a pessoa deveria ser portadora de "doença grave ou doença incurável *e* contagiosa" (g.n.)[91]. A partir de 1994 surgem os conceitos médicos de doença "incurável"[92], "permanente"[93], em "estágio avançado ou terminal"[94], "de incapacidade severa", "[que] exija cuidados contínuos"[95] ou "cuidados que não possam ser prestados no estabelecimento penal"[96]. As condições devem ser atestadas por laudo médico. Os decretos editados entre 1984 e 1992 exigiam da pessoa doente pena imposta superior a quatro anos[97], não ser reincidente em crime doloso[98] ou ter bom comportamento[99]. A partir do ano seguinte e nos subsequentes, basta o diagnóstico médico da doença para o indulto.

e) *Agentes públicos:* previsto apenas no Decreto de 2019 para todos aqueles que compõem o sistema nacional de segurança pública e que tenham sido condenados por excesso culposo ou crime culposo por ato cometido "mesmo que fora do serviço, em face de risco decorrente da sua condição funcional ou em razão do seu dever de agir" (Decreto 10.189/2019). Aplica-se ainda aos militares das

89. Redação prevista nos Decretos 7.046/2009, 7.420/2010, 7.648/2011, 7.873/2012, 8.172/2013, 8.380/2014 e 8.615/2015.

90. Redação prevista no Decreto 9.246/2017.

91. Redação prevista nos Decretos 90.570/1984, 92.056/1985, 93.886/1986, 95.290/1987, 96.035/1988, 98.389/1989, 99.915/1990, 245/1991 e 668/1992.

92. Redação prevista nos Decretos 1.242/1994 e 1.645/1995.

93. Redação prevista no Decreto 4.904/2003.

94. Redação prevista nos Decretos 2.365/1997 e 2.838/1998.

95. Redação prevista no Decreto 4.495/2002.

96. Redação prevista nos Decretos 7.420/2010, 7.648/2011, 7.873/2012, 8.172/2013, 8.380/2014, 8.615/2015, 8.940/2016 e 9.246/2017.

97. Redação prevista nos Decretos 90.570/1984, 92.056/1985, 93.886/1986, 95.290/1987, 96.035/1988, 245/1991 e 668/1992.

98. Redação prevista no Decreto 92.056/1985.

99. Redação prevista no Decreto 668/1992.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Forças Armadas, em operações de Garantia da Lei e da Ordem, que tenham sido condenados por crime na hipótese de excesso culposo.

5. Discussão

O presente artigo visa contribuir empiricamente para os estudos sobre indulto e elaboração normativa em matéria criminal por meio da análise e sistematização de 38 decretos de indulto presidencial. A categorização atendeu ao método da teoria fundamentada nos dados, por meio da qual se construiu um modelo analítico que reúne os requisitos mínimos exigidos para a declaração de indulto e comutação de pena, que denominamos de PEN.

Os dispositivos constitucionais e legais sobre indulto apenas restringem seu alcance a determinados crimes, sem requisitos adicionais. Os resultados deste estudo mostram que, à exceção do "crime" cometido, todos os demais requisitos presentes nos decretos foram incluídos no âmbito do poder executivo federal, ao exercer sua discricionariedade na elaboração dos decretos. Os requisitos que integram o PEN e a permanência deste modelo em todos os decretos analisados também consistem em uma decisão discricionária, o que se confirma pelas alterações pontuais em determinados dispositivos que em nada afetam a estrutura do modelo.

A regulamentação do indulto para a pessoa condenada à pena privativa de liberdade é exaustiva, especialmente em se tratando das hipóteses de regime fechado. É a privação da liberdade que legitima o indulto. Não importa qual seja o quantum de sanção aplicada à pessoa condenada, exige-se, em todos os decretos analisados, a imposição prévia da pena de prisão. Mesmo em caso de aplicação de pena de medida de segurança, multa ou restritiva de direitos, os requisitos do PEN estão ancorados na pena privativa de liberdade.

Há, neste sentido, correspondência entre os requisitos do PEN e com outros presentes no sistema progressivo de cumprimento de penas, em especial a progressão de regime e livramento condicional. A concessão destes benefícios exige o cumprimento de uma pena mínima no cárcere e o atendimento a um padrão de comportamento dentro e fora do estabelecimento prisional, sendo mais rigoroso no caso de determinados crimes, como hediondos.

Observa-se ainda uma relação direta com a previsão legislativa do tipo penal, quando se sabe que as sentenças podem impor diferentes penas no caso concreto. A adoção do parâmetro das penas em abstrato contribui para as distorções nas quantidades mínimas exigidas nos decretos de indulto, desconsiderando fatores estruturais, quantitativos e qualitativos sobre o funcionamento do sistema de

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

justiça criminal e, sobretudo, do sistema carcerário – para a definição dos critérios de declaração deste benefício.

A monotonia da intervenção jurídica (MACHADO et al., 2010) está presente até mesmo nos casos de pessoas condenadas vulneráveis (mulheres, idosos, menores de 21 anos, portadora de deficiência etc.). Mesmo quando caracterizada deficiência física, doença incurável ou idade avançada, deve-se atender a todos os requisitos do PEN para a declaração do indulto, mas cumprindo-se quantidade inferiores de pena. A constatação objetiva da deficiência, doença ou idade não são suficientes, o que acaba por mitigar a própria abrangência e o caráter humanitário do indulto.

A forma e o conteúdo dos decretos são marcados por uma forte homogeneidade e a construção do PEN indica uma ausência de reflexão sobre o papel que o poder executivo federal poderia assumir na gestão da população prisional do país. A permanência do PEN e o engessamento de seus requisitos ao longo dos anos é uma evidência de que poucas sugestões encaminhadas pela sociedade civil em audiências públicas realizadas pelo CNPCP são incorporadas ao texto. No mesmo sentido, nota-se que a mobilização de vários órgãos e entidades para a edição de decretos voltados às mulheres[100] resultou em textos normativos muito semelhantes aos originais, com mudanças apenas incrementais nos requisitos da PEN e sem atingir a estrutura deste modelo.

Não é exagero afirmar que, em certa medida, a discricionariedade do poder executivo na edição dos decretos é mitigada por se adotar como referência a sistemática da execução penal para declaração de benefícios e pela "tradição" na forma de construir os requisitos e os decretos. Pesquisas futuras podem investigar o primeiro decreto em que se observa os requisitos do PEN, de modo a identificar o primeiro decreto que traz esta estrutura e as razões determinantes. Supõe-se que estes requisitos tenham sua origem na Lei 6.416/1977, que alterou o Código Penal e de Processo Penal, especialmente em relação ao livramento condicional, dispondo de regras bastante semelhantes àquelas atualmente em vigor.

Do mesmo modo que a discricionariedade do Poder Executivo Federal comporta um modelo complexo de indulto, poder-se-ia admitir a construção de uma estrutura simplificada, que se distanciasse do sistema progressivo de penas e estivesse mais atento à realidade prisional. Neste sentido, novos requisitos poderiam ser introduzidos, como o cumprimento de pena em condições degradantes ou a simplificação dos requisitos às pessoas condenadas à pena de multa ou restritivas de direitos.

100. Decreto sem número de 12 de abril de 2017 e Decreto 9.370/2018.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

A estrutura rígida dos decretos também incita a reflexão sobre o uso de dados empíricos confiáveis sobre o perfil da população prisional brasileira ou sobre o impacto dos decretos anteriores sobre o número potencial de pessoas que podem ser atingidas. Aparentemente, os dados empíricos sobre a população prisional são utilizados apenas para mudanças incrementais nos textos dos decretos, sem alterar o PEN. A exceção são os decretos voltados às mulheres, que refletem a atenção do Poder Executivo Federal ao perfil da população prisional, ante o crescimento da população penitenciária feminina (656% entre os anos 2000 e 2016).

A minuta de decreto presidencial de indulto para mulheres, elaborado pelo CNPCP no ano de 2016 e publicado no ano de 2017, é um exemplo. A exposição de motivos traz dados estimando que "63% das mulheres estão presas por delitos relativos às drogas, o que representa, proporcionalmente, um número três vezes maior que o de homens detidos pelo mesmo delito". Os dados foram citados para justificar a proposta de indulto às condenadas presas, no caso de tráfico de drogas, a pena não superior a cinco anos, ou, no caso de tráfico privilegiado, a pena inferior a cinco anos, e que já tenham cumprido certo lapso de pena[101]. Todos os requisitos do PEN estão presentes, mas são criadas situações específicas que ampliam o cabimento do indulto.

Também não é possível estimar os efeitos que os decretos de indulto têm sobre a população condenada criminalmente, uma vez que poucos estados coletam esta informação. A produção e envio de dados pelos governos estaduais e a organização de indicadores mínimos relativos à declaração de indulto e de comutação de pena tornaram-se obrigatórios apenas em 2007, com a publicação do quadro estatístico discriminado por unidade federativa, quantidade de beneficiados e gênero. Estes indicadores poderiam ser um parâmetro rudimentar para a medição da eficácia dos decretos. Mas a grande maioria dos estados nunca enviou estes dados ao Ministério da Justiça e Segurança Pública. A situação se torna mais alarmante ao observarmos que os decretos editados nos anos de 2016 e 2017 são omissos quanto à obrigatoriedade de envio de quadro estatístico ao Depen/MJSP ou mesmo de publicação de eventuais dados coletados.

O descompasso entre os textos dos decretos e a realidade do sistema penitenciário e da população prisional, somada à ausência de indicadores de impacto, confirmam o esvaziamento do instituto. Se para alguns, como Roig, o decreto de

101. BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Minuta de decreto presidencial de indulto para mulheres*. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/docs/2016/indulto_para_mulheres.pdf]. Acesso em: 13.11.2019.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

indulto pode ser entendido como uma medida descarcerizante[102], na prática, a medida somente contemplará situações de pessoas muitos específicas, sem definição direta sobre seus efeitos quanto à eventual redução da população carcerária. Por exemplo, alguns decretos beneficiam pessoas condenadas que estudem ou trabalhem durante o cumprimento de pena, mas, de acordo com o último Levantamento de Informações Penitenciárias, apenas 12% da população carcerária "está envolvida em algum tipo de atividade educacional" e 15% em alguma atividade laboral, intra ou extramuros[103].

Os decretos, mesmo ao incluírem novas hipóteses, ignoram a ausência de estrutura do sistema penitenciário, e condicionam o indulto ao acesso à educação ou ao trabalho, reduzindo ainda mais a quantidade de pessoas que se enquadram nos requisitos. Trata-se de oportunidades que podem ser usufruídas ou não pelo condenado, a depender das condições dos estabelecimentos prisionais. No contexto atual, este requisito se torna mais um impedimento à obtenção do indulto do que uma vantagem. O mesmo ocorre com a possibilidade de indulto aos condenados em regime aberto, sendo que apenas 2% dos estabelecimentos penitenciários de todo o país são destinadas ao regime aberto, e 13% "a mais de um tipo de regime"[104]. Assim, é necessária uma pesquisa qualitativa, junto às unidades prisionais que mantêm ações de trabalho ou de educação, de forma a se investigar melhor as declarações de indulto e eventuais relações com os deveres de assistência sobre trabalho e estudo.

A desvinculação dos padrões de elaboração normativa dos decretos de indulto da realidade do sistema prisional enfraquece a concepção corrente de que tal medida teria efeito na redução da população prisional. A despeito de seu potencial, não existem instrumentos suficientes para medição de impacto, restando apenas a ampliação do debate sobre as reais finalidades do padrão de elaboração normativa ora identificado.

---

102. ROIG, Rodrigo. *Execução penal*: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 493.

103. BRASIL. (2017). Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* – Atualização – Junho de 2016. p. 56. Disponível em: [depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 30.09.2019.

104. BRASIL. (2017). Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* – Atualização – Junho de 2016. p. 17. Disponível em: [depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 30.09.2019.

Uso Exclusivo RBCCrim

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

6. Considerações finais

Este trabalho avança ao construir um modelo analítico/normativo a partir dos decretos de indulto no Brasil publicados entre 1984 e 2019. O estudo de 38 decretos de indulto confirma a hipótese de reprodução de padrões e recorrências de atos normativos pretéritos, que se amparam na estrutura normativa já existente e desconsideram a realidade prisional e potenciais impactos do instrumento, sem a análise ou a incorporação de dados do próprio sistema prisional, que poderiam contribuir para o aprimoramento do instituto. O "padrão de elaboração normativa" (PEN) é uma contribuição empírica que pode ser uma ferramenta de análise de outros benefícios de execução penal construídos na legislação, como a progressão de regime e o livramento condicional.

Contudo, o trabalho apresenta limitações que podem ser exploradas em estudos futuros. A principal limitação é a restrição temporal do material empírico, cujo marco inicial é o ano de 1984. É pertinente investigar como decretos mais antigos estão redigidos e organizados e se estão adequados ao modelo analítico proposto.

Outra limitação foi a opção por apresentar apenas os resultados mais gerais do conteúdo dos decretos. O quadro comparativo que sintetiza os resultados deste trabalho permite o desenvolvimento de estudos mais aprofundados por categoria. Além disso, existem outros dispositivos que têm grande potencial de investigação, como as alterações no rol de crimes vedados e no procedimento judicial de declaração de indulto.

Por fim, esta análise comparativa pode ser um interessante ponto de partida para os estudos sobre o processo de elaboração de decretos de indulto, da minuta inicial à publicação. Anualmente, o Conselho recebe sugestões em audiências públicas, que são selecionadas, consolidadas e encaminhadas ao Ministro da Justiça e posteriormente à Presidência da República. A sistematização destas contribuições e a comparação sobre as diferentes versões das minutas podem trazer novos elementos para a compreensão sobre a permanência do PEN nos decretos de indulto durante os últimos 35 anos.

7. Referências bibliográficas

BANDEIRA-DE-MELLO, Rodrigo; CUNHA, Cristiano José Castro de Almeida. Operacionalizando o método da *grounded theory* nas pesquisas em estratégia: técnicas e procedimentos de análise com apoio do software Atlas.ti. In: *ENCONTRO DE ESTUDOS EM ESTRATÉGIA DA ANPAD*. Curitiba: Anpad, 2003.

BRASIL. (2017). Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias –*

Atualização – Junho de 2016. Disponível em: [depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 30.09.2019.

BRASIL. (2017). Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. INFOPEN Mulheres – 2. ed. Disponível em: [depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf]. Acesso em: 21.04.2019.

CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. Indulto: da necessidade e impositividade de sua concessão ao crime de tráfico de drogas. *Boletim do Ibccrim*, São Paulo, 280, março 2016.

CAPPI, Ricardo. Pensando as respostas estatais às condutas criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioridade penal (1993-2010). *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 1, n. 1, jan., 2014.

CAPPI, Riccardo. A "teorização fundamentada nos dados": um método possível na pesquisa empírica em Direito. In: MACHADO Maíra Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

CONSTANTINO, Otávio Fantoni. *Compartilhando o poder de perdoar penas*: a implementação dos decretos presidenciais de indulto pelo TJSP. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getulio Vargas. São Paulo, 2020.

DINIZ, Débora. A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011. Brasília: Universidade de Brasília/Letras Livres, 2013. Disponível em: [newpsi.bvs-psi.org.br/ebooks2010/pt/Acervo_files/custodia_tratamento_psiquiatrico_no_brasil_censo2011.pdf]. Acesso em: 29.09.2019.

FERREIRA, A. L. T. *Indulto e sistema penal*: limites, finalidades e propostas. Rio de Janeiro: Universidade Estado do Rio de Janeiro, 2011.

FERREIRA, Carolina Costa. (2013). *Discursos do sistema penal*: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos Tribunais Regionais Federais do Brasil. Curitiba: CRV, 2013.

FERREIRA, Carolina Costa. (2016). *O estudo de impacto legislativo como estratégia de enfrentamento a discursos punitivos na execução penal*. Brasília: Universidade de Brasília, 2016.

FLICK, Uwe. *Uma introdução à Pesquisa Qualitativa*. Porto Alegre: Bookman, 2004.

GASQUE, K.C.G.D. Teoria fundamentada: nova perspectiva à pesquisa exploratória. In: MUELLER, S. P. M. (Org.). *Métodos para a pesquisa em ciência da informação*. Brasília: Thesaurus, 2007. p. 107-142.

HABER, Carolina Dzimidas. (2011). *A relação entre o direito e a política no processo legislativo penal*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011.

MACHADO, B. A.; ALVES, R. R. Comunidades epistêmicas e a produção dos decretos de indulto no Brasil. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, 15, n. 21, p. 50-76, 2017.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

MACHADO, Maíra Rocha; PINTO, Patrícia Bocardo Batista. A punição na punição na punição: as múltiplas sanções aplicadas em caso de falta grave nas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 152, 2019, p. 117-143, fev. 2019.

MACHADO, Maíra Rocha et al. *Análise das justificativas para a produção de normas penais*. Brasília: Ministério da Justiça/PNUD, 2010 (Pensando o Direito, 32).

NABOZNY, Gabriela. *O indulto no direito brasileiro e a volatilidade dos decretos (im) prevista constitucionalmente*. Trabalho de Conclusão de Curso. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2017.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *A fábrica de penas*: racionalidade legislativa e a Lei de Crimes Hediondos. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

PASTORAL CARCERÁRIA (2018). *Pesquisa sobre o impacto concreto do Indulto do Dia das Mães de 2017*. Disponível em: [carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/08/relatorio_indulto_dia_das_maes_2017.pdf]. Acesso em: 30.11.2019.

PASTORAL CARCERÁRIA. *Mapa Virtual do Indulto do Dia das Mães 2017*. Disponível em: [carceraria.org.br/mulher-encarcerada/pastoral-carceraria-lanca-pesquisa-avaliando-a-efetividade-do-indulto-do-dia-das-maes-de-2017]. Acesso em: 30.11.2019.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da Pena e Execução Penal*: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RIBEIRO, P. B. e SANTOS, T. Breve análise dogmática do Decreto Presidencial 7.873/2012 (que concede indulto e comutação de penas). *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 244, março de 2013.

RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Relatório Final – *Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e Região Metropolitana do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 2018.

ROIG, R. Compensação penal por penas ou prisões abusivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, vol. 132, p. 331-381, jun. 2017.

ROIG, Rodrigo. *Execução penal*: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão e ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. O novo decreto de indulto. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 195, fevereiro de 2009.

SHIMIZU, Bruno. A jurisdicionalização perversa na execução penal: reflexão crítica sobre a transformação de uma garantia fundamental em um entrave a mais no exercício de direitos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 152, 2019, p. 19-64, fev./2019.

STRAUSS, A, e CORBIN, J. *Pesquisa Qualitativa*: Técnica e procedimentos para o desenvolvimento da teoria fundamentada. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2008.

WU, Xun; RAMESH, M.; HOWLETT, Michael; FRITZEN, Scott. *Guia de políticas públicas*: gerenciando processos. Trad. Ricardo Avelar. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, 2014.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Cárcere e compensação penal no Brasil: uma perspectiva de gênero, de Adriano Antunes Damasceno – *RBCCrim* 150/293-307 (DTR\2018\22447);
- Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de anistia e prescrição penal, de Marlon Alberto Weichert – *RBCCrim* 74/170-229 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 6/371-420 (DTR\2008\547);
- Indulto de crimes não impeditivos em concorrência com crimes impeditivos e outras reflexões: constitucional?, de Leonardo Melo Moreira – *RBCCrim* 112/369-389 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 5/2015 (DTR\2015\1987); e
- O indulto presidencial: origens, evolução e perspectivas, de Rodrigo de Oliveira Ribeiro – *RBCCrim* 117/423-441 (DTR\2016\139).

USO EXCLUSIVO DO EDITOR

Bens jurídicos e direitos: repensando a competência penal nas infrações contra a livre-concorrência

Legal interest and rights: rethinking criminal jurisdiction over acts in unfair competition

Denise Neves Abade

Doutora em Direito Constitucional e Processual – 2010. Mestre em Direito Processual – 2002. Procuradora Regional da República (membro do Ministério Público Federal). Professora-doutora na Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/8867992867299068].
ORCID: 0000-0001-5855-2543
Deniseabade@gmail.com
Deniseabade@mpf.mp.br

Autora convidada

Assista agora aos comentários da autora para este artigo

Áreas do Direito: Financeiro e Econômico

Resumo: A utilização da via criminal é vista hoje pelos tribunais internacionais de proteção de direitos humanos como eficiente defesa de bens jurídicos cuja violação atinge direitos sociais, que são afetados com as condutas à ordem econômica, em especial contra a livre concorrência. Contudo, a eficiência da persecução penal em face das condutas de concorrência desleal é comprometida quando não são dirimidas questões sobre competência para conhecer e julgar os casos. Se por um lado o interesse da União é realçado para investigar e sancionar violações nas esferas administrativa e cível, a jurisprudência vem entendendo que tal interesse deve ser negado em relação às repercussões criminais. O artigo busca demonstrar o interesse da União para fixar a competência federal também na esfera criminal, como fruto da afirmação do bem jurídico "tutela

Abstract: The affirmation of the role of criminal law in promoting accountability for human rights violations and the struggle against impunity emerges from the jurisprudence of human rights bodies. This includes the protection of economic and social rights, which are affected by crimes against the economic order, especially antitrust violations. However, unsolved questions concerning concurrent jurisdiction between state and federal courts are serious barriers to the effectiveness of prosecution and investigation. If, on the one hand, the Federal Union's interest is emphasized to investigate and sanction violations in the administrative and civil spheres, the jurisprudence has been understanding that such interest should be denied in relation to their criminal repercussions. The article seeks to point out the Federal Union's interest in establishing

Abade, Denise Neves. Bens jurídicos e direitos: repensando a competência penal nas infrações contra a livre-concorrência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 172. ano 28. p. 59-96. São Paulo: Ed. RT, out. 2020.

do mercado" e também da proteção dos direitos difusos envolvidos, superando-se a divisão na persecução das infrações contra a leal concorrência na busca da efetividade na punição dessas condutas.

Palavras-chave: Crimes contra a concorrência – Crimes contra a Ordem Econômica – Competência – Tutela penal de bens jurídicos difusos – Tutela penal de Direitos Sociais e Econômicos.

federal jurisdiction also in the prosecutions of antitrust crimes, as a result of the affirmation of the "protection of the market" and also of the protection of the diffuse and collective rights involved, overcoming this division in the pursuit of violations against fair competition and business practices.

Keywords: Antitrust crimes – Crimes Against the Economic Order – Federal Jurisdiction – Criminal Protection of diffuse and collective rights.

Sumário: Introdução: Proposta do Artigo. 1. Importância da persecução penal de crimes contra a livre concorrência em um mundo globalizado. 2. A Tutela Penal da Concorrência e a Lei nº 12.529/2011. 3. Conceito de Bem Jurídico. 4. Ordem Econômica, Bem Jurídico Coletivo e Abordagem de Direitos Humanos que devem ser protegidos pela Tutela Penal. 5. Tutela Penal da Livre Concorrência e Ordem Econômica. 6. Competência nos Crimes contra a Concorrência e a Ordem Econômica no Ordenamento Brasileiro. 6.1. Competência Criminal da Justiça Federal. 6.2. A solução jurisprudencial tradicional: a ausência de lei definidora da competência federal para os crimes contra a concorrência. 6.3. Uma nova abordagem: crime em detrimento de interesse ou serviço da União e autarquia. 6.4. A (falta de) fundamentação dominante. 6.5. A tutela penal federal dos crimes contra a concorrência. 7. Dividir para reinar: a fórmula da ineficiência. Conclusão. Referências.

Introdução: Proposta do Artigo

O desenvolvimento do direito penal comparado e internacional no cenário globalizado que inclui a proteção de direitos humanos contribui para a transformação do direito penal interno, mostrando que para efetivo enfrentamento às infrações contra a ordem econômica é indispensável a utilização da via criminal. Cada vez mais é inegável que para proteção eficiente de bens jurídicos cuja violação atinge direitos sociais – afetados com condutas contra a ordem econômica, em especial contra a livre concorrência – busca-se que Estados tipifiquem criminalmente e punam tais infrações na esfera penal. A imposição internacional de tutelar a ordem econômica e livre concorrência como decorrência da função expansiva dos direitos fundamentais e direitos humanos é a base dessa necessidade de criminalização de atos violadores desses direitos. Exemplo disso é o posicionamento da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, a violação à livre concorrência (UNCTAD, na sigla em inglês) segundo a qual a livre concorrência assegura direitos difusos diversos, como direito à saúde, direito ao meio ambiente, direitos dos trabalhadores e das crianças, direito do consumidor.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

No entanto, a eficiência da persecução penal em face das condutas de concorrência desleal está sendo comprometida por discussões sobre competência para conhecer o julgar os casos que só delongam os processos, quando não os deixa vulneráveis a anulações. Isso porque, se por um lado o interesse da União é realçado para investigar e sancionar as condutas nas esferas administrativa e cível, a jurisprudência vem entendendo que tal interesse deve ser negado em relação à mesma conduta e suas repercussões criminais. Ora, não se pode conceber existência de conceitos divergentes dentro de uma mesma estrutura jurídica no ordenamento do Estado Democrático de Direito que deve buscar atender padrões de coerência, completude e unidade.

Será demonstrado no presente artigo que o interesse da União não se dá somente como reflexo do interesse cível ou administrativo. Ocorre também de forma autônoma na área penal, como fruto da afirmação do bem jurídico "tutela do mercado" e também da proteção dos direitos difusos envolvidos.

Assim, a divisão na persecução das infrações contra a leal concorrência há que ser superada como passo importante na busca da efetividade na punição dessas condutas deletérias que ferem direitos sociais fundamentais.

1. Importância da persecução penal de crimes contra a livre concorrência em um mundo globalizado

Um dos efeitos da globalização consiste na gradual tentativa de aproximação das culturas diferentes para se inspirar, amparar e cooperar mutuamente com o fim de proporcionar respostas adequadas aos problemas colocados pela sociedade contemporânea.

Ao contrário dos estudiosos de disciplinas jurídicas que já há algum tempo estão habituados a lidar com fontes supranacionais, ainda hoje encontramos junto aos que lidam com o direito penal uma maior tendência a isolamento interno e autorreferencial, numa prudência por vezes demasiada, que ignora decisões de cortes internacionais e discussões doutrinárias que ocorrem em foros internacionais e estrangeiros, como se direitos humanos ou fundamentais[1], base

1. A distinção feita por parte da doutrina conceituando "direitos humanos" como os direitos estabelecidos pelo Direito Internacional em tratados e normas internacionais, enquanto a expressão "direitos fundamentais" delimitaria aqueles direitos reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de um Estado específico, como bem aponta Carvalho Ramos, perde sentido nos dias de hoje: "A antiga separação entre direitos humanos (matriz internacional, sem maior força vinculante) e direitos fundamentais

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

referencial do direito criminal, não fossem debatidos tanto na esfera internacional como no direito comparado. O diálogo entre as cortes internas e cortes internacionais, entre cortes estrangeiras e nacionais na área criminal é mais escasso que em outras áreas.

Longe de fragilizar a soberania dos Estados, aceitar e aplicar valores e princípios universais e reconhecer o papel das organizações internacionais reforçam o Estado de direito e a democracia, conceitos interligados[2]. O Estado democrático de direito se baseia em princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, igualdade perante a lei, a responsabilidade perante a lei, a separação de poderes.

Nesse contexto, a proliferação de ordens jurídicas internacionais no plano regional e global, para além das fronteiras territoriais dos quadros constitucionais nacionais, já deu forma a um novo vocabulário teórico-jurídico e político que reconhece a dinâmica evolutiva das ordens normativas para além do Estado. Giuliana Capaldo denomina o fenômeno como direito global, que seria um conjunto de regras e princípios que garantem uma aplicação uniforme do direito internacional nos sistemas jurídicos estaduais no processo de mudança para a construção de uma lei global; essa verticalidade do sistema global tem por fim resolver os problemas de

(matriz constitucional, com força vinculante gerada pelo acesso ao Poder Judiciário) no tocante aos instrumentos de proteção fica diluída, pois os direitos humanos também passaram a contar com a proteção judicial internacional (...) Além disso, vários desses direitos previstos nacionalmente foram também previstos internacionalmente. Os direitos fundamentais espelham, então, os direitos humanos. Assim, uma interpretação nacional sobre determinado direito poderá ser confrontada e até corrigida internacionalmente". Conferir em CARVALHO RAMOS, André. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 55-56.

2. Há os que sustentam que a crescente cooperação e interdependência entre os Estados ocasionariam a "relativização da soberania". Mas entendo, como já afirmado em obra anterior, que a interação e cooperação entre os Estados – da qual o exemplo mais profundo é a opção pela integração econômica e política –longe de representar um amesquinhamento ou relativização da soberania, pode ser um reforço à própria independência do Estado e seu poder popular. Citando alguns exemplos concretos, concluo: "a cooperação entre os Estados não desrespeita a soberania dos envolvidos, que, em alguns casos, possui até estatura constitucional, como por exemplo, no Brasil (art. 1º, inciso I, da Constituição brasileira). De fato, a cooperação envolve um *exercício de soberania compartilhada pelos Estados*, ou seja, *ao invés de uma relativização da soberania, temos uma soberania compartilhada expandida*". Sobre o tema, conferir ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional:* extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 32-33.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

coordenação entre os vários diferentes sistemas legais[3]. A mesma situação é designada por Canotilho como "constitucionalismo multinível", no qual o Estado soberano deixa de ser referencial constitucional e se torna necessário revisitar as teorias clássicas e a construção de um novo paradigma para a Teoria da Constituição, que se coadune com a realidade vivenciada pela sociedade mundial.[4]

Assim, tanto o desenvolvimento do direito penal comparado e internacional como a jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos contribuem para a transformação do direito penal interno.

É esse o desafio que encontramos quando tratamos da tutela penal da ordem econômica – mais especificamente, na tutela da livre concorrência nessa ordem econômica.

O conceito de punição penal como forma eficaz de reparação por violações de bem jurídico supraindividual constitui um desafio significativo para a compreensão tradicional do direito penal. Em primeiro lugar, implica em deixar de conceber o direito penal como mero instrumento de controle social[5], concebido originalmente para proteger os interesses legais da convivência social pacífica[6]. Significa passar a enxergá-lo como um mecanismo concebido para a reparação dos direitos coletivos e proteção de direitos. Isso envolve o abandono da ideia do direito penal como mero *ius puniendi*, como um direito do Estado, para abraçar a visão do direito penal como uma obrigação do Estado em punir determinadas condutas, conforme decidido pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, especialmente a Corte Interamericana de Direitos Humanos a partir do *leading case* Genie Lacayo[7].

---

3. CAPALDO, Giuliana Ziccardi. *The pillars of global law*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2008. p. 9-16.
4. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p 1332-1333.
5. Nesse sentido, entre outros: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro* – parte geral. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 64-65; SMANIO, Gianpaolo Paggio. Segurança pública e cidadania – uma análise do sistema penal. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro: Ed. FGV, v. 243, 2006, p. 64.
6. Vide a título de exemplo JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal* – parte general. Granada: Ed. Comares, 2000. p. 6; PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 68; MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 268 e 282-283.
7. André de Carvalho Ramos observa precisamente que nesse caso paradigmático "a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo pouco estudado ainda no Brasil, revelou

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Percebe-se então que o direito penal, especialmente nos últimos trinta anos, ao mesmo tempo em que limitou seu espaço de ação, descriminalizando algumas condutas, em outros casos ampliou sua intervenção, repreendendo novas condutas hoje consideradas socialmente danosas, no que Jescheck chama de "processo dual".[8]

Contudo, esse processo não significa uma contradição ao princípio de *ultima ratio* do Direito penal: o fenômeno de nova incriminação de condutas se origina como consequência da evolução social – fato que necessariamente deve se refletir no ordenamento jurídico.

No novo Direito penal a criminalização de condutas que ofendem bens jurídicos coletivos é uma exigência do Estado Democrático de Direito, que visa "assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias".[9]

Assim, a tutela penal da concorrência se insere na abordagem contemporânea do Estado Democrático de Direito que determina a criminalização dessas condutas que violam bens jurídicos coletivos.

2. A Tutela Penal da Concorrência e a Lei nº 12.529/2011

Com razão a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) estabelece em Recomendação que cartéis configuram a mais prejudicial de todas as condutas anticompetitivas, e não oferecem benefício social ou econômico algum que os legitimem.[10]

---

a existência de um novo papel da vítima no processo penal: o de exigir a punição dos autores das violações de direitos humanos sem qualquer exigência de prova de interesse material ou indenização na esfera cível". CARVALHO RAMOS, André. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 289.

8. Conferir em JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal* – parte general. Granada: Ed. Comares, 2000. p. 6. Sobre este tema assinala Jescheck: "El inventario de bienes protegidos jurídico-penalmente varía. En el Derecho Penal reciente se da tanto la nueva incriminación como la descriminalización. Las alteraciones en la valoración de los bienes jurídicos se expresan asimismo a través de los cambios en la aplicación de las sanciones".

9. Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

10. "Cartels are universally recognised as the most harmful of all types of anticompetitive conduct. Moreover, they offer no legitimate economic or social benefits that would

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Por isso, a Constituição Federal, em seu artigo 170, consagra a ordem econômica como bem jurídico a ser resguardado, já que por detrás dele está o alcance de uma "existência digna, conforme os ditames da justiça social". Tendo em vista o princípio de defesa da ordem econômica, prevê o § 4º do mesmo artigo que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. O texto constitucional, ainda, no art. 173, §§ 4º e 5º, estabelece verdadeiro mandado de criminalização, determinando que "a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros" e a responsabilização das pessoas jurídicas e de seus dirigentes pelos ilícitos praticados contra a ordem econômica, financeira e contra a economia popular.

Dando cumprimento ao mandamento constitucional, foi editada a Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), que revogou a Lei 8.884/94 e parte da Leis 8.137/90 no que diz respeito à criminalização da prática de cartel e a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações Públicas), quanto à criminalização da prática de cartel em licitações, consistente no conluio entre agentes econômicos com o objetivo de eliminar ou restringir a concorrência dos processos de contratação de bens e serviços pela Administração Pública.

Nos termos da Constituição de 1988, a União Federal tem específico e relevante interesse no bom funcionamento da ordem econômica. O art. 48, XIII expressamente estabelece que são matérias de competência da União, sobre as quais cabe ao Congresso Nacional dispor, as referentes à política "financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações". A livre concorrência, conforme art. 170, IV, é um dos princípios pelos quais se deve guiar a ordem econômica do Estado brasileiro, que "tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (art. 170, *caput*). Com efeito, a ausência de defesa da concorrência prejudica fortemente componentes de política econômica, podendo, por exemplo, ocasionar inflação (se concorrentes entram em acordo e aumentam preços), frustrando eventual política de combate à inflação; esvaziar setores incentivados pelo governo da União (quando concorrentes entram em acordo para não fornecer insumos, por exemplo), entre outras condutas. Por esse motivo, ao ente federal compete exercer, na forma da lei, funções de fiscalização nessa área (art. 174). Em atendimento à norma

justify the losses that they generate". Report on the *Nature And Impact Of Hard Core Cartels And Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws*, Daffe/Comp(2002)7, de 9 de abril de 2002. Disponível em: [www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf]. Acesso em: 19.05.2020.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

constitucional (art. 174), o legislador ordinário na Lei 12.529/2012 conferiu, no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), a competência para repressão a órgãos federais.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) atua na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica e era formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) era responsável pela advocacia da concorrência, cujo objetivo era promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade, com as atribuições previstas nos incisos do artigo 19 da Lei 12.529/2011. Em janeiro de 2018 foi extinta pelo Decreto 9.266, de 15 de janeiro, com suas funções sendo subdivididas na Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria (Sefel) e na Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac) – as atribuições de advocacia da concorrência foram remanejadas para a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac). Curiosamente, a Lei 12.529/2011 permanece tratando da SEAE.[11]

11. O Decreto 9.266/2018 conferiu nova redação ao art. 41-A, do Anexo I ao Decreto 9.003, de 13 de março de 2017: "Art. 41-A. À Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência compete:

I – exercer as competências relativas à promoção da concorrência no âmbito da administração pública federal direta; II – acompanhar o funcionamento dos mercados e propor medidas de estímulo à eficiência e à competitividade; III – analisar o impacto regulatório de políticas públicas setoriais; IV – acompanhar, sob o viés concorrencial, a política de comércio exterior; V – propor, coordenar e executar as ações relativas à gestão das políticas de infraestrutura das quais o Ministério participe; VI – analisar e propor medidas, em articulação com os demais órgãos competentes, para: a) melhorar e elevar a produtividade da economia brasileira; b) reduzir os custos de realização de negócios no País e fomentar o ambiente de negócios e o desenvolvimento dos mercados financeiro e de bens e serviços; c) incentivar o desenvolvimento do setor produtivo e promover o capitalismo inclusivo, de forma alinhada aos objetivos do desenvolvimento sustentável; d) promover a competitividade e a inovação da economia brasileira; e e) promover o desenvolvimento, a atração e a adoção de tecnologias de ponta; VII – realizar, em parceria com instituições públicas e privadas, brasileiras e estrangeiras, pesquisas e outras atividades técnicas que contribuam para o cumprimento das suas atribuições. Parágrafo único. As competências da Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência não se estendem ao setor de energia Suas funções não estão diretamente relacionadas com a dinâmica do CADE, não havendo relação entre a autarquia e o órgão do Ministério da Fazenda nos processos julgados pelo Tribunal da Concorrência, salvo na hipótese do art. 19, IV, da Lei 12.529/2011, que dispõe caber à Secretaria de Acompanhamento Econômico "elaborar estudos avaliando a situação concorrencial

Uso Exclusivo RBCCrim

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, que exerce as atribuições dadas pela Lei 12.529/2011, tendo como missão zelar pela livre concorrência no mercado. É a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência.

Ainda no âmbito do Poder Executivo, a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac) elabora estudos que analisam, do ponto de vista concorrencial, políticas públicas, autorregulações e atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários de serviços, assumindo parte das atribuições da antiga Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).

Está clara, portanto, a atuação federal na tutela administrativa da concorrência. Também na área cível, a competência da justiça federal para processar e julgar matéria atinente à ordem econômica é incontroversa e expressa na lei[12].

No entanto, a atuação na tutela criminal da concorrência ainda é fragmentada.

Se, por um lado, vimos que para um enfrentamento eficaz das violações à concorrência justa e livre na esfera criminal, os operadores do Estado brasileiro não podem atuar de maneira isolada, fechando-se ao debate e às decisões que estão ocorrendo na sociedade jurídica inegavelmente globalizada, por outro lado temos que superar ainda aspectos de uniformização e parametrização na persecução desses crimes no âmbito interno.

Embora também igualmente esteja presente o interesse da União, que é justamente o que embasa a competência descrita no art. 97 da Lei 12.529/2011, a determinação de tal competência não é pacífica, o que causa incontáveis danos na solução dos litígios.

Embora as legislações criminal e cível tenham apresentando significativo avanço, considerando que a discussão sobre a competência para julgar os crimes contra a livre concorrência e ordem econômica permanece sem solução definitiva, sendo preliminar a qualquer outra, a efetividade para o enfrentamento desses crimes pode ser prejudicada.

---

de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo CADE, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo".

12. Conforme art. 97 da Lei 12.529.

Uso Exclusivo do IBCCRIM

A tutela penal das infrações contra a livre concorrência, assim como contra toda a ordem econômica, é essencial em um Estado que se pretende igualitário. Não se pode mais, portanto, admitir que se perpetue a insegurança atual para fixação da competência na tutela criminal dessas infrações, graças a dúvidas derivadas de orientações administrativas e jurisprudenciais incoerentes e desconexas. Caso contrário, permanecerão os conflitos de competência, as sentenças anuladas, os crimes prescritos, a impunidade e a angustiante sensação de impotência do aparelho criminal estatal contra os delitos econômicos...

3. Conceito de Bem Jurídico

A discussão sobre competência para conhecer e julgar as infrações penais contra a ordem econômica, por ser questão de competência objetiva, deve passar pela análise do bem jurídico protegido nessas infrações. Uso aqui as palavras de Fábio Canton Filho:

> "O bem jurídico [...] não só assenta a pedra angular do Direito Penal, mas coroa o norte de seu telos punitivo, uma vez que constitui o elo entre as instituições penais do Estado e o ordenamento social no qual está inserido. Pensar o bem jurídico é, nesse sentido, buscar a área cinzenta em que direito e sociedade se imiscuem, ou seja, em que forjam de forma plurívoca sua relação mais fundamental".[13]

Paradoxalmente, embora o bem jurídico constitua uma categoria fundamental do Direito Penal – motivo único de punição de condutas proibidas – a legislação lhe concede um caráter quase residual: não protagoniza nenhuma norma no ordenamento e não é mencionado nem uma única vez no Código Penal – quer na parte geral, quer na especial – nem na Constituição. No últimos anos a doutrina pátria passou a se deter sobre o estudo do bem jurídico para além de sua *ratio* incriminadora dos tipos da parte especial do Código Penal.[14]

13. CANTON FILHO, Fábio. *Bem jurídico penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 3.

14. Cite-se exemplificadamente, no Brasil, as pioneiras obras de PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003; e GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002, e as mais recentes BECHARA, Ana Elise Liberatore. *Bem juridico-penal*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2014; TURESSI, Flávio Eduardo. *Bens jurídicos coletivos:* proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização. Curitiba: Juruá, 2015. No estrangeiro, a discussão é mais antiga, dentro outros: FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. *Constituição e crime:* uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto:

Uso exclusivo DoutBCCrim

Por esse motivo a Lei 12.529/2011 pode ser considerada uma exceção à regra legislativa brasileira: logo em seu artigo primeiro há um parágrafo no qual se estabelece a delimitação do objeto da lei (prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico): "A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei".

Conforme afirma Hurtado Pozo, os bens jurídicos representam pressupostos indispensáveis para a vida em comum, e não existem somente porque o legislador os tenha catalogado abstratamente em uma norma jurídica, que pode estar sujeita a um evento ou situação conjectural.[15] São, nas clássicas palavras de Roxin, circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema global estruturado sobre a base dessa concepção finalística ou para o funcionamento do próprio sistema.[16]

A existência de um interesse social não necessariamente acarreta a presença de um bem jurídico penalmente relevante. Para tanto, é necessário que estejam reunidos os requisitos de merecimento ou importância social e necessidade de proteção em sede penal, requisitos próprios de uma concepção de bem jurídico penal de índole político-criminal.[17]

Universidade Católica Portuguesa, 1995; BARATTA, Alessandro. Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal – Lineamientos para una teoría del bien jurídico. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 1, p. 35 y ss., 1993; JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Colex, 1997. p. 47-48; e SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch, 1992. p. 269.

15. HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal*. Parte general. Lima: Ed. Eddilli, 1987. p. 39.
16. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tradução da 2ª edição alemã e notas de Luzón-Peña, Díaz y García Conlledo e De Vicente Remasal. Madrid: Civitas, 1997. p. 56.
17. A denominação dos requisitos de "importância social" e "necessidade de proteção em sede penal" é utilizada por Santiago Mir Puig. Ver em MIR PUIG. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ed. Ariel, 1994. p. 162. Sobre o caráter político-criminal do bem jurídico, conferir também RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Directrices Político-Criminales del Anteproyecto del Código Penal. In: MIR PUIG, Santiago; ROXIN, Claus; BARATTA, Alessandro et al. *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*. Bogotá: Ed. Temis, 1982. p. 321 e ss.

Uso Exclusivo DoBCCRIM

Também a proteção de bens jurídicos não significa necessariamente a necessidade de tutela por meio do Direito penal. Nem todo bem juridicamente protegido é tutelado pelo Direito penal; por outro lado, é inconcebível a existência de um tipo penal que não tenha como fim proteger um bem jurídico determinado.

Diversas áreas antes reguladas essencialmente pelo direito administrativo ou civil, como os âmbitos econômico, ambiental e informático passaram a receber tutela penal no cenário contemporâneo. Evidente que o legislador ao determinar a proteção penal de determinado bem jurídico tem que levar em conta como parâmetro os ditames e valores constitucionais e dos tratados internacionais que o Estado brasileiro se comprometeu a cumprir.

Como aponta Regis Prado, não há dúvidas de que a "comunidade reconhece hoje como valores fundamentais determinados interesses que não são pertença de alguém, mas de todos. Interesses cuja importância está hoje vertida e consagrada no texto constitucional". Essa noção implica, por sua vez, a eliminação do conjunto de defesas não excludentes e de circunstâncias atenuantes baseadas em considerações meramente políticas, que têm em conta a eficácia do próprio direito penal ou a prevalência de outros interesses públicos, independentemente da culpabilidade do autor do crime.

Gianpaolo Smanio, entre outras classificações, aponta a existência de categoria de bens jurídicos de natureza difusa, que

> "trazem uma conflituosidade social que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade, como na proteção ao meio ambiente, que contrapõe, por exemplo, os interesses econômicos industriais e o interesse na preservação ambiental, ou na proteção das relações de consumo, em que estão contrapostos os fornecedores e os consumidores, a proteção da saúde pública, no que referente à produção alimentícia e de remédios, a proteção da economia popular, da infância e juventude, dos idosos etc."[18]

Partindo-se do conceito de que o Direito Penal fundamenta a existência de um conglomerado sistemático de normas primárias e secundárias[19], este, ao estar em

18. SMANIO, Gianpaolo Paggio. Princípios da tutela penal dos interesses ou direitos difusos. *Justitia,* São Paulo, 64(197), jul.-dez. 2007, p. 216-217.

19. Utilizando-se aqui o conceito de Hart, para quem o Direito é sistema composto de normas primárias e secundárias. As normas primárias são aquelas que impõem obrigações e asseguram direitos diretamente aos indivíduos, como o Código Penal. As normas secundárias asseguram que os seres humanos possam estabelecer novas regras, alterando ou extinguindo as existentes. São regras sobre regras. Normas que viabilizam a criação

Uso Exclusivo RBCCRIM

conexão com a realidade social, propicia que o bem jurídico assuma uma importância essencial na reconstrução do fato típico.

Assim, embora o bem jurídico não integre o tipo penal, nem tampouco a norma a este subjacente, constitui a base fundamental sobre a qual se constroem os tipos penais.

O legislador, no momento de criar as infrações penais, terá que estabelecer determinados critérios político-criminais que permitam justificar a incorporação daqueles bens jurídicos que necessitam de proteção, do ponto de vista do Direito penal. Da mesma forma, para o julgador, no momento de aplicação e interpretação teleológica da lei ("segundo o bem jurídico protegido")[20], este tipo penal se converterá em uma ferramenta indispensável que pode permitir delimitar os limites da matéria proibitiva.

É exatamente por isso a importância da determinação do bem jurídico, cuja repercussão refletirá na determinação da competência. Como diz Maria Lúcia Karan,

> "[O] que importa considerar para esta definição de competência da Justiça Federal é, em primeiro lugar, o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora dos fatos que constituem a *causa petendi*. Sendo a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas titulares do bem jurídico afetado pela conduta atribuída ao réu estará definida a competência da Justiça Federal."[21]

---

de obrigações e direitos, ou seja, de normas primárias. Exemplo de normas secundárias são os dispositivos constitucionais que viabilizam o processo legislativo, ou ainda os dispositivos do código civil que autorizam a realização de contratos, que por sua vez estabelecem direitos e obrigações. Ver em HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 91.

20. Sobre interpretação teleológico-sistemática da lei penal sob a ótica do bem jurídico, conferir a obra de Albin Eser e Björn Burkhardt, que criticam a utilização pura deste tipo de interpretação, assinalando o seguinte: "Por otro lado, a la hora de realizar una interpretación teleológica orientada en el bien jurídico, es necesario no olvidar que este método puede conducir fácilmente a sobredimensionar al ámbito de la punibilidad. Por consiguiente, es necesario un correctivo –inminente en toda interpretación 'razonable'– a través del criterio de insignificancia lesiva, según el cual es necesario excluir desde el comienzo 'las injerencias mínimas en el bien jurídico' protegido por determinados tipos penales (como por ejemplo, en los delitos de lesiones o en el delito de detenciones ilegales) cuando éstos sean materialmente insignificantes". Ver em ESER, Albin; BURKHARDT, Björn. *Derecho penal.* Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias. Madrid: Ed. Colex, 1995. p. 29.

21. KARAM, Maria Lucia. *Competência no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 30.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

4. Ordem Econômica, Bem Jurídico Coletivo e Abordagem de Direitos Humanos que devem ser protegidos pela Tutela Penal

A lei brasileira é muito clara ao determinar a ordem econômica como bem jurídico coletivo, conforme já assinalado.

Mas, não obstante a clareza da legislação brasileira, é certo que ainda se questiona, na doutrina, a conceituação de bens jurídicos coletivos penalmente protegidos. Com efeito, juristas como Hassemer têm restrições a tal definição, afirmando que os interesses coletivos constituem uma clara amostra do caráter expansionista do Direito Penal, o que vulnera a ideia de Direito penal como *ultima ratio*.[22]

Já Roxin sustenta que na evolução do Direito penal é inevitável o deslocamento da proteção dos comportamentos puníveis: gradualmente saindo do campo da proteção individual para a proteção da coletividade, já que

> "(...) tales hechos delictivos el bien jurídico protegido sólo reconocerse a menudo de una forma difusa, porque los tipos delictivos, en lugar de describir formas concretas de lesión del bien jurídico, tienden a describir situaciones de peligro abstracto que se sitúan en una fase previa a la producción del daño".[23]

Bustos Ramírez lembra ser necessário considerar uma ordenação dos crimes pelos bens jurídicos protegidos, não se baseando em uma atomização da sociedade, mas sim sob a ótica do todo que implica um sistema. Assim, há bens jurídicos que estão referidos nas bases de existência do sistema e bens jurídicos que estão em conexão com o funcionamento do sistema. Os primeiros são os que tradicionalmente chamamos de bens jurídicos individuais, como o caso da vida humana, saúde individual, liberdade etc. Os segundos são aqueles que incidem em relações macrossociais, dentro do funcionamento do sistema, e se apresentam em três níveis: bens jurídicos coletivos (presentes de forma constante no dia a dia de cada um dos sujeitos ou grupos em que se integra, como meio-ambiente, ordem econômica); bens jurídicos institucionais (fé pública, administração da justiça) e bens jurídicos de controle (segurança interna e externa do Estado).[24]

---

22. HASSEMER, Winfried. Perspectivas del Derecho penal futuro. *Revista Penal – Universidade Complutense*, n. 1, p. 37-42, 1998.

23. ROXIN, Claus. *La Evolución de la Política Criminal, El Derecho Penal y el Proceso Penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanc, 2000. p. 27.

24. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal*. Parte especial. Barcelona: Ariel, 1986. p. 6.

Uso Exclusivo do RBCCrim

A partir dessa classificação, não resta dúvida que o bem jurídico-penal "ordem econômica" é um bem coletivo.

Dessa forma, resta evidente que o paradigma atual da dogmática penal presencia uma transformação do objeto de proteção, uma transição do bem jurídico individual para bens jurídicos supraindividuais ou coletivos. Há que se fazer também uma constatação: se é verdade que os bens jurídicos coletivos ampliaram a gama de proteção do Direito Penal, há que se afastar completamente a ideia de que tais bens devem ser encarados como secundários em relação aos bens jurídicos tradicionais como vida humana, saúde individual, patrimônio individual etc. Isto significaria reconhecer que a orientação política estatal está desenhada por um contexto meramente individualista, em função da proteção de interesses individuais, como se esta fosse o seu fim último e único existente.

Os bens jurídicos coletivos não configuram uma categoria acima ou além do indivíduo; sim estão em função de todos os membros da coletividade – assim, são complementares em relação aos bens jurídicos individuais. São também, por sua vez, autônomos, já que possuem um conteúdo material próprio.

Sem desmerecer os bens jurídicos individuais, não há como desconhecer que os bens jurídicos coletivos estão a serviço de todas as pessoas e, portanto, são realidades existentes no funcionamento do sistema social.

A doutrina, tanto nacional quanto a estrangeira, entende que nas relações econômicas existem dois bens jurídicos fundamentais, consequentes das normas constitucionais: o patrimônio individual e a ordem econômica (supraindividual). O patrimônio individual deve ser resguardado pela lei penal por meio dos crimes tradicionais. Já os crimes contra a ordem econômica merecem reprovação não pelos danos que causam aos indivíduos, mas à coletividade como um todo. O bem jurídico "ordem econômica", portanto, possui caráter supraindividual e se destina a garantir um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais.

Ademais, nunca é demais repetir que o Estado Democrático de Direito que o Brasil abraçou na Constituição Federal de 1988 elegeu a dignidade da pessoa humana, logo em seu artigo 1º, como um de seus fundamentos. Dessa forma, toda a ordem jurídica brasileira deve nela se estruturar: a interpretação de todos demais preceitos constitucionais e legais há que ser feita sob o comando das normas de direito fundamental que consagram a dignidade da pessoa humana.

A tutela penal da ordem econômica não pode escapar a esse mandamento. Não há como entender as normas constitucionais e legais referentes à defesa da ordem econômica e livre concorrência sem a premissa de que tal proteção é essencial para assegurar a dignidade da pessoa humana e os objetivos da República

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Federativa do Brasil (art. 3º): (i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) garantir o desenvolvimento nacional; (iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e (iv) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

E ainda: a tutela da ordem econômica e da livre concorrência nesse quadro deixa de ser um imperativo meramente nacional, como também internacional, baseado na análise de diplomas normativos internacionais, explicitando o fundamento dessa internacionalização e transnacionalização do combate a práticas desleais de concorrência – que é a implementação de direitos humanos.

Não por coincidência que já há alguns anos a ONU (Organização das Nações Unidas) vem produzindo diversos textos que tratam da relação entre o livre comércio e a proteção de direitos humanos.[25]

Na área do direito comercial, a OMC (Organização Mundial do Comércio) incorporou os compromissos em matérias relacionadas a direitos humanos estabelecendo determinações nesse sentido – como, por exemplo, as que limitam o livre comércio no caso de certos medicamentos ligados ao direito à saúde e as que dizem respeito ao comércio de diamantes produzidos em zonas de guerra, protegendo de alguma forma a vida e a segurança das pessoas situadas nessas zonas. O desenvolvimento desses mecanismos resulta justamente do reconhecimento pela OMC da imposição de respeito a direitos humanos inclusive sobre a ordem econômica e sobre a concorrência.

Por isso a atual configuração do GATT ("General Agreement on Tariffs and Trade" – Acordo Geral de Tarifas e Comércio), e do GATS ("General Agreement on

25. Ver, dentre outras, as Recomendações Gerais do Conselho Econômico e Social/Comissão de Direitos Humanos da ONU – *Globalization and its impact on the full enjoyment of human rights* – E/CN.4/Sub.2/2000/13, de 15 de junho de 2000; e do Alto Comissariado para Direitos Humanos da ONU: *The impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on human rights* (E/CN.4/Sub.2/2001/13), 27 de junho de 2001; *Liberalization of trade in services and human rights* (E/CN.4/Sub.2/2002/9), 25 de junho de 2002; *Human rights, trade and investment* (E/CN.4/Sub.2/2003/9), 2 de julho de 2003; *Analytical study of the High Commissioner for Human Rights on the fundamental principle of participation and its application in the context of globalization* (E/CN.4/2005/41), 23 de dezembro de 2004; *Mainstreaming the right to development into international trade law and policy at the World Trade Organization* (E/CN.4/Sub.2/2004/17), 9 de junho de 2004; *The right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health* (E/CN.4/2004/49/Add.1), 1º de março de 2004; *Analytical study of the High Commissioner for Human Rights on the fundamental principle of non-discrimination in the context of globalization* (E/CN.4/2004/40), de 15 de janeiro de 2004.

Uso Exclusivo do IBCCRIM

Trade in Services – Acordo Geral sobre Comércio de Serviços), tratados administrados pela OMC, determina que os Estados em seus compromissos comerciais internacionais levem conta direitos humanos: eles possuem uma cláusula de exceção geral que permite limitar o livre comércio para defender, entre outras coisas, a moral pública, a saúde humana e os recursos naturais. Uma vez que os Estados-membros da OMC estão vinculados aos tratados internacionais de proteção de direitos humanos, seus membros podem ser responsabilizados quando violam esses direitos ao não incorporá-los na imposição de regras à livre concorrência e ordem econômica. Por isso a diretriz da instituição é que direitos humanos devem ser respeitados por meio de uma boa interpretação e aplicação das disposições da OMC.[26]

Com base nisso, o Sistema de Solução de Controvérsias (SSD) da OMC, organismo especializado na defesa final dos tratados de seu âmbito, tem gerado interpretações que estabelecem que as questões de direitos humanos imponham limites às regras do comércio internacional, inclusive – e especialmente – com relação à livre concorrência

Segundo, ainda, a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, a violação à livre concorrência, viola também o direito ao desenvolvimento e direito ao mínimo existencial[27], uma vez que a liberdade de competição leva ao barateamento de produtos e permite maior consumo e combate à pobreza. Além disso, a livre concorrência assegura direitos difusos diversos, como direito à saúde (por exemplo, na existência de produtos mais seguros produzidos pelo mercado), direito ao meio ambiente (produtos "verdes", que obedecem aos parâmetros de respeito à normas ambientais), direitos dos trabalhadores e das crianças (produtos que não utilizam trabalho escravo ou trabalho infantil na sua produção), direito do consumidor[28].

---

26. Conferir texto de MARCEAU, Gabrielle. WTO Dispute Settlement and Human Rights. *European Journal of International Law*, v. 13, Issue 4, p. 753-814, September 2002. Disponível em: [www.ejil.org/archives.php]. Acesso em: 29.05.2020.

27. Para André de Carvalho Ramos, o mínimo existencial "consiste no conjunto de direitos cuja concretização é imprescindível para promover condições adequadas de existência digna, assegurando o direito geral de liberdade e os direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à saúde, o direito à previdência e assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação, entre outros". CARVALHO RAMOS, André. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p 79.

28. Nesse exato sentido é a nota "The role of competition policy in promoting sustainable and inclusive growth", elaborada pelo secretariado da UNCTAD (sigla em inglês da United Nations Conference on Trade and Development, Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento). Disponível em: [https://unctad.org/meetings/en/

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Portanto, a imposição internacional de tutelar a ordem econômica e livre concorrência como decorrência da função expansiva e efeito irradiante dos direitos fundamentais e direitos humanos[29] alimenta e sustenta a necessidade de criminalização de atos deletérios contra tais direitos, especialmente perpetrados por grandes incorporações e cartéis.

O combate à livre concorrência pode assim ser medido tanto na sua faceta preventiva quanto repressiva. No tocante à prevenção, a cultura de respeito a direitos humanos divulga o direito difuso à ordem econômica que busca atender aos objetivos do Estado brasileiro, o que auxilia a transformação dos atos de concorrência desleal em conduta socialmente nociva, ao invés de ser considerada uma prática inevitável e socialmente suportada. No tocante à repressão aos atos que violam a livre concorrência, o vínculo com a proteção de direitos humanos auxilia a revelar o ganho social com o enfrentamento sério e eficaz da prática por meio da tutela penal, elevando a proteção jurídica do bem jurídico violado pelas corporações e cartéis, que devem ser garantidos pelos esforços do direito penal.

SessionalDocuments/tdrbpconf8d6_en.pdf]. Acesso em: 09.06.2020, segundo a qual "By correcting market failures, effective competition policies may lead firms to become more efficient, increase innovation and widen consumer choice and product quality. Further, as outlined in one study, these conditions may also lead to firms producing healthier, safer, environmentally responsible and more ethical and equitable products, in order to satisfy the demands of more discerning and conscientious consumers.5 Proponents of competition policy would argue that, as well as fostering economic growth, this is indicative of its role in supporting equitable outcomes, alleviating poverty and indirectly promoting sustainable and inclusive development. Further, the alignment of business practices, especially those of big business, can play a central role in determining the development path of a nation".

29. Associado ao reconhecido efeito irradiante dos direitos fundamentais está a assunção de sua dimensão objetiva, que redunda na chamada "dupla dimensão" dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais não devem ser entendidos apenas como conferidos a seus titulares, mas também como um conjunto de regras impositivas de comportamentos voltadas à proteção e satisfação daqueles direitos subjetivos conferidos aos indivíduos. Sobre efeito expansivo e irradiante e dimensão objetiva dos direitos fundamentais, conferir, dentre outros: VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. em especial p. 149. HÄBERLE, Peter. *La libertà fondamentali nello Stato costituzionale*. Trad. Alessandro Fusillo e Romolo W. Rossi. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1996. p. 116. No Brasil, ver MENDES Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998. p. 214; e SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2004. p. 371.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

5. Tutela Penal da Livre Concorrência e Ordem Econômica

Conforme apontado, o ilícito contra a livre concorrência se caracteriza por não se dirigir apenas contra interesses individuais, mas sim – e principalmente – contra interesses supraindividuais da vida econômica.

Por esse motivo, o direito penal – com seu caráter preventivo e repressivo – não pode ficar alheio a esse combate. A atuação administrativa é sempre mais rápida do que a jurisdicional – porém, a sanção administrativa tem pequeno poder de intimidação geral (até por não possuir caráter de publicidade como a pena)[30].

Por isso, há vantagens da repressão criminal de tais condutas. Em primeiro lugar, pela multiplicação dos agentes repressores, que, espalhados por todo País, têm muito mais condições de detectar as infrações ocorridas em seus estados e cidades do que um órgão central localizado em Brasília. Além disso, os instrumentos de investigação disponíveis em casos criminais são bastante abrangentes. Além da possibilidade de determinação de busca e apreensão, também existente na esfera cível, a instrução criminal conta com outro aliado não disponível a qualquer outro agente (privado ou público) de investigação – por exemplo, a possibilidade, a partir de mandado judicial, de interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, registros de conexão e registro de acessos a aplicações da internet. Além disso, a modernização da previsão dos meios de prova no processo penal com a implementação no Brasil dos compromissos assumidos ao firmar a Convenção de Palermo – Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (United Nations Convention against Transnational Organized Crime), ou UNTOC permite perfeitamente na investigação de cartéis e crimes contra a livre concorrência a utilização de meios especiais de obtenção de prova e medidas de proteção a vítimas, testemunhas, peritos e réus colaboradores: colaboração premiada (art. 26), vigilância eletrônica e a

30. O CADE somente passou a disponibilizar os primeiros dados abertos relativos à sua atuação na defesa da concorrência no país, no Portal Brasileiro de Dados Abertos do governo federal, em janeiro de 2018, no site [http://dados.gov.br/dataset/controle-de-decisao]. A partir daí a autarquia se comprometeu a publicizar três conjuntos de informações: controle de decisões, multas aplicadas em processos de condutas anticompetitivas e histórico de arrecadações ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Contudo, a despeito da preocupação inicial em garantir o direito ao acesso à informação, é preciso que os órgãos coloquem essas ferramentas em ativa. O site não tem sido alimentado com dados desde 2018; hoje, é possível acessar o Boletim de Jurisprudência – onde há controle das decisões, e não dos outros dois conjuntos de informações – disponível em: [www.cade.gov.br/assuntos/boletim-de-jurisprudencia].

USO EXCLUSIVO DO BOGHIM

infiltração policial (art. 20)[31]. Estabelece ainda medidas protetivas, que podem atender a testemunhas (art. 24) e colaboradores (art. 26.4). E ainda, congelamento ou bloqueio de bens, direitos e valores ligados às atividades ilícitas daqueles ligados aos crimes contra a livre concorrência, para fins de eventual confisco. É o que se vê nos arts. 12 e 13 da UNTOC, que cuidam, respectivamente, de normas sobre indisponibilidade, perdimento e cooperação para confisco de ativos, assim como sobre sua destinação (art. 14).

Por fim, a tutela penal da livre concorrência permite utilizar com mais eficiência e celeridade instrumentos de assistência jurídica internacional, como extradição, formação de equipes conjuntas de investigação, transferência de processos penais, transferência de pessoas condenadas e repatriação de ativos, essenciais em crimes que envolvem circulação de capital entre diferentes Estados e companhias pertencentes muitas vezes a conglomerados estrangeiros.

Assim, quando se fala em tutela penal da ordem econômica, sempre está subjacente a ideia de eficiência – o que seria inevitável com o avanço do Direito Penal sobre a economia e atividade empresária.

Após constatar empiricamente o déficit de sanção que há em matéria penal econômica, a dogmática jurídica contemporânea passou a questionar sobre as alternativas existentes para tornar o direito penal econômico mais efetivo e menos simbólico. Assim, Hassemer e Muñoz Conde falam do chamado "direito da intervenção", que seria um ponto médio entre o Direito penal e o Direito administrativo sancionador: infrações de conteúdo econômico escapariam da órbita penal para ingressar no campo deste "direito de intervenção". Tal ramo do direito seria menos pretensioso com relação às garantias materiais e processuais penais, mas, por outro lado, disporia de sanções menos rigorosas do que as clássicas, com clara orientação preventiva.[32] Contudo, considero que essa solução acarreta um (cruel) resultado perpetuador do sistema de desigualdade social. Não parece justo nem proporcional, sob a ótica constitucional do Direito penal, concentrar a efetiva persecução punitiva na criminalidade das ruas e deixar o crime econômico para esta novidade – ainda incerta – que é o "direito de intervenção". Por isso, há que se combater posturas que pretendem erradicar do âmbito penal

31. Conferir nesse sentido a obra de ZANELLA, Everton. *Infiltração de agentes e combate ao crime organizado:* análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016.

32. A proposta concreta de um "direito de intervenção" pode ser vista em HASSEMER, Winfried, Crisis y características del Moderno Derecho Penal. Trad. Muñoz Conde. *Actualidad Penal,* Madrid, n. 43, 1993.

Uso Exclusivo RBCCRIM

justamente as condutas que na atualidade constituem os casos mais pontuais de perigo e lesão para bens jurídicos.

A ineficiência no combate a crimes contra a ordem econômica em um país desigual como o Brasil é ainda mais potencializada porque muitas das questões penais ainda são objeto de discussão sobre competência, fato que acresce anos à persecução penal e fatalmente leva à prescrição do delito, para não mencionar a anulação de sentenças proferidas por órgãos absolutamente incompetentes.

6. Competência nos Crimes contra a Concorrência e a Ordem Econômica no Ordenamento Brasileiro

6.1. Competência Criminal da Justiça Federal

A jurisdição do Estado é una, mas há diferentes órgãos que a exercem e contribuem para a aplicação da lei ao caso concreto. Nem é necessário acrescentar que há evidente divisão de trabalho entre os órgãos judiciais, em razão do número de feitos, quer criminais ou não criminais, existentes.

Tal divisão de trabalho é traçada pelo instituto da competência, que vem a ser a divisão do poder jurisdicional para cada órgão, ou seja, é a medida da jurisdição.[33] No caso do objeto do presente artigo, é mister estudar o delineamento normativo da competência criminal federal.

Antes de tudo, pode-se dizer que a Justiça Federal acompanha as vicissitudes do federalismo e da democracia brasileira. Criada pela Constituição de 1891, para conhecer os feitos de interesse da União Federal, foi extinta pela Constituição do Estado Novo (1937) e recriada pela Constituição de 1946, que não estabeleceu uma Justiça Federal de 1º Grau, mas apenas previu três Tribunais Federais de Recursos, dos quais apenas um foi efetivamente implantado (no Distrito Federal). Foi graças ao Ato Institucional 02, de 27 de outubro de 1965, após o golpe militar de 1964, que foi reintroduzida a Justiça Federal de 1º Grau.[34]

Por sua vez, a Constituição de 1988 criou os Tribunais Regionais Federais (artigo 107, parágrafo único), extinguiu o TFR (Tribunal Federal de Recursos,

33. Conforme definimos em ABADE, Denise Neves. *Processo penal* – carreiras federais. Coordenação André Ramos Tavares e José Carlos Francisco. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 167.

34. Artigos 6º e 20 do AI 2/65.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

criado pela Constituição de 1946[35] e manteve a Justiça Federal de 1ª instância, regida pelo artigo 109 do texto constitucional.

Em virtude desses dispositivos constitucionais, há consenso na doutrina e jurisprudência no reconhecendo que a competência da Justiça Federal é constitucional e não pode ser ampliada ou reduzida por diplomas normativos infraconstitucionais.

Conforme já afirmamos em obra anterior,

> "[A] competência da jurisdição federal é expressa, ao passo que a competência da Justiça dos Estados-membros é residual. Isso significa que configurado um crime de competência federal, exclui-se de plano a aplicação da competência residual. A competência residual (da jurisdição estadual) é regra de aplicação subsidiária, condicionada ao afastamento prévio e anterior da competência expressa. Por esse motivo, conforme determina a Súmula 122 do Superior Tribunal de Justiça, prevalece a competência da Justiça Federal na hipótese de reunião obrigatória de processos de competência federal e estadual, quando determinada em razão da conexão ou continência [...] Também é hipótese de competência absoluta, cuja inobservância acarreta em violação à garantia do juiz natural, a competência estabelecida constitucionalmente em razão da relevância de determinados cargos ou funções públicas".[36]

No mesmo sentido, sustenta Alexandre de Moraes que "a competência da Justiça Federal vem taxativamente prevista na Constituição. Dessa forma, conclui-se que a competência da Justiça comum é subsidiária".[37] Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "A competência aqui enumerada é taxativa. Não pode ser ampliada por lei".[38]

A competência criminal da Justiça Federal se encontra descrita em cinco grandes hipóteses insculpidas nos incisos do artigo 109 da Constituição. O primeiro deles dispõe que compete à Justiça Federal julgar os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou

35. Arts. 103/105.

36. Ver em ABADE, Denise Neves. *Processo penal* – carreiras federais. Coordenação André Ramos Tavares e José Carlos Francisco. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 168-169.

37. Ver in MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Ed. Atlas, p. 436. Por seu turno, preleciona Amaral Santos que "*E tal é a relevância dessa competência dos juízes federais, que a própria Constituição Federal dedicou-lhe disposições expressas, impedindo que a lei ordinária regulasse a matéria*".

38. Ver in FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. v. 3, p. 10.

Uso exclusivo do RBCCrim

de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.

O segundo deles estabelece que é competente a Justiça Federal para julgar os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente.

Em uma terceira hipótese incumbe à Justiça Federal julgar os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira e, na quarta hipótese, são julgados pela Justiça Federal os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar.

Finalmente, compete à Justiça Federal julgar os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro.

Uma rápida mirada sobre essas cinco hipóteses permite concentrar a atenção sobre dois dispositivos constitucionais: o artigo 109, IV, que assevera que são de competência da Justiça Federal as infrações praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, e o artigo 109, inciso VI, que prevê que serão da competência da Justiça Federal os crimes contra o sistema financeiro nacional e contra a ordem econômico-financeira nos casos determinados por lei.

De fato, as demais hipóteses estão afastadas, por não se relacionarem com os crimes contra a ordem econômica ou especificamente contra a concorrência. Mas as duas hipóteses escolhidas, ao que tudo indica, têm clara pertinência com a matéria.

A começar com o artigo 109, IV, que trata de infração penal em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou entidade autárquica. Como veremos, não só a União se ocupa, por meio da Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac), em combater às infrações à concorrência, como há uma autarquia federal (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) especializado no julgamento de tais infrações, de modo exclusivo. Quanto à segunda hipótese, a Lei 8.137/90 foi omissa quanto à competência da Justiça Federal. Assim, passa-se a analisar essas duas hipóteses em face dos crimes contra a concorrência.

6.2. A solução jurisprudencial tradicional: a ausência de lei definidora da competência federal para os crimes contra a concorrência

Boa parte da jurisprudência a esse respeito avalia que a lesão ao bem jurídico tutelado nos crimes contra a ordem econômica não configura crime federal, baseada no inciso VI do artigo 109 da Constituição Federal.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Basicamente, entende-se que, como não houve previsão legal, não há de se falar em competência da Justiça Federal, pois o artigo 109, VI, exigiria a indicação expressa da competência federal, o que ocorre com os crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/86).

Assim, já se decidiu que

> "Nos termos do art. 109, VI, da CF, os crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira são da competência da Justiça Federal apenas nos casos determinados em lei. Contudo, a Lei 8.137/1990, que trata dos crimes contra a ordem econômica, não contém dispositivo legal expresso que fixe a competência da Justiça Federal, motivo pelo qual, em regra, nesses casos, a competência será da Justiça estadual".[39]

Ou ainda,

> "Compete ao juízo comum estadual o processo para apuração de possíveis crimes contra a ordem econômica, capitulados na Lei 8.176/91, já que não contém previsão específica no sentido da competência da justiça federal. Inteligência do artigo 109, VI, da Constituição Federal".[40]

Não vejo crítica a essa leitura do artigo 109, VI, pois é evidente que o referido dispositivo constitucional exige, para servir de fundamentação à competência federal, texto legal expresso.

Contudo, há o equívoco na interpretação retalhada da Constituição, que exclui as outras hipóteses de competência criminal federal. De fato, resta ainda analisar o artigo 109, IV, justamente aquele que estabelece ser competência da Justiça Federal os crimes contra bens, interesses e serviços da União ou autarquia.

Olvidar esse dispositivo no Brasil de hoje é impossível, pois o combate às práticas anticoncorrenciais em todo território nacional é feita por órgãos da União

39. 2. A ementa prossegue: "*In casu*, embora os crimes apurados no inquérito policial (concorrência desleal e abuso de poder econômico) digam respeito à coletividade e à proteção à ordem econômica, por não ter sido demonstrada a ocorrência de efetivo prejuízo a patrimônio, interesses ou serviços da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, bem como por não ter sido demonstrado o mínimo de suspeita de que o eventual ilícito tenha propensão para prejudicar o setor econômico de vários Estados-membros ou o fornecimento de serviços essenciais, afasta-se a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito". STJ, CC 148.159/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, julgado em 26.06.2019, *DJe* 01.07.2019.

40. STJ, CC 19201/SP, *DJ* 25.02.98, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Federal e o julgamento administrativo dessas práticas é feita por uma autarquia federal, o CADE.

O próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 750, decidiu que há "clara predominância" de interesse federal para combater "práticas que estimulem a concorrência predatória".[41]

Assim, justifica-se a necessidade de o tema ser tratado privativamente pela União, de modo a uniformizar o comércio interestadual e impedir eventuais políticas que dificultem o livre mercado entre as unidades federativas e, consequentemente, evitar que os laços federativos sejam embaraçados.

Assim, passamos a analisar uma segunda hipótese de competência da Justiça Federal.

6.3. Uma nova abordagem: crime em detrimento de interesse ou serviço da União e autarquia

De acordo com o artigo 109, IV, é crime federal aquele que lesa interesse, bem ou serviço da União ou autarquia federal. Assim, resta avaliar se o crime contra a concorrência se subsome em tais hipóteses.

41. STF, ADI 750, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03.08.2017, *DJ* 09.03.2018. Extrai-se trecho do voto do relator: "Em diversos dispositivos constitucionais fica clara a intenção do constituinte de, de um lado, promover a integração e a cooperação entre os entes subnacionais e, de outro, combater todas as práticas que estimulem a concorrência predatória ou a criação de barreiras ao comércio ou à livre circulação de bens e pessoas no território nacional. Veja-se, por exemplo, a previsão de que é vedado aos Entes a criação de distinções entre brasileiros ou preferências entre si (art. 19, III, Constituição Federal), bem como que é vedado à União "instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País" (art. 151, I, Constituição Federal). No mesmo sentido, os dispositivos ora impugnados também não se justificam diante do princípio da proporcionalidade [...] Ao estabelecer requisitos específicos para a comercialização de todos os produtos alimentícios em âmbito estadual, o Estado do Rio de Janeiro acaba por dificultar a inserção de bens provenientes de outras localidades em seu mercado e a livre circulação de mercadorias. [...] Daí a necessidade de o tema ser tratado privativamente pela União, de modo a uniformizar o comércio interestadual e, consequentemente, evitar que os laços federativos sejam embaraçados. [...] No caso, parece-me evidente não haver justificativa plausível que autorize restrições às embalagens de alimentos comercializados no Estado do Rio de Janeiro. Há clara predominância de interesse federal a evitar limitações que possam dificultar o mercado interestadual".

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Pelo critério do interesse da União, objetivamente identificado, o resultado da avaliação satisfaz ao modelo constitucional de definição da competência federal. O delito em exame ofende claramente interesses da União, expressos na Constituição, já que atenta contra os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e retira a função social da propriedade, valores que a União se comprometeu a defender, assumindo inclusive compromissos internacionais. Com efeito, o próprio CADE define que "cartel é qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer cotas, restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública ou restringir ou eliminar a concorrência de qualquer outra forma"[42].

Não há a menor dúvida sobre o dever de proteção da ordem econômica por parte da União.

Assim, na página oficial do CADE a entidade se define como o órgão que "tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência".[43] E esclarece o âmbito de sua atividade repressiva: "investigar, em todo o território nacional, e posteriormente julgar cartéis e outras condutas nocivas à livre concorrência"[44].

O último Plano Plurianual – PPA do CADE (2016-2019) estabeleceu como prioridade as seguintes iniciativas (i) fortalecimento da política de combate a cartéis, com ênfase na persecução de cartéis em compras públicas, inovando e aprimorando os mecanismos de investigação e de inteligência por meio do uso integrado de informações e da institucionalização de parcerias com órgãos da administração pública e organismos internacionais; (ii) implementação de melhores práticas reconhecidas internacionalmente para prevenção e repressão a condutas anticompetitivas, de modo a aumentar a eficácia, eficiência e efetividade do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; (iii) ampliação da geração de conhecimento sobre defesa da concorrência por meio da sistematização da jurisprudência do Conselho, do fomento à produção acadêmica e da realização de estudos econômicos com ênfase em setores de grande impacto econômico e social;

42. Conforme "Cartilha do Cade". Disponível em: [www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf]. Acesso em: 30.05.2020.

43. Disponível em: [www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional]. Acesso em: 02.06.2020.

44. Disponível em: [www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/copy_of_competencias/capa-interna].

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

e (iv) disseminação da cultura da concorrência no Brasil por meio da adoção de práticas educativas e formativas sobre o tema.

Sobre quais autoridades que seriam competentes para "investigar e punir cartéis e outras infrações relacionadas: o combate a cartel em licitação nas esferas administrativa, penal e civil, infrações relacionadas e autoridades competentes", no "Guia de Combate a Cartéis em Licitação", publicação oficial do órgão de 2019,[45] a entidade federal esclarece:

> "No ordenamento jurídico brasileiro, o cartel configura ilícito antitruste, cuja previsão encontra-se na Lei 12.529/2011, conforme explicado anteriormente. Assim, no âmbito administrativo, o cartel como conduta anticompetitiva, i.e., infração que fere a livre concorrência, é investigado e o respectivo processo administrativo é instruído pela SG/Cade (artigo 13, inciso V, da Lei 12.529/2011) e, posteriormente, é julgado pelo Plenário do Tribunal do CADE (artigo 9º, III, da Lei 12.529/2011), que pode aplicar às empresas e pessoas físicas multas, além de outras penalidades prevista na Lei".

Como justificar, diante desse quadro, que a "prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer cotas, restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública ou restringir ou eliminar a concorrência"[46] pode ser mero interesse local, e não da União?[47]

Outra demonstração muito clara de que a ordem econômica é interesse da União é que a polícia judiciária que atua em todos os casos de crimes contra a livre concorrência e ordem econômica é Polícia Federal, ainda que em conjunto com autoridades do Ministério Público dos Estados e remetendo o resultado da apuração para o judiciário estadual – justamente sob a justificativa de que uma de suas missões é apurar infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas.

45. Guia de Combate a Cartéis em Licitação, p. 19. Disponível em: [www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf]. Acesso em: 30.05.2020.

46. Definição de cartel constante na Cartilha do Cade. Disponível em: [www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf]. Acesso em: 07.06.2020.

47. O artigo 36 da Lei 12.529/2011 elenca algumas condutas que podem caracterizar infração à ordem econômica, na medida em que tenham por objeto ou possam produzir efeitos anticoncorrenciais (§ 3º). Esse dispositivo estabelece uma lista exemplificativa e não exaustiva de condutas que têm a possibilidade de causar danos à concorrência.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Ademais, por expressa determinação legal, a investigação dos crimes contra a ordem econômica é feita pela Polícia Federal.[48]

Ora, cabe à Justiça Federal, de acordo com o artigo 109, I, da Constituição, julgar as ações judiciais que eventualmente questionem a investigação e o julgamento das infrações cíveis à livre-concorrência. A execução das decisões do CADE também é de competência da Justiça Federal, como é óbvio. A Lei 12.529/2011, no mesmo diapasão, ordena que o CADE seja intimado para, querendo, intervir nos processos judiciais em que se discuta sua aplicação (art. 118). Caso o CADE manifeste seu interesse, qualquer ação judicial estadual passa a ser processada perante a Justiça Federal.

Por fim, a Lei 12.529/2011, prevê que membro do Ministério Público Federal será designado pelo procurador-geral da República para emitir parecer, nos processos administrativos visando à imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do conselheiro-relator. A Resolução Conjunta PGR/CADE 1/2016 detalha as atribuições do membro do MPF junto ao CADE e reconhece a atuação do Ofício MPF-CADE na prevenção da concentração de mercado, em consonância com a Lei Complementar 75/1993 (Lei Orgânica do MPU) consignando que é uma das funções institucionais do Ministério Público Federal zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos à atividade econômica (art. 5º, II, "c" c/c art. 38, *caput*).

6.4. A (falta de) fundamentação dominante

Portanto, carece de coerência a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça em conflito de competência, que determinou que

> "[E]mbora os crimes apurados no inquérito policial (concorrência desleal e abuso de poder econômico) digam respeito à coletividade e à proteção à ordem econômica, por não ter sido demonstrada a ocorrência de efetivo prejuízo a patrimônio, interesses ou serviços da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, bem como por não ter sido demonstrado o mínimo de suspeita de que o eventual ilícito tenha propensão para prejudicar o setor econômico de vários Estados-membros ou o fornecimento de serviços essenciais, afasta-se a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito".[49]

48. Lei 10.446, de 08 de maio de 2002, que regulamenta a atuação da Polícia Federal no caso de investigação de cartel que tenha repercussão interestadual ou internacional e exija atuação uniforme.

49. STJ, CC 148.159/SP, rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, j. 26.06.2019, *DJe* 01.07.2019.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

A decisão do STJ a respeito da competência estadual para conhecer e julgar crimes contra concorrência se mostra verdadeiro paradoxo dentro do mesmo tribunal que decidiu que, com relação a infrações de adulteração de combustível,

> "[É] indiscutível a legitimidade do Ministério Público Federal para propor a presente ação, porquanto, além de se verificar que o feito está relacionado à tutela de direitos coletivos, os quais, *in casu*, por sua própria natureza extravasam limites estaduais, nota-se que a fiscalização e a regulamentação da venda de combustíveis pertence a ente autárquico federal, qual seja, a Agência Nacional do Petróleo. Se há interesse da União, em âmbito administrativo, na regulamentação e fiscalização do comércio de combustíveis por intermédio de autarquia federal, então não se pode afastar a legitimidade ativa do MPF".[50]

Aliás, há outros exemplos do próprio Superior Tribunal de Justiça consagrando a competência federal em crimes econômicos sem recurso ao artigo 109, VI, da Constituição, mas sim ao artigo 109, IV. Em rumoroso conflito de competência envolvendo investigação de político nacional, decidiu o STJ, por unanimidade, que a lavagem de dinheiro no exterior é crime de competência federal porque há interesse da União – comprovado pela atuação do COAF, órgão consultivo federal formado por servidores da União e de suas autarquias, mesmo sem qualquer menção expressa na lei que então regia o crime de lavagem de capitais (Lei 9.613/98).[51]

Também merecedora de reparos a última posição da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão, que trata na estrutura do Ministério Público Federal da defesa do consumidor, da concorrência e da regulação da atividade econômica. Em "Roteiro de Atuação de Combate a Cartéis"[52], a 3ª CCR mudou a posição adotada anteriormente para entender que a atribuição do MPF, inclusive para ações cíveis, deve ser restrita para procedimentos "cujo objeto sejam condutas praticadas, seus reflexos ou questões estruturais inseridas em: (a) mercado relevante que englobe mais de um estado da Federação; (b) mercado relevante que abranja a maior parte ou todo território nacional; ou (c) mercado relevante internacional",

50. STJ, AgRg no REsp 1518698/SE, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 25.08.2015, *DJe* 16.11.2015.

51. STJ, CC 32861/SP, rel. Min. Gilson Dipp, decisão unânime, *DJ* 19.11.2001.

52. Roteiro de Atuação de Combate a Cartéis, Ministério Público Federal – 3ª Câmara de Coordenação e Revisão. Brasília: MPF, 2019. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao--tematica/ccr3/documentos-e-publicacoes/roteiros-de-atuacao/combate-a-carteis]. Acesso em: 30.05.2020.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

uma vez que "federalismo brasileiro preserva a atribuição dos Ministérios Públicos estaduais para questões de interesse local".[53]

A Lei 8.137/90 não prevê a competência da Justiça Federal para as infrações nela contidas. Mas jamais se discutiu tal competência nos casos previstos nos artigos 1º e 2º, por exemplo, sempre que houver sonegação de tributos federais – porque bem da União foi lesado com a conduta. O uso de passaporte falso é crime federal porque interesse da União foi lesado com a conduta. Tentativa de roubo à Caixa Econômica Federal é crime de competência federal porque serviço e interesse da União foram lesados.

6.5. A tutela penal federal dos crimes contra a concorrência

Diante de tudo o que expusemos, vimos que: a União Federal possui um braço do Ministério da Justiça, a Seprac, que compõe juntamente com a autarquia federal CADE o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com atribuição de investigação de todas as práticas anticoncorrenciais previstas na Lei 12.529/2011. A Seprac é órgão federal envolvido em consultas e em de práticas contrárias à livre concorrência e ao CADE cabem os procedimentos de investigação e julgamento dessas práticas.

Não há, como em outros casos, competência administrativa comum com os Estados-membros: todas, repito, todas as infrações cíveis à concorrência, retratadas na Lei 12.529/2011 serão investigadas, julgadas e eventualmente punidas por uma autarquia federal. Mesmo que o mercado relevante da conduta concertada ou do cartel não ultrapasse as fronteiras de um município – uma vez que uma conduta municipal, como já afirmamos, gera impacto em todo o Brasil.

Em síntese, há um complexo sistema de órgãos federais (Seprac, Polícia Federal) e uma autarquia federal (CADE), com inúmeros servidores públicos federais e bens alocados, prestando um serviço público federal de relevo: investigar e punir as práticas anticompetitivas em todo o território nacional.

Só que tais práticas anticompetitivas previstas em especial no artigo 36 da Lei 12.529/2011 possuem reflexo criminal, estando descritas na Lei 8.137/90. Será que tais crimes não ofendem interesse e serviço federal?

53. Roteiro de Atuação de Combate a Cartéis, Ministério Público Federal – 3ª Câmara de Coordenação e Revisão. Brasília: MPF, 2019., p. 23 e 24. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/documentos-e-publicacoes/roteiros-de-atuacao/combate-a-carteis]. Acesso em: 30.05.2020.

Uso exclusivo do RBCCrim

A resposta é afirmativa. É impossível negar a realidade: a União Federal tem legítimo e exclusivo interesse, a partir da Constituição e de acordo com os mandamentos da Lei 12.529/2011 de combater as práticas concertadas e similares.

Possui bens e servidores incumbidos, com exclusividade, de tal tarefa. E, finalmente, presta serviço público especializado na investigação, julgamento e punição de tais práticas.

Ou seja, a situação acima descrita (interesse, bens e serviço federal) se subsome com perfeição na hipótese normativa de competência do artigo 109, IV, da Constituição Federal. Outra interpretação negaria vigência ao artigo 109, IV, da Constituição. E pior: a outra interpretação possível, ser os crimes contra a concorrência, crimes de competência estadual, ofende princípios básicos de celeridade e eficiência da organização estatal, como se vê a seguir.

7. Dividir para reinar: a fórmula da ineficiência

Atualmente, os crimes contra a concorrência são processados, em sua maior parte, pela Justiça Estadual[54]. Não obstante com as melhoras trazidas pela Lei 12.529/2011 para a persecução dessas infrações, a eficiência estatal no combate dessas práticas ainda deixa muito a desejar.

Um dos motivos, creio, de tal ineficiência está justamente nessa situação atípica: quem possui estrutura especializada na investigação, meios materiais de análise e interesse em combater os cartéis e similares é a União Federal, mas quem deve levar os infratores à Justiça Penal e condená-los é o Estado-membro.

Ademais, sabem os membros dos Ministérios Públicos estaduais que um acordo de leniência[55], celebrado na esfera federal, por servidores públicos federais, sob a fiscalização do CADE, autarquia federal, (no qual possui assento o Ministério Público Federal e não o Ministério Público Estadual, pode extinguir a punibilidade do suposto crime estadual. Ora, cabe ao CADE, ente federal, a consecução

54. Ver, além do precedente aqui já citado, entre outros, os precedentes do STJ em conflitos de competência: CC 40.165/PR, 15.206/RJ, 38.989/RJ e 22.895/SP.

55. Vide o artigo 35-C e seu parágrafo único, incluídos no texto da Lei 8.884/94 pela Lei 10.149/2000, que dispõem: "Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo."

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO BOLBCCRIM

do acordo de leniência, que serve para extinguir a punibilidade criminal. Apesar de incoerente e ofensivo ao pacto federativo, pela jurisprudência tradicional esse acordo federal acaba ocasionando a interrupção da persecução criminal estadual.

Se o leitor ficou com a impressão de que há um estranho no ninho do combate às práticas anticompetitivas, acertou. O estranho no ninho é ser o crime contra a concorrência estadual, de acordo com a jurisprudência tradicional.

Há ainda outros fatores que contribuem para a ineficiência e que tornam a persecução desse crime na esfera estadual problemática.

Em primeiro lugar, os servidores públicos federais especializados na investigação desses crimes, caso cometam abusos, cometerão crime federal. O Departamento da Polícia Federal especializado na investigação desse pretenso crime estadual sofre a supervisão externa do Ministério Público Federal. Caso um delegado da Polícia Federal não obedeça a requisição ministerial estadual, prevarique ou seja corrompido, cometerá crimes federais, ou seja, serão processados esses agentes policiais federais pelo Ministério Público Federal. A eventual ação de improbidade, importante fator de prevenção de condutas reprováveis de servidores públicos, será promovida na Justiça Federal, pelo Ministério Público Federal ou pela União Federal.[56]

Por outro lado, caso haja destruição dolosa de bens federais utilizados na investigação, caso haja crimes cometidos contra os agentes federais envolvidos (desobediência contra delegado da Polícia Federal, por exemplo), esses crimes serão crimes federais, de acordo com a jurisprudência dominante.

Só que o crime-mãe, que gerou todo esse envolvimento de agentes federais, bens federais e que exige supervisão federal da regularidade de suas condutas (do Ministério Público Federal e da Justiça Federal), é tido como estadual, processado pelo Ministério Público Estadual e julgado pela Justiça Estadual.[57]

---

56. Para não fugir ao objeto do artigo, adoto, sem maior explanação, o entendimento majoritário no Superior Tribunal de Justiça, pelo qual cabe ao Ministério Público Federal atuar na Justiça Federal, sendo ofensivo ao pacto federal a atuação na Justiça Federal do Ministério Público Estadual. Aliás, após anos de atuação na área criminal do Ministério Público Federal na capital de São Paulo, constato que a realidade mostra que esse entendimento é amplamente compartilhado por Promotores estaduais e Procuradores da República.

57. E, ironicamente, caso haja conexão com apenas um crime federal (por exemplo, desacato a servidor federal), todos os crimes estaduais serão julgados pela Justiça Federal. Ver, entre outros, STF, HC 68.399, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento de 19.02.91, *RTJ*, 135/672.

É claro que o leitor atento percebe o resultado de tamanha incoerência: os crimes contra a concorrência são letra morta. A verdadeira atividade de combate às práticas anticompetitivas se restringem à esfera administrativa, no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

A criminalização dessa conduta, apontada no começo desse artigo exigência do Estado Democrático de Direito em um mundo globalizado que determina sanção penal a algumas condutas que ofendem bens jurídicos coletivos, parece quase ficção se comparada com os resultados fáticos.

Conclusão

A jurisprudência tradicional se baseia na leitura isolada do artigo 109, VI, da Constituição, uma vez que a Lei 8.137/90 nada menciona sobre a competência da Justiça Federal.

Porém, ignora-se o disposto no artigo 109, IV. Assim, nem sempre o fato de, nos casos de crime contra a ordem econômica e sistema financeiro, a lei não prever expressamente a competência da Justiça Federal, exclui necessariamente a competência federal, pois pode estar configurado o interesse da União, ou envolvimento de seus bens, ou serviço.

Como demonstramos à exaustão, todas as hipóteses do artigo 109, IV, são satisfeitas no caso dos crimes contra a concorrência: há lesão a bens, serviço e interesse da União e de autarquia federal (CADE).

Continuar afirmando ser estadual a competência para processar e julgar tais crimes é, além de contrária ao disposto na Constituição, viola a Constituição e o dever de proteção dos direitos difusos.

Para tutelar criminalmente a ordem econômica, cindir o interesse federal, considerando-o presente na esfera cível e administrativa e inexistente na esfera criminal não me parece ser escopo jurídico, social ou político da jurisdição. Não se alcança com isso nem celeridade, nem desburocratização.

A medida, no mínimo, dificulta a investigação. Ora, a mesma jurisprudência que exclui a competência federal e atribuição do Ministério Público Federal nos crimes contra a ordem econômica entende, pacificamente, que cabe ao mesmo Ministério Público Federal exercer o controle externo da Polícia Federal, e não ao Ministério Público dos Estados.

Ou seja: nesses casos específicos, como o *parquet* federal vai efetivamente exercer a tarefa constitucional de controlar as investigações, se é afastado do processo? O que fazer, por exemplo, se for constatada prevaricação, concussão ou outro crime de funcionários federais, por exemplo, no tal acordo de leniência,

USO EXCLUSIVO DO EBOOK IM

que suspende o processo antes de extinguir a punibilidade? Cindir o processo e a investigação nas esferas federais e estaduais?

É evidente que persecução penal fica muito prejudicada. E, novamente, quem sai ganhando são os réus desses crimes, notoriamente tão beneficiados em relação ao criminoso comum.

Não se quer aqui afastar as garantias do Direito penal e processual penal em nome de uma persecução torquemadiana. O que se está postulando é o mínimo: coerência nas decisões e eficiência para concretizar a tutela penal dos crimes contra a ordem econômica.

Dividir a investigação criminal é ineficiente: não haverá harmonização enquanto eventuais delitos perpetrados por funcionários públicos na investigação de crimes contra a ordem econômica sejam julgados na Justiça Federal e as condutas investigadas por estes agentes, na Justiça Estadual; enquanto se entender que a proteção de direitos coletivos violados pela concorrência desleal e existência de cartéis deve cindir a lógica do pacto federativo, porque considera a tutela desse direito interesse da União somente nas esferas administrativa e cível enquanto que a repercussão da conduta violadora do mesmo bem jurídico deve ser repassada para a Justiça dos estados na esfera penal.

Para maior eficiência na persecução penal dos crimes contra a concorrência, o tratamento que o Estado deve dar deve ser conjunto nas esferas administrativas, cível e criminal. É impossível fraturar a tutela penal da análise federal do CADE. Vários pontos que refletem diretamente na avaliação da conduta delitiva são dirimidos pelo órgão federal: definição de mercado relevante; diferenciação de *dumping* ou preço predatório; análise de atos de concentração econômica entre grandes empresas, entre outros.

A proteção da concorrência não é um tema local ou regional. Os efeitos nocivos afetam necessariamente todo o território, mesmo que aparentemente sejam "estaduais". Imagine um cartel estadual, por exemplo. Ele gera efeitos em todo o Brasil, pois cria barreiras ao ingresso de competidores (no caso de colusão de preços, contratos de monopólio etc.) e com isso nem em casos "estaduais" seriam efetivamente de competência da justiça estadual.

Como já afirmamos, a criminalização de condutas contra a livre concorrência está inserida no contexto do novo Direito penal que entende a ofensa a interesses difusos e bens jurídicos coletivos como uma exigência do Estado Democrático de Direito: impõe-se assim a sanção penal às condutas violadoras de bens jurídico-penais coletivos, sempre tendo como escopo o respeito aos direitos fundamentais e efetividade do sistema criminal. Ora, os direitos difusos afetados pelas condutas contra a livre concorrência são espalhados pelo território

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

nacional; não há como avaliá-los ou entendê-los isoladamente em um bairro, município, estado ou região.

Principalmente porque, como vimos, há determinação internacional de tutelar a ordem econômica e livre concorrência como decorrência da função expansiva e efeito irradiante dos direitos fundamentais e direitos humanos: a violação à livre concorrência viola direitos sociais; viola o direito ao desenvolvimento e direito ao mínimo existencial. O Brasil se obriga perante a comunidade internacional a proteger e zelar progressivamente por esses direitos, uma vez que é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 26), Protocolo de San Salvador sobre direitos sociais, econômicos e culturais e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) – todos tratados que estabelecem o compromisso de adotar as medidas adequadas para efetivar os direitos sociais. Como já visto, como decorrência à aceitação da proteção internacional dos direitos humanos, o Estado brasileiro tem o dever de investigar, processar e punir penalmente os violadores de tais direitos.

Enquanto não resolvermos a questão – básica e ululante – da competência, ainda estaremos discutindo sobre processos cindidos, sentenças nulas e crimes prescritos...

Referências

ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional:* extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2012.

ABADE, Denise Neves. *Processo penal* – carreiras federais. Coordenação André Ramos Tavares e José Carlos Francisco. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BARATTA, Alessandro. Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal – Lineamientos para una teoría del bien jurídico. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 1, p. 35 y ss., 1993.

BECHARA, Ana Elise Liberatore. *Bem juridico-penal*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2014.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal*. Parte especial. Barcelona: Ariel, 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANTON FILHO, Fábio. *Bem jurídico penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CAPALDO, Giuliana Ziccardi. *The pillars of global law*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2008.

CARVALHO RAMOS, André. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

CARVALHO RAMOS, André. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ESER, Albin; BURKHARDT, Björn. *Derecho penal*. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias. Madrid: Ed. Colex, 1995.

FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. *Constituição e crime:* uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. v. 3.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

HÄBERLE, Peter. *La libertà fondamentali nello Stato costituzionale*. Trad. Alessandro Fusillo e Romolo W. Rossi. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1996.

HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HASSEMER, Winfried, Crisis y características del Moderno Derecho Penal. Trad. Muñoz Conde. *Actualidad Penal,* Madrid, n. 43, 1993.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas del Derecho penal futuro. *Revista Penal – Universidade Complutense*, n. 1, p. 37-42, 1998.

HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal*. Parte general. Lima: Ed. Eddilli, 1987.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Colex, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal* – parte general. Granada: Ed. Comares, 2000.

KARAM, Maria Lucia. *Competência no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

MARCEAU, Gabrielle. WTO Dispute Settlement and Human Rights. *European Journal of International Law*, v. 13, Issue 4, p. 753-814, September 2002. Disponível em: [www.ejil.org/archives.php]. Acesso em: 29.05.2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Inst Bras Dir Contitucional, 1998.

MIR PUIG. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ed. Ariel, 1994.

MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Nature And Impact Of Hard Core Cartels And Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws, Daffe/Comp(2002)7, de 9 de abril de 2002. Disponível em: [www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf]. Acesso em: 19.05.2020.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição.* 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Directrices Político-Criminales del Anteproyecto del Código Penal. In: MIR PUIG, Santiago; ROXIN, Claus; BARATTA, Alessandro et al. *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*. Bogotá: Ed. Temis, 1982.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal.* Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tradução da 2ª edição alemã e notas de Luzón-Peña, Díaz y García Conlledo e De Vicente Remasal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *La Evolución de la Política Criminal, El Derecho Penal y el Proceso Penal.* Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanc, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *Aproximación al Derecho penal contemporáneo.* Barcelona: J. M. Bosch, 1992.

SMANIO, Gianpaolo Paggio. Princípios da tutela penal dos interesses ou direitos difusos. *Justitia,* São Paulo, 64(197), p. 213-236, jul.-dez. 2007.

SMANIO, Gianpaolo Paggio. Segurança pública e cidadania – uma análise do sistema penal. *Revista de Direito Admininstrativo,* Rio de Janeiro: Ed. FGV, v. 243, p. 48-70, 2006.

TURESSI, Flávio Eduardo. *Bens jurídicos coletivos:* proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização. Curitiba: Juruá, 2015.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro* – parte geral. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

ZANELLA, Everton. *Infiltração de agentes e combate ao crime organizado:* análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A livre concorrência e os ilícitos concorrenciais no Brasil, listando Goiás: controle constitucional e aplicabilidade da lei 12.529/2012 aos atos infracionais contra a ordem econômica, de Eumar Evangelista de Menezes Júnior, Rildo Mourão Ferreira e Bruno César Costa Sacchq – *RDPriv* 67/389-402 (DTR\2016\21945);
- Direito do consumidor e ordenação do mercado o princípio da defesa do consumidor e sua aplicação na regulação da propriedade intelectual, livre concorrência e proteção do meio ambiente, de Bruno Miragem – *RDC* 81/39-90 (DTR\2012\548); e
- Livre concorrência: caso Google na União Europeia e no Brasil, de Melina Ferracini de Moraes – *RDCI* 95/209-223 (DTR\2016\4674).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Gozo, autonomia e poder: a retirada não consentida do preservativo durante o sexo e suas implicações para o Direito Penal

Sexual pleasure, autonomy and power: "stealthing" practices and its implications for Brazilian Criminal Law

Maria Claudia Girotto do Couto
Doutoranda em Direito Penal (FDUSP). Mestra em Direito Penal (FDUSP).
Bacharela em Direito (FDUSP). Advogada.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1612937750017940].
ORCID: 0000-0002-2118-6436
gcmariaclaudia@gmail.com

Hamilton Gonçalves Ferraz
Doutorando em Direito (PUC-Rio). Mestre em Direito Penal (UERJ). Bacharel em Direito (UERJ). Professor de Direito Penal e Prática Penal (UNESA). Ex-Professor substituto de Direito Penal e Criminologia (UFRJ). Advogado.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4038462874056018].
ORCID: 0000-0002-0471-2529
ferraz.hamilton.hgf@hotmail.com

Recebido em: 03.05.2020
Aprovado em: 20.07.2020
Última versão dos autores: 25.07.2020

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo se propõe a analisar elementos de conduta e eventuais implicações penais envolvidas na prática da retirada não consentida do preservativo por um(a) parceiro(a) durante o ato sexual (*stealthing*). Consideram-se, para o presente estudo, relações sexuais consensuais entre casais heterossexuais em que não é dada ciência a um dos(as) parceiros(as) de

Abstract: This article intends to analyze the elements and possible criminal implications involved in the practice of a non-consensual withdrawal of the condom by a partner during a voluntary sexual act (also known as *stealthing*). Therefore, the present study will consider instances of consensual intercourse between heterosexual couples in which one of the partners

Couto, Maria Claudia Girotto do; Ferraz, Hamilton Gonçalves. Gozo, autonomia e poder: a retirada não consentida do preservativo durante o sexo e suas implicações para o Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 172. ano 28. p. 97-124. São Paulo: Ed. RT, out. 2020.

que o preservativo foi retirado. Pretende-se fazer um levantamento bibliográfico do tema entre autores e autoras do Direito Penal pátrio, bem como investigar as aproximações e repulsões da referida conduta de alguns dispositivos presentes do Código Penal brasileiro, realizando, para isso, uma análise crítica sob a óptica dos estudos de gênero. Trabalha-se com a hipótese de que a análise do(s) bem(ns) jurídico(s) afetados(s) é capaz de trazer respostas acerca de uma possível criminalização da referida prática – sem desconsiderar, no entanto, as limitações do Direito Penal para compor todos os conflitos sociais.

Palavras-chave: Crimes contra a dignidade sexual – Crimes contra a liberdade sexual – Consentimento – Direito Penal e gênero – *Stealthing*.

is not informed that the condom has been removed. A bibliographic survey will be carried out concerning authors of the Brazilian Criminal Law. The approximations and repulsions of the referred conduct to the crimes present in the Brazilian Penal Code will be investigated by means of a critical analysis from the perspective of gender studies. It is hypothesized that the analysis of the affected elements by each crime can provide answers about a possible criminalization of said practice – whilst considering the limitations of Criminal Law to compose all social conflicts.

Keywords: Crimes against sexual dignity – Crimes against sexual freedom – Consent – Criminal Law and gender – Stealthing.

Sumário: Introdução. 1. O gênero como componente: sobre feminismo(s) e a cultura do estupro. 2. Os limites do consentimento em crimes sexuais. 2.1. Brevíssimas notas sobre o consentimento no direito penal. 2.2. O consentimento em crimes contra a liberdade sexual. 3. A retirada não consentida de preservativo em uma relação sexual: uma ofensa penalmente relevante. 4. A visibilidade e repressão à violência de gênero nos limites da legalidade penal: uma leitura da tipificação do *stealthing* no direito brasileiro. 4.1. Estupro. 4.2. Violação sexual mediante fraude. 4.3. Importunação sexual. 4.4. Perigo de contágio venéreo, perigo de contágio de moléstia grave e perigo para a vida ou saúde de outrem. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

A reforma de 2009 do Título VI do Código Penal brasileiro, referente aos crimes sexuais, trouxe consigo uma oxigenação do citado diploma legal a fim de contemplar uma série de condutas que não estavam satisfatoriamente inseridas na gramática penal até então. Foram criados alguns tipos penais e alargados tantos outros para oferecer à sociedade um texto capaz de espelhar demandas contemporâneas que se afastam consideravelmente do texto original da década de 1940, em que questões como a virgindade da vítima, por exemplo, davam o condão de gravidade de determinados ilícitos.

A *violação sexual mediante fraude*, trazida pelo texto sancionado em 2009, refere-se a atos de natureza libidinosa – que consistam ou não em conjunção carnal – realizados de forma a ludibriar outrem, ocultando a real finalidade de determinada atitude e levando a erro aquele que inicialmente selou dado acordo

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

de vontades.[1] O referido tipo, que prevê sanção de reclusão de dois a seis anos, possui um parágrafo único que adiciona uma pena de multa caso o crime seja cometido com finalidade de obter vantagem econômica.

Uma das alterações de maior relevo foi a dilatação do conceito de *estupro*, que, compreendido a princípio como cópula vagínica de forma exclusiva, a partir de 2009 passou também a implicar outros atos libidinosos realizados com violência ou grave ameaça à pessoa (de gênero masculino ou feminino). Assim, outras formas de interação forçada com o corpo alheio – de conjunção anal à mera junção de lábios, em tese – passaram a recair no art. 213, que prevê uma pena mínima de seis anos de reclusão.

Ainda que o referido dispositivo seja um grande feixe de condutas dentro dos crimes contra a dignidade sexual, persistem zonas cinzentas em que a subsunção não é claramente identificável, notadamente circunstâncias em que se observa a ausência da pedra basilar representada pelo consentimento, ou em que este é relativizado em graus quase imperceptíveis.

O presente trabalho visa a investigar a conduta de retirada do preservativo por um(a) parceiro(a) sem a ciência ou o assentimento do(a) outro(a) em uma relação sexual consensual. O ato em tela ganhou uma denominação própria em língua inglesa: *stealthing*,[2] forma substantiva derivada do verbo *to stealth*, que traz

1. Muito embora a violação sexual mediante fraude seja uma inovação trazida pela reforma de 2009 (ao menos em termos de redação), trata-se de um tipo cujas origens remontam aos delitos de *posse sexual mediante fraude* e ao *atentado violento ao pudor mediante fraude* (respectivamente, artigos 215 e 216 anteriores à Lei 12.015/09). Os grandes exemplos desses delitos eram situações de simulação de casamento e a substituição do marido, na "escuridão da alcova" (BUSATO, Paulo. *Direito penal:* parte especial 2. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 872). Para conferir doutrina de referência sobre esses dois delitos, conferir HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes; FRAGOSO, Heleno (atualizadores). *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981 (1. ed. de 1948). v. VIII. p. 133 e s.; FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal*: parte especial. 6. ed. rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 2. p. 12-14.
2. A conduta também é conhecida como *nonconsensual condom removal* (retirada não consensual de preservativo). Para uma análise crítica de casos nos Estados Unidos, e argumentando pela necessidade de melhor tipificação da conduta, por todas e todos, BRODSKY, Alexandra. "Rape-Adjacent": Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal. *Columbia Journal of Gender and Law*, v. 32, n. 2, 2017. p. 183-210. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=2954726]. Acesso em: 01.05.2020. No Brasil, embora ainda com uma grande cifra oculta, em considerável medida composta por ofensas praticadas em contextos de prostituição e exploração sexual, como

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

em si o significado literal de dissimular, agir de maneira furtiva. Ainda não se tem, no Brasil, uma qualificação própria, tampouco adequado desenvolvimento doutrinário,[3] motivo pelo qual será usado o termo anglo-saxão.

Pretende-se averiguar se há e qual é a dimensão da aderência da referida conduta aos crimes elencados no Título VI do Código Penal brasileiro, com especial foco na violação sexual mediante fraude (art. 215), na importunação sexual (215-A, inserido pela Lei 13.718/2018) e no estupro (art. 213), sem olvidar dos tipos penais trazidos pelos artigos 130 a 132 – perigo de contágio venéreo, perigo de contágio de moléstia grave e perigo para a vida ou saúde de outrem – que se inserem entre os *Crimes contra a pessoa*. Para além de um estudo jurídico-dogmático, a questão será analisada criticamente a partir, sobretudo, de uma perspectiva de gênero.

Para tanto, valer-se-á de pesquisa bibliográfica e documental, a partir de obras da doutrina nacional, artigos publicados em revistas brasileiras e estrangeiras e levantamentos de dados oficiais sobre violência de gênero, de modo a situar empiricamente a reflexão jurídico-dogmática. O marco teórico desse estudo é o da *criminologia feminista*,[4] com mobilização de autoras como Daniella Georges Coulares

---

evidencia Yuri Peçanha em pesquisa de campo sobre a prostituição no país (PEÇANHA, Yuri. *"Sou Puta, Doutor"*: um livro de Yuri Peçanha. Porto Alegre: PLUS/Simplíssimo, 2020), alguns casos já começam a ganhar visibilidade por meio da mídia e das redes sociais, como apresenta a reportagem conduzida pela jornalista Jacqueline Elise para o portal UOL: [www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/03/16/tirar-camisinha-sem-consentimento-e-crime-elas-contam-casos-de-stealthing.htm]. Acesso em: 03.05.2020.

3. Entre as raras exceções, que consistem em textos mais pontuais publicados em portais jurídicos digitais, destacam-se os trabalhos de CUNHA, Rogério Sanches; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Qual o tratamento penal para o stealthing no Brasil?* Disponível em: [https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/05/03/qual-o-tratamento-penal-para-o-stealthing-no-brasil/]. Acesso em: 01.05.2020; ARAÚJO, Bruna Conceição Ximenes de. *"STEALTHING": Violência de Gênero Contra a Mulher e Suas Possíveis Adequações Típicas na República Federativa do Brasil*. Disponível em: [https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/stealthing-violencia-de-genero-contra-a-mulher-e-suas-possiveis-adequacoes-tipicas-na-republica-federativa-do-brasil/]. Acesso em: 01.05.2020.

4. Optou-se por afirmar o marco teórico de forma mais simples e menos apegada para que o trabalho possa cumprir satisfatoriamente com os objetivos propostos, mas esclarecendo aos leitores e leitoras a respeito dos pontos de vista e visões de mundo de que se parte. Não se desconhecem os embates epistemológicos e terminológicos que envolvem a construção de uma "criminologia feminista", "criminologias feministas", "criminologia crítica feminista", entre outras posturas merecedoras de consideração e respeito acadêmico, mas

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

e Carmen Hein de Campos. Abordar-se-á o problema sob a óptica de relacionamentos heterossexuais e sendo o homem o perpetrador da conduta, haja vista a maior incidência do *stealthing* com essas características, como se verá a seguir.

1. O gênero como componente: sobre feminismo(s) e a cultura do estupro

Ainda causa estranhamento, em parte considerável da sociedade brasileira, a afirmação de que se vive, hoje, o que se nomeia como *cultura do estupro*. Essa designação, que, em um primeiro olhar, soa "extrema" e "atécnica", ganhou espaço por se traduzir como um conjunto de violências simbólicas direcionadas à mulher, que, de alguma forma, viabilizam e legitimam práticas de violação sexual.[5] Resulta de um acúmulo de condutas culturalmente assimiladas que fazem com que seja alimentado o senso de que o impulso sexual é algo inerente e sempre esperado do indivíduo masculino – e que, por outro lado, caberia à mulher impor limites a esse ímpeto natural por meio da não exposição a determinadas situações. Como argumenta Catharine MacKinnon, se a sexualidade é central para se definir as mulheres, e o sexo forçado é central à definição de sexualidade, estupro não é uma excepcionalidade, mas uma possibilidade permanente na vida das mulheres.[6]

---

que, como bem observam Mariana de Assis Brasil e Weigert e Salo de Carvalho, convergem para uma identidade teórica e metodológica antipositivista (WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e; CARVALHO, Salo de. Criminologia feminista com criminologia crítica. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2019. p. 22. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/38240/30537]. Acesso em: 24.07.2020). Por duas obras que aprofundam esse debate, conferir SANTOS, June Cirino dos. *Criminologia crítica ou feminista*: uma fundamentação radical para pensar crime e gênero. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2018; MENDES, Soraia da Rosa. *(Re)pensando a criminologia*: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, 2012.

5. SOUSA, Renata Floriano. Cultura do estupro: prática e incitação à violência sexual contra mulheres. *Estudos Feministas*. Florianópolis, v. 25, n. 1, jan.-abr. 2017. p. 13. Para outro conceito, Campos et. al. entendem que a expressão se refere a "um conjunto de comportamentos e ações que toleram o estupro praticado contra mulheres em nossa sociedade" (CAMPOS, Carmen Hein de; MACHADO, Lia Zanotta; SILVA, Alexandra dos Reis. Cultura do estupro ou cultura antiestupro? *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 28, set.-dez. 2017. p. 982).

6. MACKINNON, Catharine. *Toward a feminist theory of the State*. Cambridge: Harvard University Press, 1989. p. 172. Por outro lado, o feminismo negro, segundo Angela Davis, visualiza a cultura do estupro de forma diversa. Assumindo o racismo como componente estrutural da sociedade, a coerção sexual deitaria raízes nas relações sociais

Uso Exclusivo Boletim

Se considerarmos que a cultura é, nos termos usados por Marilena Chaui, "o campo simbólico e material das atividades humanas",[7] não se pode negar que, dado o machismo estrutural da sociedade brasileira, convive-se com o ideário segundo o qual existe uma diferenciação da conduta sexual balizada pelo gênero. Tal diferenciação não se organiza como polarização neutra, mas sim como hierarquização na forma de distribuição de poder no âmbito da sexualidade. Espera-se, do homem, uma postura impositiva e ativa, enquanto as mulheres são socializadas para se protegerem de eventuais investidas e relacionarem seu valor como indivíduo à sua conduta no campo da sexualidade. É como se o direito ao prazer e à liberdade sexual fosse um atributo masculino, já que este possui a permissão social para buscar a concretização de suas vontades – cabendo às mulheres realizar o papel de controle diante do pretenso impulso natural do homem.

A naturalização de um suposto impulso sexual masculino incontrolável se materializa no processamento de crimes sexuais, uma vez que a revitimização é frequente nos casos de denúncia de crimes como o estupro.[8] Não apenas a palavra da vítima é colocada em xeque, mas também a sua inocência diante do ato narrado:[9] não raras vezes emergem caso de abusos ou violências sexuais em que, por exemplo, a mulher é indagada sobre que roupas vestia quando foi abusada, ou sobre o motivo pelo qual estaria transitando sozinha na via pública em determinado horário, como se uma eventual maior diligência feminina tivesse o poder de evitar o comportamento masculino abusivo.[10]

---

entre proprietários e mulheres escravizadas, sendo, inclusive, dimensão essencial dessa relação. Argumenta Davis que, nesse sentido, o racismo residiria no fundo de toda instigação à violação sexual feminina, e, assim, ao menos no contexto estadunidense, "as mulheres brancas seriam vítimas indiretas da opressão específica destinada a suas irmãs de cor" (DAVIS, Angela. *Mujeres, raza y clase*. Trad. e ed. de Ana Varela Mateo. 2. ed. Madrid: Ediciones Akal, 2005. p. 179).

7. CHAUI, Marilena. *Conformismo e resistência*: aspectos da cultura popular no Brasil. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986. p. 14.

8. A respeito de revitimização da mulher em casos de violência sexual, ver "Dossiê violência contra as mulheres: violência sexual", disponível em: [www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/violencias/violencia-sexual/]. Acesso em: 01.05.2020.

9. Investigando a debilidade da palavra da vítima em casos de estupro, por todas e todos, COULOURIS, Daniella Georges. *A Desconfiança em relação à Palavra da Vítima e o Sentido da Punição em Processos Judiciais de Estupro*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

10. Identificando formas de violência patriarcal no sistema de justiça, por todas e todos, SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*: introdução a uma leitura externa do direito. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 238-245.

Uso Exclusivo Do RBCCrim

Conforme asseveram Mariana de Assis Brasil e Weigert e Salo de Carvalho, o debate a respeito do estupro é historicamente marcado por teorias de quantificação de responsabilidade das mulheres vítimas, com classificações que iriam de "vítima completamente inocente" até "vítima culpada". Essas perspectivas, bastante inspiradas por padrões morais sexistas, ainda oferecem subsídio às narrativas processuais que se desenvolvem a partir de uma denúncia.[11]

A culpabilização da vítima (na forma do conhecido processo de *dupla vitimização, ou vitimização secundária* operado pelo sistema penal[12]) é, portanto, um dos resultados perversos da *cultura do estupro*. Sendo educada para se resguardar e crer que sua conduta de resguardo é determinante para a ocorrência ou não de um abuso sexual, a mulher se vê imersa em um sentimento de culpa e vergonha quando da verificação de uma violência desse teor – como se ela fosse, por sua suposta postura negligente, também responsável pelo crime.

A expressiva cifra oculta dos crimes relacionados à dignidade sexual tem, na culpabilização feminina, uma de suas razões,[13] visto que levar adiante uma denúncia de agressão sexual pode significar (i) reconhecer que houve uma violação de seu corpo, o que faz com que este perca valor para um segmento da sociedade que ainda identifica a abstenção sexual como sinônimo de "honra"; e (ii)

11. WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e; CARVALHO, Salo de. Criminologia feminista com criminologia crítica. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/38240/30537]. Acesso em: 24.07.2020.

12. Como leciona Vera Andrade, "ao incidir sobre a vítima mulher, a sua complexa fenomenologia do controle social, que representa, por sua vez, a culminação de um processo de controle que certamente inicia na família, o sistema penal duplica, em vez de proteger, a vitimação feminina. É que, além da violência sexual representada por diversas condutas masculinas (estupro, atentado violento ao pudor, etc.), a mulher se torna vítima da *violência institucional* plurifacetada do sistema, que expressa e reproduz, por sua vez, dois grandes tipos de violência estrutural da sociedade: a violência das relações sociais capitalistas (a desigualdade de classes) e a violência das relações sociais patriarcais (traduzidas na desigualdade de gênero), recriando os estereótipos inerentes a estas duas formas de desigualdade, o que é particularmente visível no campo da violência sexual" (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Da criminologia crítica à criminologia feminista: a violência sexual, a mulher e o feminino no controle penal. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. 1ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 131-132, grifo nosso).

13. Sobre subnotificação nos crimes contra a liberdade sexual, ver "Casos aumentam, mas estupro ainda é crime subnotificado", disponível em: [https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/saiba-o-que-caracteriza-crime-de-estupro-e-como-fazer-para-denunciar.ghtml]. Acesso em: 01.05.2020.

USO EXCLUSIVO DO EBCRIM

expor-se diante de instituições que, por meio de seus membros, reproduzem discursos machistas e relativizam não só a dor da violência como também sua gravidade.[14]

O reconhecimento de crimes de cunho sexual dentro de relacionamentos afetivos – ou simplesmente de intimidade – é foco de particular dificuldade. A percepção de que a mulher, quando inserida em uma relação, teria o *dever* de fazer sexo com seu parceiro[15] faz com que os desejos sexuais do homem ganhem relevância e ditem o momento de carícias e toques. A satisfação de vontades lascivas masculinas seria um dos deveres estabelecidos pelo sistema de sexo/gênero imposto,[16] inclusive pelo fato de não se reconhecer, na mulher, um indivíduo que é autorizado a ter desejos sexuais de forma autônoma. Essa posição, em países de tradição ocidental, é sustentada, com particular ênfase, por uma gama de

14. "[E]stá presente, contudo, implícito, o enfrentamento de duas concepções diferentes sobre o estupro. A primeira, consolidada na visão dos agentes jurídicos, só atribui atrocidade ao ato se a violência sexual vier acrescida de elementos extremos de perversão, sadismo e violência. O estuprador é visto como um 'anormal' com problemas psiquiátricos ou psicológicos causados pelo meio social, como família desestruturada, alcoolismo e drogas. A segunda – já marcada pela atuação dos movimentos feministas e das novas relações sociais entre homens e mulheres – salienta que a violência sexual, com requintes de perversidade ou não, será sempre uma violência específica contra a mulher, que durante e depois da violência se sente impotente e culpada pela utilização de seu próprio corpo contra a sua vontade e contra si mesma, já que será justamente o fato de apresentar a configuração biológica feminina que possibilitará que ela seja objeto desse tipo de violência, uma ação que visa possuir um corpo que não pode ser dissociado de sua identidade social e de sua dignidade humana" (COULORIS, Daniella Georges. *Violência, gênero e impunidade*: a construção da verdade nos casos de estupro. Texto integrante dos Anais do XVII Encontro Regional de História – O lugar da História. ANPUH/SP-UNICAMP. Campinas, setembro de 2004. p. 06-07).

15. Outra não foi a conhecida (e nefasta) posição de Nelson Hungria, que aportou para o direito penal brasileiro a ideia de que a relação sexual, no contexto matrimonial, seria um dever conjugal recíproco, tão forte que autorizaria o estupro pelo marido, na forma de um "exercício regular de direito" (HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes; FRAGOSO, Heleno (atualizadores). *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981 (1. ed. de 1948). v. VIII. p. 114-115.

16. Sistema de sexo/gênero é definido por Gayle Rubin como "um conjunto de arranjos por meio dos quais uma sociedade transforma a sexualidade biológica em produto da atividade humana, na qual essas necessidades sexuais transformadas são satisfeitas" (tradução livre). RUBIN, Gayle: El Tráfico de Mujeres: notas sobre la "economía política" del sexo. *Nueva Antropología*, v. VIII, n. 30, México, 1986. p. 02.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

religiões de matriz cristã,[17] o que reforça uma suposta legitimidade social e distancia as mulheres da identificação de eventuais abusos.

Pesquisa de julho de 2017 divulgada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA[18] revela que 46,39% dos estupros registrados pelo Sistema de informações de Agravos e Notificações (Sinan) do Ministério da Saúde em 2014 foram cometidos por amigos, conhecidos, cônjuges, ex-cônjuges, namorados ou ex-namorados das vítimas.[19] Isso significa que não se sustenta o ideário popular segundo o qual as violências sexuais ocorrem em ruas desertas e que desconhecidos não adequadamente socializados seriam os principais responsáveis pelos crimes. Muito ao contrário disso, quase metade dos autores pertencem ao círculo de convívio da vítima, e, desse total, 17,18% são companheiros ou ex-companheiros da mulher, por quem esta provavelmente alimentava sentimentos de afeto e confiança.

Em estudo publicado em 2019, Fernanda Moreira de Menezes e Hebe Signorini Gonçalves analisaram depoimentos de mulheres que sofreram violência

17. Para que não se sugira, apressada e erroneamente, que opressões de gênero seriam particularidades das religiões cristãs, apenas a título ilustrativo, em razão dos mais expressivos índices de violência e desigualdade que atravessam países de tradição islâmica/muçulmana, imprescindível anotar, por exemplo, a problemática (para dizer o mínimo) percepção da mulher pelo islamismo, matriz religiosa que, de modo geral, desiguala radicalmente mulheres e homens, mas que, a depender de cada movimento islâmico em especial, varia entre maiores ou menores restrições a direitos e exclusão do espaço público. Sobre isso, DEMANT, Peter. *O mundo muçulmano*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 158-162. De todo modo, convém deixar claro que a relação entre religiões e o papel atribuído às mulheres é assunto de grande complexidade, e, como Maria Nunes aponta, "a observação empírica mostra então que elas (as religiões) não funcionam sempre e em todas as sociedades como forças conservadoras de reforço à subordinação das mulheres. Em algumas circunstâncias, funcionam como forças inovadoras, como um catalisador de mudanças sociais e políticas. Na condição de fiéis, as mulheres podem se sujeitar ao poder disciplinar das religiões, mas, por sua ação, podem igualmente contribuir para sua mudança" (NUNES, Maria José F. Rosado. Religiões. In: HIRATA, Helena et. al. *Dicionário crítico do feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 214).
18. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Estupro no brasil*: vítimas, autores, atores situacionais e evolução das notificações no sistema de saúde entre 2011 e 2014. Disponível em: [www.ipea.gov.br/atlasviolencia/artigo/20/estupro-no-brasil-vitimas-autores-fatores-situacionais-e-evolucao-das-notificacoes-no-sistema-de-saude-entre-2011-e-2014]. Acesso em: 01.05.2020.
19. Conforme ressaltado pelo próprio relatório, é preciso considerar algum viés de seleção na amostra causado pela subnotificação, o que impõe limites à sua representatividade.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

sexual por parte de seus parceiros íntimos. Segundo relatam as autoras, há dificuldade, por parte das entrevistadas, em reconhecer a violência sofrida como uma violação, seja pelo entendimento da relação sexual como débito conjugal, seja pelo desconhecimento de casos similares. Nesses casos, a mulher é culpabilizada não só pelas instâncias jurídicas mas também pela própria família.[20]

Os dados apontam que é imperativa a ressignificação da imagem do autor dos crimes sexuais. Não se trata do estereótipo de, conforme menciona Renata Floriano Sousa, sujeito "bestial que fica na espeita de um beco escuro, esperando pela oportunidade de levar a cabo seu desejo",[21] mas de um homem que, na maior parte das vezes, é perfeitamente socializado dentro de uma lógica machista segundo a qual o gênero masculino autoriza a supressão da voz feminina no momento de tomar decisões. É atingida, nos crimes sexuais, a autonomia da mulher e o seu direito de ter prazer, impondo uma dominação (por meio de violência física ou psicológica) que transmite um recado de redução a um estado de não sujeito.

A ocorrência de crimes sexuais entre quatro paredes, pelas mãos de alguém pelo qual a vítima nutre confiança e afeto, é objeto de especial constrangimento e dor. Um recurso frequente nesse tipo de violência (que se insere entre as violências domésticas e familiares contra a mulher)[22] é a tentativa de autoconvencimento

20. MENEZES, Fernanda Moreira de; GONÇALVES, Hebe Signorini. Estupro nas relações de intimidade: uma violência invisível. *Alternativas en Psicología*, n. 41, febrero-julio 2019.

21. SOUSA, Renata Floriano. Cultura do estupro: prática e incitação à violência sexual contra mulheres. *Estudos Feministas*. Florianópolis, v. 25, n. 1, jan.-abr. 2017. p. 22. Esse é, inclusive, o chamado "mito do estuprador negro": o mito racista estadunidense, justificado por uma leitura criminológica etiológica e enviesada de estatísticas criminais de delitos sexuais, de que não apenas a violação sexual seria excepcional, como seu maior responsável seria esse homem "anormal" do beco escuro, no caso, o homem negro pobre e marginalizado, "degenerado", com um "apetite sexual" sobre mulheres brancas. Apesar de ser um mito, legitimou não somente erros judiciais inúmeros como também episódios de linchamento em unidades da federação nos Estados Unidos, além de ter estimulado campanhas políticas de moralismo e punitivismo no âmbito penal sexual. A percepção da funcionalidade desse mito ao racismo estadunidense pós-abolição uniu tanto homens quanto mulheres negras e brancas, contra falsas acusações e linchamentos, denunciando a violência racista e seletiva daquela sociedade e seu sistema de justiça criminal. Sobre o tema, conferir DAVIS, Angela. *Mujeres, raza y clase*. Trad. e ed. de Ana Varela Mateo. 2. ed. Madrid: Ediciones Akal, 2005. p. 175-201.

22. De acordo com o art. 7º da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha, a violência sexual é "entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

de que o comportamento abusivo não teria sido tão violento, ou que não teria sido intenção do homem perpetrar determinada conduta da forma como o fez. Há o esforço mental de inserir o abuso no campo da normalidade a fim de (i) melhor compreender a atitude, que representa uma quebra nos laços de confiança e (ii) não assumir que se foi vítima de um abuso, uma vez que essa situação é mentalmente desestabilizante.

Se, por um lado, a sociedade clama pela exemplar punição do estuprador estereotipado – o do beco escuro –, observa-se a mais completa omissão diante de estupros ocorridos no seio de um relacionamento afetivo entre adultos, já que este homem representaria o bom amigo, o pai exemplar, o esposo provedor.[23] Nesses casos, não raramente as mulheres são acusadas de tentarem destruir a imagem masculina perante a sociedade em decorrência de situações que supostamente deveriam ser contingenciadas em espaços privados.[24]

É com os pressupostos anteriormente expressos – isto é, que vivemos, hoje, uma cultura que não valoriza a autonomia sexual feminina – que será realizada a análise do *stealthing*. Quaisquer que sejam os motivos apresentados para a retirada não consentida e não comunicada do preservativo pelo homem em uma relação heterossexual, está presente a relativização da liberdade feminina no ato sexual. É suprimida, da mulher, a agência sobre suas escolhas no sexo e imposto o poder masculino sobre ela. Seja por receio em se perder a ereção (o que implicaria interromper a penetração e seu consequente deleite sexual), seja por se ver no direito de entrar em contato com o corpo da mulher de forma mais íntima – mesmo sem seu assentimento, faz-se notar o machismo estrutural e estruturante de nossa sociedade.

A retirada não comunicada do preservativo no momento do sexo encontra particular dificuldade de investigação quando se dá em relações sexuais, em

força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; [...]" (BRASIL. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). *Diário Oficial da União*, Brasília, 08.08.2006).

23. COULORIS, Daniella Georges. *Violência, gênero e impunidade*: a construção da verdade nos casos de estupro. Texto integrante dos Anais do XVII Encontro Regional de História – O lugar da História. ANPUH/SP-UNICAMP. Campinas, setembro de 2004. p. 03.

24. Sobre o tema, ver "11 motivos que levam as mulheres a deixar de denunciar casos de assédio e violência sexual", disponível em: [www.bbc.com/portuguese/brasil-41617235]. Acesso em: 01.05.2020.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

princípio, marcadas pelo consenso. Assim sendo, é imperativo ter clareza sobre os limites do consentimento no sexo para delimitar o que configura conduta penalmente punível em âmbito sexual.

2. Os limites do consentimento em crimes sexuais

O consentimento é tema de reflexão relevante quando se estudam crimes contra a liberdade sexual. Os atos constitutivos das condutas ilícitas do referido capítulo se dão, em geral, ou em ambientes privados, ou em ocasiões de restrita visibilidade pública, fazendo com que a percepção e o testemunho sobre o ocorrido, para a esmagadora maioria dos casos, se restrinjam apenas às palavras de autor(es) e vítima(s).

Dessa forma, primeiramente, será feita breve apresentação dos contornos dogmáticos do tratamento do consentimento pelo direito penal e, na sequência, sua relevância para os crimes contra a liberdade sexual.

2.1. Brevíssimas notas sobre o consentimento no direito penal

Em sede de Direito Penal, o instituto do consentimento é definido pela ampla maioria da doutrina como um elemento objetivo do tipo penal ou excludente de ilicitude, na forma de uma causa supralegal de justificação[25]. Na dicção de Cezar Roberto Bitencourt, "[o] consentimento do titular de um bem jurídico disponível afasta a contrariedade à norma jurídica, ainda que eventualmente a conduta consentida venha a se adequar em um modelo abstrato de proibição".[26] Sua finalidade, conforme defende Miguel Reale Júnior, é "ditar a renúncia do Estado de fazer atuar seu poder-dever de punir".[27] De acordo com Jorge de Figueiredo

25. Utilizando uma gramática distinta para se referir ao consentimento – o qual é remetido para a tipicidade –, Nilo Batista e Raúl Zaffaroni, que inadmitem a ideia de antijuridicidade material, bem como a concepção de causas supralegais de justificação, trabalham a questão dentro de uma categoria mais ampla, a que denominam "aquiescência". São espécies de aquiescência do ofendido o "acordo", que exclui tipicidade objetiva sistemática, e o "consentimento", que exclui tipicidade objetiva conglobante (BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et. al. *Direito penal brasileiro II, I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 239).
26. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1. p. 407.
27. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 175.

Uso Exclusivo do IBCCRIM

Dias, é preciso ponderar que o instituto do consentimento guarda em si uma colisão de interesses:

> "De um lado está o interesse jurídico-penal [...] na preservação de *bens jurídicos*; o qual não desaparece ou não é eliminado por força do consentimento do titular. Os casos de consentimento são em definitivo, casos de lesão *efectiva* de bens jurídicos; são casos [...] em que se verifica e se mantém a 'perda' que a lesão de um bem jurídico sempre representa ao nível de sistema social. Do outro lado, porém, está o interesse, também jurídico-penalmente relevante, de preservação (também ela um bem jurídico!) da *auto-realização* do titular do bem jurídico lesado, da sua *autonomia* pessoal e de vontade. Em certos casos e sob certos pressupostos – quando o bem jurídico lesado é pela lei considerado como 'disponível' pelo seu titular, e quando a lesão ao nível do sistema social é ainda reputada pela lei de menor relevância do que a auto-realização do agente – a lei penal resolve o conflito concedendo prevalência à realização do 'sistema pessoal' do agente sobre a perda ao nível do 'sistema social' e confere a consequente justificação ao facto típico praticado."[28] (grifos do original)

Ainda que não se enfrente, neste espaço, a celeuma sobre o adequado enquadramento sistemático-conceitual do instituto em tela, há de se observar que a doutrina classicamente enumera requisitos para que se dê o consentimento, quais sejam: (i) que não haja vícios de vontade na manifestação do ofendido, sendo esta plenamente livre; (ii) que as consequências da aquiescência sejam adequadamente compreendidas pelo ofendido, tendo este capacidade para fazê-lo; (iii) que o bem jurídico atingido seja disponível; e (iv) que o fato em questão se limite ao que está sendo consentido.[29] Ademais, faz-se necessário que (v) o consentimento ocorra antes ou durante a realização da conduta por parte do agente.[30]

Outra condição para que se dê o consentimento é obtida tanto por exercício conceitual quanto por divergência de outro instituto: o do perdão. Para que fique clara a diferença, se o assentimento da vítima exclui o caráter criminoso de dada conduta (pela exclusão da tipicidade ou da ilicitude), o perdão, por sua vez, exclui a punibilidade desta. Não teria como se dar de modo distinto, uma vez que o perdão

28. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. t. I. p. 472.
29. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1. p. 407.
30. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito penal*: volume único. São Paulo: Atlas, 2018. p. 193.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

pode ocorrer somente *após* o ato que se investiga ser ou não criminoso e o consentimento deve se dar *antes* de sua perpetração ou, no máximo, durante esta.[31]

2.2. O consentimento em crimes contra a liberdade sexual

Conforme afirma Renato de Mello Jorge Silveira, o consentimento ganha uma dimensão característica quando se debate Direito Penal sexual. Para sua investigação, é imperativo que se tenha a clareza a respeito dos bens jurídicos que se está a tratar, eliminando-se a possibilidade de os referidos crimes englobarem bens jurídicos vagos (os chamados "falsos bens jurídicos coletivos"), como "moral" ou "bons costumes", e pousando o foco da análise nas liberdades individuais:

> "O bem jurídico protegido pelo Direito Penal sexual não é, e nem poderia ser, como se viu, o ideário de bons costumes, mas sim o da liberdade de autodeterminação sexual. Próprio e personalíssimo ao seu titular, não mais se entende ele em seu aspecto múltiplo, mas somente dirigido ao ofendido."[32]

Ana Lúcia Sabadell, em pioneiro artigo no direito penal brasileiro, já sustentava que o bem jurídico "liberdade sexual" possui duas dimensões: (i) liberdade "positiva", como direito à livre disposição do próprio corpo, e (ii) liberdade "negativa", a faculdade de rejeitar qualquer agressão sexual de outra pessoa e qualquer envolvimento num contexto sexual que não esteja em pleno acordo com a própria vontade.[33]

---

31. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais*: bases críticas para a reforma do Direito Penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 222.

32. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais*: bases críticas para a reforma do Direito Penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 222-223. Vale a crítica no sentido de que é justamente essa interpretação que o Supremo, a partir de sua Primeira Turma, demonstra não aderir plenamente, quando reafirmou, no âmbito do *Habeas Corpus* 104.467/RS, que, no caso do delito de "casa de prostituição" (art. 229 do CP), os bens jurídicos afetados seriam a "moralidade sexual" e os "bons costumes". Para uma revisão bibliográfica a respeito dos principais critérios dogmáticos elaborados para buscar distinguir entre "verdadeiros" e "falsos" bens jurídicos coletivos, passando pelos critérios de Roxin, a "navalha de Ockham", com Schünemann, os parâmetros de Hefendehl e as três regras-teste de Luís Greco, SANTOS, Humberto Soares de Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico?* Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018. p. 242-273.

33. SABADELL, Ana Lúcia. A problemática dos delitos sexuais numa perspectiva de direito comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 27, jul.-set. 1999. p. 98.

Uso Exclusivo do RBCCrim

No mesmo sentido se manifesta Luciano Anderson de Souza, ao pontuar que o "mais grave meio de controle estatal de condutas humanas não pode ter por referencial preceitos morais, em outras palavras, o Direito Penal não pode ser instrumento do moralismo paternalista".[34] Segundo o autor, mais do que a mera *liberdade sexual* e despida de ranços moralistas de termos como *dignidade sexual*, a autodeterminação explicita, de forma mais adequada, o bem jurídico que se tutela nos crimes sexuais.[35]

A nitidez no que tange ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal sexual é imprescindível para a análise do *stealthing*. Se se assume que a *liberdade de autodeterminação sexual* é o bem jurídico afetado pela conduta em análise, torna-se mais viável traçar os contornos do que foi ou não assentido no sexo.[36]

Por último, se o consentimento demanda, em regra, uma manifestação clara, *expressa* ou que não deixe dúvidas a respeito da vontade do ofendido, em crimes sexuais, esse é um ponto particularmente sensível. Como apontam Alice Carvalho e José Roberto Macri Jr., há diversos casos em que a vítima não é reconhecida como tal por ter, "ainda que tacitamente", consentido com o ato sexual, independentemente de manifestação expressa em sentido contrário, o que resulta, na percepção dos autores, de duas concepções errôneas: (i) a

34. SOUZA, Luciano Anderson de. Crimes sexuais: reflexões críticas. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 340-341. Em outro momento, o autor defende que "materialmente, a criminalização sexual há de se afastar de qualquer caráter moral, circunscrevendo-se às graves ofensas à autodeterminação sexual dos indivíduos. Sob a égide de um Estado Democrático de Direito, de cunho pluralista, toda e qualquer incriminação somente se justifica se atrelada à proteção da dignidade da pessoa humana, entendida como a capacidade de autodeterminação dos indivíduos. No particular aspecto analisado, a autodeterminação sexual dos indivíduos é o interesse maior a ser tutelado" (SOUZA, Luciano Anderson de. Crimes sexuais: reflexões críticas. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014. p. 349).

35. SOUZA, Luciano Anderson de. Crimes sexuais: reflexões críticas. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. RASSI, João Daniel (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014. p. 342.

36. A liberdade de autodeterminação sexual é compreendida como o livre-arbítrio em se dispor do próprio corpo ou do sexo, observadas as opções e os desejos individuais, tanto no que se refere ao destinatário destes quanto na forma de manifestação da sexualidade. NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz. *O Direito Penal sexual*: conteúdo e limites. Coimbra: Almedina, 1985. p. 139 apud GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *Crimes contra a dignidade sexual*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 61.

Uso Exclusivo Do IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

primeira, de que determinados comportamentos da vítima podem ser interpretados como consentimento; (ii) a segunda, conexa à primeira, uma (errônea) identificação entre consentimento e submissão, afirmando-se aquele na ausência deste (ainda que de forma tácita).[37] Na tradição anglo-americana, por exemplo, a doutrina vem esboçando contornos peculiares a essa percepção. É a chamada doutrina *no means no*, em desenvolvimento desde os anos 1980, segundo a qual o silêncio da vítima não é interpretado na forma de consentimento, que só seria válido e legítimo se as circunstâncias permitirem sua percepção de modo mais contundente.[38]

Em suma, um acordo de vontades a respeito de um ato que pode ter dignidade penal (de acordo com suas particularidades), notadamente quando de delitos com tão drástica afetação ao bem jurídico, como os crimes sexuais, deve inquestionavelmente se exteriorizar a fim de clarificar a aquiescência dos agentes envolvidos, sendo manifestado em uma ação conclusiva que possa ser facilmente apreendida.[39]

3. A retirada não consentida de preservativo em uma relação sexual: uma ofensa penalmente relevante

A ação implicada no *stealthing* envolve uma relação carnal previamente acordada entre pessoas conscientes. A retirada do preservativo é, nesse caso, iniciativa individual de uma das partes, tendo a outra descoberto esse comportamento somente após a conclusão do ato sexual. Trata-se, em suma, de um ato que se iniciou de pleno acordo entre os participantes e que se transformou em uma conduta decidida de forma unilateral. Imperativo se faz analisar quais os bens jurídicos que foram colocados em disponibilidade e quais não estavam em jogo, seguindo, nesse sentido, a dicção de Silveira:

> "[E]m primeiro momento, deve-se saber se ocorreu ou não o consentimento e, em um segundo, se outros elementos, positivos ou negativos, se apresentam.

37. CARVALHO, Alice; MACRI JR., José Roberto. Limites da vitimodogmática: o âmbito da aplicação do princípio da autorresponsabilidade. In: SAAD-DINIZ, Eduardo. *O lugar das vítimas nas ciências criminais*. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 343.
38. Sobre esse debate, conferir ANDERSON, Michelle J. Negotiating Sex. *Southern California Law Review*, v. 78, 2005. p. 101-138.
39. GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *Crimes contra a dignidade sexual*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 108.

> Resta, pois, saber quais seriam os bens disponibilizados pelos seus titulares e quais não. Em outras palavras, quais deles estariam disponíveis e quais não."[40]

Se estamos investigando uma conduta que tem como parte integrante de si a supressão da ciência da contraparte em relação ao uso do preservativo, o consentimento da vítima é severamente afetado. Retirar do sujeito a possibilidade de conhecer totalmente a situação que a ele está sendo imposta atinge, de forma determinante, o assentimento e, em última análise, o exercício da autonomia, que, de acordo com Jeffrey Gauthier, é "a capacidade pessoal de escolha para os seus desejos e interesses sexuais".[41]

Impõe assinalar que não é possível reduzir a conduta envolvida no *stealthing* a uma mera intercorrência sucedida na seara sexual. Ao contrário de um fenômeno acidental, a retirada do preservativo na referida conduta é voluntária e determinada por apenas uma das partes, sem a devida consulta ou comunicação à pessoa com quem se consuma o sexo. O fato de haver consentimento prévio a respeito da relação carnal envolvida não deve macular a análise de outras condutas em outros momentos fundamentais a ela. De forma ilustrativa, invoca-se uma circunstância em que, em uma relação heterossexual, se acordou em se executar cópula vagínica e, em dado momento, o homem obriga a mulher a realizar coito anal. Ter-se-ia, mesmo com o acordo de vontades implicado no início do ato, estupro.

Além de não abarcar a figura do consentimento, deve ser reconhecida uma forma ou um grau de *violência* (em sentido amplo) implicada na conduta da retirada não comunicada ou não autorizada do preservativo por uma das partes. Sendo a violência, de acordo com Silveira, "meio pelo qual se restringe a possibilidade de ampla determinação do indivíduo",[42] indubitável a subsunção de um conceito ao outro.

A supressão não apenas da ciência mas também do poder de agência da mulher em um ato sexual – que deveria se mostrar uma oportunidade lúdica e prazerosa – configura uma afronta à sua subjetividade e tem, na sociedade atual, conteúdo sexista. Não se trata, portanto, de mera agressão interindividual, mas

40. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais*: bases críticas para a reforma do Direito Penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 231.

41. GAUTHIER, Jeffey A. Consent, coercion, and sexual autonomy. In: BURGESS-JACKSON, Keith. *A most detestable crime*: New philosophical essays on rape. New York: Oxford University Press, 1999. p. 73 apud SILVEIRA. Op. cit., p. 243.

42. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais*: bases críticas para a reforma do Direito Penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 210.

Uso Exclusivo do IBCCRIM

de atualização do machismo que permeia nossa cultura e é, portanto, substancialmente violento.

4. A visibilidade e repressão à violência de gênero nos limites da legalidade penal: uma leitura da tipificação do *stealthing* no direito brasileiro

Conforme defendem Silveira e Souza, somente é possível dotar de dignidade penal as condutas que importem nítida violência e que vulnerem a autodeterminação sexual, atingindo o livre exercício da sexualidade e determinando ações sexuais contrárias à vontade.[43] José Luis Díez Ripollés corrobora essa posição ao dizer que "passam a ser objeto de atenção do Direito Penal todas aquelas condutas que envolvem outras pessoas em ações sexuais sem a sua vontade".[44]

Destarte, resta claro que o *stealthing* não só representa uma conduta de cunho sexual em que se afeta drasticamente o consentimento de uma das partes como também macula o bem jurídico protegido pela legislação referente aos crimes sexuais, qual seja, a livre autodeterminação sexual. Pontuou-se, inclusive, que o cerceamento de liberdades sexuais é espécie de violência – e, em uma sociedade marcada por eixos de opressão, essa violência tem conteúdo machista. Passa-se, neste momento, à análise de alguns dispositivos penais a fim de verificar se é possível situar adequadamente a conduta implicada no *stealthing* na legislação penal pátria, e, em caso positivo, observar qual a proporção de importância e rigor que a ele o direito penal brasileiro pode atribuir.

4.1. Estupro

O crime de estupro[45] é o que inaugura o Título VI do Código Penal e o que se revela mais simbólico socialmente. A conduta implica necessária coerção – física

43. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais*: bases críticas para a reforma do Direito Penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 233 e SOUZA, Luciano Anderson de. Crimes sexuais: reflexões críticas. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014. p. 343.

44. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Revista de Derecho Penal e Criminología*. 2ª Época, n. 6, 2000. p. 69 apud GRECO. Op. cit., p. 107.

45. "Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Pena –

Uso Exclusivo do IBCCRIM

ou psicológica – e pode abarcar uma gama de ações, como coito anal, oral e vaginal – e, em teoria, condutas menos ofensivas, mas que guardam em si intenção libidinosa, como beijos lascivos e fricções corporais.

A inexistência de consentimento na prática do ato libidinoso, revelada pelo constrangimento físico ou psicológico exigido pela norma em questão, afasta esse tipo penal do *stealthing*. Na verdade, segundo lembra Maximiliano Roberto Ernesto Führer, "o dissenso da vítima é elemento essencial do delito. Com efeito, não existe constrangimento onde há concordância".[46]

Conforme anteriormente esmiuçado, a retirada do preservativo se dá após o início de uma relação sexual em que já existe um assentimento prévio dos envolvidos, sendo somente a retirada do preservativo o ato não compartilhado – tanto pelo conhecimento quanto pela aquiescência.

4.2. Violação sexual mediante fraude

De acordo com Führer, "fraude é a provocação do erro alheio ou o aproveitamento do equívoco de outrem".[47] A fraude[48], na dicção de Claus Roxin, torna ineficaz o consentimento individual, visto que maquia a real perspectiva dos fatos. Consoante defende, "o consentimento só pode ser eficaz na medida em que o fato se apresente, segundo parâmetros normativos, como expressão de autonomia do portador do bem jurídico, como realização de sua liberdade de vontade".[49] Assim, em sendo a liberdade sexual atingida pela fraude (mediante estratégias de dissimulação), não é possível considerar livre o consentimento em questão.[50]

---

reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos" (BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31.12.1940).

46. FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos crimes sexuais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 157-158.
47. FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos crimes sexuais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 165.
48. "Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos" (BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 3.12.1940).
49. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: Parte General. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 545.
50. GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *Crimes contra a dignidade sexual*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 123.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

O tipo penal trazido pelo art. 215, conhecido também como *estelionato sexual*,[51] determina que o erro no qual a vítima incide seja causado pelo agente, que, fazendo uso de artifícios (como palavras, atos, a mentira, o silêncio, ou a situação fática forjada pelo agente),[52] apresenta a ela realidade que não é a que se verifica objetivamente. Necessário assinalar que se a fraude se dá em meio a uma conjunção carnal voluntária, houve quebra de confiança e uso de má-fé entre pessoas que alimentavam vínculos de afinidade e, talvez, afeto – o que lhe dá um condão de especial vileza à ocorrência. Possivelmente por essa razão, Führer menciona que "a violência sexual mediante fraude equivale a um estupro, sem violência ou ameaça".[53]

Esclarece José Henrique Pierangeli que o autor do crime, nos casos de violação sexual mediante fraude, acessa a vítima e seu corpo de modo que, caso não houvesse emprego de ardil, esta provavelmente não teria autorizado.[54] Somente pelo uso de estratagemas é que o autor consegue executar a ação de cunho sexual com a qual a vítima eventualmente não concordaria.

É na *violação sexual mediante fraude* que parece se inserir o *stealthing*. A retirada do preservativo é realizada com base em um consentimento viciado da vítima. Por obra do autor, ela supõe estar praticando o ato sexual de forma segura, quando, em realidade, não está. Essa dissimulação na conduta ao perpetrar o ato confere à conduta a característica de *estelionato sexual*, uma vez que um dos indivíduos envolvidos no sexo faz com que o outro, de maneira ardilosa, incida em erro, sem dispor da mínima possibilidade de fazer cessar a conduta.

4.3. Importunação sexual

O crime de importunação sexual[55], incluído na legislação penal pátria pela Lei 13.718 de 2018, aplica-se a casos em que o agente empenha condutas que

51. PIERANGELI, José Henrique. *Crimes sexuais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 29.
52. JOFFILY, Tiago. O caso do ônibus: análise jurídico-penal da conduta de ejacular no rosto de alguém sem o seu consentimento. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 17, n. 70, jul.-set. 2018. p. 102.
53. FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos crimes sexuais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 164.
54. PIERANGELI, José Henrique. *Crimes sexuais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 30.
55. "Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro. Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco)

anteriormente eram inseridas na previsão da contravenção penal conhecida como "importunação ofensiva ao pudor",[56] havendo importante debate a respeito da ocorrência de *abolitio criminis* com o novo delito.[57] A inserção de uma pena máxima de até 05 (cinco) anos de reclusão afastou a perspectiva de crime de *menor potencial ofensivo*, concepção que corroborava para uma relativização da gravidade dos atos relacionados à conduta antes tipificada como mera contravenção.

A importunação sexual, conforme defende Santos, consubstancia-se em atitudes relacionadas a "assédio em espaços públicos e nos meios de transportes, acompanhados ou não de 'encoxadas', 'apalpadas' e até ejaculação",[58] sendo relevante, para a concretização do delito, a ausência de anuência por parte da vítima. Essa ressalva é imprescindível para que as condutas não sejam confundidas com aquelas que consubstanciam estupro, crime para o qual é necessário mais do que uma não anuência, mas, evidentemente, violência ou ameaça.

O fato de o tipo penal contemplar a prática de ato libidinoso sem a anuência da vítima a fim de obter a satisfação da lascívia faz com que o crime se aproxime do *stealthing*. Com efeito, no *stealthing* não ocorre o assentimento da vítima na prática da retirada do preservativo, ainda que haja consenso na relação sexual.

O que parece afastar o *stealthing* da importunação sexual é a falta da perspectiva de *ardil* nesse tipo penal. Ao contrário da violação sexual mediante fraude, em que uma fatia da realidade é apresentada de forma distinta à pessoa com quem se

---

anos, se o ato não constitui crime mais grave" (BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31.12.1940).

56. Hipótese revogada do art. 61 da Lei de Contravenções Penais.

57. O debate gira em torno, essencialmente, de se perceber ou não, na nova infração penal, a existência de elementos constitutivos distintos e autônomos em relação à infração anterior. Em caso positivo, a revogação do art. 61 da LCP geraria *abolitio criminis*; em caso negativo, ocorreria a chamada "continuidade normativo-típica". Pela primeira posição, JUNQUEIRA, Gustavo Diniz; PARDAL, Rodrigo. *Suposta* abolitio criminis *na contravenção de importunação ofensiva ao pudor*: uma análise do novo crime de importunação sexual e suas consequências. Disponível em: [www.jota.info/opiniao--e-analise/artigos/suposta-abolitio-criminis-na-contravencao-de-importunacao-ofensiva-ao-pudor-16012019]. Acesso em: 01.05.2020; pela segunda posição, CUNHA, Rogério Sanches. *Atualização legislativa*: Lei 13.718/2018. Disponível em: [www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/a717a7b72e63e04daed4a6ff7491c46b.pdf]. Acesso em: 01.05.2020.

58. SANTOS, Silvia Chakian de Toledo. Novos crimes sexuais, a Lei 13.718/18 e a questão de gênero na aplicação do Direito. *Conjur*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2018-out-04/silvia-chakian-novos-crimes-sexuais-lei-137182018]. Acesso em: 01.05.2020.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

pratica ato sexual, na importunação o ato é praticado sem que nenhum dos seus aspectos esteja no âmbito de ciência da vítima. Esta é surpreendida pela conduta de cunho sexual em contexto não relacionado à prática.

O fato de o próprio tipo penal relativo à importunação sexual ser expressamente subsidiário, prevendo subsunção apenas no caso de o ato não constituir crime mais grave, também atrai o *stealthing* para o delito previsto pelo art. 215, que tem pena de 02 (dois) a 06 (seis) anos de reclusão.

4.4. Perigo de contágio venéreo, perigo de contágio de moléstia grave e perigo para a vida ou saúde de outrem

Referidos crimes[59], previstos no Capítulo III do Título I do Código Penal – Dos Crimes Contra a Pessoa – visam tutelar a incolumidade física individual que pode ser colocada em risco com práticas sexuais, conforme retrata expressamente o texto do art. 130. O agrupamento desses tipos em um só tópico, no presente estudo, se dá pela similaridade que as condutas apresentam para os fins da análise aqui desenvolvida.

Trata-se, os três, de crimes formais, uma vez que a mera prática de ato ou a mera exposição de alguém (de sua vida ou saúde) já são suficientes para a consumação dos delitos. Não é exigida, portanto, a efetiva contaminação ou dano à saúde alheia – o que representaria apenas o exaurimento das ações delituosas.

A retirada de um preservativo no meio do ato sexual sem conferir ciência ou pedir autorização à pessoa com quem se pratica sexo pode, além de sua tipificação como violação sexual mediante fraude, ser inserida em quaisquer dessas três modalidades de delito, em concurso formal (art. 70 do CP), visto que, com uma mesma conduta, o agente pratica dois delitos ou mais.

Além da afronta à livre autodeterminação sexual, o ato em questão pode acarretar a transmissão de uma série de doenças, incluindo o vírus causador da Síndrome da Imunodeficiência Humana, moléstia incurável cuja incidência vem

59. "Art. 130. Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa. Art. 131. Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa. Art. 132. Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: Pena – detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave" (BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31.12.1940).

Uso Exclusivo RBCCrim

aumentando nos últimos anos justamente pela prática sexual desprotegida.[60] Outras doenças curáveis, mas de gravidade incontestável, têm se disseminado de forma crescente, como a sífilis, que teve aumento de 5000% nos últimos cinco anos.[61]

Assim, mostra-se relevante situar a conduta que é objeto da presente investigação entre os crimes que afrontam a autonomia e a sexualidade humanas, além de sua saúde ou incolumidade física. Faz-se necessário evidenciar o tipo de afronta envolvida no *stealthing* para seu adequado enfrentamento, seja em âmbito penal, seja de forma mais ampla em políticas públicas de prevenção, debates e ações de conscientização.

Considerações finais

A retirada de um preservativo sem a ciência ou a anuência do indivíduo com quem se pratica conduta sexual traz, em si, duas mensagens perturbadoras: a primeira, de que o desejo ou o prazer do sujeito ativo do *stealthing* seria mais relevante do que a autonomia sexual da vítima; a segunda, de que o corpo da vítima pertence ao agressor e está à sua disposição. Essa conduta é de particular violência em um contexto social de negação da liberdade sexual da mulher.

Conforme apontado pela investigação bibliográfica, há limites para o consentimento e esse instituto tem algumas especificidades no que tange a crimes sexuais. Como visto, se não há ciência sobre a integralidade da situação provocada antes ou, no limite, durante o ato, é impossível admitir a figura do consentimento – podendo persistir, no máximo, o perdão (este é sempre posterior). O fato de a relação sexual na qual houve o *stealthing* ter a aquiescência inicial de todos os envolvidos não implica, portanto, o assentimento preestabelecido de condutas paralelas ou subsequentes ao sexo.

60. "O número de infectados pelo vírus da aids voltou a subir no Brasil, conforme os números do Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS (Unaids). A população vivendo com a doença no País passou de 700 mil, em 2010, para 830 mil em 2015, com 15 mil mortes por ano. 'O Brasil sozinho responde por mais de 40% das novas infecções de aids na América Latina', alertou o Unaids. De cerca de 43 mil novos casos em 2010, o País passou para 44 mil em 2015 (mais de 5 por hora)." Sobre o tema, ver "Aids avança no Brasil entre 2010 e 2015, afirma UNAids", disponível em: [http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,aids-avanca-no-brasil-diz-unaids,10000062378]. Acesso em: 01.05.2020.

61. Sobre o tema, ver "Sífilis volta a ser epidemia no Brasil, apesar do tratamento rápido", disponível em: [http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2017/04/sifilis-volta-ser-uma-epidemia-no-brasil-apesar-do-tratamento-rapido.html]. Acesso em: 01.05.2020.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

A ofensa envolvida no *stealthing*, como se percebe, tem, em seu recorte de gênero, um simbolismo importante: o da colocação da mulher em um lugar de não sujeito, em que se mostra mais relevante a manutenção de uma ereção ou a obtenção de prazer sexual sem barreiras físicas do que a voluntariedade do outro. Essa negação (ou mesmo anulação) da subjetividade alheia, perpetrada de forma representativa – por meio da atualização de uma opressão estrutural –, é digna de repressão penal e suporta as previsões tanto do artigo 215 quanto dos artigos 130 a 132 do Código Penal, em concurso formal, nos termos do art. 70 do CP.

Condutas como a do *stealthing*, que, para olhos menos atentos, pareceriam despidas de lesividade suficiente para abrigarem a devida dignidade penal,[62] compõem um arcabouço emblemático de agressões que, por atingirem eminentemente o gênero feminino, decaem em relevância no debate teórico. Ainda que se argumente que o Direito Penal, como instrumento de opressão e dominação patriarcal que é, não seria meio hábil a promover liberdades, não reconhecer que, na gramática atual, a liberdade de autodeterminação sexual merece, urgentemente, maiores considerações, análises e atualização é reafirmar, por omissão, um sexismo estrutural.

É imperativo lutar em todas as frentes sociais, inclusive no campo jurídico-dogmático, pelo direito das mulheres a uma vida digna e livre de violências de quaisquer espécies. Não basta a liberdade para o desejo sexual, é preciso que o prazer feminino seja respeitado em seus termos e que não seja campo para o cometimento de novas formas de afronta.

Referências bibliográficas

ANDERSON, Michelle J. Negotiating Sex. *Southern California Law Review*, v. 78, p. 101-138, 2005.

62. É emblemática, por exemplo, a afirmação de Nelson Hungria ao comentar o delito de posse sexual mediante fraude: "A violência é um resíduo de primitivismo, é o chocante arbítrio da força; enquanto a fraude é um jogo de inteligência e astúcia, infenso à grosseria despótica ou ao derrame de sangue. *O leão rompente é bem mais temível que a raposa matreira*" (HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes; FRAGOSO, Heleno (atualizadores). *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981 (1. ed. de 1948). v. VIII. p. 138, grifo nosso). Logicamente impecável quanto ao ponto de vista do grau de ofensa ao bem jurídico, o raciocínio não é isento de um olhar crítico, uma vez que um foco formal, restrito ao crime sexual violento e chocante tende a minimizar a importância e gravidade de inúmeras condutas que, como o *stealthing*, são menos percebidas socialmente, porque praticadas em situações e por meios mais escusos.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Da criminologia crítica à criminologia feminista: a violência sexual, a mulher e o feminino no controle penal. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. 1ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ARAÚJO, Bruna Conceição Ximenes de. "STEALTHING": Violência de Gênero Contra a Mulher e Suas Possíveis Adequações Típicas na República Federativa do Brasil. Disponível em: [https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/stealthing-violencia-de-genero-contra-a-mulher-e-suas-possiveis-adequacoes-tipicas-na-republica-federativa-do-brasil/]. Acesso em: 01.05.2020.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et. al. *Direito penal brasileiro II, I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: Volume 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRODSKY, Alexandra. "Rape-Adjacent": Imagining Legal Responses to Non-consensual Condom Removal. *Columbia Journal of Gender and Law*, v. 32, n. 2, 2017. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=2954726]. Acesso em: 01.05.2020.

BUSATO, Paulo. *Direito penal*: parte especial 2. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMPOS, Carmen Hein de; MACHADO, Lia Zanotta; SILVA, Alexandra dos Reis. Cultura do estupro ou cultura antiestupro? *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 28, p. 981-1006, set.-dez. 2017.

CARVALHO, Alice; MACRI JR., José Roberto. Limites da vitimodogmática: o âmbito da aplicação do princípio da autorresponsabilidade. In: SAAD-DINIZ, Eduardo. *O lugar das vítimas nas ciências criminais*. São Paulo: LiberArs, 2017.

CHAUI, Marilena. *Conformismo e resistência*: aspectos da cultura popular no Brasil. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.

COULORIS, Daniella Georges. *Violência, gênero e impunidade*: a construção da verdade nos casos de estupro. Texto integrante dos Anais do XVII Encontro Regional de História – O lugar da História. ANPUH/SP-UNICAMP. Campinas, setembro de 2004. p. 06-07.

COULORIS, Daniella Georges. *A Desconfiança em relação à Palavra da Vítima e o Sentido da Punição em Processos Judiciais de Estupro*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. *Atualização legislativa*: Lei 13.718/2018. Disponível em: [www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/a717a7b72e63e04daed4a6ff7491c46b.pdf]. Acesso em: 01.05.2020.

CUNHA, Rogério Sanches; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Qual o tratamento penal para o* stealthing *no Brasil?* Disponível em: [https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/05/03/qual-o-tratamento-penal-para-o-stealthing-no-brasil/]. Acesso em: 01.05.2020.

USO EXCLUSIVO DO BDCRIM

DAVIS, Angela. *Mujeres, raza y clase*. Trad. e ed. de Ana Varela Mateo. 2. ed. Madrid: Ediciones Akal, 2005.

DEMANT, Peter. *O mundo muçulmano*. São Paulo: Contexto, 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. 2. Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. t. I.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal*: parte especial. 6. ed. rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 2.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos crimes sexuais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *Crimes contra a dignidade sexual*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes; FRAGOSO, Heleno (atualizadores). *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981 (1. ed. de 1948). v. VIII.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Estupro no brasil: vítimas, autores, atores situacionais e evolução das notificações no sistema de saúde entre 2011 e 2014*. Disponível em: [www.ipea.gov.br/atlasviolencia/artigo/20/estupro-no-brasil-vitimas-autores-fatores-situacionais-e-evolucao-das-notificacoes-no-sistema-de-saude-entre-2011-e-2014]. Acesso em: 01.05.2020.

JOFFILY, Tiago. O caso do ônibus: análise jurídico-penal da conduta de ejacular no rosto de alguém sem o seu consentimento. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 17, n. 70, p. 85-105, jul.-set. 2018.

JUNQUEIRA, Gustavo Diniz; PARDAL, Rodrigo. *Suposta* abolitio criminis *na contravenção de importunação ofensiva ao pudor*: uma análise do novo crime de importunação sexual e suas consequências. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/suposta-abolitio-criminis-na-contravencao-de-importunacao-ofensiva-ao-pudor-16012019]. Acesso em: 01.05.2020.

MACKINNON, Catharine. *Toward a feminist theory of the State*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

MENDES, Soraia da Rosa. *(Re)pensando a criminologia*: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, 2012.

MENEZES, Fernanda Moreira de; GONÇALVES, Hebe Signorini. Estupro nas relações de intimidade: uma violência invisível. *Alternativas en Psicología*, n. 41, febrero-julio 2019.

NUNES, Maria José F. Rosado. Religiões. In: HIRATA, Helena et. al. *Dicionário crítico do feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

PEÇANHA, Yuri. *"Sou Puta, Doutor"*: um livro de Yuri Peçanha. Porto Alegre: PLUS/Simplíssimo, 2020.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

PIERANGELI, José Henrique. *Crimes sexuais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RUBIN, Gayle: El Tráfico de Mujeres: notas sobre la "economía política" del sexo. *Nueva Antropología*, v. VIII, n. 30, México, 1986.

SABADELL, Ana Lúcia. A problemática dos delitos sexuais numa perspectiva de direito comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 80-102, jul.-set. 1999.

SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica*: introdução a uma leitura externa do direito. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2017.

SANTOS, Humberto Soares de Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico?* Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018.

SANTOS, June Cirino dos. *Criminologia crítica ou feminista*: uma fundamentação radical para pensar crime e gênero. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2018.

SANTOS, Silvia Chakian de Toledo. Novos crimes sexuais, a Lei 13.718/18 e a questão de gênero na aplicação do Direito. *Conjur*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2018-out-04/silvia-chakian-novos-crimes-sexuais-lei-137182018]. Acesso em: 01.05.2020.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais*: bases críticas para a reforma do Direito Penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SOUSA, Renata Floriano. Cultura do estupro: prática e incitação à violência sexual contra mulheres. *Estudos Feministas*. Florianópolis, v. 25, n. 1, p. 9-29, jan.-abr. 2017.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito penal*: volume único. São Paulo: Atlas, 2018.

SOUZA, Luciano Anderson de. Crimes sexuais: reflexões críticas. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e; CARVALHO, Salo de. Criminologia feminista com criminologia crítica. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/38240/30537]. Acesso em: 24.07.2020.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Da liberdade à violência sexual: uma análise do bem jurídico e do consentimento nos crimes contra a liberdade sexual, de Gisele Mendes de Carvalho, Isadora Vier Machado e Luciele Mariel Franco – *RBCCrim* 163/197-238 (DTR\2019\42593);
- O sexo e o direito: a história de uma relação muito íntima (parte 2), de Rodrigo Bernardes Dias – *RT* 964/21-102 (DTR\2016\224); e
- O sexo e o direito: a história de uma relação muito íntima (parte 1), de Rodrigo Bernardes Dias – *RT* 963/21-85 (DTR\2016\191).

USO EXCLUSIVO DO PROGRAM

Organização criminosa no direito comparado: desafios da harmonização normativa e problemas dos transplantes legais

Organized crime in comparative law: challenges of normative harmonization and problems of legal transplants

Paula Brener

Mestranda na Faculdade de Direito da UFMG. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2018). Advogada criminalista. Professora do Centro de Estudos em Direito e Negócios (CEDIN) e do curso de pós-graduação em advocacia criminal da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Minas Gerais (ESA/OABMG).
ORCID: 0000-0002-9588-0332
brener.paula@outlook.com

Recebido em: 13.06.2019
Aprovado em: 13.03.2020
Última versão da autora: 01.04.2020

Áreas do Direito: Penal; Internacional

Resumo: A criminalidade organizada é um dos mais complexos problemas enfrentados pelo Direito Penal, dada a sua complexidade e difusão, que enseja a adoção, em diferentes ordenamentos, de conceituações sociológicas, criminológicas e dogmáticas. Frente a este problema, objetiva-se analisar comparativamente essa expressão da criminalidade, expondo as suas raízes socioculturais, com a assimilação de características próprias da cultura e do desenvolvimento de cada país. Foram selecionados para a comparação os direitos norte-americano, espanhol, colombiano e italiano, principais representantes dos diferentes eixos de abordagem ao fenômeno: a *conspiracy*, o terrorismo e a máfia. Submete-se ainda à análise a proposta do Pacote Anticrime, inspirada no modelo sociológico italiano, demonstrando-se de forma crítica os perigos na realização de transplantes legais sem a devida

Abstract: Organized crime is one of the most complex problems faced by criminal law, given its complexity and diffusion, which leads to the adoption, in different systems, of sociological, criminological and dogmatic conceptualizations. In face of this, the work aims to comparatively analyze this expression of crime, exposing its socio-cultural roots, with the assimilation of characteristics of the traditions of each country. US, Spanish, Colombian and Italian legal systems were selected for comparison, as the representatives of the different axes of approach to the phenomenon: conspiracy, terrorism and Mafia. The proposal of the Anticrime Package, inspired by the Italian sociological model, is also analyzed, in order to critically demonstrate the dangers of carrying out legal transplants without proper hermeneutic-contextual analysis, hence conforming to an artificial and merely

análise hermenêutico-contextual, sob pena de conformar-se uma produção legislativa artificial e meramente simbólica. O procedimento incialmente previsto orienta-se pela identificação funcional dos tipos penais relevantes nos países selecionados, seguida do levantamento de referências que permitam sua compreensão num plano contextual. Dessa forma, a proposta consiste em uma pesquisa de Direito Comparado, adotando-se vertente jurídico-dogmática que busca conciliar a análise funcional, centrada no estudo de institutos e de suas funções em cada Direito, à sua compreensão contextualizada, considerando os aspectos históricos e culturais que marcam sua aplicação.

Palavras-chave: Organizações criminosas – Direito Comparado – Pacote Anticrime – Transplantes Legais.

symbolic legislative production. The methodology is guided by a functional identification of the relevant criminal types in the selected countries, followed by the collection of references that allow their comprehension on a contextual level. Thus, the proposal consists of a Comparative Law research, adopting a juridical-dogmatic perspective that seeks to reconcile the functional analysis, centered on the study of institutes and their functions in each Law, to their contextualized understanding, considering the historical and cultural marks of its application.

Keywords: Organized crime – Comparative Law – Anticrime Package – Legal transplants.

Sumário: Introdução. 1. A organização criminosa no direito internacional. 2. Organização criminosa no Direito Comparado. 2.1. Conspiração de etnias estrangeiras e a criminologia norte-americana. 2.2. O paradigma dos delitos de terrorismo na Espanha e Colômbia. 2.3. A associação de tipo mafioso italiana. 3. Métodos de Direito Comparado e transplantes legais. 4. Organização criminosa no Brasil: problemas com a proposta trazida no Pacote Anticrime. Conclusões. Referências bibliográficas.

Introdução

Um dos problemas mais complexos enfrentados pelo Direito Penal é, certamente, a criminalidade organizada. Fenômeno extremamente difuso e intricado, sobre o qual a doutrina não logrou ainda construir uma definição aceita pacificamente. São em geral elaboradas conceituações sociológicas, criminológicas e jurídicas, nenhuma das quais pode ser plenamente apreendida pela lei penal.

O fenômeno da globalização permitiu a intensificação das trocas e a complexificação das relações negociais humanas, bem como a redução do espaço tempo. Inevitavelmente, esse cenário foi acompanhado de uma sofisticação também do crime organizado, o qual crescentemente assume um viés transnacional, torna-se mais fluido e mais difícil de ser enfrentando. Conforme *working paper* da OECD, a criminalidade organizada transnacional teria perpassado significantes mudanças na forma como opera, resultantes dos avanços do mercado econômico, bem como da tecnologia e da comunicação. Em tal cenário, o crime

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

organizado se estabeleceu na maior parte dos países e diversificou as atividades que operacionalizam[1]. Diante da insuficiência do direito penal tradicional para lidar com problema, busca-se a sua solução pela constante edição de novas leis, sem, contudo, que nenhuma delas demonstre alguma melhora concreta.

No Brasil, a opção legislativa desde 2013 caminhava no sentido de uma harmonização do tratamento dessa forma de criminalidade ao plano internacional, aproximando-se o texto legislativo à Convenção de Palermo, como à frente se verá. Entretanto, recentemente, por meio do Pacote Anticrime, apresentou-se nova proposta legislativa de conceito para a criminalidade organizada, em uma redação muito similar ao tipo penal italiano das associações de tipo mafioso:

Pacote Anticrime	Código Penal Italiano
Mudança na Lei 12.850/2013: Art. 1º [...] § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, e que: I – tenham objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos; II – sejam de caráter transnacional; ou III – se valham da violência ou da força de intimidação do vínculo associativo para adquirir, de modo direto ou indireto, o controle sobre a atividade criminal ou sobre a atividade econômica, como o Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho, Família do Norte, Terceiro Comando Puro, Amigo dos Amigos,	*Artigo 416 bis* *Associações de tipo mafioso, ainda que estrangeiras* *[...]* *3. A associação é de tipo mafioso quando aqueles que dela fazem parte se valem da força de intimidação do vínculo associativo e da condição de sujeição e* omertà[2] *que dele derivam para cometer delitos, para adquirir, de modo direto ou indireto, a gestão ou o controle de atividades econômicas, de concessões ou permissões de contratos e serviços públicos ou para obtenção de lucros ou vantagens ilícitas para si ou para outrem, ou com a finalidade de impedir ou obstaculizar o livre exercício do voto ou de adquirir votos para si ou para outrem em período eleitoral. [...]* *8. As disposições do presente artigo se aplicam também a Camorra, à N'drangheta e às demais associações, sejam localmente*

1. MIRAGLIA, Paula; OCHOA, Rolando; BRISCOE, Ivan. *Transnational organised crime and fragile states*. International Center for the Prevention of Crime and the Clingendael Institute. *OECD development co-operation working papers*. Outubro de 2012. p. 4.
2. Nota sobre a tradução: não há uma tradução precisa para o português da palavra *omertà*, a qual deve ser compreendida como uma espécie de pacto de silêncio, caracterizado pela recusa generalizada em cooperar com as instâncias oficiais.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

Pacote Anticrime	Código Penal Italiano
Milícias, ou outras associações como localmente denominadas.	*dominantes ou estrangeiras, que valendo-se da força de intimidação do vínculo associativo perseguem escopos correspondentes àqueles das associações de tipo mafioso.*[3]

Fonte: tabela das autoras

A opção pelo transplante legal do instituto italiano tem seu fundamento inspirador na semelhança que a doutrina brasileira identifica entre as operações Mãos Limpas e Lava Jato. Ambas se caracterizam pelo envolvimento de relevantes partidos políticos e empresas do país, bem como pela imputação de crimes econômicos de grande complexidade. Os processos dependeram de um forte apoio popular às forças tarefas envolvidas, tanto no caso Lava Jato como em relação aos procuradores italianos. Parece, portanto, ser este o elemento de aproximação entre os ordenamentos que enseja a proposta[4]. Contudo, embora as operações, especialmente em seus aspectos processuais, possam se assemelhar, o transplante legal do tipo da associação de tipo mafioso é um salto inadequado e apressado para a resolução de problemas do sistema brasileiro, que desconsidera particularidades históricas, sociológicas e culturais entre os países[5].

3. Tradução livre: "Articolo 416 bis, Associazioni di tipo mafioso anche straniere. *3. L'associzione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà ce ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazzioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali. [...] 8. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla 'ndrangheta e alle altre associazioni, comunque localmente dominante, anche straniere, che valendisi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso.*"
4. O próprio Ministro da Justiça Sérgio Fernando Moro, responsável pela proposta do pacote, atuou como magistrado durante a maior parte dos julgamentos e ações no âmbito da operação Lava Jato, tendo publicado trabalhos indicando as semelhanças entre as operações e a necessidade de buscar inspiração no sistema italiano para o enfrentamento dos problemas nacionais: MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite. *Revista Centro de Estudos Judiciários* – CEJ, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004. MORO, Sérgio. Sobre a operação Lava Jato. In: PINOTTI, Maria Cristina (Org.). Corrupção: lava jato e mãos limpas. São Paulo: Portfólio-Penguin, 2019. p. 184-216.
5. Embora a presente análise se concentre em uma comparação Brasil-Itália, vale pontuar em nota as profundas raízes socioculturais do fenômeno da criminalidade organizada.

Uso Exclusivo RBCCrim

Frente a este problema, o objetivo do presente trabalho é analisar o fenômeno da criminalidade organizada sob a ótica comparada, expondo as suas profundas raízes socioculturais, com a assimilação de características próprias da cultura e do desenvolvimento de cada país. Busca-se ainda demonstrar os perigos na realização de transplantes legais de tipos que conceituam o crime organizado sem a devida análise hermenêutico-contextual, sob pena de conformar-se uma legislação vazia e meramente simbólica no país. Assim, formula-se a hipótese de que o transplante legal de tipos penais que abordam o crime organizado, especialmente o seu conceito, não é um tratamento adequado à questão, devendo-se buscar, na verdade, uma uniformização da abordagem a partir de *standards* internacionais sem perder de vista as peculiaridades de cada país.

Para responder aos problemas expostos, propõe-se a realização de uma investigação teórica comparada, com prioridade para a análise de conteúdo com vistas à compreensão crítica do tema-problema. Foram selecionados para a comparação com o direito brasileiro, os direitos norte-americano, espanhol e italiano, reconhecidos como os principais representantes dos diferentes eixos de abordagem ao fenômeno, nomeadamente: a *conspiracy*, o terrorismo e a máfia. O procedimento inicialmente previsto orienta-se pela identificação funcional dos tipos penais relevantes nos países selecionados, seguido do levantamento de referências bibliográficas que permitam sua compreensão num plano contextual. Segue-se então à sistematização dos dados encontrados e a análise crítica das informações organizadas, articuladas para a formulação de uma proposta de solução ao problema.

Dessa forma, a proposta consiste em uma pesquisa de Direito Comparado, adotando-se vertente jurídico-dogmática, de tipo compreensivo-propositivo, em que predomina a utilização do raciocínio indutivo-dedutivo. O presente trabalho se desenvolverá preponderantemente a partir do levantamento e análise crítica de dados provenientes de fontes diretas primárias e secundárias, consistentes em análise dos tipos penais de cada país e estudos doutrinários publicados sob a forma de monografias e artigos científicos. Adota-se uma perspectiva plurimetodológica, adotando como marco teórico a perspectiva de Jaakko Husa na obra "Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?" como lente inicial de leitura[6]. Assim, busca-se conciliar a análise funcional, centrada no estudo

6. HUSA, Jaakko. Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance? *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, v. 67, n. 3, p. 419-447, jul. 2003. Vide ainda: HUSA, Jaakko. About the Methodology of Comparative Law – Some Comments Concerning the Wonderland. *Maastricht Faculty of Law Working Papers*, nº 5,

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

de institutos e de suas funções em cada Direito, à sua compreensão contextualizada, considerando os aspectos históricos e culturais que marcam sua aplicação.

No primeiro tópico será abordada a criminalidade organizada no plano internacional, elencando os tratados e instrumentos de *soft law* que abordam o problema, bem como a relevância em considerá-los instrumentos orientadores da agenda político criminal global e para a formação de *standards* normativos e harmonização legislativa face a crimes transnacionais. No segundo tópico será analisado o Crime Organizado em uma perspectiva comparada, dividida em subtópicos que se debruçam sobre o direito norte-americano, espanhol e italiano. O terceiro ponto é dedicado ao problema dos transplantes legais sob a lente da metodologia de direito comparado, destacando-se seus riscos e os cuidados que demanda do comparatista. Por fim, no quarto tópico desenvolve-se uma crítica ao Pacote Anticrime, resultante da pesquisa anteriormente desenvolvida. Traçam-se então as conclusões do trabalho.

1. A organização criminosa no direito internacional

A crescente sofisticação do crime organizado, bem como a verificação, em inúmeros casos, de seu aspecto transnacional, representa um enorme desafio para o Estado, o que leva ao questionamento sobre a eficácia de sua estrutura e das políticas públicas nacionais. Frente à crise do Estado moderno, o direito internacional adquire um relevante potencial de criar marcos jurídicos que possibilitem a harmonização normativa e favoreçam a articulação entre os Estados e a cooperação jurídica internacional para o enfrentamento de crimes. Em outras palavras, a adoção de *standards* internacionais possibilita um tratamento melhor articulado e global do problema do crime organizado, reduzindo as barreiras de compreensão e abordagem do problema.

Ademais, a gravidade e dimensão do problema da criminalidade organizada eleva a questão a um dos planos centrais da agenda global de política criminal, tendo sido realizados diversos tratados internacionais incentivando a adoção de mecanismos e normas rigorosas para o seu enfrentamento. Um dos mais relevantes diplomas nesse sentido é a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), a qual é considerada uma orientação central para os seus signatários. Esse tratado foi assinado pelo Brasil e incorporado ao direito pátrio no Decreto 5.015/2004 que promulgou suas

nov., 2007. Em um sentido semelhante: SAMUEL, Geoffrey. *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*. Oxford: Hart, 2014.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

disposições no país. É inspirado nessas disposições que se conformou a Lei das Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013), cuja abordagem da criminalidade organizada e o próprio conceito que se confere ao fenômeno muito se aproxima ao disposto no Tratado.

A Convenção trata de um grupo criminoso organizado como o grupo estruturado de três ou mais pessoas, exige ainda algum tempo de atuação e o propósito de cometer infrações penais graves, compreendidas como aquelas que possuam uma pena cominada cuja máximo não seja inferior a quatro anos, com a finalidade de obtenção de vantagens econômicas[7].

Embora o conceito da Lei das Organizações Criminosas no Brasil não se amolde perfeitamente ao disposto na convenção, representou importante passo no sentido da harmonização normativa no plano internacional, o que, possivelmente, possibilitou os diversos movimentos de cooperação jurídica internacional que marcaram a operação Lava Jato. Observe-se que, por harmonização do Direito Penal, não se sugere a sua unificação[8], mas o esforço na redução de diferenças entre as normas nacionais das diferentes culturas jurídicas, promovendo a sua

7. Vale destacar o seguinte trecho do Decreto 5.015/2004 que promulga no Brasil a Convenção de Palermo:

   "Artigo 2Terminologia

   Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

   a) 'Grupo criminoso organizado' – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

   b) 'Infração grave' – ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;

   c) 'Grupo estruturado' – grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada; [...]"

8. A defesa de uma unificação do Direito foi uma tendência no século XX, período de um animado positivismo sobre o Direito Comparado. Nesse sentido: ZIMMERMANN, Reinhard. Savigny's Legacy. Legal History, Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science. *Law Quarterly Review*, Londres, v. 112, 1996. Esse posicionamento que atualmente é considerado utópico e radical, bem como indesejável, tendo em vista o valor do pluralismo que se reconhece hoje nas diferentes culturas jurídicas. VOGEL, Joachim. La internacionalización del derecho penal y el proceso penal. Trad. Alfonso Galán Muñoz. *Revista Penal*, Valencia, n. 22, 2008. p. 160-161.

Uso Exclusivo do IBCCRIM

aproximação[9]. Especialmente com referência a um *standard* internacional que inspire uma mobilização mais amplo de harmonização. Como observa Vogel, a harmonização do Direito Penal não é um fim em si mesmo, mas cumpre uma finalidade político-criminal de possibilitar a eficiência e transparência na atuação persecutória dos Estados. Essa aproximação do Direito Penal material entre as nações é central para a coordenação e cooperação entre as instituições oficiais dos países no enfrentamento à criminalidade organizada, que já não pode ser enfrentado de forma solitária por cada país.

Não obstante, como se verá mais à frente, a proposta do Pacote Anticrime opta por distanciar-se do *standard* internacional, buscando inspiração na lei italiana, norma de forte matriz sociológica.

2. Organização criminosa no Direito Comparado

Não obstante os esforços pela harmonização normativa sobre a criminalidade organizada no plano internacional, a análise de Direito Comparado sobre alguns direitos permite perceber uma abordagem do problema ainda muito plural, fortemente marcada por aspectos culturais e históricos de cada país. É preciso ter em mente que a realização de crimes em concurso é fenômeno extremamente antigo e reflete, inevitavelmente, a cultura local, o que torna árduo o esforço para seu enfrentamento quando suas técnicas se sofisticam e os grupos assumem caráter transnacional. No presente tópico se empreenderá uma análise sobre algumas dessas diferentes abordagens do problema, buscando justamente evidenciar essa vinculação dos crimes de organização criminosa em cada país às peculiaridades nacionais, aspecto que torna especialmente desafiador o enfrentamento dessa classe de delito.

2.1. Conspiração de etnias estrangeiras e a criminologia norte-americana

Inicialmente, interessante observar a abordagem norte-americana conformada nos anos 1950, a qual influencia ainda hoje a abordagem da criminalidade organizada no país. No período do pós-guerra, verificava-se um quadro de relevante emigração italiana para os Estados Unidos, questão que teria influenciado o país a adotar, no âmbito criminal, o denominado paradigma da *conspiracy* como forma de enfrentamento às famílias italianas. Um primeiro sinal desse paradigma

9. VOGEL, Joachim. Estado y tendencias de la armonización del derecho penal material en la Unión Europea. Trad. Miguel Ontiveros Alonso. *Revista Penal,* Valencia, n. 10, 2002. p. 114.

Uso Exclusivo do IBCCRIM

já havia se manifestado anos antes, em 1920, primeiro pós-guerra, com a promulgação do Volstead Act, a 18ª emenda constitucional ou "lei seca". Essa perspectiva se fortalece rapidamente, representando o combate ao comunismo e à máfia que conspiravam contra o Estado americano[10].

A criminologia americana de então se filiou à tese da Conspiração (*conspiracy*), compreendida como estruturação autoritária e estrangeira, a qual atentava ao *american way of life*, à democracia e ao povo americano[11]. Conspiração é "o acordo entre duas ou mais pessoas, formado pelo proposito de cometer um crime"[12], em uma compreensão de que o crime cometido coletivamente possui um potencial ameaçador muito maior do que aquele cometido por um único indivíduo. A abordagem do tipo sob *nomen juris* da conspiração permite antever seu fundo ideológico, estendido aos injustos penais que marquem as atividades do mercado. Zaffaroni compreende essa abordagem como um modelo mafioso para a categoria do crime organizado, paradigma carente de sustentação empírica e de forte substrato ideológico[13]. Em última análise, trata-se de uma fórmula de tendência, que acabou por representar uma criminalização de forte teor étnico racial, dirigida à atuação estrangeira compreendida como uma conspiração contra o Estado americano. Nas palavras de Raul Cervini, "se estaria substituindo automática e concomitantemente um direito penal da legalidade por um direito penal da conveniência: a razão do Estado sobre a razão jurídica"[14].

Nos anos 1970, soma-se a essa abordagem uma compreensão voltada à criminalidade econômica, resultado da nova preocupação com a transnacionalidade e difusão do fenômeno da criminalidade organizada empresarial. Assim, o país

10. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, n. 1, v. 1, p. 45-67, 1996.
11. BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 64.
12. Excerto traduzido do original: "*Criminal conspiracy is an agreement between two or more persons formed for the purpose of committing a crime*". (PAUL, Marcus. Conspiracy: the criminal agreement, in theory and in practice. *The Georgetown Law Journal,* Faculty publications, paper 558, v. 65, 1977. p. 928).
13. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, n. 1, v. 1, 1996. p. 50.
14. Tradução livre do excerto original: "*se estaría sustituyendo automática y concomitantemente un derecho Penal de legalidad por un Derecho Penal de conveniencia: la Razón de Estado por sobre la Razón Jurídica*" (CERVINI, Raúl. Criminalidad organizada y lavado de dinero. In: PIERANGELI, José Henrique (Coord.). *Direito Criminal*. Belo Horizonte: DelRey, 2000. v.1. p. 80).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

amplia o escopo de sua abordagem, voltando-se para o problema da corrupção e adotando uma compreensão mais abrangente e voltada às empresas frente ao funcionalismo público. Nesse sentido, foi promulgado o Organized Crime Control Act 1970 e o Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO). Optou-se então não por um conceito sociológico, mas dogmático de organizações criminosas, sendo os objetos das condutas delimitados pelos elementos de valoração global do fato "extorsiva" (*racketeering*) ou "ilegal" (*unlawfull*) (e.g. "*racketeering debt*"; "*racketeering activity*"; "*collection of unlawful debt*").

Não obstante a pluralização da abordagem da criminalidade organizada, o paradigma da conspiração étnico racial permanece no direito norte americano, especialmente reforçado com o marco do 11 de setembro de 2001. A continuidade de tal compreensão pode ser observada não apenas na manutenção do crime de conspiração no ordenamento americano, como também na promulgação em 2001 do USA Patriot Act – 24.10.2001, o qual teria por objetivo "unir e fortalecer a América". A normativa estabelece uma série de medidas para o enfrentamento do crime organizado, especialmente no que concerne ao terrorismo e ao tráfico de drogas. Entretanto, ao tratar do problema, os compreende como um ataque à América, ao povo americano e ao seu modelo de vida. Destaca-se a apresentação do USA Patriot Act presente ainda hoje no próprio site do Departamento de Justiça (DOJ) Norte Americano:

> "A prioridade número um do Departamento de Justiça é prevenir futuros ataques terroristas. Desde sua edição, em seguida aos ataques de 11 de setembro de 2001, o Patriot Act apresentou um papel chave – e algumas vezes mesmo uma função primordial – em um [grande] número de operações de sucesso para a proteção de americanos inocentes dos planos mortais de terroristas dedicados a destruir a América e o nosso modo de vida. Apesar de os resultados terem sido importantes, no que concerne ao Patriot Act, o Congresso apenas providenciou modestas e incrementais alterações na lei. O Congresso apenas aproveitou princípios legais existentes e reformaram-nos para preservar as vidas e a liberdade do povo americano dos desafios apresentados por uma rede global de terrorismo"[15].

15. Tradução livre do seguinte excerto: *"The Department of Justice's first priority is to prevent future terrorist attacks. Since its passage following the September 11, 2001 attacks, the Patriot Act has played a key part - and often the leading role - in a number of successful operations to protect innocent Americans from the deadly plans of terrorists dedicated to destroying America and our way of life. While the results have been important, in passing the Patriot Act, Congress provided for only modest, incremental changes in the law. Congress simply took existing legal principles and retrofitted them to preserve the lives and liberty of*

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Embora os atos de grupos terroristas de fato possam ser interpretados como um problema ideológico e de enfrentamento ao Estado, observe-se que o Ato não se restringe a esses ataques, mas abarca a criminalidade organizada em geral, desde crimes cibernéticos, à lavagem de dinheiro e, com especial destaque, o tráfico de drogas.

Tal abordagem possui grandes repercussões sobre o sistema prisional do país e explica parte do diagnóstico de Richard Posner[16]. Um dos grandes expoentes da Escola de Chicago, Posner identifica no modelo punitivo neoliberal norte-americano uma realidade de encarceramento em massa como forma de prevenção aos riscos – *Mass imprisionement as prevention*. Conforme aponta o autor, há um grande setor da população que historicamente vive marginalizado, uma classe excluída do mercado. Nos Estados Unidos essa população foi identificada pelo autor como a classe negra e latina, marginalizada e empobrecida no país. A lógica de penalizar aqueles que possuem condutas não mercadológicas – ou, no caso do paradigma da conspiração, contrárias ao *american way of life* – incide exatamente sobre essa classe, levada então, em massa, ao encarceramento. Trata-se da penalização das *underclass*.

2.2. O paradigma dos delitos de terrorismo na Espanha e Colômbia

O reflexo cultural no fenômeno do crime organizado se revela também na análise do ordenamento espanhol, país em que os nacionalismos resultam em conflitos com grupos separatistas se manifestam em diversos momentos ao longo da história, com destaque para a Banda Terrorista ETA (Euskadi Ta Askatasuna, cuja

the American people from the challenges posed by a global terrorist network". Department of Justice Website, What is the USA Patriot web, Highlights of the USA Patriot Act. Disponível em: [www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm]. Acesso em: 09.06.2019.

16. Nesse ponto, nota-se que as teorias neoliberais do direito penal são complexas e variam muito em suas formas. No entanto, a brevidade do presente artigo nos obriga à um recorte do tema pelas características que mais comumente e reiteradamente podem ser observadas nas teorias neoliberais, talvez pecando pela simplicidade que o curto espaço nos obriga. Vale em nota destacar alguns dos elementos apresentados por Pat O'Malley em seu trabalho, em geral comuns a estas correntes e que são relevantes para o trabalho: a) punição economicamente racionalizada; b) foco da justiça no consumidor, no público; c) elaboração de procedimentos visando a consumerização da justiça (nesse sentido a ampliação da participação da vítima no processo penal); d) ampliação do punitivismo. Para maior aprofundamento crítico ver: O'MALLEY, Pat. Rethinking Neoliberal Penality. *Legal Studies Research Paper*, Sidney: Sydney Law School, n. 15/67, ago. 2015. p. 2-3.

USO EXCLUSIVO DO LEGAL IM

tradução seria "País Basco ou Liberdade"), cuja atuação violenta e de apropriação do terror se tornou paradigmática no país.

O grupo separatista independentista espanhol ETA teria se originado no meio universitário, fundamentado em ideias marxistas e revolucionários, realizando seu primeiro ato terrorista em julho de 1961. Apresentava elevada organização, adotando como estratégia a luta armada, orientada por princípios de etinicismo e antiespanholismo, tendo por objetivo a independência dos territórios da região nordeste da Espanha, o País Vasco. O grupo declarou cessar suas atividades em 2011 na Conferência Internacional de Aiete (*Conferencia Internacional para la Resolución del Conflicto en el País Vasco*), tendo, contudo, deixado como legado a forte abordagem do Código Penal espanhol sobre o terrorismo organizado e um número estimado de mais de 800 vítimas.

Em resposta aos atos políticos desses grupos, para além do delito comum de organização criminosa já tipificado no artigo 570 bis do Código Penal Espanhol, foram realizadas inúmeras reformas, com destaque para a aprovação da LO 7/2000, da LO 7/2003 e da LO 5/2010, voltadas para o enfrentamento específico às organizações terroristas, como espécie do gênero das organizações criminosas – sobretudo do ETA[17]. Nesse sentido, são definidas e tipificadas nos artigos 571 a 580 do Código Penal da Espanha inúmeras condutas referentes ao pertencimento, à atuação, à colaboração, ao favorecimento, ao financiamento, dentre outras formas de participação em referidos grupos[18].

O Código Penal Espanhol define as organizações criminosas em seu artigo 570 bis como as agrupações formadas "por mais de duas pessoas, com caráter estável ou por tempo indefinido, que, de maneira concertada e coordenada repartam entre si tarefas ou funções com o fim de cometer delitos"[19]. As organizações

17. CANCIO MELIÁ, Manuel. El derecho penal antiterrorista español y la armonización penal en la Unión Europea. *Revista justiça e sistema criminal*: modernas tendências do sistema criminal, Curitiba, n. 10, v. 6, 2014. p. 53.

18. Não obstante o Código Penal Espanhol mantenha a previsão do tipo penal das organizações criminosas – artigo 570 bis –, confere-se amplo destaque às organizações e grupos terroristas, tipificadas nos artigos 571 e seguintes.

    ESPANHA. Ley orgânica 10/1995 - Código Penal. 23 de novembro de 1995. Jefatura del Esado. BOE n. 281 de 24.11.1995. Última modificação: 28.04.2015. Ref. BOE-A--1995-25444.

19. Tradução livre do seguinte excerto: "se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos". ESPANHA. Ley orgânica 10/1995 - Código Penal. 23 de novembro de

Uso Exclusivo do IBCCRIM

ou grupos terroristas são aqueles que tem por fim a comissão dos delitos de terrorismo, arrolados no artigo 573 do Código Penal Espanhol, desde que os realizem com qualquer das seguintes finalidades:

> "1ª Subverter a ordem constitucional, ou suprimir ou desestabilizar gravemente o funcionamento das instituições políticas ou das estruturas econômicas ou sociais do Estado, ou obrigar os poderes públicos a realizar um ato ou abster-se de faze-lo; 2ª Alterar gravemente a paz pública; 3ª Desestabilizar gravemente o funcionamento de uma organização internacional; 4ª Provocar um estado de terror na população ou em uma parte dela".[20]

O paradigma do terrorismo inspirou também alterações legislativas na Colômbia na década de 1980. Entretanto, no país, a incorporação dessa abordagem tinha por finalidade o enfrentamento aos problemas do narcotráfico, especialmente diante da urbanização dos conflitos armados a partir dos atos políticos e atentados realizados pelos cartéis de drogas, especialmente aqueles reunidos em Medellín sob o comando de Pablo Escobar. Nesse período, grupos voltados para o tráfico entram em conflito, utilizam-se de violência extrema e sequestros, apropriando-se do terror na busca pela manutenção e apropriação de territórios e disputas pelo mercado de drogas[21]. Aos cartéis tradicionais se somam também as guerrilhas das Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), consideradas um paradigma da simbiose criminal entre o negócio do tráfico e o terrorismo de grupos paramilitares[22], donde se passa a falar em narcoterrorismo.

1995. Jefatura del Estado. BOE n. 281 de 24.11.1995. Última modificação: 28.04.2015. Ref. BOE-A-1995-25444.

20. Tradução livre do excerto original: "1ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. 2ª Alterar gravemente la paz pública. 3ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional. 4ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella." ESPANHA. Ley orgânica 10/1995 - Código Penal. 23 de novembro de 1995. Jefatura del Estado. BOE n. 281 de 24.11.1995. Última modificação: 28.04.2015. Ref. BOE-A-1995-25444.

21. APONTE, Alejandro. Derecho Penal y lucha antiterrorista en Colombia: ¿una historia fallida? In: TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana; SOUZA, Luciano Anderson de; SILVA, Luciano Nascimento (Coord.). *Repressão penal e crime organizado*: novos rumos da política criminal após o 11 de setembro. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 30-31.

22. LÓPEZ MUÑOZ, Julián. Criminalidad y terrorismo, elementos de confluência estratégica. *Documento de Opinião*, Instituto Espanhol de Estudos Estratégicos, n. 83, 11.08.2016.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Uso Exclusivo do IBCCRIM

Manteve-se vigente a estrutura do tipo penal político de terrorismo, incluindo-se novo tipo no Código Penal de 1980, voltado para os conflitos armados. Conforme os fundamentos apresentados no Decreto 1631 de 1987 apresentava-se no país uma "situação generalizada de violência pela qual se declarou perturbada a ordem política". Referido decreto busca enfrentar a intimidação realizada por referidos grupos e incentiva a colaboração eficaz, prevê a gratificação por informações eficazes e a proteção dos juízes e fiscais. O Código Penal colombiano de 2000 apresenta em toda a sua sistemática uma especial atenção ao problema do terrorismo. Identifica-se, em princípio, que a finalidade terrorista é causa de aumento para uma relevante parte dos crimes comuns. No capítulo dos crimes contra a segurança pública, é tipificado o crime organizado com fins terroristas[23], adotando-se um texto bastante descritivo elencando crimes e formas de realização do delito ao longo da redação. Na sequência, o capítulo apresenta ainda uma série de outras formas tipológicas ligadas ao terrorismo, trabalhando conceitos como provocar "estado de ansiedade ou terror na população ou em um setor dela"[24], ou incitar "a comissão de delitos militares" em benefício de atividades terroristas[25].

Importante ressalvar que ambos os países possuem ordenamentos jurídico penais únicos e caracterizados por relevantes particularidades jurídico-penais e contextuais, o que inclusive se reflete nos diferentes contextos que motivaram as respectivas modificações legislativas. Não obstante as peculiaridades de cada um desses países, o enfrentamento à criminalidade em ambos se inspirou em uma estética tipológica centrada no conceito de terrorismo, adotando uma técnica

23. "Do concerto, o terrorismo, as ameaças e a instigação.

    Artigo 340. Concerto para delinquir.

    Quando várias pessoas se reúnam com o fim de cometer delitos, cada uma delas será apenada, por essa conduta apenas, com prisão de três a seis anos. Quando o concerto seja para cometer delitos de genocídio, desaparecimento forçado de pessoas, tortura, deslocamento forçado, homicídio, terrorismo, narcotráfico, sequestro extorsivo, extorsão ou para organizar, promover, armar ou financiar grupos armados à margem da lei, a pena será de prisão de seis a doze anos e multa de dois mil até vinte mil salários mínimos mensais legalmente vigentes. (...)". COLÔMBIA. Ley 599 de 2000 – Código Penal. 24 de julho de 2000. Congresso da Colômbia. DO. n. 44097 de 24.07.2000.

24. Artigo 340 do Código Penal Colombiano. COLÔMBIA. Ley 599 de 2000 – Código Penal. 24 de julho de 2000. Congresso da Colômbia. DO. n. 44097 de 24.07.2000.

25. Artigo 349 do Código Penal Colombiano. COLÔMBIA. Ley 599 de 2000 – Código Penal. 24 de julho de 2000. Congresso da Colômbia. DO. n. 44097 de 24.07.2000.

sociológica para o enfrentamento normativo do problema. Essa opção parece ser explicada por um elemento comum que caracterizava a criminalidade organizada nos dois países nesse período: uma forte substância política.

Conforme Manuel Cancio Meliá, "as finalidades e o significado políticos perseguidos por aqueles que realizam essas infrações outorgam um caráter específico a esse âmbito"[26]. Percebe-se de forma muito clara o elemento político da atuação delitiva do grupo para que se amolde ao conceito de organizações ou grupos terroristas. Elemento esse que é evidente na atuação do ETA, o qual, enquanto grupo separatista e independentista, apresentava a proposta política de forma explícita como a finalidade de sua atuação.

O sentido político da atuação dos grupos narcotraficantes colombianos, a princípio, aparenta ser menos evidente que o dos atos revolucionários e separatistas do grupo independentista espanhol. Entretanto, esse significado também se encontra presente nos grupos narcoterroristas colombianos, embora não de forma tão explícita. Não obstante a sua finalidade se concentrasse no narcotráfico, compreendiam a relevância de um envolvimento político para a viabilização de suas pautas. Na década de 1980 esse envolvimento político ganha expressão quando Pablo Escobar inicia uma breve carreira política, tendo sido eleito como suplente pela Alternativa Liberal para o Senado colombiano. Por fim, com a integração entre os grupos traficantes e as guerrilhas paramilitares revolucionárias, essa feição política se consolida, de modo que as organizações passam a ser tratadas como grupos de narcotráfico. No âmbito doutrinário, ambas as reformas legais espanholas e colombianas recebem críticas acerca de seu simbolismo. No caso das reformas espanholas, Cancio Meliá identifica diversos elementos de direito penal do inimigo, bem como um ilegítimo déficit de liberdades manifesto pela regulação dos delitos de terrorismo na Espanha[27]. No caso da Colômbia, questiona-se até que ponto o tratamento dos problemas dos cartéis por meio da

26. Tradução livre do excerto original: "(...) las finalidades y el significado políticos perseguidos por quienes realizan estas infracciones otorgan un carácter específico a este ámbito". CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo: algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el código penal español después de la LO 7/2000. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 5, v. 3, 2002. p. 211.

27. CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo: algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el código penal español después de la LO 7/2000. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 5, v. 3, 2002. p. 216.

USO EXCLUSIVO DO LBCCRIM

legislação do narcoterrorismo não se trataria, na realidade, de uma hiperinflação legislativa em resposta a expectativas sociais frustradas[28].

Interessante apontar que há mesmo professores brasileiros que realizam certa identificação das organizações criminosas no país com o fenômeno do terrorismo, partindo-se de uma perspectiva sociológica das organizações criminosas brasileiras dedicadas ao tráfico, ainda que de forma crítica. Nesse sentido o excerto de texto de Helena Regina Lobo da Costa:

> "Albrecht destaca que os acontecimentos terroristas – e podemos fazer uma analogia de seu pensamento para a situação brasileira, apesar de não acreditar que os acontecimentos relacionados ao PCC (Primeiro Comando da Capital) possam, sem mais ser considerados terrorismo – não equivalem e não podem equivaler ao fim do direito penal do Estado democrático de direito. Eles são apenas uma prova desafiadora para um direito penal de princípios. Por isso, devemos nos conscientizar de que o trato com a questão do terrorismo ou dos ataques do PCC precisa ser realizado dentro dos limites do direito penal de um Estado democrático de direito, com respeito à primazia da figura humana e a todos os direitos fundamentais tão arduamente conquistados, especialmente durante o século XX. Do contrário, o terror já nos venceu"[29].

Apesar da comparação realizada a princípio, a própria autora adverte sobre a impossibilidade de resolução dos problemas por uma expansão simbólica do direito penal, afinal, este "não pode ser instrumento de políticas públicas. Ele não se presta a isso. Sua estrutura não consegue promover o que quer que seja. O direito penal jamais conseguira substituir políticas públicas"[30]. No Brasil, o

28. APONTE, Alejandro. Derecho Penal y lucha antiterrorista en Colombia: ¿una historia fallida? In: TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana; SOUZA, Luciano Anderson de; SILVA, Luciano Nascimento (Coord.). *Repressão penal e crime organizado*: novos rumos da política criminal após o 11 de setembro. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 43.

29. COSTA, Helena Regina Lobo da. Os rumos da política criminal cinco anos depois do 11 de setembro. Política criminal e dogmática penal: entre a judicialização e a administrativização. In: TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana; SOUZA, Luciano Anderson de; SILVA, Luciano Nascimento (Coord.). *Repressão penal e crime organizado*: novos rumos da política criminal após o 11 de setembro. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 65.

30. COSTA, Helena Regina Lobo da. Os rumos da política criminal cinco anos depois do 11 de setembro. Política criminal e dogmática penal: entre a judicialização e a administrativização. In: TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana; SOUZA, Luciano Anderson de; SILVA, Luciano Nascimento (Coord.). *Repressão penal*

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

terrorismo é regulamentado na Lei 13.260/2016 e se refere à atuação política ou discriminatória, não podendo ser a tipificação das organizações terroristas, artigo 3º da referida Lei, pura e simplesmente estendida aos problemas concernentes ao tráfico de drogas no país. Esse rigor é relevante até mesmo em respeito ao conteúdo, à gravidade e à autonomia dos tipos penais, sob pena de um completo esvaziamento do que se entende por terrorismo. A manifestação do fenômeno da criminalidade organizada no Brasil é muito distinto de sua expressão colombiana e espanhola, não possuindo o elo comum que caracteriza o terrorismo como forma de ato político. Diante da necessidade de se manter o rigor da leitura dogmática dos tipos penais, sem se deixar levar por um discurso de direito penal do inimigo ou por uma ideologia do medo, qualquer transplante normativo orientado a uma abordagem do crime organizado no país como terrorismo se mostra inviável.

2.3. A associação de tipo mafioso italiana

O Código Penal italiano apresenta inicialmente um tipo penal mais amplo voltado para as associações para delinquir (*associazione per delinquere*) – artigo 416 do Código Penal Italiano. Para além do referido tipo, criou-se a *fattispecie* das associações de tipo mafioso, no qual se oferece um conceito sociológico de crime organizado, voltado para sua particular manifestação na Itália.

E o estudo do fenômeno mafioso italiano permite perceber seu enorme particularismo sociológico, histórico, cultural e jurídico. Para começar pela sua integração à própria formação política da Sicília e do próprio Estado Italiano[31]. As matrizes históricas da máfia remontam à Sicília do século XVI, apontada por historiadores como uma inicial união entre as forças populares do Sul e a aristocracia feudal, para a resistência a intervenções estrangeiras, especialmente oriundas do governo esterno de Nápoles e da Espanha[32]. Conforme aponta Petra Reski, até

e crime organizado: novos rumos da política criminal após o 11 de setembro. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 66.

31. Destaca-se: "Esso consiste nel fatto che, essendo a mafia un fenomeno sociale indissociabile dalla politica, la sua formazione e i suoi sviluppi coincidono con le vicende di un tenace sistema di potere che ha caratterizzato la Sicilia. Si potrebbe assirittura sostenere che la storia della Sicilia politica è di per sé la storia della mafia. È sensato ricercare le premesse nei molti secoli durante i quali si riprodusse in Sicilia l'ordenamento feudale di cui sarebbe stata decretata la liquidazione soltanto nel 1812". SCARPINO, Salvatore. *Storia dela mafia*. Milão: Fenice 2000, 1994. p. 11.

32. SCARPINO, Salvatore. *Storia dela mafia*. Milão: Fenice 2000, 1994. Embora esse seja o período identificado como a origem da máfia, os historiadores italianos apontam para

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

hoje em diversos locais do Sul da Itália o Estado "ainda é visto como uma força de ocupação"[33].

Salvatore Scarpino destaca a central relevância histórica da Máfia na própria unificação do Estado italiano promovida por Garibaldi, na qual sua participação teria sido fundamental[34]. Em suas palavras: "Se poderia dizer, forçando apenas um pouco os termos da realidade histórica, que o Estado unitário, ao menos no

---

as suas manifestações primordiais, também denominadas pré-mafiosas, séculos antes. Assim, apenas a título de curiosidade, destaca-se breve excerto da lição de Vicenzo Ruggiero: "El origen del fenómeno mafioso se remonta al feudalismo y está confirmado por el hecho de que el covabulomafio (o maffia) es muy probablemente de origen árabe: los arabes dominaron Sicilia desde el siglo IX al siglo XI, pero mantuvieron una notable influencia sobre la cultura de la isla hasta el siglo XIII y por un periodo de tiempo no indiferente durante el cual precisamente se introduce a Sicilia el régimen feudal, ocurrido durante la primera mitad del siglo XII por obra de los normandos" e "La estrecha relación entre mafia y poder político no seria comprensible sin tomar en cuenta que la mafia siciliana en su origen no fue un fenómeno de las clases subalternas, excluidas como tales de cualquier acuerdo de poder, sino de las clases poseedoras del dominio político y económico de la isla, es decir de la vieja nobleza feudal y de los grandes latifundistas, de quienes los mafiosos siempre fueron valiosos aliados en la lucha contra las reivindicaciones campesinas" (RUGGIERO, Vincenzo. Crimine organizzato: una proposta di aggiornamento delle definizioni. *Dei Delitti e Delle Pene:* Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale, Bologna, n. 3, 1992. p. 159-160.) Destaca-se ainda os apontamentos de Guaracy Mingardi: "A primeira referência oficial feita à Máfia ocorreu em um tribunal siciliano em 1832, 22 anos antes de Garibaldi unificar a Itália. Embora sem nominar a organização, o tribunal mencionou 'irmandades' de criminosos. Em 1863, peça 'I Mafiusi di la Vicária' usa pela primeira vez o termo mafioso para se referir aos membros da organização" (MINGARDI, Guaracy. O que é crime organizado: uma definição das ciências sociais. *Revista do ILANUD*, São Paulo, n. 8, 1998. p. 9).

33. RESKI, Petra. *Máfia*: padrinhos, pizzarias e falsos padres. Trad. André Delmonte. Rio de Janeiro: Tinta Negra Bazar Editorial, 2010. p. 90-91. Vale apresentar em nota o excerto completo: "Desde a sua origem, a Cosa Nostra faz um esforço para se fundir com o mundo onde vive e de onde nasceu. Isso é importante para sua sobrevivência. A Máfia quer ser invisível, quer fazer parte da sociedade. Ela sempre contou com uma aversão dos italianos ao Estado e há séculos vende com sucesso a ilusão de estar lutando por uma Justiça mais elevada – como se ela lutasse por uma justiça individual perante um Estado poderoso: isso ela tem em comum com a Igreja católica, que também só se submete com relutância à justiça terrena. Em várias partes do Sul da Itália, o Estado ainda é visto como uma força de ocupação – como se os normandos, os Staufer, os Bourbons, Aragões e austríacos tivessem passado por ali ainda ontem".

34. No mesmo sentido, vide: RINALDI, Stanislao. Criminalidade organizada de tipo mafioso e poder político na Itália. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 22, v. 6, 1998. p. 13.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

que concerne ao comportamento da grande parte da classe política, nasce na Sicília no âmbito de uma estratégia política de tipo mafioso"[35].

A partir de então a Máfia busca se manter sob o manto da invisibilidade, infiltrando-se nos mais diversos setores sociais e políticos Italianos e permeando a própria cultura nacional[36]. É justamente essa invisibilidade que assegura a longevidade secular da Máfia, a qual, conforme Reski, adaptou-se para conviver com o Estado e com a sociedade, em lugar de combatê-los[37]. Por suas próprias raízes históricas, o costume mafioso buscou e ainda busca seus valores em um sicilianismo, de modo que a máfia adquiriu um aspecto ideológico que lhe amplia a difusão para todas as classes da sociedade italiana. Tornou-se um reduto do familismo e a salvaguarda das tradições locais, conformando, conforme Scarpino, uma espécie de mafiosidade cultural[38]. Para diversos professores sicilianos, a máfia antes de ser uma organização criminosa, consiste em uma cultura.

Essa conformação histórico cultural é o fundamento para a escolha italiana pela adoção em lei de um conceito de inspiração sociológica de organização criminosa[39], buscando um retrato do fenômeno mafioso em um tipo penal. Esse retrato, contudo, afasta-se completamente da realidade brasileira, a começar pelo próprio uso da expressão "de tipo mafioso" como *nomen juris* do tipo penal, o que já começa por limitar seus contornos. É nesse ponto que se encontra a moldura da *fattispecie*, a partir da compreensão consolidada de forma secular do que seja a Máfia, o grupo que originalmente conformou o fenômeno na Itália, operando especificamente na Sicília, e atualmente denominado Cosa Nostra[40]. Importan-

35. Traduçao nossa do original: "Si potrebbe dire, forzando solo un poco i termini della realtà storica, che lo Stato unitario, almeno per quanto riguarda il comportamento della gran parte della classe politica, nacque in Sicilia nell'ambito di una strategia politica di tipo mafioso". SCARPINO, Salvatore. *Storia dela mafia*. Milão: Fenice 2000, 1994. p. 17.
36. SCARPINO, Salvatore. *Storia dela mafia*. Milão: Fenice 2000. 1994.
37. RESKI, Petra. *Máfia*: padrinhos, pizzarias e falsos padres. Trad. André Delmonte. Rio de Janeiro: Tinta Negra Bazar Editorial, 2010. p. 97.
38. SCARPINO, Salvatore. *Storia dela mafia*. Milão: Fenice 2000, 1994. p. 24.
39. SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004. p. 191.
40. Nesse sentido: "Para referir-se a esta segunda e mais ampla acepção, utiliza-se frequentemente a expressão 'organizações de tipo mafioso', com a qual se visa aludir a formas de organização, onde são detectáveis as características típicas do originário modelo criminal mafioso, tal como se desenvolveu historicamente e se apresenta hoje na Sicília". RINALDI, Stanislao. Criminalidade organizada de tipo mafioso e poder político na Itália. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 22, v. 6, 1998. p. 11.

USO EXCLUSIVO DO BCCRIM

te compreender que, no país o uso do termo máfia, em sua forma estrita, é historicamente referenciado a essa organização siciliana modelo que funciona como um limitador do tipo penal, que, mantendo o recorte sociológico, enumera na sequência as demais organizações tradicionais italianas que operam na forma modelar: a organização napolitana denominada Camorra, a calabresa N'drangheta, e a Sacra Corona Unita que opera na Puglia[41].

Assim, à simples organização para cometimento de delitos, tipificada no artigo 416 do Código Penal Italiano, soma-se a *fattispecie* de associações de tipo mafioso, que, não obstante apresentar condutas extremamente abertas e amplas em seus núcleos do tipo penal, balanceia-se por uma forte vinculação sociológica que é a caracterização dessas condutas em um grupo organizado que apresente matizes que aludem ao grupo siciliano. Mais do que isso, a forma típica representa uma norma especial em relação às associações para delinquir (*associazione per delinquere*) previstas no artigo 416, de modo que, conforme Giuseppe Spagnolo, a sua correta aplicação no caso concreto deveria ocorrer apenas nos casos em que os requisitos da norma ampla pudessem ser também compreendidos pela conduta[42].

3. Métodos de Direito Comparado e transplantes legais

Com o fenômeno da globalização e a intensificação das trocas, o Direito Comparado ganha um novo destaque e volta a chamar a atenção dos juristas. Suas potencialidades são diversas, permitindo desde um aprofundamento do conhecimento do próprio sistema legal do comparatista até alcançar questões práticas como a resolução de problemas multiconectados, o aprimoramento legislativo, a revisão de normas internas e de sua interpretação, bem como a aproximação de direitos e sua harmonização.

O uso do Direito Comparado como forma de aprimoramento normativo pode ser extremamente profícuo desde que realizado de forma cautelosa e em atenção às suas inúmeras dimensões. Os processos de comparação no Direito Penal só

41. RINALDI, Stanislao. Criminalidade organizada de tipo mafioso e poder político na Itália. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 22, v. 6, 1998. p. 11-12.

42. Nesse sentido: "*L'art. 416 bis si pone quindi sempre ocme norma speciale rispetto all'art. 416 c.p. se non per l'illicità penale del fine, per quella della condotta strumentale necessaria per la configurazione del reato. Conseguentemente la contestazione dell'associazione di tipo mafioso, se correttamente effettuata, comprenderà sempre esplicitamente o implicitamente la contestazione di un'associazione per delinquere finalizzata a porre in esse condotte di violenza privata o di estorsione (consumata o tentata*". SPAGNOLO, Giuseppe. Ai confini tra associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso [Comentário de jurisprudência]. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, v. 32, 1989.

Uso Exclusivo RBCCrim

podem ser utilmente examinados desde que adotadas certas precauções essenciais. Nesse sentido, o comparatista penal deve levar em conta dados contextuais, históricos, sociológicos, aspectos práticos e ainda as dificuldades linguísticas[43].

Conforme Geoffrey Samuel, é comum o comparatista cair em erro por empreender uma análise meramente funcional de um outro direito, voltada para objetivos específicos[44]. Essa forma de fazer direito comparado, fundamentada única e exclusivamente em uma rápida análise funcional, em geral, leva à ilusão de que é compatível a introdução ou recepção de normas de outro sistema jurídico pelo sistema pátrio. Entretanto, a observação do mesmo instituto sob o prisma do método estruturalista e hermenêutico torna evidente diversas incompatibilidades. No caso das organizações criminosas no Pacote Anticrime, como se verá no tópico seguinte, essa falha se torna rapidamente evidente, afinal, de fato, do ponto de vista funcional, na Itália, o tipo penal da associação de tipo mafioso possui grande relevância, amoldada à cultura do país e seu desenvolvimento histórico. Contudo, o mesmo instituto importado para o ordenamento brasileiro resta deslocado, carente de significação e moldura delimitadora.

Nesse sentido, René David, em sua análise sistêmica dos direitos, destaca a peculiaridade de cada sistema jurídico, a qual deve ser levada em conta no trabalho do comparatista e orientá-lo em sua pesquisa. Tal compreensão, conforme o autor, permite verificar essa falha e afastar a má aplicação dos transplantes normativos. Afinal,

> "Cada direito constitui de fato um sistema. Emprega um certo vocabulário, corresponde a certos conceitos, agrupa as regras em certas categorias, comporta o uso de certas técnicas para formular regras e certos métodos para interpretar; está ligada a uma dada concepção da ordem social, que determina o modo da aplicação e a própria função do direito"[45].

Especialmente ao tratar de um tema de tamanha complexidade e que demanda uma maior abstração que outros tipos penais mais tradicionais[46], o desenvolvimento de uma análise de Direito Penal Comparado requer um especial cuidado,

43. PRADEL, Jean. *Droit penal comparé*. Paris: Dalloz, 1995. p. 10-12.
44. SAMUEL, Geoffrey. *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*. Oxford: Hart, 2014.
45. DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed, Editora Martins Fontes, São Paulo, 2002. p. 20.
46. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad: apuntes para el análisis. In: Sanz Mulas, Nieves (Coord.). *El desafío de la criminalidad organizada*. Granada: Comares, 2006. p. 39-68.

Uso Exclusivo IBCCRIM

devendo-se ter em mente que não há na doutrina sequer consenso da definição dessa forma de crime, mas sim uma enorme diversidade de proposições e concepções.

Deve-se, portanto, desconfiar de generalizações e conclusões apressadas, afinal, a "similitude dos problemas não deve obnubilar o fato de que os modos de aproximação, os métodos de documentação e a pesquisa de soluções positivas possam ser extremamente diferentes"[47]. Ademais, é necessário ao comparatista buscar conhecer a estrutura do direito estrangeiro estudado, seu funcionamento efetivo, suas características socioculturais e políticas, suas tradições, influências religiosas e mesmo a ideologia do sistema. Nas palavras de Ancel, deve o comparatista se avizinhar do direito estrangeiro, com "curiosidade de descoberta e com a vontade de sair do seu particularismo"[48].

4. Organização criminosa no Brasil: problemas com a proposta trazida no Pacote Anticrime

Tendo em vista todo o exposto anteriormente, passa-se à análise propriamente da proposta trazida no Pacote Anticrime, a qual preconiza a substituição do dispositivo vigente, previsto no artigo 1º da Lei 12.850 de 2013, por um transplante legal do tipo previsto no direito italiano das associações de tipo mafioso. Para a melhor compreensão da análise crítica, antes do mais, importante compreender os dispositivos comparados:

Lei 12.850/13 – Redação atual	Pacote Anticrime	Código Penal Italiano
Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.	Mudança na Lei 12.850/2013: Art. 1º [...] § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, e que:	Artigo 416 bis Associações de tipo mafioso, ainda que estrangeiras 1. Qualquer um que faz parte de uma associação de tipo mafioso formada por três ou mais pessoas é punido com a reclusão de dez a quinze anos.

47. ANCEL, Marc. *Utilidades e métodos do direito comparado*. Trad. Sérgio José Porto. Porto Alegre: Fabris, 1980. p. 111-113.

48. ANCEL, Marc. *Utilidades e métodos do direito comparado*. Trad. Sérgio José Porto. Porto Alegre: Fabris, 1980. p. 113.

Uso Exclusivo Doutrina RBCCRIM

Lei 12.850/13 – Redação atual	Pacote Anticrime	Código Penal Italiano
§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.	I – tenham objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos; II – sejam de caráter transnacional; ou III – se valham da violência ou da força de intimidação do vínculo associativo para adquirir, de modo direto ou indireto, o controle sobre a atividade criminal ou sobre a atividade econômica, como o Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho, Família do Norte, Terceiro Comando Puro, Amigo dos Amigos, Milícias, ou outras associações como localmente denominadas. [...]	2. Aqueles que promovem, dirigem, ou organizam a associação, são punidos, apenas por isso, com a reclusão de doze a dezoito anos. 3. A associação é de tipo mafioso quando aqueles que dela fazem parte se valem da força de intimidação do vínculo associativo e da condição de sujeição e *omertà*[49] que dele derivam para cometer delitos, para adquirir, de modo direto ou indireto, a gestão ou o controle de atividades econômicas, de concessões ou permissões de contratos e serviços públicos ou para obtenção de lucros ou vantagens ilícitas para si ou para outrem, ou com a finalidade de impedir ou obstaculizar o livre exercício do voto ou de adquirir votos para si ou para outrem em período eleitoral. (...) 8. As disposições do presente artigo se aplicam também a Camorra, à N'drangheta e às demais associações, sejam localmente dominantes ou estrangeiras, que valendo-se

49. Nota sobre a tradução: não há uma tradução precisa para o português da palavra *omertà*, a qual deve ser compreendida como uma espécie de pacto de silêncio, caracterizado pela recusa generalizada em cooperar com as instâncias oficiais.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Lei 12.850/13 – Redação atual	Pacote Anticrime	Código Penal Italiano
		da força de intimidação do vínculo associativo perseguem escopos correspondentes àqueles das associações de tipo mafioso[50].

Fonte: tabela das autoras

A conceituação proposta no Pacote, conforme melhor se explicitará, é construída sob a – já tão criticada por Raul Cervini – perspectiva de análise clínico-sintomatológica realizada pelo direito penal clássico, que desconsidera a manifestação de mecanismos econômicos abusivos e falhas na própria efetivação legal até então vigente para adotar um conceito sociológico e, potencialmente, mais limitado que o atualmente vigente. Busca-se mais uma solução rápida para a estabilização de expectativas sociais, sem que se adote uma metodologia baseada em uma teoria econômico financeira aplicada ao direito penal, que busca "captar desde a intimidade funcional dos mecanismos econômicos involucrados nos níveis abusivos do poder"[51].

50. Tradução livre do original: "Articolo 416 bis

Assoziazioni di tipo mafioso anche straniere

1. Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da dieci a quindici anni.

2. Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da dodici a diciotto anni.

3. L'associzione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà ce ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazzioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali. [...]

8. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla 'ndrangheta e alle altre associazioni, comunque localmente dominante, anche straniere, che valendisi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso.".

51. Excerto traduzido do original: "*captar desde la intimidad funcional de los mecanismos económicos involucrados los niveles abusivos del poder*". CERVINI, Raúl. Criminalidad organizada y lavado de dinero. In: PIERANGELI, José Henrique (Coord.). *Direito Criminal*. Belo Horizonte: DelRey, 2000. v. 1. p. 74.

Uso exclusivo do RBCCrim

O projeto Anticrime, ao propor o transplante legal desse tipo penal italiano para o ordenamento brasileiro, comete a primeira falha na medida em que o importa de forma isolada e não como uma especial manifestação de organizações para o cometimento de delitos. Ademais, e talvez aqui o ponto de maior fragilidade, não se transplantou com o tipo o seu *nomen juris*. Como visto anteriormente, na Itália optou-se por uma conceituação sociológica do crime organizado, orientada pela compreensão histórica e cultural da Máfia. Nesse sentido, Giovanni Flick afirma que o tipo penal italiano capta uma realidade criminológica e sociológica, traduzindo-a em lei. Em suas palavras, uma "fotografia jurídica" (*fotografia giuridica*) do fenômeno mafioso.[52] Essa opção legislativa se expressa já no *nomen juris* da *fattispecie*, associações de tipo mafioso, a qual emoldura o tipo penal e limita a sua aplicação ao vincular o tipo a uma específica manifestação histórico-cultural.

A ausência de um fenômeno singular como a Máfia no Brasil – seja em uma manifestação da criminalidade organizada no Direito Penal Econômico, seja nos crimes de tráfico e suas demais expressões no país – torna mesmo impossível a adoção de uma rubrica ao tipo limitadora[53]. O problema é que, na medida em que não a adota, resta a descrição típica do instrumentário e *modus operandi* da organização criminosa sem uma moldura que possa limitar sua aplicação ou demarcar o seu caráter ilícito, em flagrante violação ao princípio constitucional da legalidade penal.

52. FLICK, Giovanni Maria. L'associazione a delinquere di tipo mafioso : interrogativi e riflessioni sui problemi proposti dall'art. 416 bis CP. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. v. 31, 1988.

53. Buscando uma manifestação histórico-cultural pátria singular como a Máfia, que, de modo similar, apresente profundas raízes socioculturais, pode-se apontar aos grupos cangaceiros no nordeste brasileiro, os quais terminaram por ser criminalizados. Assim, atualmente, pode-se verificar a definição de "cangaceiro" como "malfeitor fortemente armado que andava em bando pelos sertões do Nordeste, notadamente ao longo das três primeiras décadas do s. XX" (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 386). As peculiaridades culturais do fenômeno cangaceiro se refletiam em seus costumes, denominações, sentido de integração ou atinência institucional, e reconhecimento pela população enquanto grupo. Não se tratava de um fenômeno pontual como atualmente seria o tráfico de drogas, mas verdadeira manifestação cultural com alinhamento histórico e de grande relevância para a conformação do nordeste. Nesse sentido, um tipo penal que possuísse em sua rubrica algo como "associação de tipo cangaceira" certamente apresentaria uma moldura sociológica que a limitasse. Entretanto, não parece haver atualmente uma manifestação de similar vinculação cultural no país.

USO EXCLUSIVO DO LEGRIM

Esse transplante normativo incompleto traria consigo repercussão especialmente problemática na eventual aplicação do tipo penal ao direito penal econômico, especialmente no âmbito empresarial. A redação do tipo, proposta de forma isolada da rubrica "de tipo mafioso", confere-lhe uma excessiva abertura para que se interprete o uso da "força de intimidação do vínculo associativo" para obtenção de controle de atividades econômicas de modo a abarcar no espectro de responsabilização o exercício da atividade econômico-empresarial em geral, independentemente de seu caráter lícito.

Note-se que o controle da atividade econômica pode ser obtido de forma lícita, com o legítimo sucesso do empreendimento, por meio da inovação e das condições do mercado. Além disso, o sentimento de intimidação propiciado pela força de um vínculo associativo empresarial não possui caráter em si ilícito[54]. Na verdade, o que se deve reprimir são os abusos de posição dominante e demais usos ilícitos desse vínculo, as quais são tipificadas em normas especificamente voltadas para a proteção da livre concorrência e das relações de consumo.

Em última análise, termina-se por tipificar uma organização criminosa sem crimes. Disso resulta uma enorme abertura do conceito proposto, o que representa uma afronta o princípio constitucional da legalidade penal e à própria função de garantia do tipo penal.

A subsequente enumeração de algumas das organizações criminosas brasileiras – Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho, Família do Norte, Terceiro Comando Puro, Amigo dos Amigos e Milícias – tampouco é suficiente para a limitação do tipo penal. Isso porque são essas organizações extremamente recentes, sem a mesma infiltração cultural e consolidação histórica que a Máfia[55].

54. Coloca-se mesmo em questão um possível uso do tipo penal em questão para a criminalização de movimentos sociais e sindicais, cooperativas, dentre outros, os quais se valem justamente da força de seu vínculo associativo para apresentarem suas demandas. Demandas estas que em geral abarcam questões econômicas e trabalhistas, que podem ser compreendidas como a busca por um domínio sobre determinados setores de trabalho. A título de exemplo, em que medida a paralização de caminhoneiros, que se vale da força de seu vínculo associativo para a manutenção de preços mais baixos do combustível no mercado não objetiva o domínio do setor de transporte de diversas mercadorias em âmbito nacional?

55. As associações de tipo mafioso possuem consolidação histórica secular, buscam manter-se sob o manto da invisibilidade e em pacto de silêncio, *omertà*. Para além da atividade delitiva, infiltram-se nos diversos estratos da sociedade, assimilando os costumes locais e conformando uma espécie de cultura. As organizações envolvidas no tráfico de drogas no Brasil se conformaram a partir dos anos 1970, atuam de modo violento e

Uso Exclusivo IBCCRIM

Tratam-se de grupos historicamente localizados e intermitentes, o que potencialmente tornaria a norma rapidamente obsoleta, com a simples alteração de seus nomes[56] ou de suas conformações. Isso se deve à própria história contingente do comércio de drogas no Brasil, conforme apontado por Benjamin Lessing, mercado que teria surgido na década de 1980 e crescido a partir de então conforme se estruturavam os grupos do Comando Vermelho e do Primeiro Comando da Capital.[57]

Além disso, essa enumeração configura mais uma falha da proposta legislativa, uma vez que torna confusa sua opção político-criminal: inicialmente o texto parece objetivar o enfrentamento à macrocriminalidade econômica, voltando-se para a atividade econômica e a criminalidade de empresa, em seguida, contudo, volta-se para o enfrentamento do tráfico organizado, de forma seletiva e estigmatizante, sem mencionar qualquer grupo empresarial em seu rol exemplificativo[58]. Confusão esta que termina por representar verdadeiro etiquetamento do

ostensivo. Em geral, permanecem adstritos a estratos sociais subalternos. Sobre a *omertà*, como já descrito anteriormente, destaca-se o problema em sua tradução, não havendo um paralelo exato no português. Assim, vale apresentar a conceituação de Giuseppe Spagnolo: "Sob o plano jurídico a *omertà* pode ser definida como a recusa generalizada a colaborar com os órgãos do Estado detentores de funções investigatórias ou julgatórias: deve se tratar de uma recusa generalizada, absoluta e incondicionada, não ditada por motivos contingenciais e não dotada de caráter episódico e ocasional, que não encontre uma exauriente explicação sob o plano processual" (SPAGNOLO, Giuseppe. Ai confini tra associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso [Comentário de jurisprudência]. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, v. 32, 1989. p. 1734, tradução livre).

56. Observe-se que os nomes dessas organizações são autodenominações que de forma alguma definem sua natureza, diferentemente do que se observa com a máfia ou o cangaço. A autodenominação dos grupos que se manifestaram nesses últimos fenômenos acaba por ser esquecida ou por possuir menor relevância, como ocorre com a Cosa Nostra – autodenominação da Máfia siciliana.

57. LESSING, Benjamin. As facções cariocas em perspectiva comparativa. *Novos estudos*, CEBRAP, São Paulo, n. 80, mar. 2008. p. 59.

58. Apenas a título exemplificativo do caráter multifacetado do problema, interessante apresentar as duas formas de manifestação do tipo penal mais abordadas pela mídia. A primeira, tem por referência os casos Mensalão e Lava Jato, ocorre no âmbito empresarial pela organização entre pessoas com alto grau de instrução e renda, as quais não se conformam em um núcleo único, mas ocupam diferentes corporações, partidos e instituições, que desenvolvem, de um modo geral, atividades profissionais lícitas, cometendo delitos para favorecer os negócios da empresa. Diferentemente, as organizações voltadas para o tráfico de drogas, como o PCC e o CV tem por finalidade o controle e o

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

que se compreende por crime organizado, em um viés seletivo que muito se aproxima a um direito penal do inimigo. Parece a norma estar menos preocupada com os fatos, com o *modus operandi* e com as próprias atividades delituosas do que com a feição, as características e o nome adotado por cada grupo.

E mais, poderia se antever uma paradoxal aplicação do instituto que permitiria restar "fora desta estigmatização a macrocriminalidade econômica, em regra praticada nos corredores do poder econômico e do poder político"[59]. A confusão político-criminal na redação do tipo poderia acabar por surpreender as expectativas sociais no momento de sua aplicação, servindo como potencial anteparo defensivo para as práticas delitivas não rotuladas.

Embora o tema dos transplantes legais volte a chamar a atenção da doutrina com as diversas propostas de reformas penais e processuais penais inspiradas em direitos de matriz do *common law*, interessante observar que em 2004, em estudos de Direito Comparado voltados para a criminalidade organizada, Sheila Jorge Selim de Sales já apontava para a inviabilidade de uma transposição *tout court* para a legislação penal brasileira de institutos e normas que integram o direito italiano[60], antevendo a impossibilidade da importação de um tipo penal de recorte marcadamente sociológico para o país e os problemas que esse transplante acarretaria.

Espera-se que referida proposta legislativa não seja de fato adotada, sendo mantida a atual redação da Lei 12.850/13, cuja opção por uma conceituação dogmática é mais acertada, inicialmente por apresentar um conceito melhor emoldurado ao prever condutas realizadas "mediante a prática de crimes". Ademais, evitando-se a categorização das organizações criminosas, a norma vigente permite a aplicação do tipo penal das organizações criminosas às mais diferentes conformações de grupos estruturados para a prática de crimes. Trata-se ainda de um texto que privilegia um tratamento harmonizado ao plano internacional, aproximando-se das considerações da Convenção de Palermo, ratificada pelo

domínio sobre o comércio entorpecentes, utilizando-se da violência, do uso ostensivo de aparato bélico e confronto direto com a polícia. Caracterizam-se como uma associação estável e contínua de pessoas em um núcleo único, guiadas pelos mesmos objetivos e ideais. Usualmente se desenvolvem em regiões periféricas, envolvendo camadas marginalizadas da população.

59. SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004. p. 120.

60. SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004. p. 121.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Brasil e promulgada no âmbito nacional pelo Decreto 5.015/2004. Note-se que a proposta apresentada no Pacote caminha na contramão da agenda político-criminal global, a qual se dirige a uma harmonização dos conceitos envolvendo a criminalidade transnacional, de modo a facilitar a cooperação e coordenação entre países[61].

Conclusões

Diante do exposto, evidenciou-se a forma como a abordagem do crime organizado por cada ordenamento reflete, na verdade, a forma como esse crime se manifesta em cada um desses países. O Direito Penal acaba por absorver e refletir a conformação histórica do fenômeno associada a diferentes questões, sejam elas fundamentadas na tradição, ou resultantes de fenômenos migratórios, separatistas, dentre outros, em relações econômicas, políticas ou vinculadas ao tráfico. Dessa forma, a importação de institutos legais referentes a esses crimes demanda o aprofundamento e a atenção para com as respectivas realidades nacionais, sob o risco de causar fortes distorções, incoerências ou mesmo levar à inaplicabilidade da norma, valendo lembrar que, nas palavras de Hassemer, sequer sabemos precisar de fato o que é a criminalidade organizada, como ela se desenvolve e quais as suas perspectivas futuras[62].

No caso específico do Pacote Anticrime, contudo, percebe-se uma produção legislativa artificial e meramente simbólica, em um esforço de estabilização de expectativas sociais, bem como de suplantar a imagem de fracasso no enfrentamento do problema pelo Estado. Termina-se por conformar o que Rinaldi denomina como uma ilusão repressiva[63], incapaz de realmente reprimir um fenômeno multifacetado e complexo como o crime organizado.

É necessária a adoção de uma análise mais complexa, que de fato aprofunde sobre os níveis técnicos e práticos de vulnerabilidades de cada sistema, levando

61. Para um maior aprofundamento acerca da tendência à harmonização do Direito Penal, vide: VOGEL, Joachim. Estado y tendencias de la armonización del derecho penal material en la Unión Europea. Trad. Miguel Ontiveros Alonso. *Revista Penal*, Valencia, n. 10, p. 112-129, 2002; e VOGEL, Joachim. La internacionalización del derecho penal y el proceso penal. Trad. Prof. Dr. Alfonso Galán Muñoz. *Revista Penal*, Valência, n. 22, p. 160-167, 2008.
62. HASSEMER, Winfried. Segurança pública no estado de direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* – RBCCRIM, São Paulo, n. 5, v. 2, 1994. p. 58.
63. RINALDI, Stanislao. Criminalidade organizada de tipo mafioso e poder político na Itália. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 22, v. 6, 1998.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

em consideração a série de déficits sociais e econômicos da sociedade que ambientam o problema, de modo a superar a busca por soluções no tipo penal, mas sim postular uma política de segurança pública melhor articulada, bem definida e voltada para o futuro. Afinal, "uma política de segurança só faz algum sentido no contexto de uma verdadeira Política interna bem definida, sincronizada e coordenada"[64]. Uma estratégia que, para além das falhas pontuais e contingenciais, volte-se para os problemas estruturais e aos *networks* ilícitos existentes, buscando a solução real para falhas sistêmicas. Política esta que deve se atentar para o panorama internacional de harmonização de conceitos e aproximação entre normas jurídicas para o enfrentamento ao crime organizado, sem, contudo, fechar os olhos às peculiaridades nacionais e dimensões socioculturais que conformam as diferentes tradições jurídicas.

Referências bibliográficas

ANCEL, Marc. *Utilidades e métodos do direito comparado*. Trad. Sérgio José Porto. Porto Alegre: Fabris, 1980.

APONTE, Alejandro. Derecho Penal y lucha antiterrorista en Colombia: ¿una historia fallida? In: TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana; SOUZA, Luciano Anderson de; SILVA, Luciano Nascimento (Coord.). *Repressão penal e crime organizado*: novos rumos da política criminal após o 11 de setembro. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

BLANCO CORDERO, Isidoro; PAZ, Isabel Sánchez Gárcia de. Principales instrumentos internacionales de Naciones Unidas y la Unión Europea relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio. *Revista Penal*. Valencia, n. 6, p. 3-14, 2000.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo: algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el código penal español después de la LO 7/2000. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 5, v. 3, p. 201-216, 2002.

CANCIO MELIÁ, Manuel. El derecho penal antiterrorista español y la armonización penal en la Unión Europea. *Revista justiça e sistema criminal*: modernas tendências do sistema criminal, Curitiba, n. 10, v. 6, p. 45-71, 2014.

64. HASSEMER, Winfried. Segurança pública no estado de direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* – RBCCRIM, São Paulo, n. 5, v. 2, 1994. p. 64.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

CANCIO MELIÁ, Manuel. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado; el factor colectivo en la legislación penal; marco político-criminal. *Revista peruana de ciencias penales*, Peru, n. 20, p. 85-137, 2008.

CERVINI, Raúl. Criminalidad organizada y lavado de dinero. In: PIERANGELI, José Henrique (Coord.). *Direito Criminal*. Belo Horizonte: DelRey, 2000. v. 1.

COLÔMBIA. Ley 599 de 2000 – Código Penal. 24 de julho de 2000. Congresso da Colômbia. DO 44097 de 24.07.2000.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Os rumos da política criminal cinco anos depois do 11 de setembro. Política criminal e dogmática penal: entre a judicialização e a administrativização. In: TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana; SOUZA, Luciano Anderson de; SILVA, Luciano Nascimento (Coord.). *Repressão penal e crime organizado*: novos rumos da política criminal após o 11 de setembro. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Department of Justice Website, What is the USA Patriot web, Highlights of the USA Patriot Act. Disponível em: [www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm]. Acesso em: 09.06.2019.

DESCARTES, René. *Regras para a Direção do Espírito*. Trad. GAMA, João. Lisboa: Edições 70, 2002.

ESPANHA. Ley orgânica 10/1995 – Código Penal. 23 de novembro de 1995. Jefatura del Estado. BOE n. 281 de 24.11.1995. Última modificação: 28.04.2015. Ref. BOE-A-1995-25444.

ESTELLITA, Heloisa. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. In: TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana; SOUZA, Luciano Anderson de; SILVA, Luciano Nascimento (Coord.). *Repressão penal e crime organizado*: novos rumos da política criminal após o 11 de setembro. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FLICK, Giovanni Maria. L'associazione a delinquere di tipo mafioso: interrogativi e riflessioni sui problemi proposti dall'art. 416 bis CP. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v. 31, 1988.

FRANKENBERG, Günter. Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 26, n. 2, primavera de 1985.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. MEURER, Flávio Paulo, 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

GIORGI, Raffaele De. Evolução dos sistemas de justiça criminal diante da criminalidade mafiosa. In: TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana; SOUZA, Luciano Anderson de; SILVA, Luciano Nascimento (Coord.). *Repressão penal e crime organizado*: novos rumos da política criminal após o 11 de setembro. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GOMES, José Carlos. O estado democrático de direito e o terrorismo. In: TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana; SOUZA, Luciano Anderson de; SILVA, Luciano Nascimento (Coord.). *Repressão penal e crime organizado*: novos rumos da política criminal após o 11 de setembro. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da convenção de palermo*. 2. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2009.

HASSEMER, Winfried. Segurança pública no estado de direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* – RBCCRIM, n. 5, v. 2, p. 55-69, 1994.

HOBSBAWM, E. J. *Primitive rebels*: studies in Archaic Forms of social movement in the 19th and 20th centuries. Manchester: Manchester University Press, 1971.

HUSA, Jaakko. *About the Methodology of Comparative Law* – Some Comments Concerning the Wonderland. Maastricht: Maastricht Faculty of Law Working Papers, n. 5, nov. , 2007.

HUSA, Jaakko. Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance? *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, v. 67, n. 3, p. 419-447, jul. 2003.

JANSEN, Nils. Comparative Law and Comparative Knwoledge. In: REIMAN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

LEGRAND, Pierre. *Droit Comparé*. Paris: PUF, 1999.

LEGRAND, Pierre. The Same and the Different. In: LEGRAND, Pierre; MUNDAY, Roderick. *Comparative Legal Studies*: Traditions and Transitions. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

LESSING, Benjamin. As facções cariocas em perspectiva comparativa. *Novos estudos*, CEBRAP, São Paulo, n. 80, p. 43-62, mar. 2008.

LÉVY-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural*. Trad. PERRONE-MOISÉS, Beatriz. São Paulo: Editora Cosac Naify, 2008.

LOPES, Jair Leonardo. *A política criminal da "lei e da ordem"*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

LÓPEZ MUÑOZ, Julián. Criminalidad y terrorismo, elementos de confluência estratégica. *Documento de Opinião*, Instituto Espanhol de Estudos Estratégicos, n. 83, 11.08.2016.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

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

MARINO, Giuseppe Carlo. *Storia della mafia.* Roma: Tascabili Economici Newton, 1997.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado*: aspectos gerais e mecanismos legais. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. In: REIMAN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

MINGARDI, Guaracy. *O estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCRIM, 1998.

MINGARDI, Guaracy. O que é crime organizado: uma definição das ciências sociais. *Revista do ILANUD*, São Paulo, n. 8, p. 7-27, 1998.

MIRAGLIA, Paula; OCHOA, Rolando; BRISCOE, Ivan. *Transnational organised crime and fragile states.* International Center for the Prevention of Crime and the Clingendael Institute. OECD development co-operation working papers. Outubro de 2012.

MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite. *Revista Centro de Estudos Judiciários* – CEJ, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul.-set. 2004.

MORO, Sérgio. Sobre a operação Lava Jato. In: PINOTTI, Maria Cristina (Org.). *Corrupção*: lava jato e mãos limpas. São Paulo: Portfólio-Penguin, 2019.

PAUL, Marcus. Conspiracy: the criminal agreement, in theory and in practice. *The Georgetown Law Journal*, Faculty publications, paper 558, v. 65, p. 925-969, 1977.

PRADEL, Jean. *Droit penal comparé*. Paris: Dalloz, 1995.

REITZ, John C. How to do Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law*, Oxford, v. 46, 1998.

RESKI, Petra. *Máfia*: padrinhos, pizzarias e falsos padres. Trad. André Delmonte. Rio de Janeiro: Tinta Negra Bazar Editorial, 2010.

RINALDI, Stanislao. Criminalidade organizada de tipo mafioso e poder político na Itália. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* – RBCCRIM, São Paulo, n. 22, v. 6, 1998.

ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. 2. ed. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1982.

RUGGIERO, Vincenzo. Crimine organizzato: una proposta di aggiornamento delle definizioni. *Dei Delitti e Delle Pene*: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale, Bologna, n. 3, 1992.

SAMUEL, Geoffrey. *An Introduction to Comparative Law Theory and Method.* Oxford: Hart, 2014.

SCARPINO, Salvatore. *Storia dela mafia*. Milão: Fenice 2000, 1994.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

SFERLAZZA, Ottavio. La asociación delictiva de tipo mafioso. *Revista de Derecho Penal*, Madrid, n. 2, p. 157-188, 2008.

SPAGNOLO, Giuseppe. Ai confini tra associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso [Comentário de jurisprudência]. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, v. 32, 1989.

TOVAL MARTÍN, Lucio. Fenomenología del crimen organizado transnacional: actividades delictivas y modus operandi en España y en el exterior. In: MAGAZ ÁLVAREZ, Ricardo (ed.). *Crimen organizado transnacional y seguridad*. Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado – UNED, 2011, p. 195-230.

VOGEL, Joachim. Estado y tendencias de la armonización del derecho penal material en la Unión Europea. Trad. Miguel Ontiveros Alonso. *Revista Penal*, Valencia, n. 10, p. 112-129, 2002.

VOGEL, Joachim. La internacionalización del derecho penal y el proceso penal. Trad. Alfonso Galán Muñoz. *Revista Penal*, Valencia, n. 22, p. 160-167, 2008.

WAGNER, Roy. *A invenção da Cultura*. Trad. Marcela Coelho de Souza e Alexandre Morales. São Paulo: Cosac Naify, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, n. 1, v. 1, p. 45-67, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El derecho penal ante los riesgos del totalitarismo corporativo. In: IBCCRIM 25 anos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 37-44.

ZIMMERMANN, Reinhard. Savigny's Legacy: Legal History, Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science. *Law Quarterly Review*, Londres, v. 112, 1996.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad: apuntes para el análisis. In: Sanz Mulas, Nieves (Coord.). *El desafío de la criminalidad organizada*. Granada: Comares, 2006.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas. *Revista Nuevo Foro Penal*, Medelin, Universidad EAFIT, v. 12, n. 86, p. 62-114, jan.-jun. 2016.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. Trad. Tony Weir. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A tipicidade material no delito de pertencimento a organização criminosa e a criminalidade de empresa, de Victor Labate – *RDPec* 2/121-154 (DTR\2020\7589);
- Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado, de Heloisa Estellita e Luís Greco – *RBCCrim* 91/393-409 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 5/2015 (DTR\2011\2346);
- Organização criminosa e repressão jurídico-penal na realidade brasileira, de Luciano Anderson de Souza – *RIASP* 30/55-72 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 5/2015 (DTR\2012\451351); e
- Reflexões sobre o crime organizado e as organizações criminosas, de Ana Luiza Almeida Ferro – *RT* 860/456-484 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 6/613-652 (DTR\2007\372).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO EDCRIM

Apontamentos para a construção de um modelo único de responsabilidade penal

Notes on the creation of a unified model for criminal liability

Regina Geni Amorim Juncal

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduação em Direito e Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada criminalista.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1139908871703908].
ORCID: 0000-0002-9422-0033
reginajuncal.advocacia@gmail.com

Recebido em: 28.01.2020
Aprovado em: 20.07.2020
Última versão da autora: 21.07.2020

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O portador de sofrimento mental, que traz em si o estigma da loucura e da periculosidade, sustenta, em nosso sistema jurídico-penal, a condição incapacitante de não poder se posicionar e responder plenamente por seu ato criminoso. Tal condição implica em uma drástica subcidadania, vez que lhe são suprimidas as garantias penais e processuais penais concedidas a um cidadão "normal" que comete um injusto penal. Não obstante, a medida de segurança possui características que resvalam no direito administrativo, devendo ser mais bem questionada e apresentada a sua natureza jurídica. A medida de segurança lastreada pela periculosidade carece de orientação constitucional-democrática e concordante com os direitos humanos protegidos e promovidos nacional e internacionalmente, devendo, portanto, ser superada.

Palavras-chave: Medida de segurança – Natureza jurídica – Periculosidade – Responsabilidade penal – Imputabilidade.

Abstract: The mentally ill person, bearer of a stigma of madness and dangerousness, sustains, on our criminal justice system, the debilitating condition regarding the impossibility of taking a stand and be fully liable by her criminal deeds. Such condition implies a drastic sub-citizenship, given that criminal and procedural warranties granted to a "normal" criminally implicated citizen are suppressed. Nevertheless, the security measure has characteristics that drifts towards Administrative Law, and its juridical nature should be better questioned and presented. The security measure based on hazardousness suffers from a lack of constitutional-democratic orientation, accordingly to human rights protected and promoted nationally and internationally, and as such must be surpassed.

Keywords: Security measure – Juridical nature – Dangerousness – Liability – Imputability.

Juncal, Regina Geni Amorim. Apontamentos para a construção de um modelo único de responsabilidade penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 172. ano 28. p. 161-206. São Paulo: Ed. RT, out. 2020.

Uso Exclusivo RBCCrim

Sumário: 1. Introdução. 2. Breve histórico sobre o surgimento da medida de segurança no Brasil. 3. A natureza jurídica da medida de segurança. 4. A impossibilidade de responsabilidade individual como violação de direito fundamental ínsita ao instituto da medida de segurança. 5. O cumprimento da medida de segurança no Brasil. 6. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A medida de segurança é compreendida no ordenamento jurídico brasileiro como uma das espécies de sanção penal, ao lado da pena propriamente dita. Tal medida é considerada uma tutela penal para fins terapêuticos, cuja natureza seria preventiva e assistencial. Dessa forma, a medida de segurança é um dos polos de uma cisão no sistema de tutela penal, que se coloca da seguinte maneira: sistema de culpabilidade (imputabilidade/pena) e sistema de periculosidade (inimputabilidade/medida de segurança). A culpabilidade está vinculada a um ato passado, qual seja, o cometimento de um fato penalmente relevante. A periculosidade, por sua vez, orienta a medida de segurança para a prevenção do cometimento de fatos penalmente relevantes no futuro, de tal forma que o sujeito é desvinculado do seu ato ilícito passado (ainda que tenha sido este o mote que ensejou a tutela penal terapêutica num primeiro momento).

Contudo, contemporaneamente, essa concepção "terapêutico-penal" vem sendo desafiada. A Reforma Psiquiátrica e a Luta Antimanicomial (que, *mutatis mutandis,* se positivaram na Lei Federal 10.216/01) proíbem a construção de novos manicômios no Brasil e fazem preponderar o tratamento ambulatorial em detrimento da internação, em *qualquer* caso de intervenção relativa a portadores de sofrimento mental. Esse novo cenário traz a necessidade de se repensar criticamente o "periculosismo penal" e o consequente modelo de (não)responsabilidade penal que chancela a completa incapacidade do portador de sofrimento mental de dizer sobre o seu ato – de, em última instância, ser reconhecido como sujeito e como cidadão.

Pode-se considerar que a crise da medida de segurança é posta sobre 3 (três) macroeixos: a) pelo saldo histórico do "tratamento" ofertado aos considerados loucos, pela Reforma Psiquiátrica e pela Luta Antimanicomial; b) pelo fato de se pautar em um prognóstico de periculosidade que, por sua própria natureza, será sempre estruturalmente impreciso – quando não fantasioso; e c) os graves problemas dogmáticos que a manutenção do conceito de periculosidade para fundamentar a medida de segurança traz para o Direito Penal. Ademais, a periculosidade no discurso jurídico é tida como um *atributo natural* do portador de sofrimento mental infrator, o que atualizaria uma perspectiva de direito penal de *autor*.

Juncal, Regina Geni Amorim. Apontamentos para a construção de um modelo único de responsabilidade penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 172. ano 28. p. 161-206. São Paulo: Ed. RT, out. 2020.

No presente artigo, será apresentado um breve histórico sobre o surgimento das medidas de segurança no Brasil. Primeiramente, irá se resgatar a necessidade colocada pela doutrina para a criação dessa nova sanção de caráter "securitário-terapêutico", perfazendo o sistema dualista que existe hoje, proposto inicialmente pelo código penal suíço no final do século XIX. A periculosidade será uma das formulações-chave para embasar a criação de uma outra forma de sanção. Essa formulação também orientará a proposta do penalista Enrico Ferri, surgida no final do século XIX, para a propositura de uma única forma de sanção pautada não na imputabilidade ou na inimputabilidade, mas no grau de periculosidade do sujeito. Aníbal Bruno, no Brasil, foi um dos entusiastas do modelo único de responsabilidade penal, o qual teria como referência a medida de segurança.

O trabalho trará as lições de alguns autores quanto ao modelo unicista e dualista de sanção penal. Antes de a medida de segurança ser instituída no Brasil pelo Código Penal de 1940, já se colocava a (suposta) necessidade de um local específico de reclusão e tratamento para os considerados loucos; em 1852, o primeiro manicômio, Hospício Pedro II, foi inaugurado. No entanto, criou-se a necessidade também de um local específico para os loucos *infratores*, algo que já era realidade em alguns países europeus. Já no início do século XX, houve autorização legislativa para a instituição desses espaços, que se fizeram necessários precipuamente pela manifestação de médicos que diziam que os hospitais e mesmo os hospícios não tinham condições de lidar com os loucos que cometessem delito, justamente porque eles supostamente apresentavam periculosidade e tinham alta probabilidade de cometer outros ilícitos, sendo um risco para eles próprios e para a sociedade. O caso de Custódio Serrão será paradigmático para ilustrar o contexto histórico que ensejou a implantação desse marco institucional e ideológico de tratamento do louco infrator.

A discussão sobre a natureza jurídica da medida de segurança é um momento histórico que merece destaque, pois foi bastante debatida quando da sua elaboração e sistematização. A natureza jurídico-penal da medida de segurança é tida como dada, sem se considerar os entraves históricos, e inclusive atuais, dessa etiqueta.

Outro ponto de discussão será a impossibilidade de responsabilidade individual ínsita ao instituto da medida de segurança como violação de direito fundamental. Se o sujeito é desvinculado do ilícito penal que cometeu e se sua manutenção sob o jugo do sistema penal se orienta pela periculosidade, não é possível reconhecer a capacidade de responsabilidade (ainda que diferenciada) do portador de sofrimento mental. Olvida-se aí o fato de que o cometimento de um ilícito penal é apenas uma das formas possíveis ao "louco" (e de qualquer

Uso Exclusivo do IBCCRIM

outro sujeito) de resposta quanto ao seu sofrimento; outras respostas, porém, são possíveis, como nos mostra tanto o saber psi mais abalizado quanto a práxis de algumas iniciativas pioneiras no Brasil.

Os dados sobre o cumprimento da medida de segurança no país indicam claramente como esses sujeitos têm os seus direitos constantemente violados e como o direito penal ainda tem franca dificuldade em assimilar os preceitos da reforma psiquiátrica e da luta antimanicomial, notadamente porque tudo aponta para a acepção de que assimilar esses preceitos significaria necessariamente afastar o conceito de periculosidade do sistema penal.

2. Breve histórico sobre o surgimento da medida de segurança no Brasil

A medida de segurança surge a partir da constatação de que a pena se mostrava insuficiente para cumprir com os seus objetivos propostos, sobretudo para fins de prevenção de novos delitos. Nos primórdios do penalismo moderno, a Escola Liberal Clássica, no século XVIII e meados do século XIX, compreendia a pena como uma forma de reestabelecimento da ordem violada, a partir de uma perspectiva contratualista. Naquele momento, não se buscava a etiologia do crime e nem se compreendia a pessoa que cometeu o delito como um sujeito anormal e passível de estudo ou intervenção científica. A pena era compreendida como instituto jurídico pautado em critérios de utilidade social para responder ao rompimento do contrato social e com fins de dissuasão para os outros membros da sociedade. O sujeito racional e o livre-arbítrio orientavam o entendimento dos indivíduos como responsáveis por suas escolhas, culminando, assim, em um modelo de responsabilidade moral. Os expoentes da Escola Liberal Clássica[1] compreendiam que o fim da pena era a defesa social. Com efeito, há um ponto em que tanto a Escola Liberal Clássica quanto a que lhe sucede, a Escola

1. Algumas das principais referências dessa Escola eram: Cesare Beccaria, que compreendia a utilidade social da pena pelo princípio da maior felicidade para o maior número de pessoas. Tratava-se de manter o pacto social, o interesse de todos e do Estado. Nesse sentido, a pena seria o mínimo sacrífico necessário para que se sustentasse a liberdade individual; Gian Domenico Romagnosi, por sua vez, acentuava a pena como um contraestímulo para atividades delituosas, sendo o seu fim a defesa social; Francesco Carrara destacou o delito como ente jurídico, que culmina na violação de um direito. Considerou como fim da pena a defesa social, sendo acessórios todos os resultados advindos da sua aplicação.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

Positiva Criminológica, têm em comum: a ideologia de defesa social[2]. Essa ideologia compreende que o Direito Penal exerce um direito de defesa em face de uma suposta ameaça permanente.

Isto posto, ocorreu que a concepção antiga da pena como retribuição e pautada em uma responsabilidade moral foi compreendida como insuficiente para alcançar o fim de defesa social. Foi considerado necessário um instituto que contemplasse ao mesmo tempo a intimidação, a emenda e a inocuização[3]. Nesse sentido, Franz von Liszt, uma das maiores referências da Escola de Política Criminal ou Escola Sociológica Alemã, desenvolveu as chamadas *medidas de segurança*. Esse instituto seria um instrumento de defesa social orientado pela periculosidade do sujeito. Von Liszt[4] irá discriminar diversas finalidades da execução penal de acordo com o tipo de autor, de tal forma que a pena medir-se-ia pelas necessidades preventivas especiais: intimidar os que não necessitam de ressocialização, emendar aqueles que se adéquam a tal fim ressocializador e inocuizar os incorrigíveis[5].

---

2. "A ideologia de defesa social (ou do "fim") nasceu contemporaneamente à revolução burguesa e, enquanto a ciência e codificação penal se impunha como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal. As escolas positivistas herdaram-na da Escola clássica, transformando-a em algumas de suas premissas, em conformidade às exigências políticas que assinalam, no interior da evolução da sociedade burguesa, a passagem do estado liberal clássico ao estado social. O conteúdo dessa ideologia [...] é sumariamente reconstruível na seguinte série de princípios. (a) *Princípio da legitimidade*. [...] (b) *Princípio do bem e do mal*. [...] (c) *Princípio de culpabilidade* [...]. (d) *Princípio da finalidade ou da prevenção*. [...] (e) *Princípio de igualdade*. [...] (f) *Princípio do interesse social e do delito natural*. [...] As diferenças entre as escolas positivistas e a teoria sobre criminalidade da escola liberal clássica não residem, por isso, tanto no conteúdo da ideologia da defesa social e dos valores fundamentais considerados dignos de tutela, quanto na atitude metodológica geral com relação à explicação da criminalidade. [...] O conceito de defesa social parece ser, assim, na ciência penal, a condensação dos maiores progressos realizados no direito penal moderno. Mais que um elemento técnico do sistema legislativo ou do dogmático, este conceito tem uma função justificante e racionalizante com relação àqueles." (*sic*) (BARATTA, Alessandro, 2011, p. 41-43 – grifos do autor.)
3. FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira, 1977, p. 36.
4. LISZT, Franz von, 1889.
5. Nos dizeres do professor Aníbal Bruno (1977, p. 36-37): "Mas, transformar a pena era atacar de face o velho reduto do classicismo. Liszt contornou o problema e sugeriu as chamadas medidas de segurança, que, contestem-no embora os clássicos, não se distinguem da pena, senão pela racionalidade com que se dirigem às causas viscerais da conduta anti-social. [...] O dualismo de Liszt permitiu aos códigos modernos, que

USO EXCLUSIVO DO PROCRIM

Ainda, no campo da finalidade e do alcance da pena, com a Escola Positiva Criminológica, a criminologia se assenta como um campo autônomo do saber. Desloca-se o foco dos trabalhos criminológicos: passa-se do delito para a pessoa que comete o crime, que passa a ser considerada como diferente, anormal e passível de intervenção. A emenda do sujeito passa a ser a tônica e o direcionamento dessa nova lógica discursiva. O paradigma etiológico, portanto, coloca o crime como um dado pré-constituído. Nesses termos, Ataliba Nogueira[6] demonstra que a Escola Positiva afirmou que todas as pessoas que cometiam delitos eram doentes e que se pretendeu com isso reduzir todo o Direito Penal à prevenção, transformando o código penal em um código preventivo.

Esse giro epistemológico que coloca o agente de uma conduta ilícita como perigoso e portador de alguma anormalidade, criando-se tipos de autor (algo feito tanto pela Escola Sociológica Alemã quanto pela Escola Positiva Criminológica), faz com que se considere que a pena não é suficiente para a prevenção do delito e para a defesa social, instituindo-se, assim, as medidas de segurança como segmentação da pena. A ideia de periculosidade, pois, é que irá sustentar e orientar de vez a aplicação das medidas de segurança.

Assim sendo, como resposta dogmático-legal às supostas perplexidades oriundas do debate anteriormente exposto, criou-se o modelo dualista referente às sanções penais, que teve seu marco inicial no Ocidente com o anteprojeto de Código Penal suíço de 1894, proposto por Carl Stooss, onde as sanções foram cindidas entre penas e medidas de segurança. Porém, alguns autores e estudiosos sustentaram a concepção unicista em relação às penas e medidas de segurança, afirmando que não haveria substancialmente diferença entre uma e outra. Um notório defensor dessa posição foi Enrico Ferri.

Ferri, um dos mais destacados expoentes da Escola Positiva, elaborou um projeto de Código Penal em 1921 pautado na superação da diferença entre imputáveis e inimputáveis, na qual os sujeitos, mediante análise da sua periculosidade, iriam se submeter a *sanções*, demarcando uma concepção eminentemente unicista. Nesse sentido, preceituava Filippo Grispigni:

---

não queriam aventurar-se decididamente pelo campo do positivismo, iniciarem o tratamento da periculosidade criminal, adotando um princípio avançado e fecundo, sem comprometer os axiomas clássicos da imputabilidade e da pena. São essas medidas de segurança que deverão dirigir-se, como instrumentos de defesa da sociedade, à situação de periculosidade do indivíduo. [...] A natureza e o grau do estado de perigo oferecem o molde a que se adapte, com critério individualístico, a medida corretiva." (*sic*)

6. NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba,1937.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

> "Así, tampoco es exacto afirmar que mientras la pena está proporcionada a un *hecho* (el delito), en cambio la medida de seguridad está proporcionada a las *condiciones psíquicas* de la persona, a su peligrosidad; porque también la pena está proporcionada al carácter del reo y a sua peligrosidad, como lo dispone el art. 133 [...].
>
> Como conclusión del examen realizado hasta aqui, parece que se puede afirmar que la introducción de las medidas de seguridad, al lado de las penas pero como esencialmente distintas de éstas, representa una tentativa de superación de las dos orientaciones criminalísticas, que aun cuando inspirada por una noble finalidad, no puede satisfacer plenamente a los partidarios de ambas corrientes en lucha. En efecto, más que de superación, se trata de la aceptación simultánea de las dos orientaciones, lo que se resuelve en una duplicación de sanciones a cargo del reo. [...]
>
> El sistema que se sugere es en sustancia el que timidamente ya había iniciado el Código Zanardelli, el cual – respecto a los imputables – disponía, no ya que se agregara a la pena una medida de seguridad, sino que se hiciera cumplir la pena en establecimientos especiales, permitiendo así adaptar el procedimiento represivo a la individualidad psíquica del delincuente. Se trata de un sistema original italiano, en tanto que el sistema dualista de las penas e de las medidas de seguridade es una vieja invención del suizo Stoos (Proyecto de 1893), imitado luego por proyectos y códigos extranjeros.
>
> No hay duda que el sistema unitario está destinado a triunfar en la legislación positiva. En efecto, el sistema dualista ya es superado no sólo en las legislaciones que, como se dirá dentro en poco, admiten el principio de la responsabilidad legal, sino también en algunas menos avanzadas.
>
> De modo que todo induce a considerar que en tiempo más o menos próximo también en la legislación positiva italiana se cumplirá tal progreso, es decir, la unificación de las penas y de las medidas de seguridad, como sanción represiva de los delitos cometidos por delincuentes imputables." (*sic*) (GRISPIGNI, 1948, p. 151-156.)

O projeto de Enrico Ferri, já assimilando a discussão acerca das penas e medidas de segurança do final do século XIX, se orientou pela concepção de que todos aqueles que cometem um ilícito penal são perigosos, bem como de que o grau de periculosidade é o que deveria definir e graduar a sanção. Essa orientação acaba por recair em um modelo único de sanção penal pautado na periculosidade do sujeito. Vejamos:

> "[...] a periculosidade é a linha diretriz de toda a estrutura e as medidas de segurança, sob a denominação de sanção, excluem a velha pena expiatória e

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

> retribucionista. O delinqüente sobrepõe-se ao delito e a sua personalidade, diretamente pelos dados antropo-psicológicos ou indiretamente pelo estudo do seu comportamento na vida familiar e social, é largamente tomada em consideração." (FIRMO, 1977, p. 98.)

Aníbal Bruno de Oliveira Firmo foi um entusiasta do modelo unicista no Brasil, já na segunda metade do século XX. Nas suas palavras:

> "Os progressos das ciências do homem e da sociedade foram tornando instáveis e imprecisos os conceitos da natureza e dos limites da imputabilidade à maneira clássica. Já não se podem distribuir os delinquentes em dois grupos perfeitamente definidos: loucos e, portanto, inimputáveis, de um lado, normais de mente e, em consequência, imputáveis do outro.
>
> Naquela linha que tão nitidamente delimitava, em teoria, sãos e insanos, foi surgindo uma escala inteira de graus intermédios, inválidos psíquicos, para os quais haveria de nascer o instituto da imputabilidade atenuada. E, à proporção que as observações se multiplicavam, fazia-se mais viva a influência desses estados anômalos na etiologia e na patogenia do delito *e os limites da imputabilidade se desvaneciam*.
>
> Por fim, impôs-se a conclusão de que, na essência do delito, há quase sempre a manifestação de uma personalidade mais ou menos anômala e deficiente do ponto de vista biopsicológico.
>
> Surge, assim, fortemente comprometida na grande maioria dos casos, aquela normalidade do querer, tomada pelos códigos como pressuposto da pena.
>
> E então, ou a grande multidão dos anômalos biológico-sociais vem a incluir-se entre os loucos, dilui-se a sua imputabilidade e fica sem objeto o magistério punitivo; ou os anômalos se reúnem aos normais e em realidade falseia-se o fundamento da sanção criminal.
>
> *Desse modo divorcia-se inexoravelmente da vida a concepção clássica e, no terreno da teoria da periculosidade, o dualismo revela-se absolutamente sem sentido*." (FIRMO, 1977, p. 35-36, grifos nossos)

Vários autores não viam a diferença entre os institutos e asseveravam que ambos atendiam a critérios tanto preventivos quanto repressivos. Muitos negavam que a periculosidade seria um critério que diferenciasse pena e medida de segurança, considerando que ambas deveriam ser *plasmadas sobre o esquema das medidas de segurança*[7].

7. NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba, 1937, p. 91.

Uso Exclusivo Do RBCCrim

Como ilustração, na Alemanha nazista, a lei dos delinquentes habituais fora introduzida no Código Penal em 29 de dezembro de 1933, ocasião em que as medidas de segurança foram acolhidas nesse ordenamento jurídico. Conforme dispõe Francisco Muñoz Conde[8], essa positivação foi articulada ainda durante a República de Weimar (1919-1933), com o projeto de Código Penal elaborado por Gustav Radbruch, que previa a *custódia de segurança*, que permitiria manter o delinquente habitual, depois de cumprida a sua pena, em algum trabalho por tempo indeterminado.

> "Seja por uma ou outra razão, o certo é que, por exemplo, no Projeto de Radbruch as medidas de segurança ocupavam já um lugar importante (parágrafos 42 a 62) e, como destaca o próprio Radbruch, não tanto para dar resposta ao necessário controle dos inimputáveis ou semi-imputáveis que, em razão de suas anomalias mentais, requeriam do ordenamento tratamento e controle de sua periculosidade, senão para dar resposta a uma preocupação que já von Liszt havia assinalado como uma das tarefas político-criminais de realização mais urgente: o controle dos delinquentes habituais, por tendência ou reincidente." (CONDE, 2005, p. 9.)

Com a lei dos delinquentes habituais, na Alemanha nazista, pena e medida de segurança se tornaram figuras pouco diferenciadas, que serviram ao objetivo de, entre os anos de 1934 e 1944, levar mais de 17.000 pessoas aos campos de concentração, de onde nunca saíram[9]. Para lastrear essa forma de resposta estatal que, ao fim e ao cabo, servia para inocuizar o sujeito, o Programa de Marburgo, que dispôs de uma tipologia de autores, proposto por Von Liszt em 1882, foi de fundamental importância. No entanto, em que pese Liszt tenha reivindicado penas indeterminadas, imiscuindo assim as fronteiras dos conceitos de pena e de medida de segurança, Radbruch, bem como o conteúdo mesmo da lei de delinquentes habituais, manteve o dualismo.

> "O Projeto propõe uma contundente intervenção contra a delinquência habitual [...].
>
> Aqui se prevê, portanto, um quadro penal especial contra uma determinada classe de pessoas, sem levar em conta a classe de delito; na medida da pena o fato retrocede completamente perante o autor. [...]

8. CONDE, Francisco Muñoz, 2005.
9. CONDE, Francisco Muñoz, 2005, p. 9.

USO EXCLUSIVO DO BOOKRIM

> O Projeto não acolheu, em contrapartida, a "sentença indeterminada". Quando se impõe uma pena, a duração da mesma deve determinar-se já na sentença. Mas a ideia fundamental da sentença indeterminada, fazer depender a maior ou menor duração da pena de prisão do efeito que a sua execução tenha no condenado, encontra, contudo, suficiente expressão no Projeto. *O internamento por tempo indeterminado, que o Projeto rechaça para as penas, encontra, em contrapartida, amplo acolhimento quanto às medidas de segurança*." (CONDE, 2005, p. 12.)

Fica evidente, em casos como este, bem como nos casos sob a égide do sistema duplo binário que vigorou no Brasil até 1984, como a medida de segurança, desde a sua criação, se colocou como uma tentativa de fundamentar dogmaticamente o protraimento indeterminado da sanção para que, assim, certos sujeitos fossem limados do convívio social. Outro exemplo claro é o da Espanha que, em 1933, quando Luis Jiménez de Asúa, sob influência de von Liszt e também de Ferri, elaborou a Lei dos Vadios e Meliantes, que legitimava medidas pré-delituais aos considerados "perigosos sociais"[10].

No entanto, a concepção única de resposta penal teve realmente êxito legislativo no Direito Penal Soviético Stalinista, em 1927, pelas chamadas *medidas de defesa social*. Referido código tem como espinha dorsal a periculosidade:

> "No seu artigo 2, diz o código que a sua aplicação se estende a todos os cidadãos da República que hajam cometido atos perigosos. Perigosa considera-se, diz o artigo 6º, toda ação ou omissão dirigida contra a Constituição dos Soviets ou lesiva de ordem jurídica estabelecida pelo Governo de Trabalhadores e Camponeses, para a época de trânsito ao estado comunista.
>
> No artigo 7º, declara o código que as pessoas que hajam cometido atos perigosos ou que representem perigo pelas suas relações com um ambiente criminal ou por sua conduta anterior, serão aplicadas medidas de defesa social, de índole correcional ou de natureza médico-pedagógica. Assinala-se em seu artigo 9º, que as medidas de defesa social não podem ter por fim o sofrimento psíquico ou a humilhação da dignidade humana e não tem por objeto nem retribuição nem castigo." (*sic*) (FIRMO, 1977, p. 99.)

O modelo sancionatório dualista, por sua vez, acabou prevalecendo nas legislações penais, o que não significa dizer que não haja atualmente uma clara tensão entre pena e medida de segurança, vez que a noção de periculosidade e risco

10. CONDE, Francisco Muñoz, 2005, p. 12.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

cada vez mais dissipa a diferença entre ambos os institutos. Na concepção dualista, em sua proposição originária, a pena teria um caráter de repressão, vinculada à *responsabilidade moral*, enquanto a medida de segurança teria um caráter preventivo, orientada pela *periculosidade*. Carl Stooss, no seu pioneiro anteprojeto de Código Penal suíço de 1894, diferenciava os dois institutos e trazia uma novel construção dogmático-legal: as chamadas *medidas de correção e de segurança*, que eram completamente designadas para a prevenção especial. Esta foi a primeira tentativa de introdução desse instituto, depois "[...] nos [Códigos Penais] da Alemanha e da Áustria, as medidas de segurança se constroem ao lado do instituto tradicional da pena" (FIRMO, 1977, p. 155).

Ataliba Nogueira[11] demonstra como Edmund Mezger, autor dualista, faz uma importante ressalva ao observar que, em que pese na realidade não haver diferença entre pena detentiva e medida de segurança, se podendo chamar ambas as sanções de *pena de segurança*, ainda assim, por uma questão prática, se deve manter o sistema dualístico. Aníbal Bruno considera que em alguns casos Mezger pontua a substituição de uma pela outra:

> "Mezger, que apesar de larga e profunda cultura bio-psicológica e sociológica, não se desprende dos termos de rigoroso método dogmático, não vê diferença substancial entre os dois institutos e lembra a proposta de alguns de uma medida mista, que seria a *pena de segurança*. Chega mesmo a afirmar que hoje já é possível e adequada certa substituição de uma pela outra nos casos em que o seu conteúdo se corresponde essencialmente. Julga, porém, oportuno, no momento, sobre o tema da distinção entre a prevenção geral, que ele diz fundamentada no princípio do ato (*Tatiprinzip*), e a prevenção especial, apoiada sobre o princípio do agente (*Taterprinzip*), o sistema dualista, pena e ms [medida de segurança], como meios distintos para atingir aqueles dois fins diversos. Não seria, porém, isso questão de princípio, mas de natureza prática." (*sic*) (FIRMO, 1977, p. 160.)

Nas palavras de Edmund Mezger:

> "Esta colocación contemporánea de la pena y de la medida de seguridad, há sido objeto de repetidos ataques de la crítica. Se há dicho que con frecuencia no existe prácticamente diferencia alguna de fondo entre la pena privativa de libertad y la medida de seguridad (custodia de seguridad), y que, por ello, no tiene sentido separarlas conceptual y espacialmente. Por tanto – se afirma –,

11. NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba, 1937.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

> será más correcto y adecuado al fin perseguido establecer *una* medida de seguridad unitaria en vez de dos separadas, atribuyéndola en total extensión las misiones especial-preventivas: esta medida unitaria sería la *pena de seguridad*. Pero frente a esto procede decir, en primer término, que en el ámbito de la lucha contra el delito sigue en pie la *duplicidade de la misión a resolver*: la misión de la prevención general que tiene de modo más enérgico hacia el "dogma de lacto", y la misma prevención especial que se orienta de modo más decidido hacia el "dogma del autor", aparecen una al lado de la outra. Ahora bien, el decir *si* a esta duplicidad de las misiones debe también corresponder una *duplicidad de los medios* (pena y medida), no es ciertamente una cuestión de *principio*, sino de índole *práctica*. No puede negarse que una certa sustitución y reemplazamiento recíprocos de ambas medidas (pena y medida de seguridad) en los casos en que su contenido se corresponde esencialmente, es ya hoy posible y adecuado. Pero, en conjunto – y esto lo indican también las propuestas contenidas en los Proyetos de reforma –, corresponderá mejor a la *conciencia jurídica del presente* el *sistema dualista*; es decir, la separación estructural entre pena y medida asegurativa." (MEZGER, 1933, p. 453-45 – grifos do autor)

Filippo Grispigni[12], de concepção unicista, como já destacado, também demonstra como as diferenças entre pena e medida de segurança são diminutas e que uma larga zona de permeabilidade se encontra entre ambos. No entanto, houve autores que consideraram as diferenças tão substanciais que o mais adequado seria que se tratasse os institutos em códigos distintos, como foi o caso de Ernst von Beling e Silvio Longhi, que sustentavam a necessidade de um repressivo e outro preventivo: "o primeiro ocupar-se-ia da responsabilidade e das penas. O segundo, do estado de periculosidade e das medidas de segurança" (NOGUEIRA, 1937, p. 111).

> "Preconizam também o dualismo BELING e LONGHI, que sustentam a necessidade de dois códigos distintos, um repressivo e outro preventivo. O primeiro ocupar-se-ia da responsabilidade e das penas. O segundo, do estado de periculosidade e das medidas de segurança. Já BIRKEMEYER havia ideado a composição de dois diferentes códigos, mas foram os outros dois juristas que particularmente se ocuparam do assunto, não exigindo BELING mais do que a nítida separação de duas partes, embora num mesmo código." (NOGUEIRA, 1937, p. 110-111.)

O Código Penal Italiano, de 1930, que inspirou o atual Código Penal brasileiro, foi considerado uma grande referência para o modelo dualista:

12. GRISPIGNI, Filippo, 1948.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

> "A verdadeira concepção dualista é a consagrada no código penal italiano, de 1930, e sustentada pela maioria dos escritores daquele país, entre os quais se contam os eminentes mestres Ar. Rocco, Manzini, Massari, Maggiore, Battaglini, Paoli, Vannini." (NOGUEIRA, 1937, p. 111.)

Para Aníbal Bruno, porém, com o projeto dualista de Rocco na Itália houve um retrocesso legislativo, tendo em vista que a indiferença entre imputabilidade e inimputabilidade, como já mencionado, permitiria que todos fossem responsabilizados perante a lei, alcançando melhor, assim, os fins de defesa social.

Há que se ressaltar, ao trazer um pouco a discussão para tempos atuais, que, com a assunção cada vez maior da noção de periculosidade no direito penal, inclusive no direito brasileiro, é notório que a diferença entre imputabilidade e inimputabilidade vai se esvaziando. Hoje, no direito processual penal brasileiro, por exemplo, a prisão preventiva, utilizada massivamente pelo Poder Judiciário (e consubstanciando, no mais das vezes, verdadeira *antecipação de pena*), quase sempre se lastreia na "*ordem pública*", que tem como um dos critérios a periculosidade do agente, considerada como a sua probabilidade de cometer crimes. Ademais, na própria fixação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, circunstâncias como "antecedentes", "conduta social", "personalidade do agente", "motivos" e "circunstâncias" do crime podem se orientar, de uma forma ou de outra, pelo referencial da periculosidade. A diferença entre pena e medida de segurança desde o princípio e cada vez mais é reduzida a uma formalidade retórica, "[...] a distinção entre pena e medida de segurança é puramente formal; materialmente, a medida de segurança pode ser mais lesiva à liberdade, inclusive" (QUEIROZ, 2011, p. 454). Nessa concepção, já constatava Heleno Cláudio Fragoso:

> "[...] [a medida de segurança] não se distingue da pena: ela também representa perda de bens jurídicos e pode ser, inclusive, mais aflitiva do que a pena, por ser imposta por tempo indeterminado. Toda medida coercitiva imposta pelo Estado, em função do delito e em nome do sistema de controle social, é pena, seja qual for o nome ou a etiqueta com que se apresenta." (FRAGOSO, 2003, p. 549.)

Desvela-se, portanto, e ainda mais uma vez, a tensão entre a noção de risco e de culpabilidade, de tal forma que prognósticos de risco vêm orientando tanto a aplicação da medida de segurança quanto a da pena. Essa zona cinzenta entre imputabilidade e inimputabilidade e entre pena e medida de segurança já se esboçava desde o surgimento desta última, com toda celeuma apontada sobre a necessidade de sistemas dualistas ou unicistas. Como bem discorre Aníbal Bruno sobre a concepção de Edmund Mezger em relação à proximidade desses institutos:

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

> "[...] Não é diversa a orientação do projeto austríaco (1909). Aí se fala mesmo em periculosidade do autor. "A pena, diz o § 43º, deve medir-se segundo a culpa e a periculosidade do autor. Para esse fim deve-se considerar a natureza do fato, assim como as relações pessoais e econômicas do autor".
>
> Expressivo é o comentário de Mezger sobre o § 43º do Projeto austríaco do Governo, de 1912, 'que faz depender a pena, *ao mesmo tempo*, da culpabilidade e da periculosidade do autor; é verdade que reconhece com isso que o juízo de culpabilidade não se refere de modo imediato à periculosidade do autor, mas eleva a periculosidade mesma, *ao lado* da culpabilidade, a fundamento determinador da pena. Esta não é já, portanto, uma pena em razão da culpabilidade, mas uma *pena em razão da segurança*, no sentido de um misto de pena e de medida de segurança'." (FIRMO, 1977, p. 164-165.)

Entendendo serem os institutos diferentes ou não, ao fim e ao cabo, a ideia é que eles se complementassem de uma forma ou de outra. É bastante ilustrativa a citação feita por Ataliba Nogueira:

> "THELIN é unitarista, quanto á natureza jurídica da pena e da medida de segurança, e dualista, por admiti-las ambas com vida autônoma. Seja uma pena, seja uma medida de segurança, desde que a justiça inflija uma delas, estaremos sempre diante de uma medida retributiva, consequência logica do delito, necessitada pelo preceito legal. *Ou pena ou medida de segurança, de qualquer modo o que há é uma sanção judiciaria.*
>
> A medida de segurança atinge indivíduos perigosos, enquanto que a pena recai sobre os indivíduos responsáveis, capazes de apreciar o alcance dos seus atos. Consequentemente, as medidas de segurança, porque não são sanções de atos responsáveis, não podem ser proporcionais a uma responsabilidade normal inexistente, mas a esta responsabilidade especial ou 'estado perigoso'. O congresso de Bruxelas – diz Thelin, a nosso ver sem absoluta verdade – chegou à mesma conclusão que os projetos de código penal: não bastam as penas, também não bastam as medidas de segurança; é necessário, portanto, deixar que umas e outras reciprocamente se completem. Quando umas não produzem efeito, apliquem-se as outras. As medidas de segurança, ao parecer dele, são concorrentes das penas. Aplicam-se, quando estas se excluem. Compara-as com penas paralelas." (*sic*) (NOGUEIRA, 1937, p. 105 – grifos nossos.)

Da perspectiva dualista e da sua concepção de complementação da pena e da medida de segurança, decorreu o já indicado sistema duplo binário, que vigorou no ordenamento jurídico brasileiro até 1984. No referido sistema, o sujeito que cometesse um ilícito poderia ser submetido a uma medida de segurança *e* a uma pena, pela prática do mesmo fato, independentemente se imputável ou

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

não. Dessa forma, constatado o chamado *estado perigoso*[13] do sujeito, este seria submetido tanto à pena quanto à medida de segurança, de forma conjunta e sucessiva. Como já dito, esse modelo que estabelece um *continuum* entre pena e medida de segurança[14], lastreado na suposta diferença entre os institutos, serviu verdadeiramente para incapacitar as pessoas submetidas ao sistema penal, gerando penas *de facto* indeterminadas ou perpétuas. Com a reforma da Parte Geral em 1984, o sistema vicariante passou a vigorar no Brasil, podendo ser imposta ao sujeito única e tão somente, por um mesmo fato delituoso, a pena ou a medida de segurança. Nunca as duas sanções penais ao mesmo tempo.

Como foi demonstrado, a noção de indivíduo perigoso, de estado perigoso, acaba por solapar a cisão entre pena e medida de segurança, tornando-as, na prática, uma coisa só, que afinal tem como condão a inocuização do sujeito. Por mais que se fale em pena ou medida de segurança, desde sempre (como demonstrado mesmo por dualistas como Mezger), uma se imiscui na outra. Com o direcionamento das sanções lastreado pela periculosidade e no prognóstico de risco, tem-se uma verdadeira zona de indistinção.

---

13. Explica Salo de Carvalho (2013, p. 504-505) que "o Código Penal de 1940 estabelecia duas hipóteses de configuração do *estado perigoso: presunção legal ou declaração (reconhecimento judicial)*. O revogado art. 78 do Código determinava que seriam considerados perigosos (presunção legal de periculosidade): (a) os inimputáveis; (b)os semi-imputáveis; (c) os condenados por crime cometido em estado de embriaguez, se habitual a embriaguez; (d) os reincidentes em crimes dolosos; (e) os condenados por crime cometido por associação, bando ou quadrilha. Além disso, poderia ser reconhecida a periculosidade do autor do ilícito pelo julgador em seguintes hipóteses: (a) se os antecedentes e a personalidade, os motivos determinantes e as circunstâncias do fato, os meios empregados e os modos de execução, a intensidade do dolo ou o grau da culpa, autorizassem a suposição de que o sujeito viria ou tornaria a delinquir; e (b) se, na prática do fato, fosse revelada torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral (art. 77 do Código Penal de 1940 com redação dada pela Lei n. 6.416/77)".
14. "Tornam-se, por conseguinte, necessários outros meios defensivos, em face da demonstrada insuficiência da pena. A pena é um meio repressivo; mas, ao mesmo tempo, em relação à grande maioria dos homens, realiza a *prevenção geral*. Verificando-se que a um *certo número* de indivíduos não surte efeito este meio de prevenção [...] não pode o Estado cruzar os braços, deve sanar a insuficiência, por meio de recurso que, com acerto, se denomina *prevenção individual*. Com isto não se estende para além a esfera do direito penal, mas se supre aquilo que nele falta, habilitando a ação do Estado com outros meios e outros recursos, com medidas não penais. Assim se delineia uma visão menos contínua e parcial, mais ampla e completa, de todo o formidável problema da luta contra a criminalidade." (NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba, 1937, p.105 – grifos nossos.)

USO EXCLUSIVO DO CEDIM

No Brasil, como bem sistematizado por Romina Gomes[15], até o início do século XIX, não havia um local destinado aos loucos, bem como nenhuma legislação específica sobre o tema. Foi com o Código Penal do Império, no ano de 1830, que se passou a dispor sobre loucura e crime:

> "O texto da lei de 1830 previa, sem seu artigo 10º, § 2º, que não deviam ser considerados criminosos os loucos de todo o gênero, exceto se o crime fosse cometido em intervalo de lucidez. Desse modo, a lei brasileira já havia incorporado a irresponsabilidade do louco infrator pelos atos considerados criminosos, ainda que apresentasse uma porosidade, por onde se poderia considerá-lo responsável, ao acrescentar os intervalos de lucidez. E no artigo 12º, previa que os loucos que praticaram atos criminosos deveriam ser encaminhados a casas especializadas ou entregues às suas famílias, o que era decidido pelo juiz." (GOMES, 2015, p. 48.)

Dessa maneira, os "loucos de todo gênero"[16] que cometiam atos ilícitos passaram a ficar em hospitais ou prisões, de tal forma que poderiam, ainda, ser entregues às suas famílias. Vale pontuar que não apenas os loucos eram encaminhados às prisões, mas também qualquer pessoa que incomodasse o *status quo*, como pessoas em situação de rua e vadios. Até a criação do primeiro manicômio judicial e a instituição das medidas de segurança pelo Código Penal de 1940, uma série de mudanças no direcionamento do tratamento dos loucos ocorreu no Brasil. De toda forma, desde a primeira metade do século XIX, já se tinha a concepção de que essas pessoas deveriam ser isoladas e submetidas a tratamento. Cada vez mais, iria se criar também no Brasil a necessidade de um local específico e separado para os que necessitassem de um suposto tratamento físico e moral.

> "As condições dos alienados institucionalizados, seja nas prisões, dentre as quais se encontrava a Casa de Correção da Corte, seja nos hospitais, como

15. GOMES, Romina Moreira de Magalhães, 2015, p. 207.

16. Tobias Barreto criticou a concepção de imputabilidade trazida pelo Código Penal imperial. A expressão "louco de todo gênero" não seria capaz de abarcar todo o espectro daqueles que não teriam responsabilidade penal: "na expressão sintética 'loucos de todo gênero', conquanto simples e clara, larga e fecunda em sua simplicidade, não é todavia bastante compreensiva para abranger a totalidade não só dos que padecem de qualquer desarranjo no mecanismo da consciência, como também dos que deixaram de atingir, por algum vício orgânico ou desenvolvimento normal das funções. [...] Não é possível inscrever no círculo da disposição do § 2º do art. 10 todos os casos de perturbação do espírito, ou de anomalia mental, todos os afetos, desvarios e psicoses que devem juridicamente excluir a responsabilidade criminal." (MENEZES, Tobias Barreto de, 1926, p. 72-73.)

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

> a Santa Casa de Misericórdia, passaram a ser denunciadas pela Comissão de Salubridade da Sociedade de Medicina do Rio de Janeiro, em relatório elaborado em 1830, no contexto de um projeto de intervenção higienista desta Sociedade. O relatório fora elaborado pelo médico brasileiro José Martins da Cruz Jobim, formado em Paris em 1828 e um dos fundadores da Sociedade de Medicina do Rio de Janeiro. Médico da Santa Casa, Jobim baseou-se nas ideias de Pinel para defender a necessidade de um tratamento físico e moral para os alienados. Apontou o tratamento desumano e os maus-tratos recebidos pelos loucos na Santa Casa, que chegavam a ser amarrados em um tronco. Indicou, como solução, a criação de um asilo especializado nas vizinhanças da cidade do Rio de Janeiro (De-Simoni, 1839/2004)." (*sic*) (GOMES, 2015, p. 49.)

Em 1852, foi inaugurado, então, o Hospício Pedro II, no Rio de Janeiro. Mesmo depois da fundação dessa instituição especializada, os loucos que cometiam crimes continuavam a ser encaminhados para a Casa de Correção da Corte, que possuía uma ala própria para os alienados[17]. A justificativa para tal medida era de que não havia segurança suficiente para a manutenção dessas pessoas no hospício, de tal forma que, em que pese o preceituado pelo art. 12 do Código Penal Imperial, os loucos que cometiam atos ilícitos continuavam a ser encaminhados para as prisões. Com a proclamação da República, em 1889, o Hospício Pedro II passou a ser chamado de Hospício Nacional de Alienados do Rio de Janeiro.

Ainda assim, os médicos do manicômio continuavam a protestar a presença dos loucos infratores nesta instituição, pois diziam que não havia condições de segurança para a manutenção dessas pessoas. Com o Código Penal de 1890, a situação do louco infrator em nada se modificara a não ser pelo fato de que, mesmo com os intervalos de lucidez, o sujeito poderia ser considerado inimputável[18].

---

17. GOMES, Romina Moreira de Magalhães, 2015, p. 49.
18. Art. 7º Crime é a violação imputavel e culposa da lei penal. [...]

    Art. 27. Não são criminosos: § 1º Os menores de 9 annos completos; § 2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento; § 3º Os que por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação; § 4º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de inteligência no acto de commetter o crime; § 5º Os que forem impellidos a commetter o crime por violencia physica irresistivel, ou ameaças acompanhadas de perigo actual; § 6º Os que commetterem o crime casualmente, no exercicio ou pratica de qualquer acto licito, feito com attenção ordinaria; §7º Os surdos-mudos de nascimento, que não tiverem recebido educação nem instrucção, salvo provando-se que obraram com discernimento [...]

    Art. 29. Os individuos isentos de culpabilidade em resultado de afecção mental serão entregues a suas famílias, ou recolhidos a hospitaes de alienados, si o seu estado mental assim exigir para segurança do publico.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

O novo código, porém, não foi bem recebido pelos juristas positivistas brasileiros, como bem assinala Thayara Castelo Branco:

> "Não seria tolerável manter o discurso da escola clássica frente às descobertas científicas advindas da medicina (legal e psiquiátrica) e da antropologia criminal.
>
> [...]
>
> A celeuma era grande. Por um lado, juristas alegavam que a psiquiatria pretendia desculpar o criminoso, transformando-o num doente. Outros, por sua vez, entendiam serem necessárias a contribuição da medicina e suas investigações como aporte científico, mas com cautela, desde que não se aprofundassem em assuntos que não eram de sua competência. Por outro lado, a psiquiatria defendia-se afirmando que não pretendia liberar o 'louco-criminoso' dos rigores da lei, mas somente modificar o destino dessa classe de excluídos, gerando assim uma grande batalha por espaço entre as ciências.
>
> [...]
>
> O código de 1890 não incorporou inovações técnico-científicas assinaladas pelo positivismo criminológico. Os juristas até acreditavam que os psiquiatras deveriam lidar com questões relacionadas aos 'loucos criminosos', mas os 'poderes' de avaliação e detecção concedidos a eles ainda era bastante tímidos." (*sic*) (BRANCO, 2016, p. 132-133.)

Nesse momento histórico de promulgação do segundo Código Penal brasileiro, os manicômios judiciais já eram uma realidade em alguns países e, no Brasil, já se mostrava a necessidade da sua instauração. Como já pontuado, os corpos médicos dos hospitais, como o do Hospital Nacional de Alienados, se sentiam insatisfeitos e inseguros em receber loucos infratores, de tal forma que esses eram encaminhados para as prisões. O Código Penal não trouxe nenhuma modificação nesse sentido, não instituindo as medidas de segurança e tampouco os manicômios judiciários. Foi o Decreto-Lei 1.132, de 22 de dezembro de 1903, que, com a chamada Lei dos Alienados, reorganizou, no âmbito legislativo, o tratamento do louco infrator no início do século XX[19]. Referido decreto dispunha que

19. CARRARA, Sérgio, 1998.

Não há como deixar de fazer referência ao art. 6º do referido decreto: "salvo o caso de perigo imminente para a ordem publica ou para o proprio enfermo, não será recusada sua retirada de qualquer estabelecimento, quando pedida por quem requereu a reclusão", dado que eram encaminhados para os manicômios não apenas os considerados loucos, mas também todos que incomodassem o *status quo*, e isso se estendia de mulheres solteiras grávidas a mendigos. O fato do mesmo sujeito que colocou a pessoa na casa dos

Uso Exclusivo RBCCrim

os indivíduos acometidos por "moléstia mental" que atentassem contra a ordem pública ou contra a segurança de outras pessoas deveriam ser enviados para o manicômio. Ainda, de acordo com o decreto, o louco não poderia ser encaminhado para "cadeias públicas" nem mantido "entre criminosos".

Preceituava, também, que, enquanto os Estados não possuíssem manicômios criminais, os alienados delinquentes e os condenados alienados somente poderiam permanecer em asilos públicos, nos pavilhões que especialmente lhes fossem reservados. Em que pesem os encaminhamentos do Decreto-Lei 1.132, os portadores de sofrimento mental que cometiam ilícitos penais continuavam a ser encaminhados para as prisões, vez que o estipulado no instrumento legislativo não foi levado a cabo. Por tal razão, foi instalada a Seção Lombroso, no Hospício Nacional de Alienados do Rio de Janeiro, como medida de urgência. Nesse momento histórico, a Psiquiatria se afirmava cada vez mais no Brasil e promovia de forma crescente uma interlocução com a criminologia, sendo reconhecida no ano de 1912 a sua autonomia em relação à neurologia e à medicina mental. Por esse motivo, desde 1920, os estabelecimentos psiquiátricos passaram a aumentar[20].

Nesse contexto de análise, é importante pontuar o caso paradigmático para a instauração do manicômio judiciário no Brasil, que foi o caso Custódio Serrão[21],

---

alienados poder pedir a qualquer momento a sua retirada da instituição lembra muito as *lettres de cachet*, que foi um instrumento de polícia e de punição na França pré-revolucionária. Nesse sentido: "[...] As *lettres-de-cachet* foram bastante estudadas na França e se tornou comum classificá-las como algo temível, instrumento de arbitrariedade real abatendo-se sobre alguém como um raio, podendo prendê-lo para sempre. [...] Mas a maioria delas, as dezenas de milhares de *lettres-de-cachet* enviadas pela monarquia *eram, na verdade, solicitadas por indivíduos diversos*: maridos ultrajados por suas esposas, pais de família descontentes com seus filhos, famílias que queriam se livrar de um indivíduo, comunidades religiosas perturbadas por alguém [...]. Eram instrumentos de controle, de certa forma espontâneos, controle por baixo, que a sociedade, a comunidade, exercia sobre si mesma. A *lettre-de-cachet* consistia portanto em uma forma de regulamentar a moralidade cotidiana da vida social [...]. Temos, portanto, aqui a repressão moral. [...] Quando uma *lettre-de-cachet* era enviada contra alguém, esse alguém não era enforcado, nem marcado, nem tinha de pagar uma multa. *Era colocado na prisão e nela devia permanecer por um tempo não fixado previamente.* [...] Em geral ele determinava que alguém deveria ficar retido até nova ordem, *e a nova ordem só intervinha quando a pessoa que requisitara a lettre-de-cachet afirmasse que o indivíduo que aprisionado tinha se corrigido.*" (*sic*) (FOUCAULT, Michel, 2005, p. 96-98.)

20. COSTA, Jurandir Freire, 2003.

21. Custódio Alves Serrão matou o tutor da família, seu padrinho, no ano de 1896. Seu caso ensejou a problematização sobre a necessidade do estabelecimento de uma instituição

USO EXCLUSIVO DO PROFIM

Uso Exclusivo do IBCCRIM

conforme demonstra Sérgio Carrara[22]. Esse caso ilustra tanto o cenário para a instauração do primeiro manicômio judiciário no Brasil quanto o tipo de responsabilidade reivindicada pelo Poder Público para o louco infrator. O crime cometido por Custódio foi divulgado em vários jornais, tornando-se público, sendo ele encaminhado para o Hospício Nacional de Alienados do Rio de Janeiro. Depois de um mês de internação, conseguiu fugir do hospital, tendo se apresentado às autoridades policiais no dia seguinte dizendo que sua evasão se devia ao fato de que preferia ser preso e julgado a ser considerado louco.

Custódio foi então reencaminhado ao hospital, mas fez protestos sobre as condições as quais era submetido naquele local. As más condições denunciadas acabaram sendo publicadas em um jornal da época, dando ainda mais notoriedade para a ausência de local adequado, bem como para a falta de planejamento da condução do tratamento nos casos que envolviam loucos infratores. Com o episódio de sua fuga, o hospital e sua direção foram muito criticados. Seu diretor, João Carlos Teixeira Brandão, havia sido um dos protagonistas da desvinculação do Hospício Nacional; quanto ao Hospital Santa Casa da Misericórdia e diante do acontecimento da fuga, se manifestou o então Ministro da Justiça no sentido de que aquele local não era adequado para receber loucos perigosos em contato com a justiça. A seu ver, era perigoso mantê-los com os demais, pois tinham uma tendência a repetir os atos criminosos. Torna-se muito claro como esse caso foi emblemático para a promulgação do Decreto-Lei nº 1.132, de 22 de dezembro de 1903, pois o próprio teor desse instrumento legislativo já demonstra uma tentativa de dirimir todas essas questões que são trazidas com o caso em análise.

Ao contrário da perícia que lastreou o encaminhamento de Custódio para o hospício, o diretor do estabelecimento não o achava louco, considerando que

---

destinada apenas aos loucos que cometessem um ilícito penal. Custódio tinha um irmão e uma irmã, e aquele se encontrava internado há quatro anos no Hospício Nacional dos Alienados. Depois da morte dos pais, Custódio considerava que o tutor da família o perseguia e dizia que ele era louco e que o internaria junto ao seu irmão. Considerava que Belarmino Brasiliense, seu tutor, fazia isso porque queria se casar com sua irmã e ficar com o dinheiro da família. Em uma conversa para esclarecer seus temores, Custódio acabou por desferir um tiro em Belarmino. Custódio não resistiu à prisão, tendo se entregado às autoridades policiais logo em seguida ao crime. Disse que foi um "impulso de loucura", mas que só ele poderia nomeá-lo enquanto tal. Durante a realização das perícias, afirmou não ser louco.

22. CARRARA, Sérgio, 1998.

seria ilegal mantê-lo sob este referencial jurídico. Nesse sentido, algumas providências foram tomadas:

> "Teixeira Brandão era contra a permanência de Custódio no Hospício Nacional por considerá-lo um simples degenerado, como havia manifestado anteriormente, apontando a necessidade da construção de um manicômio criminal. Esse ofício fez com que Custódio voltasse para a prisão e que seu processo fosse desarquivado.
>
> Contudo, a pedido da promotoria um novo exame foi solicitado. Foram nomeados três analistas para realizar essa perícia, que aconteceu no período de quinze dias. Custódio, dessa vez, não se apresentou tão resistente. Foi realizado inclusive um exame anatômico, visando o escrutínio dos sinais de demência moral, que não mostrou nada que fosse digno de nota. Ele negou as ideias de perseguição e não apresentou nenhum delírio. Afirmou ter matado o padrinho devido às ameaças de interná-lo no hospício. Não se queixou do hospício nem da Casa de Correção. Os peritos concluíram que não se tratava de loucura e seu crime não fora um ato impulsivo. [...] Custódio foi então levado a julgamento por um Tribunal do Júri que, entretanto, o absolveu, tendo sido determinada novamente, pelo juiz, sua internação no Hospício Nacional dos Alienados." (GOMES, 2015, p. 54.)

As perícias realizadas em Custódio Serrão foram tão controversas que até mesmo o já citado Raimundo Nina Rodrigues interveio, trazendo diagnósticos que rotulavam Custódio como louco, perigoso, sendo necessárias a sua internação e intervenção psiquiátrica. Esse caso foi emblemático, por todos os aspectos apresentados, para que o manicômio judiciário fosse instaurado no Brasil.

Assim, no ano de 1921, foi inaugurado o primeiro manicômio judiciário do país, no Rio de Janeiro. Tal dispositivo é a manifestação do entrelaçamento entre o Direito Penal e a Psiquiatria.

> "[...] Mas os manicômios criminais serão o resultado de um armistício entre as duas partes em disputa: nem manicômio, nem prisão, um híbrido, que muitas vezes sofrerá a crítica do psiquiatra. Ele não poderá aplicar totalmente a tecnologia disciplinar característica do hospício e nem poderá decidir autonomamente sobre o destino desta classe de alienados, ficando as internações e altas a critério do juiz.
>
> O Manicômio Judiciário é uma dependência da assistência a alienados do Distrito Federal destinada a internações dos delinquentes isentos de responsabilidade por motivo de afecção mental quando, *a critério do juiz*, assim o exija a segurança pública." (Decreto 14.831, de 25.05.1921, artigo 1º – grifos nossos.)

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Em decretos subsequentes, a competência do psiquiatra restringia-se mais e mais:

> "Em qualquer dos casos a internação far-se-á por ordem ou determinação dos juízes respectivos (Parágrafo Único do Decreto 17805 de 23/5/1927).
>
> As limitações ao poder psiquiátrico impostas pelo Judiciário vão marcar a forma com que se dará a absorção da tecnologia psiquiátrica por parte do mesmo. Ou seja, a psiquiatria não se apresenta para o direito penal como uma alternativa que viesse até mesmo a suprimi-lo. Ao contrário, ela vai ser um complemento da ação repressiva, dando ao aparelho de Estado uma feição disciplinar. O judiciário se arma de uma tecnologia própria, que não se confunde quer com a psiquiatria, quer com a penalogia tradicional." (RAUTER, 2003, p. 49-50.)

É finalmente com o Código Penal de 1940 que as medidas de segurança são instituídas no ordenamento jurídico brasileiro, sendo os manicômios judiciários o local de segregação dos loucos infratores. A periculosidade passa a orientar o manuseio dessas medidas. Nesse momento de inauguração do novo instituto penal, a exposição de motivos do novo código trará mais uma vez que as penas são insuficientes para combater a criminalidade[23], decorrendo daí a necessidade das medidas de segurança. Desde o seu surgimento, suas características fizeram ressoar a problematização da sua natureza jurídica, como será analisado a seguir.

3. A natureza jurídica da medida de segurança

Desde a sua formulação[24], a natureza jurídica da medida de segurança não foi uma questão pacífica. Isso por causa de diversos fatores, tais como a possibilidade de intervenções pré-delituais, seu caráter eminentemente preventivo e a falta

23. Como exposto por Francisco Campos: "Ao lado disto, existe a criminalidade dos doentes mentais perigosos. Estes, isentos de pena, não eram submetidos a nenhuma medida de segurança ou de custódia senão nos casos de imediata periculosidade. Para corrigir a anomalia foram instituídas, ao lado das penas, que têm finalidade repressiva e intimidante, as medidas de segurança. Estas, embora aplicáveis em regra *post delictum*, são essencialmente preventivas, destinadas à segregação, vigilância, reeducação e tratamento dos indivíduos perigosos, ainda que moralmente irresponsáveis." (CAMPOS, Francisco apud PIERANGELI, José Henrique, 2004, p. 71.)

24. Dado que a natureza jurídica da medida de segurança é um tema pouco discutido atualmente, far-se-á uso de citações diretas mais longas, a fim de se apresentar a profundidade desse debate à época do surgimento dessa sanção penal – debate este de substancial relevância contemporaneamente.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

de garantias penais e processuais penais, assim como a sua (in)determinação no tempo. A dificuldade de diferenciar cabalmente esses institutos revela o quanto eles estão umbilicalmente associados e, diga-se, cada vez mais imbricados por força da categoria *periculosidade*. Nesse sentido, questiona Aníbal Bruno:

> "[A] pena clássica sofre hoje, profunda transformação, que se aproxima insensivelmente da medida de segurança.
>
> E não só a pena. A própria noção de culpa, fundamental no conceito tradicional do velho instituto, se encaminha, hoje, no pensamento de muitos autores, no sentido de estruturar-se em referência não a um momento psicológico do sujeito mas à sua personalidade permanente.
>
> [...]
>
> Muitos autores, porém, alcançam, através dessa concepção normativa de culpa, um conceito que já não se apoia na consideração do ato isolado mas na da personalidade permanente do autor. É o que se denomina culpabilidade de caráter.
>
> *Nesse rumo, a doutrina da culpa se encaminha no sentido da periculosidade criminal.*" (*sic*) (FIRMO, 1977, p. 169-170 – grifo nossos.)

A discussão já feita neste trabalho, sobre as concepções unicistas e dualistas, reverbera a própria questão da natureza jurídica da medida de segurança. Ataliba Nogueira e Aníbal Bruno trazem várias referências a essa discussão. Demonstram que alguns autores entendiam que a medida de segurança estaria no âmbito do exercício do poder de polícia, ínsito ao Direito Administrativo, enquanto outros reconheciam o referido instituto como pertencente ao âmbito do Direito Penal.

> "DE MARISCO conclui: penas e medidas de segurança são duas estradas, traçadas pela moderna consciência jurídica, sobre um terreno comum (a luta contra o delito), com um único objetivo (a defesa social), cada um com características próprios, mas com não poucos caracteres communs. [...] E, portanto, verdadeiro que as decisões dirigidas a combater a periculosidade dos indivíduos, que não tenham o seu sintoma num delito, são objeto de ciência diversa, o direito administrativo, e precisamente o de polícia; mas, não é menos verdadeiro que, se se parte do delito para a investigação da periculosidade, aquele e esta são e não podem deixar de ser objeto do direito penal.
>
> [...] DE MARISCO, ainda no tocante ao lado formal das decisões sobre a aplicação das medidas de segurança, *não aceita a distinção com que se pretende atribuir ás penas caracter jurisdicional e ás medidas de segurança natureza administrativa*. O objeto destas ultimas é incompatível com a diferenciação.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

> São administrativas as medidas de policia, que se adotam, em virtude dos regulamentos de policia (*legge di publica sicurezza*), contra os que, sem terem cometido crime, fazem despertar a suspeita de sua periculosidade, enquanto neles não se concretiza ainda um estado antijurídico." (*sic*) (NOGUEIRA, 1937, p. 97-99 – grifos nossos.)

Stooss, que, ao traçar o primeiro quadro sistemático das medidas de segurança, no seu projeto de código suíço, sentia no espírito o aguilhão do problema e lhe pressentia a solução, indagava:

> "Esta medida de segurança, que propriamente deriva do direito administrativo, não sofre uma fundamental modificação jurídica no momento em que transportada para o direito penal?".
>
> É observação de Horwixz que o direito penal moderno envolve, principalmente, pela penetração na sua estrutura de fatos do direito administrativo." (*sic*) (FIRMO, 1977, p. 178.)

No mesmo sentido:

> "[...] É um meio defensivo não penal. Mas – uma originalidade do pensamento de CARNEVALE, – é a medida de segurança não pertence à prevenção, como é opinião geral. Ou só lhe pertence num certo sentido, do mesmo modo que a pena. Característica da prevenção é dirigir-se ao fato que ainda está por acontecer: a medida de segurança, salvo casos excepcionais, dirige-se ao delito já sobrevindo. [...] Também não se confunda este instituto com as medidas de polícia. CARNEVALE recorda a distinção entre medida de policia e medida de segurança, sustentada por ROVELLI, embora este as considere ambas meio de prevenção mediata: a polícia pode servir á prevenção criminal – e este será menos um de seus fins mais importantes – mas ela se volta a escopos mais amplos e genéricos. [...] *A medida de segurança é distinta da pena, mas provém dela, e não da medida de policia* [...].
>
> Insurge-se ele contra os que afirmam serem de natureza administrativa as medidas de segurança. Não há dúvida que as decisões a elas relativas têm caracteres de ordem administrativa: discricionalidade, revocabilidade; mas, o direito vai se tornando, hoje, de cada vez mais tão flexível, tão complexo, que nada impede conceber que, num dos seus ramos, um dado instituto se apresente com formas tomadas a outro, quando isso convém mais aos seus fins, e sem por isto mudar a sua natureza intrínseca. Se a designação de administrativa visa separar a medida de segurança da pena, com isto se quebra o sistema unitário do código. A medida de segurança, como a pena, tem em vista a periculosidade do agente." (*sic*) (NOGUEIRA, 1937, p. 101-103 – grifos nossos.)

Uso Exclusivo RBCCrim

> "Birkmeyer, o grande chefe da corrente lógico-jurídica alemã, admitiu a introdução das medidas de segurança no projeto do código penal germânico. Mas não podia corresponder aos seus princípios a posição da legislação penal no condomínio dos dois institutos. Propôs fossem tratadas em códigos diferentes. Para as penas um código repressivo, para as medidas de segurança um código preventivo [...].
>
> Beling retoma a ideia e sugere igualmente um código penal (*Strafgesetzbuch*) com as penas, punição de crimes, delitos e contravenções, e um código de segurança (*Sicherungsgesetzbuch*) com as medidas de segurança aplicáveis ao estado perigoso." (FIRMO, 1977, p. 183.)
>
> "Para MANZINI e a escola técnico-jurídica em geral, principia desde ali o dualismo. Não lhes reconhecem o caracter de sanções jurídicas. Porque as medidas de segurança não são predispostas para tornar obrigatoria a observância de um preceito, não se prendem a uma responsabilidade jurídica, não constituem reação de justiça, como punição, nem excluem, de regra, a discricionalidade e a revocabilidade. São estabelecidas em consideração de um perigo social presumido pela lei ou discricionariamente avaliado. São modificaveis e revogaveis. *A garantia jurisdicional, de que se reveste, na aplicação, modificação e revogação das medidas de segurança, não basta para lhes atribuir o caráter de sanções de justiça. É verdade que está excluida a coação direta, que caracteriza a medida de policia; isto, porém, não tira às medidas de segurança a sua essencia administrativa, tratando-se de um elemento exclusivamente formal*." (*sic*) (NOGUEIRA, 1937, p. 111-113 – grifos nossos.)

A posição de Ataliba Nogueira, no entanto, é de que a medida de segurança é um instituto do Direito Administrativo, aplicada posteriormente ao cometimento de um delito:

> "Procuremos estabelecer qual a natureza juridica das medidas de segurança. [...]. Integram as medidas de segurança os meios de luta contra a criminalidade, sem se confundirem com a pena, sem nada lhe acrescentarem de propriamente penal, sem nada lhe tirarem. O fundamento da pena, a sua natureza, os seus fins continuam tais quais filosoficamente sempre foram e sempre hão de ser. As penas são sanções jurídicas correspondentes à responsabilidade. As medidas de segurança não são sanções jurídicas e não correspondem à responsabilidade, mas um *estado de perigo social*, revelado no crime e na probabilidade da sua repetição.
>
> Desde que não são sanções jurídicas, as medidas de segurança não envolvem o sucessivo exercicio das tres funções e atividades do Estado: legislativa, judiciaria e administrativa. Não se lhes distinguem os momentos da ameaça, da realisação e da execução da sanção, pois as medidas de segurança somente

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

> dão logar 'ao exercicio de uma atividade e de uma função, que é sempre e unicamente atividade e função *administrativa*, mesmo provindo de órgãos do poder legislativo ou de órgãos do poder judiciario, mesmo aplicando-se em virtudes de leis ou mediante sentenças e despachos'. A qualidade dos órgãos donde emanam [...] não muda a natureza objetiva da atividade ou da função, que é, e permanece, substancialmente, *atividade e função administrativa e, mais precisamente, atividade e função de policia.*
>
> [...]
>
> As medidas de segurança pertencem ao direito de policia, que é um ramo do direito administrativo. Só formalmente se distinguem das demais medidas de policia. Formalmente, porque a decisão deve ser tomada pelo juiz, na dependencia de um delito. Há uma conexão entre o juízo de responsabilidade e o de periculosidade. Umas e outras medidas são decisões policiais e consistem na prevenção mediata contra as pessôas, mas, enquanto as simples medidas de policia se aplicam para prevenir possiveis perigos, que se podem originar de quaisquer atos ilícitos, as medidas de segurança pressupõem como primeiro sintoma deste perigo a pratica de um crime: A existencia de um crime e a probabilidade da repetição de átos criminosos. Sob certo aspecto se póde dizer que as medidas de policia se aplicam *ante factum*, e as medidas de segurança *post factum*." (*sic*) (NOGUEIRA, 1937, p. 113-117 – grifos nossos.)

Já Aníbal Bruno, aproximadamente 40 anos depois do posicionamento de Ataliba Nogueira, considerou que a medida de segurança, em que pese sua origem no Direito Administrativo, foi totalmente assimilada ao Direito Penal, integrando-o:

> "Em suma, nem formal nem substancialmente as medidas de segurança são hoje simples medidas administrativas, estranhas ao direito penal.
>
> *Pertencem a esse direito penal em mudança que, procurando acomodar-se a novas exigências sociais e jurídicas, não se apoia apenas na culpa*, nem se arma somente com a pena, mas, incapaz ainda, por motivos sentimentais e políticos, de renunciar aos velhos fundamentos, *erige ao lado deles as novas figuras do estado perigoso e das medidas de segurança.*
>
> E quanto mais se acentua o deslocamento do ponto de apoio do direito penal da consideração do ato para a consideração da personalidade do agente, mais elas consolidam a posição já conquistada no terreno desse ramo do direito." (FIRMO, 1977, p. 185 – grifos nossos.)

Atualmente, considera-se que ainda é possível pensar a medida de segurança como manifestação do poder de polícia, dentro da esfera do Direito

Uso exclusivo RBCCrim

Administrativo. Senão, vejamos. O poder de polícia é disciplinado no Código Tributário Nacional, em seu art. 78:

> "Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interêsse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de intêresse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.
>
> Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder." (*sic*)

Trata-se, pois, de um conceito amplo que autoriza a intervenção estatal em razão do interesse público. A excessiva abertura do poder de polícia dá azo a intervenções do Estado em detrimento de direitos e garantias de um dado cidadão[25].

Quando, desde o princípio da sua elaboração, a medida de segurança se fundamenta e se direciona pela periculosidade (que por sua vez é um conceito manifestadamente opaco e aplicado preventivamente) ela se coloca, estruturalmente, como manifestação do poder de polícia. Isso por ter legitimado o direito penal de autor, como foi o caso da Rússia, Espanha e Alemanha nazista e por ter possibilitado que se prescindisse do fato penalmente relevante para se autorizar a intervenção estatal. Ademais, mesmo em tempos hodiernos, como a medida de segurança insere o sujeito em um registro que se rege não pelo fato cometido, mas pelo risco de cometer novas condutas, esse instituto se aproxima muito de uma perspectiva administrativista, mais precisamente do poder de polícia, no qual um sujeito tem suspensos os seus direitos em favor da "coletividade", da "ordem pública", da "defesa social".

25. "[...] [O poder de polícia] diz respeito a vários ramos do direito e trata da interação ou fricção entre os direitos das pessoas e as prerrogativas da Administração Pública; proclama (e impõe) a resolução do conflito entre direitos pelos cidadãos e o 'interesse público' a favor desse último, em nome da 'coletividade'.

    [...] Um ponto a ser notado é a total submissão do cidadão a esta intervenção, demandada pelo poder estatal. O poder de polícia, para ser bem empregado, deve ser a execução pronta de prerrogativas tão amplas detidas pela Administração Pública, que a hipossuficiência do administrado se escancara; é a manifestação da potestade estatal em sua pureza." (MARTINS JR., Fernando Nogueira, 2016, p. 28-29.)

Uso exclusivo IBCCRIM

Com efeito, o poder de polícia tem como características a discricionariedade[26], a autoexecutoriedade[27] e a coercibilidade[28]. Analisando as medidas de segurança em termos jurídico-administrativos, em um exercício de compreensão do porquê de alguns autores considerarem essa a real natureza jurídica daquelas medidas, observemos que, para lidar com os portadores de sofrimento mental que cometem um ilícito penal, o Estado faz uso do saber psiquiátrico, que legitima a categoria de *periculosidade* no direito penal. É o psiquiatra quem irá decidir o sujeito tratar-se de um imputável ou não, pelo exame de verificação da periculosidade – incidental ao procedimento penal instaurado. O magistrado, por sua vez, não está vinculado a este laudo (muito embora a praxe seja acatar a classificação e impor a medida de segurança). Deflagra-se aí, com muita clareza, o lastro de *discricionariedade* em a autoridade judiciária utilizar ou não o poder de polícia, qual seja, o poder de acatar ou não a perícia médica e, por conseguinte, impor a medida de segurança.

Quanto à *coercibilidade*, uma vez haja a constatação da periculosidade do sujeito, concreta ou presumida[29], a medida de segurança é aplicada e ele é submetido a tratamento *compulsório*, seja ambulatorial ou em regime de internação. Quanto à *autoexecutoriedade*, o aclaramento do viés administrativista da imposição da medida de segurança surge de uma abordagem um pouco mais aprofundada do tema: no momento em que o magistrado determina a inimputabilidade e o tratamento coercitivo, ele, longe de exercer as funções típicas do Poder Judiciário

26. "Quando tem a lei diante de si, a Administração pode levar em consideração a área de atividade em que vai impor a restrição em favor do interesse público e, depois de escolhê-la, o conteúdo e a dimensão das limitações." (CARVALHO FILHO, José dos Santos, 2012, p. 85.)

27. "[...] a Administração pode tomar, *sponte sua*, as providências que modifiquem imediatamente a ordem jurídica, impondo desde logo obrigações aos particulares, com vistas ao interesse coletivo." (DEBBASCH, Charles apud CARVALHO FILHO, José dos Santos, 2012, p. 86.)

28. "A polícia Administrativa, como é natural, não pode curvar-se ao interesse dos administrados de prestar ou não obediência às imposições. Se a atividade corresponde a um poder, decorrente do *ius imperii* estatal, há de ser desempenhada de forma a obrigar todos a observarem os seus comandos." (CARVALHO FILHO, José dos Santos, 2012, p. 89.)

29. A periculosidade presumida é aquela dos inimputáveis, assim disposto no art. 26 do Código Penal. Trata-se de uma presunção legal: uma vez considerado inimputável, presume-se a periculosidade. A periculosidade concreta, por sua vez, é aquela do considerado semi-imputável, conforme o art. 26, parágrafo único, do Código Penal. Cuida-se, pois, de uma determinação judicial.

Uso Exclusivo Do RBCCrim

(controle de legalidade dos demais poderes, aferição da efetividade das garantias processuais em uma dada demanda judicializada, imposição de soluções juridicamente formatadas e embasadas em indícios e provas trazidos pelas partes etc.), passa a exercer funções de natureza sumamente policial: a questão deixa de ser a responsabilização por uma lesão ou ameaça de lesão perpetrada, e passa a ser precipuamente a questão *produzir e impor executivamente* decisões cuja finalidade é a de melhor preservar a ordem pública e a tranquilidade coletiva de futuros distúrbios; o Poder Judiciário, portanto, sai do seu local de instância última de controle de constitucionalidade/legalidade e de petição por parte do cidadão e desce ao rés do chão das providências cotidianas de "higienização social" ínsitas ao mais cabal exercício do poder de polícia, mediante a segregação e a limitação/supressão do exercício de direitos e garantias fundamentais, mormente a liberdade.

Em suma: na aplicação da medida de segurança, o juiz deixa seu local de controle de legalidade e de racionalização do tratamento/resolução de demandas intersubjetivas e sociais (algo típico do Poder Judiciário em um marco dito democrático) e passa a ocupar um local de agente proativo no combate à "desordem", ao "desvio comportamental" e ao "crime" (algo típico do Poder Judiciário transformado em agente de polícia, elemento central em um autoritário modelo policial-penal de Estado, infenso a limitações e parâmetros democráticos).

É dizer, o Direito Penal não tem os ditos *fins curativos*, de tal forma que a medida, pautada na periculosidade e na defesa social, se aproxima muito de um referencial jurídico-administrativo, de polícia administrativa.

> "Muitos dualistas vão além. Não se limitam a distinguir os dois institutos; recusam às medidas de segurança o caráter mesmo de providências jurídico-penais. Seriam simples medidas administrativas, incluídas nos códigos 'por motivos de conexão e de economia funcional', como diz Battaglini.
>
> Os juristas técnicos italianos são irredutíveis nesse particular. Manzini é decisivo: 'as medidas de segurança não são um instituto de direito penal, mas de direito administrativo'. Já a exposição de motivos do moderno código italiano, inspirado na mesma corrente, fazia notar: 'outro caráter diferencial entre penas e medidas de segurança é que as segundas são providências de natureza administrativa'.
>
> Sobre esse caráter administrativo das medidas de segurança, estranhas, portanto, ao direito penal, insiste Rocco. [...]
>
> *Seriam as medidas de segurança medidas administrativas de polícia. Mas não é a polícia que as aplica, não são as leis administrativas que as prescrevem, não são as obras de direito administrativo, em geral, que elas tratam.* São os códigos penais que as disciplinam, são as obras de direito penal que as estudam, são os

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

> juízes criminais que julgam de sua oportunidade, que as aplicam, que vigiam a sua execução, que as suspendem ou revogam." (FIRMO, 1977, p. 177-178 – grifos nossos.)

Aníbal Bruno, no entanto, entende que, em que pese seu *caráter primitivamente administrativo*, as medidas de segurança foram assimiladas pelo Direito Penal, tornando-se instituto orgânico do mesmo. A medida de segurança seria para ele um exemplo de um instituto inicialmente de configuração administrativa que migra para a esfera jurídico-penal. No entanto, a concepção deste autor já está completamente referenciada pela ideologia de defesa social, que autoriza intervenções estatais (de natureza administrativo-policial) contra ameaças permanentes ao Estado e aos cidadãos. Vejamos:

> "Na realidade não pode haver uma linha rigorosamente fixa e impermeável entre esses dois ramos do direito. Fatos e providências do direito administrativo, em relação com o fenômeno da criminalidade, desde que adquirem configuração mais precisa e reclamam mais seguras garantias jurídicas, *transladam-se do direito administrativo para o penal*." (FIRMO, 1977, p. 178 – grifos nossos.)

Fato é que a discussão sobre a natureza jurídica da medida de segurança deveria ter maior relevo atualmente, pois as suas características, em que pese estar disciplinadas pelo Direito Penal, resvalam no Direito Administrativo e no exercício do poder de polícia administrativa. E, em assim sendo, a noção de periculosidade que orienta as medidas de segurança se mostram, salvo melhor juízo, absolutamente incompatíveis com os princípios do Direito Penal de orientação constitucional-democrática e concordante com os direitos humanos protegidos e promovidos nacional e internacionalmente.

4. A impossibilidade de responsabilidade individual como violação de direito fundamental ínsita ao instituto da medida de segurança

A imposição de uma medida de segurança a um sujeito parte do pré-conceito de que esse sujeito é incapaz de responsabilidade, de dizer sobre o seu ato, vez que possui *doença mental* ou *desenvolvimento mental incompleto ou retardado*, que o impossibilitaria de *entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento* – conforme dicção do art. 26, *caput*, do Código Penal. Tendo em vista essa concepção da nossa legislação, abre-se um campo de problematizações sobre o normal e o patológico. Por que o portador de sofrimento mental não poderia se responsabilizar pelo seu ato? Das duas uma, ou se reconhece sua capacidade de responsabilidade, ainda que de forma diferenciada, ou se resolve

Uso Exclusivo do IBCCRIM

desconsiderando por completo a sua conduta, que não deverá ter nenhuma repercussão penal nos casos em que não se configure um fato típico e ilícito.

A ideia de doença não é algo estanque, tendo se modificado ao longo da história. Georges Canguilhem demonstra como os escritos hipocráticos trouxeram uma concepção não mais ontológica, e sim dinâmica da doença – não mais localizante, e sim totalizante. Nesse sentido, a doença acometeria o sujeito por inteiro e seria a manifestação de um esforço da natureza para encontrar um novo equilíbrio. Trata-se em certa medida de uma concepção naturista, em que o próprio organismo restauraria o estado normal. No entanto, desde o século XVI, com Francis Bacon, a ideia seria de que o homem pode dominar a natureza. Assim, "dominar a doença é conhecer suas relações com o estado normal que o homem vivo deseja restaurar. [...] Daí a necessidade teórica, mas com prazo técnico diferido, de fundar uma patologia científica ligando-a à fisiologia" (CANGUILHEM, 2011, p. 11).

Canguilhem fará referência a Augusto Comte (1798-1857) e a Claude Bernard (1813-1878) para pensar o conceito de doença e a relação entre o normal e o patológico. Quanto ao primeiro autor, este irá atribuir ao "princípio de Broussais" os fenômenos biológicos, psicológicos e sociológicos. Comte e Broussais partem de uma referência sumamente métrica:

> "Foi em 1828, comentando o trabalho de Broussais *De l'irritation et de la folie*, que Comte aderiu a esse princípio e o adotou para o seu próprio uso. Comte atribui a Broussais o mérito que na realidade cabe a Bichat, e antes dele a Pinel, de ter proclamado que todas as doenças aceitas como tal são apenas sintomas, e que não poderiam existir perturbações das funções vitais sem lesões de órgãos, ou melhor, de tecidos. Mas, sobretudo, acrescenta Comte, 'jamais se concebeu de maneira tão direta e tão satisfatória a relação fundamental entre a patologia e a fisiologia'. Com efeito, Broussais explica que todas as doenças consistem, basicamente, 'no excesso ou na falta de excitação dos diversos tecidos abaixo ou acima do grau que constitui o estado normal'. Portanto, as doenças nada mais são que os efeitos de simples mudanças de intensidade na ação dos estimulantes indispensáveis à conservação da saúde." (CANGUILHEM, 2011, p. 16-17.)

A diferença de intensidade que nos fenômenos de saúde desencadearia a doença coloca a questão do normal e do patológico em termos quantitativos e normativos, revelando um método de *medida*. Tem-se, então, uma medida que seria considerada válida e desejável em relação a uma norma. Assim, revela-se o caráter normativo do estado normal: o desvio do normal passou a definir o patológico. Em que pese a pretensão métrica, que dispunha de diferenças de intensidade

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

(aumento e diminuição), a alteração necessariamente passaria também por um conceito qualitativo, e não apenas quantitativo.

Quanto a Claude Bernard, este considerava a medicina como a ciência das doenças, e a fisiologia como ciência da vida. Assim, a doença consistiria no distúrbio de uma função normal do organismo, existindo certa continuidade entre o normal e o patológico, que se diferenciaria ainda pela ideia de *gradação*.

> "Ao contrário de Broussais e Comte, Claude Bernard traz, para sustentar seu princípio geral de patologia, argumentos controláveis, protocolos de experiências, e sobretudo métodos de quantificação dos conceitos fisiológicos. Glicogênese, glicemia, glicosúria, combustão dos alimentos, calor de vasodilatação não são mais conceitos qualitativos; são os resumos de resultados obtidos ao cabo de mensurações. Desde então, quando se acha que a doença é a expressão exagerada ou a expressão diminuída de uma função normal, sabe-se exatamente o que se quer dizer. Ou pelo menos têm-se os meios de sabê-lo." [...] (CANGUILHEM, 2011, p. 39-40.)

Canguilhem, por sua vez, conclui o estudo sobre Claude Bernard problematizando a doença não apenas de um ponto de vista fisiologista, mas do próprio sujeito que expressa subjetivamente o seu sintoma. Dessa forma, o estudo sobre as doenças passa a compreender que o estado patológico não é simples prolongamento ou continuidade, quantitativamente variado, do estado fisiológico, mas é algo completamente diferente. Nesse sentido, a consciência do sujeito, da vida orgânica, não coincide com a ciência desse mesmo organismo, que não necessariamente irá localizar ou precisar a patologia presente no corpo humano. Não se considerou, segundo o autor, o aspecto da doença de ser, para o doente, *uma forma diferente de vida*.

Depois de analisar a concepção de normal e patológico sob a perspectiva de um filósofo, August Comte, e a de um cientista, Claude Bernard, Canguilhem pesquisa a prática de um cirurgião, René Leriche (1879-1955). A partir da perspectiva do doente, e não do médico, Leriche diz que saúde é vida no silêncio dos órgãos. Ao contrário, a doença seria justamente o que perturba o sujeito no "exercício normal de sua vida, aquilo que o faz sofrer" (CANGUILHEM, 2011, p. 53). Na concepção de Leriche, a doença não seria uma alteração quantitativa nos fenômenos fisiológicos, mas sim um estado autenticamente anormal. Seria insustentável dizer que o estado patológico perpassaria simplesmente por uma variação do estado fisiológico. Não se trata, pois, de uma questão puramente quantitativa, como haviam colocado Comte e Bernard. Mais uma vez, como anteriormente dito em relação às ideias de Broussais, apenas se pode falar em termos

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

quantitativos, de mais ou de menos, em relação a uma norma. Assim, *norma*[30] é colocada como uma medida comum, na qual se tira referências para comparação.

Passando para o campo do mental, Canguilhem irá discordar de Minkowski, que considera a alienação mental como uma categoria mais imediatamente vital que a doença, pois esta seria empiricamente mais sofisticada, com maior padronização, de tal forma que o doente poderia ter consciência do seu estado, enquanto o alienado psíquico não o teria. Canguilhem concorda com Leriche no sentido de que o normal biológico só é revelado por infrações à norma, e que a consciência concreta ou científica da vida se dá justamente por meio da doença. Assim, a normatividade se dá pelas infrações à norma, seja no campo biológico ou mental, visto que tudo o que é infringido deve ser chamado à regularidade e à norma.

Canguilhem trará ainda à discussão referências da psiquiatria, como Jaspers, Lagache e Henry Ey, para demonstrar como o campo do mental pode repercutir na problematização sobre a norma. A doença é compreendida como um valor virtual: estar doente seria ser *nocivo*, *indesejável*, *socialmente desvalorizado*. Ao especialista caberia diagnosticar e curar, dado que a cura seria "voltar à norma uma função ou um organismo que dela se tinham afastado. O médico geralmente tira a norma do seu conhecimento de fisiologia, dita ciência do homem normal [...]" (CANGUILHEM, 2011, p. 77). A fisiologia preponderaria como referência, como norma que advém da experiência, da observação. Nesse sentido:

> "Essas constantes são classificadas como normais enquanto designam características médias e mais frequentes de casos praticamente observáveis. Mas são também classificadas como normais porque entram, como ideal, nessa

30. "Ora, no princípio do século XIX irá dar-se uma singular alteração nas relações entre a regra e a norma. Norma já não era um outro nome para regra, antes vai designar ao mesmo tempo um certo tipo de regras, uma maneira de as produzir e, sobretudo, um princípio de valorização. É certo que designa sempre uma medida que serve para apreciar o que é conforme à regra e o que dela se distingue, mas esta já não se encontra ligada à ideia de rectidão; a sua referência já não é o esquadro, mas a média; a norma toma agora o seu valor de jogo das oposições entre o normal e o anormal ou entre o normal e o patológico. [...] O que é a norma, precisamente? A medida, que simultaneamente individualiza, permite individualizar incessantemente e ao mesmo tempo torna comparável. A norma permite abordar os desvios, indefinidamente, cada vez mais discretos, minuciosos, e faz que ao mesmo tempo esses desvios não enclausurem ninguém numa natureza, uma vez que eles, ao individualizarem nunca são mais do que a expressão de uma relação, da relação infinitamente reconduzida de uns com os outros. O que é uma norma? Um princípio de comparação, de comparabilidade, uma medida comum, que se instituiu na pura referência de um grupo a si próprio, a partir do momento em que só se relaciona consigo mesmo, sem exterioridade, sem verticalidade." (*sic*) (EWALD, François, 2000, p. 79-86.)

Uso Exclusivo Do Autor

> atividade normativa que é a terapêutica. As constantes fisiológicas são, portanto, normais no sentido estatístico, que é um sentido descritivo, e no sentido terapêutico, que é um sentido normativo." (CANGUILHEM, 2011, p. 77.)

A normatividade é que irá instituir a norma e, como consequência, fazer ressoar o que pode ser considerado normal ou não. Pode-se falar, então, de uma normatividade biológica, de modo que tanto as normas biológicas sãs quanto as patológicas estão dentro de uma normatividade biológica, ainda que de natureza distinta.

Canguilhem demonstra que nem toda anomalia é patológica. A anomalia é variação individual, e diversidade não é doença. Dessa forma, todos somos em alguma medida anômalos. No entanto, o patológico é o anormal, mas isso só pode ser assim considerado tendo como referência o que escapa ao valor ideal da vida e da saúde. Por essa via argumentativa, não existe o normal ou o patológico como uma entidade ontológica: a normalidade, o que é considerado normal, advém sempre da normatividade.

> "Nenhum fato dito normal, por ter se tornado normal, pode usurpar o prestígio da norma da qual ela é expressão, a partir do momento em que mudarem as condições dentro das quais ele tomou a norma como referência. Não existe fato que seja normal ou patológico em si. A anomalia e a mutação não são, em si mesmas, patológicas. Elas exprimem outras normas de vida possíveis. Se essas normas forem inferiores – quanto à estabilidade, à fecundidade e à variabilidade da vida – às normas específicas anteriores, serão chamadas patológicas. Se, eventualmente, se revelarem equivalentes – no mesmo meio – ou superiores – em outro meio –, serão chamadas normais. Sua normalidade advirá de sua normatividade. O patológico não é ausência de norma biológica, é uma norma diferente, mas comparativamente repelida pela vida." (CANGUILHEM, 2011, p. 96.)

O conceito de norma deve ser investigado na díade normal-anormal. A norma se propõe a unificar o diverso, a limar a diferença, uma vez que o normal é um efeito que emerge da própria execução do projeto normativo.

> "[...] o que caracteriza um objeto ou um fato dito normal, em referência à uma norma externa ou imanente, é poder ser, por sua vez, tomado como ponto de referência em relação a objetos ou fatos ainda à espera de serem classificados como tais. Portanto, o normal é, ao mesmo tempo, a extensão e a exibição da norma. Ele multiplica a norma ao mesmo tempo que a indica. Ele requer, portanto, fora de si, a seu lado e junto a si, tudo o que ainda lhe escapa. Uma norma tira seu sentido, sua função e seu valor do fato de existir, fora dela, algo que não corresponde à exigência que ela obedece.

Uso Exclusivo do IBCCRIM

> O normal não é um conceito estático ou pacífico, e sim um conceito dinâmico e polêmico. [...] "Normar", normalizar, é impor uma exigência a uma existência, a um dado, cuja variedade e disparidade se apresentam, em relação à exigência, como um indeterminado hostil, mais ainda que estranho." (*sic*) (CANGUILHEM, 2011, p. 188-189.)

A norma só se coloca como referência de regulação quando é instituída e colocada como parâmetro em detrimento ou para substituir um estado de coisas insatisfatório, que se quer afastar. Só se institui uma norma enquanto ordem possível pela aversão à norma inversa possível.

> "Em resumo, sob qualquer forma implícita ou explícita que seja, as normas comparam real a valores, exprimem discriminações de qualidades de acordo com a oposição polar de um positivo e de um negativo. Essa polaridade da experiência de normalização, experiência cientificamente antropológica ou cultural – se é verdade que por natureza se deve entender apenas um ideal de normalidade sem normalização –, baseia-se a prioridade normal da infração na relação da norma com seu campo de aplicação.
>
> Uma norma, na experiência antropológica, não pode ser original. A regra só começa a ser regra fazendo regra, e essa função de correção surge da própria infração." (CANGUILHEM, 2011, p. 190.)

O que se quer demonstrar é que a ideia de que o sujeito racional, normal, imputável é capaz de responsabilidade e que o sujeito louco, irracional, inimputável é incapaz faz parte de um esquema normativo. Isso significa dizer que não é porque o louco é diferente no seu modo de vida que ele não seja capaz de responder por seus atos, ainda que de forma diferenciada. A ideia de um sujeito padrão contribui historicamente para a padronização de comportamentos, para a criação de norma e para a noção de desvio. Não diz necessariamente sobre reais capacidades de pessoas concretamente consideradas.

Isto posto, mesmo a sustentação – menos complexa – da "normalidade" em termos estatísticos é passível de forte crítica. Lambert Adolphe Jacques Quételet foi um dos responsáveis pela construção do homem médio. Ele observou que a distribuição das estaturas humanas podia ser representada pela lei de erros estabelecida por Gauss. A distribuição dos resultados de medida aquém e além do valor médio demonstraria a média gaussiana como uma média verdadeira. Considerado um atuário, foi um dos principais responsáveis pela aplicação da teoria da probabilidade na investigação de fenômenos sociais, sobretudo da criminalidade[31].

31. DIETER, Maurício Stegemann, 2012, p. 39.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

> "[Quêtelet] Tornou-se um dos maiores responsáveis pela disseminação do pensamento estatístico em suas origens. Quando começaram a ser publicadas as estatísticas do Judiciário de Paris, ele notou a regularidade com que aconteciam os crimes, a constância da quantidade de criminosos e as proporções de tipos de crimes que se mantinham iguais. Afirma Quetêlet (1835): 'podemos enumerar de antemão quantos indivíduos mancharão a mão de sangue de seus semelhantes, quantos serão falsificadores, quantos serão envenenadores, quase do mesmo modo como podemos enumerar de antemão os nascimentos e mortes que deverão ocorrer' (p. 10). Assim como os corpos celestes eram governados por leis conhecidas, Quêtelet considerava que era preciso buscar conhecer as leis que operavam sobre as condutas humanas. A partir da leitura das estatísticas publicadas, concluiu que era possível extrair dos números as leis sociais." (*sic*) (GOMES, 2015, p. 38-39.)

Cesare Beccaria já apontava para a importância da estatística na construção da ciência social ou humana, tendo se dedicado aos estudos de economia e de organização da administração. Gabriel Ignácio Anitua aponta as séries de conferências proferidas por Beccaria em 1771, que incluíam tabelas estatísticas e comparações sobre nascimentos, matrimônios, educação e expectativa de vida. Contudo, foi com Adolphe Quételet que se articulou probabilidade e criminalidade:

> "Desde então, seria dada atenção especial ao estado das 'classes inferiores', mediante o uso particular do campo do conhecimento estatístico. Porém, a partir de Quetelet buscou-se utilizar o cálculo de probabilidades como um novo modo de organizar as sociedades decididamente capitalistas. O belga Adolphe Quetelet (1796-1874) era um estudioso de matemática, poeta e pintor, que se dedicou [...] aos cálculos atuariais para as companhias de seguro. Para tal, associava os cálculos e a previsão dos movimentos dos astros à dos diferentes movimentos da vida social. Posteriormente, colocou esses conhecimentos a serviço da ordem burguesa, como resultado da suposta demonstração de que a distribuição de determinados acontecimentos que afetavam essas companhias de seguros, como o delito, podia ser medida matematicamente.
>
> *Quetelet foi o primeiro a chamar a atenção para a regularidade de certos comportamentos delinquenciais e para a possibilidade, por intermédio do tratamento estatístico, de prever comportamentos futuros.* Ele elaboraria assim 'leis' distintas (por exemplo, a lei térmica da criminalidade, que verifica a reação de acordo com as estatísticas francesas entre as altas temperaturas e os delitos contra as pessoas, pois havia mais delitos deste tipo no sul e durante o verão, e as baixas temperaturas e os delitos contra a propriedade, por sua preeminência no norte e durante o inverno), mas não morais, a existência de delitos." (*sic*) (ANITUA, 2008, p. 282-283 – grifos nossos.)

Uso exclusivo RBCCrim

Quételet demonstrou que por meio das leis físicas poderia se medir o comportamento do que nomeou "homem médio". As singularidades do sujeito deixam de ter relevância diante da possibilidade que se abria de prognóstico de comportamentos e regularidades da sociedade. O crime seria uma constância em qualquer sociedade, ideia esta sustentada mais tarde por Émile Durkheim[32]. Os estudos e as tabelas de criminalidade de Quételet buscavam demonstrar a possibilidade de se tirar leis gerais e apontavam, ainda, para a suposta possibilidade de que as ciências sociais pudessem se assemelhar metodologicamente às ciências da natureza.

> "Ao pormenorizar a maneira pela qual os dados relativos a fatos sociais se desviavam da média conforme a *Lei dos Grandes Números*, QUETELET foi o grande responsável por apresentar o aparente *continuum* das atividades humanas, que vistas de modo mais amplo reproduziam a *curva em forma de sino* da *distribuição normal*, tanto no que se refere a ações premeditadas quanto espontâneas. A confiabilidade dos padrões de *aleatoriedade* em relação a certas atividades sociais permitia, assim, descobrir delitos, fraudes, ou manipulações quando esta *regularidade* não se reproduzia, aumentando-se o poder de controle." (DIETER, 2012, p. 40-41 – grifos do autor.)

André-Michel Guerry de Champneuf (1802-1866), com seu *Ensaio sobre a estatística moral da França*, de 1833, reforçou o novo panorama estatístico que fundava a noção de homem médio e de prognóstico de comportamentos, sobretudo dos criminosos.

> "Este médico, advogado e diretor de assuntos criminais no Ministério da Justiça de seu país utilizou as primeiras estatísticas criminais realizadas e publicadas em Paris, em 1827, para refletir sobre a frequência de suicídios e delitos contra a propriedade. Os cruzamentos de dados que realizou no Departamento de Estatística são os primeiros que relacionam pobreza e riqueza, pois as mediam de acordo com os impostos, e em certas regiões, com determinados delitos, como os que atentavam contra a propriedade.
>
> Para Guerry, a pobreza não era causa dos delitos, mas sim a existência de muitos bens possibilitava uma maior oportunidade de serem roubados [...]. Guerry opôs igualmente dados a quem afirmava que a falta de educação estava associada ao delito. [...] Para finalizar, esse autor acredita – e daí provém o genérico das "estatísticas morais" – que as ações humanas, morais e intelectuais estão submetidas a leis naturais, mediante as quais podem ser explicadas

32. BARATTA, Alessandro, 2011.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

> e previstas. Nessa perspectiva, as ciências sociais ou do homem também podem ser tratadas da mesma maneira que as ciências naturais ou físicas. Isso seria particularmente importante para o estudo de delitos, como insistiria o estatístico especializado em crimes E. Ducpétiaux (1804-1868)." (ANITUA, 2008, p. 285.)

Toda essa construção estatística de prognóstico, formulação de um homem médio, avaliação de risco e controle em relação a práticas de crimes – que abrirá portas para o surgimento da criminologia positivista – teve como referência a chamada curva de Gauss. Quételet a utilizou, transpondo-a para os fenômenos sociais:

> "Quételet aplicou a curva de distribuição normal, também conhecida como regularidades sociais. Essa curva foi desenvolvida nos campos da astronomia, fotometria e geodésia e corresponde a um modelo que possibilita descrever como os fenômenos aleatórios se comportam. O primeiro a estabelecer um caminho para se chegar a essa curva foi De Moivre em 1708. Segundo esse autor, se jogarmos uma moeda para o alto um número *n* de vezes, e se anotarmos a proporção *k* de ocasiões em que a moeda caiu do lado cara, após várias repetições podemos ter um gráfico onde aparecerá 0 cara, 1 cara, 2 caras, *n* caras. A curva terá um traçado que se aproxima da probabilidade de se obter cara. Se *n* cresce continuamente, trata-se de uma distribuição normal.
>
> Em 1809, o matemático Carl Friedrich Gauss publicou a equação da distribuição de erros que seria utilizada nas observações astronômicas, estabelecendo um segundo caminho para chegar à curva normal. Ele partiu do princípio de que na observação, que se repete várias vezes com a mesma precisão e sob as mesmas circunstâncias, de uma quantidade desconhecida, essa quantidade tem como valor mais provável a média das quantidades observadas. Quando aplicada a uma situação, a distribuição de erros segue a mesma curva, que se define por dois tipos de quantidades, o termo médio e as dispersões. A média se torna confiável quando todas as medidas, incluindo as dispersões, ficam próximas do termo médio e essa seria o padrão de desvio *standard*." (GOMES, 2015, p. 136-137.)

A questão que se coloca com o arcabouço teórico em matéria penal derivado desses saberes estatísticos é que a construção da ideia de homem médio, de prognósticos de risco, de norma – ou seja, a destituição de toda singularidade do sujeito – retira do eventual louco infrator (e, nos idos do positivismo criminológico, do "criminoso comum") a possibilidade de responsabilidade. Assim como padrões de comportamentos são estabelecidos, formas de prevenção e respostas universais também são estipuladas, de forma generalista. No caso do portador de

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

sofrimento mental, a medida de segurança descola o ilícito penal que motivou a entrada do sujeito no sistema penal do motivo que enseja a sua manutenção nesse mesmo sistema.

O louco é estigmatizado sobretudo no sentido de ser anormal e doente mental, condição esta que o impediria de dizer jurídica e socialmente sobre o seu ato. Assim, a sua condição seria incapacitante, sendo o caso de um sujeito que foge tanto à suposta média, que lhe é retirada toda a possibilidade de se posicionar sobre o seu ilícito penal. Tratar-se-ia de uma completa inaptidão social, que geraria uma consequente subcidadania drástica.

> "Definir a anormalidade a partir da inadaptação social é aceitar mais ou menos a ideia de que o indivíduo deve aderir à maneira de ser de determinada sociedade, e, portanto, adaptar-se a ela como a uma realidade que seria, ao mesmo tempo um bem. Em virtude das conclusões do nosso primeiro capítulo, parece-nos lícito poder rejeitar esse tipo de definição sem ser tachado de anarquismo. Se as sociedades são conjuntos mal unificados de meios, podemos negar-lhes o direito de definir a normalidade pela atitude de subordinação que elas valorizam em nome da adaptação." (CANGUILHEM, 2011, p. 230-231.)

No ordenamento jurídico brasileiro, o louco é considerado como incapaz de responsabilidade. O instituto da medida de segurança, lastreado pelo suposto "fim curativo" escamoteia o caráter punitivo da medida e silencia o sujeito, que não pode se defender da sanção penal nem dizer do porquê do seu comportamento seja em sede de interrogatório, seja em outras instâncias jurídicas. Como bem demonstra Barros-Brisset[33], quando um crime "demasiadamente humano" acontece[34], o ideal de homem normal é evocado, bem como todos os seus pressupostos científicos. Na esfera do Direito Penal, o ato de loucura anula o autor, condenando-o ao silêncio sobre o seu ato, ao se retirar a capacidade jurídica do sujeito de se manifestar, com eficácia e validade jurídica, sobre o que fez ou deixou de fazer. O sujeito é completamente apagado e o seu diagnóstico, bem como a sua suposta *periculosidade*, orientam sua manutenção no sistema penal.

33. BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni, 2013, p. 23-38.

34. Além de ter auxiliado na afirmação da psiquiatria como campo autônomo na medicina, a ideia do crime louco, como a monomania homicida, deu azo à formulação, presente até os dias de hoje, do parentesco entre loucura, periculosidade e crime. Possibilitou, ainda, a concepção de que "*o estado de loucura é incompatível com a responsabilidade, e que ele exclui suas consequências.*" (FOUCAULT, Michel, 2010, p. 11.) Essa é a lógica presente atualmente na categoria de inimputabilidade.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

A psicanalista Fernanda Otoni de Barros-Brisset, doutra mão, busca demonstrar como a responsabilidade é importante para o sujeito e como que, ao infringir uma lei, faz-se necessário que essa mesma lei, referência simbólica e social, se coloque diante do sujeito:

> "A lei é a borda, resposta simbólica e social que indica o limite para nossos atos em uma comunidade, numa determinada época. A lei é uma referência, inclusive para situações em que o sofrimento intenso embaraça a fronteira que demarca as condições de sociabilidade, dos acordos de convivência reguladores da sua humanidade. Apresentar-se como responsável é reconhecer a lei e consentir com as consequências estabelecidas pela sociedade quando seu ato for fora da lei." (BARROS-BRISSET, 2013, p. 24.)

Nesse sentido, seguindo as questões colocadas por Barros-Brisset, por que o ato do louco é considerado mais anormal, mais fora da norma, que o ato de outros sujeitos que não recebem essa insígnia? Por que ele não pode responder perante o direito como todos os outros cidadãos infratores maiores de 18 anos? O caso de Custódio Serrão, já discutido neste artigo, aponta como a possibilidade de se responsabilizar pelo seu ato é uma condição humanizante e reivindicada pelo próprio sujeito que comete um ilícito. Ao fim e ao cabo, trata-se de uma prerrogativa básica de qualquer cidadão.

O caso do filósofo francês Louis Althusser é outra história paradigmática que insinua a necessidade de dar voz ao sujeito que transgrediu uma norma social. Em 1980, ele matou sua esposa, mas não foi levado a julgamento por ter sido considerado louco. Por ocasião do silêncio a que fora submetido, escreveu a autobiografia *O futuro dura muito tempo*, em 1985. Nas palavras do autor:

> "Ésta es la razón por la que, puesto que hasta el momento cualquiera há podido hablar en mi lugar, ya que el procedimento jurídico me há prohibido toda explicación pública, he decidio explicarme publicamente.
>
> En principio lo hago para mis amigos y, si es posible, para mí: para levantar esta pesada losa sepulcral que reposa sobre mí. Sí, para liberarme solo, por mis proprios medios, sin el consejo o la consulta a quienquiera. Sí, para liberarme de la condición en que la gravidad extrema de mi estado me había situado (mis médicos creyeron en dos ocasiones que, fisicamente, me moría), de mi crimen y también y en especial, de los efectos equívocos del mandamento de no há lugar del que me he beneficiado, sin poder ni de hecho ni de derecho oponerme a su procedimento. Porque es bajo la losa sepulcral del no hay lugar, del silencio y de la muerte pública bajo la que me he visto obligado a sobrevivir e a aprender a vivir.

Uso Exclusivo RBCCrim

> Éstos son los efectos nefastos del no lugar y he aqui por qué he decidido explicarme publicamente sobre el drama que he vivido. No pretendo nada más que levantar la losa sepulcral bajo la que el procedimento de no lugar me enterro a perpetuidade para dar a todo el mundo las informaciones de que dispongo." (ALTHUSSER, 1992. p. 43.)

Assim, desde o século XIX, a loucura desculpa o crime, no sentido de que o louco não é capaz de entender e de dizer sobre o seu ato, sendo incapaz de responsabilidade. No entanto, em que pese não seja capaz de responsabilidade perante o ordenamento jurídico, o louco continua suportando as consequências dos seus atos, porém, as suporta de uma forma ainda pior que uma pena, vez que sem as garantias penais e processuais penais dela advindas. A responsabilidade deveria ser compreendida não apenas como um dever, mas também como um *direito*. Como Althusser, os que não podem responder por seus atos irão construir arranjos para dar conta das consequências de suas ações[35].

A experiência do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental (PAI-PJ), vinculado ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, demonstra o quão importante é escutar o sujeito para a orientação do tratamento: "considerar as respostas do sujeito como guia de sua posição subjetiva e tomá-las como orientação em seu acompanhamento é uma direção para o tratamento" (BARROS-BRISSET, 2013, p. 31). Destarte, compreende-se que reconhecer as repercussões penais dos atos dos portadores de sofrimento mental, mas ao mesmo tempo colocá-los em um regime de exceção que os mantém no sistema penal com o inverificável escopo de cumprimento de "fins curativos" e orientado pela periculosidade, é, a nosso ver, insustentável, quer jurídica, quer politicamente. *Uma* das perspectivas possíveis seria, então, pleitear a responsabilidade para todos.

> "Enquanto a voz do 'cidadão-louco-responsável por um crime' não estiver presente nas salas de audiência dos tribunais, enquanto não for reconhecido seu direito de 'ser julgado' e, eventualmente, até 'condenado', enquanto a linguagem do poder não tiver que se confrontar com a linguagem dos diferentes, dos loucos, compreendendo que os cânones da normalidade não são absolutos, mas sim relativos e contextuais, enquanto isso não acontecer, a linguagem dos expertos será um balbucio presunçoso e contraditório e ainda teremos de prever tanto sofrimento e tantas dores incidentes." (VENTURINI *et al.*, 2012, p. 318.)

35. "Este libro es la respuesta a la que, en otras circunstancias, habría estado obligado. Y cuanto pido, es que se me conceda; que se me conceda ahora lo que entonces habría sido una obligación." (ALTHUSSER, Louis, 1992, p. 25.)

USO EXCLUSIVO DO LEGCRIM

Uso Exclusivo Do RBCCRIM

De fato, é impossível falar em responsabilidade se o sujeito é completamente desvinculado do ato que ensejou sua entrada e manutenção no sistema penal. Passa-se, então, à breve análise do cumprimento das medidas de segurança no Brasil. Tal situação se mostra insustentável, tanto jurídica quanto politicamente. Algumas proposições a fim de enfrentar essa querela serão ventiladas mais à frente. Por ora, é ainda importante se verificar como se dá *in concreto* a implementação da medida de segurança em nosso país.

5. O cumprimento da medida de segurança no Brasil

A medida de segurança, entre vários outros pontos nevrálgicos, tem um problema fulcral: a falta de dosimetria. Na jurisprudência, tem-se construído o parâmetro de que o máximo de duração da medida seria aquele cominado em abstrato pelo tipo penal. A Súmula 527 do Superior Tribunal de Justiça, editada em 2015, veio fixar esse entendimento: "O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado."

Antes da edição da supramencionada súmula, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 84.129, de relatoria do ministro Marco Aurélio, julgado em 2005, com julgamentos posteriores no mesmo sentido[36], entendeu que o máximo do cumprimento da medida de segurança seria 30 anos, por analogia ao disposto no art. 75 do Código Penal.

Contudo, originalmente, antes das supracitadas construções jurisprudenciais, pelo que ainda preceitua a letra do Código Penal, o sujeito poderia ficar submetido à medida de segurança por tempo indeterminado, gerando longas internações e vidas institucionalizadas e incapacitadas para o convívio social pleno. Esse entendimento era lastreado pelo disposto no art. 97, § 1º, do Código Penal, "A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade [...]".

Mesmo com a edição da Súmula 527 do Superior Tribunal de Justiça, que oferece o cenário menos drástico, há que se ressaltar que essas referências jurisprudenciais estão longe de uma proposição que de fato individualize a medida, pois não geram a devida segurança jurídica e, nos casos concretos, ainda se verificam situações em que os entendimentos dos Tribunais podem gerar distorções

36. *Habeas Corpus* 98.621, com relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, *DJe* de 23.10.2009 e *Habeas Corpus* 97.621, com relatoria do ministro Cezar Peluso, *DJe* de 26.06.2009.

graves: por exemplo, caso o sujeito cometa uma tentativa de determinado crime, não teria como se permitir cumprir o máximo cominado em abstrato, pois há uma causa de diminuição (qual seja, a tentativa). Dessa maneira, não há parâmetro sólido para a análise do caso concreto em que se possam incidir eventuais atenuantes e minorantes ou causa de aumentos ou de diminuição. Ademais, com a permanência do referencial da cessação da periculosidade para liberação da medida, não há como falar em prescrição, em livramento condicional, *sursis* da pena, suspensão condicional do processo, entre outros direitos penais e processuais penais – uma vez que o *telos* "curativo-policial" prevaleceria.

A falta de individualização da medida acarreta diversas consequências, entre elas a possibilidade de o infrator ficar muito mais tempo submetido à tutela penal do que caso fosse considerado plenamente imputável (e com a devida condenação fixada com dosimetria de pena).

Outro problema desse tratamento exceptivo do chamado "inimputável" é a manutenção do referencial do exame de cessação da periculosidade, autorizativo (ou não) da liberdade do dito louco infrator. Como bem coloca Romina Gomes, a avaliação é um instrumento que se generalizou na contemporaneidade e que opera no registro da garantia, com o escopo de supostamente resguardar a sociedade.

> "E qual seria essa solução? Medicação para todos os psicóticos ou medidas de contenção física aos que se recusam a usá-la. A contenção física pode ser também o modo de controle destinado aos usuários de drogas e aos considerados psicopatas. *Os laudos de cessação de periculosidade demonstram que a avaliação funciona como um aparelho de normatização que, ao classificar os indivíduos em categorias diagnósticas, direciona-os a diferentes mecanismos de controle*. Desse modo, pode-se ofertar a garantia do controle da periculosidade." (GOMES, 2015, p. 152 – grifos nossos.)

No entanto, o exame de cessação da periculosidade, pelo que estabelece o art. 97, § 1º, do Código Penal, deveria ocorrer no tempo mínimo, que seria de um a três anos. O art. 179 da Lei de Execuções Penais, porém, revogou o referido dispositivo no que concerne ao tempo mínimo da medida, pois determinou que em qualquer tempo, mesmo que no decorrer do prazo mínimo estipulado, o Ministério Público ou o interessado poderá requerer ao juízo da execução a realização do exame de cessação da periculosidade.

No que concerne à execução da medida de segurança no Brasil e os dados empíricos a esse respeito, poucos são os trabalhos disponíveis, sendo a pesquisadora Débora Diniz uma referência nesse campo. No ano de 2015, o Conselho Federal de Psicologia, em parceria com a Ordem dos Advogados do Brasil e com

Uso exclusivo do IBCCRIM

a Associação Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde, divulgou um relatório, "Inspeção aos manicômios", reportando a situação dos manicômios judiciários no país. As inspeções foram realizadas por 18 Conselhos Regionais de Psicologia: 17 estados e o Distrito Federal. Pontua-se que em pese possuir três manicômios judiciais, Minas Gerais não participou da pesquisa, vez que o Conselho Regional de Psicologia desse Estado não fez as inspeções programadas e nem apresentou qualquer justificativa. Vários problemas foram apontados, e alguns programas exitosos no tema, como o PAI-PJ e o PAILI, foram identificados[37].

Como bem preceitua Thayara Castelo Branco[38], os dados sobre o cumprimento de medida de segurança no Brasil são parcos e há, inclusive, desencontro de dados oficiais. Portanto, a situação do louco infrator é gravosa: estigmatização, preconceito, subcidadania (privação de direitos e garantias franqueados a todos os demais cidadãos), abandono e descaso. Por onde quer que se olhe, a violência estatal e as irracionais discriminações impedem o tratamento a contento da questão do portador de sofrimento mental e de sua devida responsabilização. No entanto, há elementos para balizar uma reformulação deste âmbito de tratamento da questão do "crime louco". Trata-se de um campo aberto na dogmática penal e na política criminal brasileira.

6. Considerações finais

Enfim, tudo dito e discutido, temos como conclusão do exposto neste trabalho que: a) o conceito de periculosidade deveria ser extirpado do ordenamento jurídico-penal, bem como a medida de segurança lastreada por ele; b) o portador de sofrimento mental não necessariamente é incapaz de dizer e responder sobre os seus atos e, quando o for dever-se-ia, mesmo assim, ser reconhecido a ele este direito como o é a todos os cidadãos sob a égide do direito penal; c) a natureza jurídica da medida de segurança é de medida de polícia administrativa; e d) a sanção do portador de sofrimento mental deveria se orientar pela culpabilidade (ainda que diferenciada), ou seja, aplicação de uma pena.

Referências bibliográficas

ALTHUSSER, Louis. *El Porvenir es Largo* – Los hechos. Barcelona: Ediciones Destino, 1992.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

37. Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental (PAI-PJ), de Minas Gerais, e Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI), de Goiás.

38. BRANCO, Thayara Castelo Branco, 2016, p. 171-172.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal* – Introdução à Sociologia do Direito Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni. Assassinato d'alma: impasses sobre a responsabilidade na leitura de "O crime louco". *Revista Responsabilidades*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 23-38, 2013.

BRANCO, Thayara Castelo. *A (des)legitimação das medidas de segurança no Brasil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CANGUILHEM, Georges. *O normal e o patológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura*: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século. Rio de Janeiro: EdUERJ; São Paulo: EdUSP, 1998.

CARVALHO, Salo. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Inspeções aos manicômios*. Relatório Brasil 2015. Brasília: CFP, 2015.

COSTA, Jurandir Freire. *Violência e Psicanálise*. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*: atualização Junho 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017.

DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial*: a Criminologia do fim da história. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

DINIZ, Débora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil* – censo 2011. Brasília: UNB, 2013.

EWALD, François. *Foucault* – A Norma e o Direito. 2. ed. Lisboa: Vega, 2000.

FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2005.

FOUCAULT, Michel. Ética, Sexualidade, Política. Ditos e Escritos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. V.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOMES, Romina Moreira de Magalhães. *A avaliação pericial do louco infrator: dos desvios da norma à responsabilidade pelo imprevisível*. Tese (Doutorado em Psicologia) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

GRISPIGNI, Filippo. *Derecho Penal Italiano*. Buenos Aires: Depalma, 1948.v. I.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Allemão*. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1889. t. I.

MARTINS JR., Fernando Nogueira. *Os bons executores da lei*: a polícia soberana como dispositivo central do estado de exceção brasileiro. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito e Ciências do Estado, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

MENEZES, Tobias Barreto de. *Menores e Loucos*. Obras completas V – Direito. Edição do Estado de Sergipe, 1926.

NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba. *Medidas de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 1937.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil* – evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (SAL). Medidas de Segurança Loucura e direito penal: uma análise crítica das Medidas de Segurança. *Série Pensando o Direito*, Brasília, n. 35, 2011.

VENTURINI, Ernesto; CASAGRANDE, Domenico; TORESINI, Lorenzo. *O Crime Louco*. Brasília: CFP, 2012.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- (In)eficácia da alegação de insanidade mental na defesa de mulheres infratoras com problemas mentais, de Isabel Bezerra de Lima Franca e Maria Gabriela da Silva Martins da Cunha Marinho – *RBCCrim* 164/233-268 (DTR\2019\42741);
- A escuta de adolescentes com sofrimento mental e em conflito com a lei no contexto da saúde mental: prevenção às medidas de segurança?, de Dayana Coelho Souza e Filomena Elaine Paiva Assolini – *RBCCrim* 144/501-518 (DTR\2018\14333);
- Autonomia civil das pessoas com transtorno mental, de Michel Canuto de Sena, Fernando Moreira Freitas da Silva, Giuliano Máximo Martins e Paulo Roberto Haidamus de Oliveira Bastos – *RDM* 4 (DTR\2019\42455); e
- Reforma psiquiátrica e justiça criminal no Distrito Federal: uma análise exploratória das quesitações em incidentes de insanidade mental, de Bruno Amaral Machado e Fernando Luiz de Lacerda Messere – *RBCCrim* 163/395-419 (DTR\2019\42618).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Efeitos penais dos acordos de supervisão no âmbito dos procedimentos administrativos sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários

Criminal effects of the supervision agreements in the administrative procedures of the Brazilian Securities and Exchange Commission

Thiago Bottino

Pós-Doutor pela Columbia Law School (Nova York, NY, EUA – 2018). Doutor em Direito pela PUC–Rio (Rio de Janeiro, RJ, Brasil – 2014). Mestre em Ciências Jurídicas pela PUC–Rio (Rio de Janeiro, RJ, Brasil – 2012). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil – 1999). Professor da FGV Direito Rio (Rio de Janeiro, RJ, Brasil) e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil). Membro efetivo da Comissão Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3134056986747443].
ORCID: 0000-0003-0557-5412
thiagobottino@terra.com.br; thiago.bottino@fgv.br

Maria Helena de Carvalho Nogueira de Paula

Mestranda em Direito da Regulação (FGV – Direito, Rio). Graduada em Direito pela UERJ (Rio de Janeiro, RJ, Brasil –1985). Procuradora Regional da República.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/0138647923582521].
ORCID: 0000-0003-4220-5517
mhcnp1962@gmail.com

Recebido em: 23.12.2019
Aprovado em: 13.03.2020
Última versão dos autores: 18.05.2020

Áreas do Direito: Penal; Processual; Administrativo

Resumo: Os acordos de leniência já estavam previstos na Lei de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção. Recentemente, embora sob a denominação de "acordo de supervisão", a leniência também passou a ser admitida no

Abstract: This article aims to discuss, regarding the crimes of insider trading and market manipulation, two questions related to the new supervision agreements introduced by Law 13,506/2017 in the Securities Commission's

Bottino, Thiago; Paula, Maria Helena de Carvalho Nogueira de. Efeitos penais dos acordos de supervisão no âmbito dos procedimentos administrativos sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 172. ano 28. p. 207-237. São Paulo: Ed. RT, out. 2020.

âmbito dos procedimentos administrativos sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários e do Banco Central. Dentre as críticas lançadas às disposições da Lei 13.506/2017 está a questão da pouca atratividade desses acordos, na medida em que exigem a confissão dos fatos, mas não implicam em efeitos na esfera penal. O presente artigo pretende analisar, em relação aos crimes de *insider trading* e manipulação de mercado, duas questões envolvendo esses novos acordos de supervisão: (i) em que medida se assemelham aos acordos previstos nas demais leis que tratam da leniência e (ii) como podem produzir efeitos também na esfera penal, tanto em benefício das partes nele envolvidas como para o incremento da consensualidade no âmbito da regulação do mercado de capitais.

Palavras-chave: Regulação – CVM – Manipulação de mercado – Uso de informação privilegiada – Acordo de supervisão – Efeitos penais.

sanctioning proceeding: (i) to what extent they resemble the leniency agreements that already exist in our legislation; and (ii) how they can also produce effects in the criminal law, not only on the parties' benefits, but also to increase consensus in the capital market's regulation.

Keywords: Regulation – SEC – Market manipulation – Insider trading – Supervision agreement – Criminal effects.

Sumário: Introdução. 1. A consensualidade e o processo administrativo sancionador. 1.1. Rito geral do processo sancionador da Comissão de Valores Mobiliários. 1.2. Acordos de supervisão. 1.3. O uso de informação privilegiada e a manipulação de mercado. 2. Da leniência. 2.1. A leniência na Lei de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção. 2.2. A independência das instâncias e o *ne bis in idem*. 2.3. A atuação do Ministério Público no acordo de supervisão como condição para a extinção da punibilidade. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

A Administração Pública sempre dispôs de prerrogativas próprias, dentre as quais a sancionadora, compreendida como o poder de punir os administrados em decorrência da prática de infrações contrárias ao ordenamento jurídico. A reconfiguração do Estado a partir da Constituição de 1988 e, em especial, na década de 1990, aproximando-o à feição de um Estado Regulador, modificou, contudo, a organização, estruturação e o exercício de suas prerrogativas típicas. O exercício – por agências reguladoras – de atividades no campo normativo, fiscalizador e sancionador impôs a busca por mecanismos consensuais distintos da sanção decorrente de uma anterior atuação imperativa e verticalizada da Administração.

Se, por um lado, a utilização de instrumentos consensuais parece conduzir a Administração a uma atuação mais ágil e eficiente no campo sancionador, por

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

outro, as possíveis repercussões das infrações em múltiplas esferas vêm suscitando algumas discussões. É que, não raro, condutas passíveis de punição administrativa também encontram tipificação na esfera penal, o que acaba por gerar a simultânea e, às vezes antagônica, atuação de agentes públicos, além da sobreposição de sanções delas decorrentes.

É o que ocorre, por exemplo, no campo da regulação do sistema financeiro e do mercado de capitais, onde certas condutas podem caracterizar tanto uma infração administrativa, como os crimes, para citar os mais graves, tipificados nos artigos 27-C e 27-D da Lei 6.385/1976. Em geral, a apuração dos ilícitos administrativos decorrentes das referidas condutas se dá através de investigações internas e de processos administrativos sancionadores, que se submetem à disciplina geral da Lei 6.385/1976 e aos atos normativos expedidos pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Quando, no curso de sua atuação, se deparar com indícios da prática de crimes, a CVM deve comunicar os fatos ao Ministério Público para a adoção das medidas cabíveis, inclusive a eventual propositura da ação penal.[1]

Em 2017, de forma a sistematizar e melhor estruturar a disciplina legal dos processos administrativos sancionadores da CVM e do Banco Central (BACEN), foi promulgada a Lei 13.506/2017. Além de significativas alterações quanto ao rito desses processos e o incremento dos valores das multas previstas para as infrações contra o sistema financeiro e o mercado de capitais, referida Lei introduziu, ao lado dos já existentes Termos de Compromisso, uma nova modalidade consensual – os acordos administrativos em processos de supervisão (acordos de supervisão). A inovação legislativa não resolveu, contudo, a questão relativa a pouca atratividade destes acordos que, à semelhança da leniência prevista na Lei Anticorrupção, também não produzem efeitos penais.

De modo a fomentar a discussão em torno desta questão e propor um caminho para que estes acordos possam se tornar mais atrativos, o presente artigo pretende analisar: (i) em que medida os acordos de supervisão se assemelham aos acordos de leniência já previstos em outros instrumentos normativos e, (ii) como podem produzir efeitos também na esfera penal, tanto em benefício das partes neles envolvidas, como para o incremento da consensualidade no âmbito da regulação do mercado de capitais.

1. Lei 6.385/76, "Art. 12. Quando o inquérito, instaurado de acordo com o § 2º do art. 9º, concluir pela ocorrência de crime de ação pública, a Comissão de Valores Mobiliários oficiará ao Ministério Público, para a propositura da ação penal."

Bottino, Thiago; Paula, Maria Helena de Carvalho Nogueira de. Efeitos penais dos acordos de supervisão no âmbito dos procedimentos administrativos sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 172. ano 28. p. 207-237. São Paulo: Ed. RT, out. 2020.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Para tanto, o trabalho está dividido em duas partes. A primeira fixa os marcos teóricos e legais da consensualidade e do rito geral dos processos administrativos sancionadores da CVM, em especial após a regulamentação da Lei 13.506/2017, pela Instrução CVM 607, de 17 de junho de 2019.

Considerados os objetivos do artigo, em especial, os efeitos penais produzidos por instrumentos consensuais firmados em sede administrativa, são delineados aspectos relativos às condutas previstas nos artigos 27-C – *insider trading* e 27-D – manipulação de mercado da Lei 6.385/1976, que repercutem tanto na esfera administrativa, como na penal. A segunda parte volta-se às características dos acordos de leniência previstos na Lei 12.529/2011 – Lei de Defesa da Concorrência (LDC) e na Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção (LAC), apontando as principais semelhanças e diferenças de tais mecanismos de solução consensual com os acordos de supervisão introduzidos pela Lei 13.506/2017. Ao final, e levando, ainda, em consideração as discussões em torno da independência das instâncias, e consideradas as prerrogativas inerentes ao Ministério Público como titular da ação penal, objetiva-se examinar como, não obstante a expressa vedação da Lei 13.506/2017, referidos acordos podem e, em quais condições, produzir efeitos também na esfera penal. A hipótese é de que, não obstante a ressalva legal, e não havendo qualquer sinalização na direção de qualquer mudança legislativa, os acordos de supervisão só poderão produzir efeitos na esfera penal se houver a participação do titular exclusivo da ação penal na negociação das cláusulas e termos do acordo em coordenação com a CVM. Essa coordenação pode ser implementada por meio de instrumentos como o Termo de Cooperação Técnica ou Resolução Conjunta, firmados entre as instituições. Referidos instrumentos asseguram a preservação do interesse público e a possibilidade de extensão dos efeitos do acordo firmado à esfera administrativa quando as situações assim o justificarem.

1. A consensualidade e o processo administrativo sancionador

Conforme adiantado, quando da prática de alguma infração pelos administrados, a Administração Pública, no regular exercício de seu poder de polícia, impunha sanções voltadas a coibir a prática de novas condutas e reparar os danos causados. Os desafios da sociedade contemporânea, especialmente no campo da criminalidade macroeconômica, foram tornando, contudo, cada vez mais difícil que essa atuação imperativa e verticalizada conferisse respostas suficientes aos problemas que dela derivam. Neste contexto, emergem a consensualidade e os acordos dentro de uma nova visão do Estado, não mais apenas como aquele agente repressor dos ilícitos através do uso de seu poder punitivo, que passa a

Uso exclusivo do IBCCRIM

ser flexibilizado para a adoção de novos instrumentos, desde que atendido o interesse público.[2]

A possibilidade de adoção de soluções consensuais pela Administração Pública, entretanto, nem sempre foi incontroversa, especialmente no âmbito dos processos sancionadores. Referida resistência assentava-se não só na estrutura do Direito Administrativo pátrio, fortemente vinculado ao princípio da legalidade, mas nos princípios que disciplinam a atuação administrativa em geral, entre eles, o da supremacia e o da indisponibilidade do interesse público.[3]

Contudo, a partir da década de 1990 esse movimento foi se intensificando e a consensualidade passou a ser encarada como um meio possível na busca da celeridade e eficácia das decisões estatais.[4] Mais recentemente, a Lei 13.655/2018, alterando a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, estabeleceu

2. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 26: "A complexidade do atual direito administrativo coloca em xeque respostas binárias do tipo "proibido/permitido" a algumas situações concretas, como nos casos de conflito entre a Administração Pública e administrado, as quais poderiam ser mais bem conformadas com acordos que valorizem decisões mais consentâneas às especificidades do caso e, assim, mais eficientes. Ademais, a configuração do Estado Democrático enseja a participação do administrado no desenvolvimento das atividades administrativas – fator que propicia a ascensão da consensualidade".
3. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 167/188. Após tecer uma análise crítica dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, a autora conclui que a forma mais adequada de se trabalhar com a consensualidade é através da legalidade, não sendo os princípios em questão, óbices jurídicos à atuação administrativa consensual, não só porque não encontram amparo normativo, como pelo caráter instrumental das prerrogativas públicas, que implicam reconhecer discricionariedade à Administração para satisfazer determinada finalidade pública, seja optando, no caso do processo sancionador, pela imposição de uma determinada sanção, legalmente prevista, seja, pela solução consensual do processo sancionador.
4. Destacam-se os seguintes marcos legais relativos a medidas com traços de consensualidade: Lei 8.072/90 (estabeleceu a delação premiada para crimes hediondos); Leis 8.952/94, 8.953/94 e 9.245/95 (tratam da conciliação e arbitragem); Lei 9.099/95 (prevendo conciliação para causas cíveis de menor complexidade, transação penal para infrações penais de menor potencial ofensivo e a suspensão condicional do processo); Lei 9.469/97 (previu a possibilidade da AGU desistir, transigir, acordar e firmar compromissos nas ações de interesse da União); EC 22/99 e Lei 10.259/2001 (ampliando os institutos da Lei 9.099/95 para a esfera federal); Lei 12.846/2013 (acordo de leniência nas infrações administrativas ali previstas) e Lei 12.850/2013 (criando a colaboração premiada nos crimes praticados por organização criminosa).

USO EXCLUSIVO DO BOTTINO

no artigo 26 a possibilidade de celebração de acordos pela Administração Pública,[5] o que parece indicar uma tendência irreversível à sua escolha, como medida mais consentânea à busca da eficiência na atuação administrativa.

Dentre os instrumentos consensuais de que dispõe no âmbito de sua atuação sancionadora, a Administração pode se valer de acordos integrativos e substitutivos. Os acordos integrativos, precedendo o ato administrativo final, podem condicioná-lo, complementá-lo ou adequá-lo, sem, contudo, substituir a competência unilateral da Administração. Os acordos substitutivos, ao contrário, como o nome já sugere, substituem a decisão unilateral e imperativa da Administração Pública, podendo substituir a sanção administrativa ou suspender ou impedir a instauração e o trâmite do processo administrativo sancionador.[6]

Como espécies do gênero acordo substitutivo, encontram-se os Termos de Ajustamento de Conduta da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), o Termo de Compromisso de Cessação incluído na Lei de Concorrência (Lei 8.884/1994, posteriormente revogada pela Lei 12.529/2011), o Termo de Compromisso introduzido pela Lei 9.457/1997 na Lei da CVM (Lei 6.385/1976) e outros compromissos de ajustes de conduta previstos nas leis gerais das agências reguladoras. A característica comum a estes modelos legais é viabilizar a negociação entre autoridades administrativas e particulares para "*modular o cumprimento de deveres constituídos diretamente por lei.*"[7]

A CVM foi, ao lado do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), uma das precursoras na previsão e formalização de termos de compromisso que suspendem o curso do processo administrativo sancionador, desde que o proponente se comprometa a cessar as atividades ilícitas e a corrigir as

5. "Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. Parágrafo 1o. O compromisso referido no caput deste artigo: I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II – (vetado) III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. § 2º – Vetado.
6. PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e Acordo na Administração Pública.* São Paulo: Malheiros, 2015. p. 247-257.
7. SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos Substitutivos nas sanções regulatórias. *RDPE*. Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 133/151, abr-jun, 2011.

Uso exclusivo do IBCCRIM

irregularidades mediante indenização dos prejuízos causados. No entanto, enquanto o CADE passou a prever acordos de leniência a partir do ano 2000 (Lei 10.149/2000), o qual foi ampliado em 2011 (Lei 12.529/2011), foi somente com a promulgação da Lei 13.506/2017 que esse instituto (denominado, porém, de acordo de supervisão) passou a ser previsto em relação às infrações lesivas ao mercado de capitais.

Para a compreensão desta nova modalidade de leniência, é necessária, porém, uma breve exposição do rito geral desse processo sancionador e das alterações implementadas pela referida norma e sua recente regulamentação.

1.1. Rito geral do processo sancionador da Comissão de Valores Mobiliários

Os processos administrativos sancionadores da CVM sempre se submeteram a regras próprias previstas na Lei 6.385/1976, e, subsidiariamente, à Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784/1999), que estabelece as regras gerais dos processos no âmbito da Administração Pública Federal.

Constatadas quaisquer das infrações contra o mercado de capitais, à CVM cabe instaurar processos administrativos sancionadores que podem resultar, desde 1997, tanto na aplicação de sanções, como na formalização de um termo de compromisso, sem prejuízo da responsabilidade civil e penal. Referidas sanções vão desde a advertência, multa e suspensão ou inabilitação temporária ao exercício do cargo, a outras ainda mais severas, como a suspensão ou cassação da autorização ou do registro para o exercício das atividades, além da proibição temporária, até o máximo de 20 (vinte) anos, para a prática de determinadas atividades ou operações no mercado de valores.

A disciplina do rito geral desses processos sancionadores no âmbito da CVM sofreu profundas alterações pela Lei 13.506/2017 e pela regulamentação implementada pela Instrução CVM 607 de 17 de junho de 2019. Ao mesmo tempo em que estabelecidos novos parâmetros para a aplicação das penalidades, a nova Lei inovou o rito desses processos sancionadores.

Foi criada uma fase pré-sancionadora, ou seja, da possibilidade de uma investigação prévia, conduzida pelas superintendências, na qual se oferece ao acusado a oportunidade de esclarecer os fatos a ele imputados, hipótese em que pode não ser lavrado o termo de acusação, seja pela conclusão quanto à inexistência dos fatos, seja pela pouca relevância ou baixa expressividade do bem tutelado.[8] – Este

8. "Art. 5º – Previamente à formulação da acusação, as superintendências deverão diligenciar no sentido de obter diretamente do investigado, esclarecimentos sobre os fatos que

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

aspecto alinha-se à ideia de priorizar as investigações das infrações mais graves[9] e pode significar uma "*tentativa de concentração de esforços em processos de maior efeito programático e maior impacto no mercado de capitais*".[10]

A Superintendência Geral (SG) da CVM pode, ainda, determinar a instauração de inquérito administrativo, conduzido pela Superintendência de Processos Sancionadores (SPS), destinado a aprofundar a coleta de elementos adicionais à verificação da autoria e da materialidade da infração, que será processado nos termos do artigo 8º da Instrução CVM 607/2019. Concluindo-se pela presença de elementos quanto à autoria e à materialidade, pode ser lavrado o termo de acusação ou devolvido o processo administrativo às superintendências, quando se entender não haver justa causa para a instauração do inquérito,[11] após o qual, a Superintendência Geral pode também realizar ajustes no termo de acusação ou determinar o arquivamento do processo.[12]

Deliberando-se pelo prosseguimento do processo, e uma vez realizada a citação, o acusado pode – como já previa a Lei 6.385/1976 – manifestar seu interesse

podem ser a ele imputados. Parágrafo único. Considera-se atendido o disposto no *caput* sempre que o investigado: I – tenha prestado depoimento pessoal ou se manifestado voluntariamente acerca dos fatos que podem ser a ele imputados; ou II – tenha sido oficiado para prestar esclarecimentos sobre os fatos que podem ser a ele imputados, ainda que não o faça."

9. O § 4º do artigo 9º da Lei 6.385/1976, que originariamente já previa a priorização da apuração das infrações de natureza grave, com apenação que proporcionasse maior efeito educativo e preventivo para os participantes do mercado, teve o seguinte acréscimo em sua redação: "[...] e poderá de deixar de instaurar o processo administrativo sancionador, consideradas as pouca relevância da conduta, a baixa expressividade da lesão ao bem jurídico tutelado e a utilização de outros instrumentos e medidas de supervisão que julgar mais efetivos."

10. Conforme artigo publicado na revista digital: "Capital Aberto – O Mercado de Capitais sob novos ângulos" em 06/09/2019, sob o título Henrique Machado Disseca Instrução 607. Disponível em: [https://capitalaberto.com.br/secoes/relevo/henrique-machado--disseca-instrucao-607]. Acesso em: 09.09.2019.

11. O Processo Administrativo Sancionador de Rito Simplificado se aplica a infrações que em razão do seu nível de complexidade não exigem dilação probatória ordinária e se encontra disciplinado nos artigos 73 a 79 da Instrução CVM 607/19.

12. O artigo 12 da Instrução CVM 607/2019 prevê, ainda, a possibilidade de a Superintendência de Processos Sancionadores propor à Superintendência Geral o arquivamento do inquérito administrativo sempre que: I – não obtiver provas suficientes para formular a acusação; II – se convencer da inexistência de infração ou da ocorrência de extinção da punibilidade; ou III – observar, após o aprofundamento da instrução processual, a hipótese de que trata o art. 4º, I, "b".

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

em firmar termo de compromisso ou apresentar sua defesa por escrito. Referidos termos de compromisso, regulamentados por diversas normas internas da CVM,[13] não importam em confissão quanto à matéria de fato, nem em reconhecimento da ilicitude da conduta analisada no processo que lhes deu origem. Impedem, contudo, o prosseguimento do processo no âmbito administrativo, obrigando o regulado a cessar a prática investigada e a corrigir as irregularidades, mediante indenização dos prejuízos causados.[14]

Em relação às sanções, que podem ser aplicadas cumulativa ou isoladamente, ressalvada a advertência, sua fixação deve considerar a existência de circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como eventuais causas de redução, além da constatação de sanções relativas aos mesmos fatos aplicadas definitivamente por outras autoridades.[15]

Mas a maior de todas as inovações contidas na Lei 13.506/17 foi a introdução no âmbito dos processos administrativos sancionadores – tanto do BACEN como da CVM – da possibilidade de formalização dos acordos de supervisão. Deles se trata a seguir.

1.2. Acordos de supervisão

Embora a Lei 13.506/2017 se refira a acordos administrativos em processos de supervisão, é de se destacar que esta Lei resultou da aprovação em regime de urgência do Projeto de Lei 8.843/201, e foi promulgada logo após haver caducado a Medida Provisória 784/2017. Conforme se extrai da nota descritiva constante

13. As deliberações CVM 390/2001, 486/2005, 657/2011 e 759/2016 disciplinam os termos de compromisso, cuja previsão consta também da Lei 13.506/17 e da Instrução CVM 607/19 que a regulamentou.
14. A Instrução CVM 607/2019, ao incorporar muitas das disposições já constantes dessas normas internas, inovou também na redação do §5º da Lei 6.385/1976, permitindo não só a suspensão do procedimento administrativo em curso, como sua não instauração. A proposta de celebração do termo de compromisso é submetida ao Colegiado que, considerando a natureza e as circunstâncias da infração, a fim de avaliar a conveniência na celebração do termo de compromisso face aos benefícios de eventual celebração de acordo administrativo de supervisão, pode determinar o sigilo do procedimento até o julgamento do processo administrativo sancionador.
15. A pena de multa deve observar os limites aplicáveis a cada ilícito: adoção efetiva de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades podem ser circunstâncias atenuantes, e, caso o dano financeiro seja integralmente reparado até o julgamento do processo, a pena pode ser reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços).

Bottino, Thiago; Paula, Maria Helena de Carvalho Nogueira de. Efeitos penais dos acordos de supervisão no âmbito dos procedimentos administrativos sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 172. ano 28. p. 207-237. São Paulo: Ed. RT, out. 2020.

USO EXCLUSIVO DO PROFIM

de sua tramitação, ao inovar no processo administrativo sancionador da CVM e do BACEN, referida MP previu expressamente a possibilidade de serem firmados acordos de leniência.[16]

Diferentemente do termo de compromisso, que não implica em confissão quanto à matéria de fato, nem em reconhecimento da ilicitude da conduta analisada,[17] referido acordo de supervisão tem como principal objetivo possibilitar a identificação e A punição de ilícitos praticados por pessoas físicas e jurídicas contra o mercado de capitais que, sem esta colaboração, dificilmente seriam descobertos e punidos.

Nesse sentido, o artigo 92 da Instrução CVM 607/2019, regulamentando os artigos 30 a 32 da referida Lei 13.506/2017, estabelece que a CVM pode celebrar acordo de supervisão com pessoas naturais ou jurídicas que confessarem a prática de infração, objetivando, em especial, a identificação de demais envolvidos. A proposta de acordo é submetida ao Comitê de Acordo de Supervisão ("CAS")[18] e permanece em sigilo até o acordo ser celebrado, podendo o proponente retificá-la ou dela desistir a qualquer momento antes da assinatura. Pode ser apresentada até o início do julgamento pelo colegiado, e sua propositura não obsta nem as atividades de investigação e instrução, nem a tramitação do processo administrativo sancionador que porventura já tenha sido anteriormente instaurado para a apuração das condutas nela narradas.[19]

16. Os arts. 30 a 33 trazem para o âmbito do SFN o instituto do acordo de leniência. Nos termos da MPV, o BC poderá celebrar acordo de leniência com pessoas físicas ou jurídicas que confessarem a prática de infração às normas legais ou regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, com extinção de sua ação punitiva ou redução de 1/3 a 2/3 da penalidade aplicável, mediante efetiva, plena e permanente colaboração para a apuração dos fatos, da qual resulte utilidade para o processo, em especial: I – a identificação dos demais envolvidos na prática da infração, quando couber; e II – a obtenção de informações e de documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2141000]. Acesso em: 18.05.2020.
17. Conforme § 6º da Lei 6.385/1976, não alterado pela Lei 13.506/2017.
18. A Portaria CVM/PTE 109, de 17 de junho de 2019 dispõe sobre a composição e o funcionamento do Comitê de Acordo Administrativo em Processo de Supervisão ("CAS") de que trata o art. 94, parágrafo único, da Instrução CVM nº 607, de 17 de junho de 2019.
19. O CAS proferirá decisão final sobre a proposta de acordo considerando, além dos requisitos do artigo 92, os seguintes elementos: I – a oportunidade e a conveniência na celebração do acordo; II – a natureza e a gravidade das infrações informadas; III – a cessação do envolvimento na infração noticiada ou sob apuração a partir da data de propositura; IV – a quantidade e qualidade das informações prestadas que comprovem a infração e

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Deste acordo pode resultar a extinção da ação punitiva da CVM ou a redução de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, sem interferir, contudo, nas providências cabíveis na esfera penal.[20] Seus efeitos podem ser estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores, empregados, ex-dirigentes, ex-administradores e ex-empregados e envolvidos na infração, desde que firmem o respectivo instrumento em conjunto com a pessoa jurídica proponente (art. 101, §5º da Instrução CVM 607/2019).

Para tanto, é necessária a efetiva, plena e permanente cooperação para a apuração dos fatos, da qual resulte utilidade para o processo, em especial a identificação dos demais envolvidos na prática da infração, quando couber, e a obtenção de informações e de documentos que comprovem a infração noticiada ou sob apuração.[21]

Em caso de rejeição da proposta, esta não importa em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento da ilicitude da conduta analisada. Será, neste caso, mantida confidencial, descartando-se e devolvendo-se ao proponente os documentos que a instruem. Isso não impede, por outro lado, a abertura de

identifiquem os demais envolvidos; e V– a ausência de provas suficientes para assegurar a condenação do proponente.

20. A Instrução CVM 607 de 2019 ressalta que o Acordo de Supervisão não afeta a atuação do Ministério Público e demais órgãos, em suas respectivas competências, podendo gerar efeitos apenas com relação a condutas na sua esfera administrativa (art. 30, §6º da Lei 13.506/17 e art. 101, §4º da Instrução 607). Ou seja, o Acordo de Supervisão não tem competência para negociar possíveis benefícios na esfera penal, o que, na prática, pode limitar sua atratividade. Além disso, a ausência de efeitos penais decorrentes do acordo de supervisão é reforçada quando a Instrução prevê a competência da Superintendência Geral de efetuar comunicações ao Ministério Público, quando verificada a existência de indícios de crimes definidos em lei como de ação pública (art. 13, I da Instrução 607).

21. "IV – exposição dos fatos relativos à infração noticiada, com a identificação de seus autores e duração da infração noticiada ou sob investigação; V – confissão expressa da participação do signatário do Acordo de Supervisão no ilícito; VI – declaração do signatário do Acordo de Supervisão de que cessou seu envolvimento na infração noticiada ou sob apuração; [...] X – declaração de que o signatário do Acordo de Supervisão foi o primeiro a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação, conforme o caso; XI – declaração de que a CVM não dispunha de provas suficientes para assegurar a condenação das pessoas naturais e jurídicas envolvidas na infração noticiada no momento da propositura do Acordo de Supervisão; XII – declaração a respeito do conhecimento prévio, ou não, pela CVM sobre a infração noticiada, no momento da propositura do Acordo de Supervisão;"

USO EXCLUSIVO DO PROFESSOR IM

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

procedimento de apuração no âmbito da CVM de fatos a ela relacionados, quando a apuração decorre de indícios ou provas levados ao conhecimento da Autarquia por qualquer outro meio – art. 99, §3º da Instrução CVM 607/2019.

Embora o acordo de supervisão possa ser considerado vantajoso,[23] questão que assume especial relevo diz respeito à sua atratividade na esfera de atuação da CVM. Isso porque alguns ilícitos administrativos previstos na legislação que regula o mercado de capitais também encontram tipificação criminal e, ao contrário da leniência prevista na Lei 12.259/2011 (que será discutida em tópico próprio), o acordo de supervisão não impede a responsabilização criminal.

Daí porque necessário contextualizar-se essas infrações administrativas praticadas contra o mercado de capitais, identificando-se os principais elementos dos ilícitos criminais a elas correspondentes para, em seguida, analisar a necessidade e adequação da produção de efeitos penais pelo acordo de supervisão.

1.3. O uso de informação privilegiada e a manipulação de mercado

A regulação do mercado de capitais encontra-se intrinsecamente relacionada à busca de um equilíbrio entre as informações que devem ser protegidas e aquelas cuja divulgação é imprescindível ao seu regular funcionamento. Se de um lado a edição de regras claras pelo órgão regulador confere maior proteção ao investidor, oportunizando-lhe melhores escolhas em relação a seus investimentos, de outro, a proteção de informações relevantes evita a assimetria de informações e possibilita a atuação de novos agentes, incrementando o funcionamento do próprio mercado de capitais.[24]

---

23. Henrique Machado identifica algumas situações em que o acordo pode ser vantajoso. A primeira quando as infrações envolvem tanto pessoas físicas como uma pessoa jurídica, hipótese em que esta não se sujeitando à execução penal tem incentivo para fazer o acordo administrativo, indicar outros participantes na esfera criminal e, assim, ficar livre da pena administrativa. A segunda, quando inexiste infração criminal e o delito é meramente uma infração administrativa. Exemplo dessa situação são aquelas infrações administrativas envolvendo administradores de uma companhia aberta, em que um deles queira se antecipar no caso de uma irregularidade praticada pelo colegiado, a fim de receber uma pena menor em razão da confissão. Há também situações em que os administradores e auditores querem tentar um acordo para indicar a culpabilidade de gestores e controladores anteriores. Conforme artigo publicado na revista digital "Capital Aberto – O Mercado de Capitais sob novos ângulos" em 06/09/2019, sob o título Henrique Machado Disseca Instrução 607. Disponível em: [https://capitalaberto.com.br/secoes/relevo/henrique-machado-disseca-instrucao-607/]. Acesso em: 09.09.2019.

24. Na linha proposta por alguns autores, o bem jurídico protegido no âmbito do mercado de capitais, é a higidez do sistema no qual este se erige e se desenvolve, valor este

Aos poucos, a reprovabilidade administrativa mostrou-se, contudo, insuficiente à repressão de condutas, como a manipulação de mercado e o *insider trading,* o que levou o Congresso a criminalizar essas práticas em 2001 (Lei 10.303/2001).[25] Ainda que sem a pretensão de uniformizar o seu tratamento sua criminalização, a exemplo do que ocorreu nos Estados Unidos e na Europa, teve por objetivo reforçar a proteção dos investidores e participantes do mercado de capitais contra atos que pudessem atentar contra o seu regular e eficiente funcionamento. Os dois tipos penais tutelam o interesse público em manter um mercado de valores mobiliários hígido, confiável, transparente e eficiente, essencial para a própria estabilidade e desenvolvimento da ordem econômica e financeira.[26]

---

abrigado pela vigência de normas sancionadoras tanto na esfera penal como na esfera administrativa. SANTOS, Alexandre Pinheiro; OSÓRIO, Fábio Medina; WELLISH, Julya Sotto Mayor. *Mercado de Capitais*. Regime Sancionador. São Paulo: Saraiva 2012. p. 24.

25. "A opção do legislador em transformar determinadas condutas relacionadas ao mercado de capitais em crimes é produto de vários fatores dentre os quais, certamente, o mais importante é a transformação social iniciada no final do século XX decorrente da forte expansão nos processos de integração econômica, social e cultural. As grandes distâncias geográficas foram demolidas pelo avanço da tecnologia de comunicação, pelo acesso irrestrito à informação disponibilizada na rede mundial de computadores e por vários outros avanços científicos. Essa nova ordem social trouxe consigo a valorização de novos bens jurídicos e a consequente expansão do poder punitivo estatal, sobretudo no tocante à punição de condutas lesivas (ou simplesmente que levem perigo) à economia, ao meio-ambiente, às relações de consumo, à genética, às redes de informática etc. (...) Nesse sentido, a criminalização de condutas relativas ao mercado de capitais (que até 2001 constituíam meras infrações administrativas) revela sua valorização no sistema econômico e financeiro brasileiro. Na realidade, ao contrário do que ocorre nos EUA, cujo sistema de financiamento direto das empresas por meio das negociações em bolsa é prática disseminada há bastante tempo, a importância do mercado de capitais brasileiro no desenvolvimento nacional acentuou-se a partir dos anos 1990, com a abertura da economia depois de quase 30 anos de protecionismo econômico." (BOTTINO, Thiago e OLIVEIRA, Eduardo: Seletividade do sistema penal nos crimes contra o mercado de capitais. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (Org.): *Direito Penal e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 153/154).

26. MORELLI, Denis. Considerações gerais sobre os crimes contra o mercado de capitais. In: *Comentários à Lei de Mercado de Capitais*. CODORNIZ, Gabriela; PATELLA, Laura (Coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 603/606. O autor menciona, ainda, que a tipificação criminal de tais condutas não resulta apenas do dano que podem acarretar a um investidor ou grupo de investidores em particular, mas, ao contrário, dos reflexos que dela resultam na confiança do mercado de capitais e no sistema financeiro, no qual aquele se insere, como um todo, porque a identificação de quem foi diretamente prejudicado, tanto quanto a mensuração do dano causado, são de difícil apuração.

USO EXCLUSIVO DO PROCRIM

O tipo previsto no artigo 27-C refere-se à manipulação de mercado, conduta que pode ensejar a pena de 01 (um) a 08 (oito) anos de reclusão, além de multa de até três vezes o montante eventualmente obtido com o crime. Referido tipo teve sua redação simplificada pela Lei 13.506/2017, que retirou a finalidade de "*alterar artificialmente o regular funcionamento dos mercados de valores mobiliários em bolsa de valores, de mercadorias e de futuros, no mercado de balcão ou no mercado organizado*".[27]

Já o artigo 27-D da Lei 6.385/1976 criminaliza o uso indevido de informação privilegiada, a ser interpretado em conjugação com a Instrução CVM 358/2002. O objeto jurídico do crime, além da estabilidade e confiança no mercado, é a mais ampla e completa divulgação de informações[28] (*disclosure*), de modo a proteger não só os investidores, como o próprio mercado[29]. Entendemos que se trata de crime formal, bastando a utilização da informação relevante e não divulgada para a consumação do crime, independentemente da obtenção de vantagem econômica.

Na redação original do tipo do artigo 27-D havia a expressa exigência de que a informação relevante utilizada indevidamente fosse feita por agente que dela tivesse conhecimento e que tivesse o dever de guardar sigilo. A Lei 13.506/2017 alterou o tipo penal para tornar essa circunstância não mais um elemento do tipo, mas uma forma qualificada (com aumento de 1/3 na pena).

---

27. Vide Instruções CVM 08/1979 e 14/1983 que definem a configuração das condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários, ou de manipulação de preço, operações fraudulentas e práticas não equitativas na distribuição ou intermediação de valores.

28. "What is illegal is when an insider trades on information that is confidential or not available to the general public, such as advance knowledge regarding a new product or unanticipated profits or losses. Trading on nonpublic information, or tipping other people who then trade is said to undermine the fair and honest operation on our securities markets" (SZOCKYJ, Elizabeth: *Insider Trading*. In GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F.; SALINGER, Lawrence: *White-Collar Crime – Classic and Contemporary Views*. 3. ed., Nova York: The Free Press, 1995, p. 228).

29. MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. *O insider trading no direito brasileiro*. Dissertação apresentada à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro para obtenção de título de Mestre em Direito da Regulação em 2015. p. 16. "Não é difícil perceber que o *insider*, ao usar deslealmente informações privilegiadas, faz mais que violar o dever de informação e de lealdade que deveria pautar sua conduta; ele também 'desestabiliza o mercado, comprometendo-lhe, por conseguinte, a eficiência. Fere, o *inside,* a transparência, a ética, sem cuja preservação o mercado de capitais não levará a bom termo as metas para as quais foi direcionado pela nossa Lei Maior'. Reconhece-se, de fato, que 'o desempenho do mercado de valores mobiliários será, em última instância, sempre afetado pela referida prática'".

Uso Exclusivo RBCCrim

Veja-se, portanto, que se o agente praticar aquelas condutas ilícitas no âmbito administrativo que, no âmbito penal, também configuram crimes, terá os incentivos reduzidos para celebrar acordos de supervisão, na medida em que a confissão da prática ilícita representaria efetiva produção de prova auto incriminatória. Como já se afirmou anteriormente:

> "Com efeito, a extinção da punibilidade dos crimes que possuam a mesma redação típica dos ilícitos administrativos abrangidos pelos acordos é um importante (ou mesmo necessário) incentivo para que as soluções consensuais (finalidade buscada pelo legislador) sejam eficazes. Desde a modificação da Lei do CADE, que entrou em vigor em maio de 2012, e ampliou a extinção da punibilidade para os todos os crimes que normalmente estão associados à pratica do cartel, a celebração de acordos de leniência cresceu."[30]

2. Da leniência

A adoção de mecanismos de auto composição dos conflitos é uma tendência mundial, tendo o acordo, em geral, se mostrado um meio menos gravoso de se obter não só a cessação das condutas lesivas, mas o fazer de modo mais ágil e eficiente. No Brasil, embora a utilização de instrumentos consensuais não seja um fenômeno novo, pode-se afirmar que foi com a leniência no âmbito civil e administrativo e com a colaboração premiada, na esfera criminal, que ganhou maior força.[31]

A maior utilidade para a Administração Pública em valer-se destes instrumentos, que dependem da confissão e da colaboração do infrator, reside na

30. BOTTINO, Thiago; VICTER, Renata Maccachero. Eficiência, incentivos à cooperação e o acordo de supervisão no âmbito dos processos administrativos sancionadores na CVM. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 17, n. 69, p. 149, 2018. O crescimento do número de acordos de leniência celebrados pelo CADE parece estar correlacionado à ampliação dos seus efeitos penais, promovida pela Lei 12.529/2011. Sob a égide da Lei 8.884/1994, a extinção da punibilidade ficava restrita aos crimes contra a ordem econômica, previstos na Lei 8.137/90 e após a alteração promovida pela Lei, passou a ser estendida a outros crimes diretamente relacionados à prática de cartel, como os previstos nas leis 8.666/93 e no artigo 288 do Código Penal. A média de acordos anuais entre 2003 e 2010 foi de 2,75, ao passo que a partir da modificação legislativa aumentou para 7,14 (dados disponíveis em: [www.cade.gov.br]. Acesso em: 16.11.2019).

31. TAFFARELLO, Rogério Fernando em seu artigo Acordos de Leniência e de Colaboração Premiada no direito brasileiro: admissibilidade, polêmicas e problemas a serem solucionados. *Revista Brasileira de Advocacia*, vol. 4, ano 2, p. 211-231. São Paulo: RT, jan-mar, 2017.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

identificação de provas que podem aumentar a agilidade e economia de recursos na investigação e no trâmite do processo. Trata-se, assim, de instituto com uma configuração bifronte:[32] de um lado, consiste em técnica especial de investigação, que visa permitir que o Estado se valha da colaboração ativa, livre e voluntária de infrator, que, antes de deflagrada uma investigação ou no curso dela, traga relevantes e inéditas informações sobre práticas delitivas, sua autoria e materialidade, além da indicação de meios probatórios. De outro, um meio de defesa, uma estratégia à disposição do infrator para atenuar a punição pela prática ilícita.

A primeira previsão legal do acordo de leniência foi na Medida Provisória 2.055/2000, convertida na Lei 10.149/2000, que reformou a Lei 8.884/1994 e acrescentou os artigos 35-B e 35-C (mantidos em parte na Lei 12.529/2011), com a finalidade de desestabilizar as relações de confiança, de segurança e sigilo que envolve os ilícitos anticoncorrenciais. Posteriormente foram previstos também na Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção (LAC), e agora, embora sob nova denominação, na Lei 13.506/2017 – Lei do Mercado de Capitais (LMC).

Referidos acordos possuem algumas características comuns.[33] A existência, porém, de mais de um regramento legal destes acordos acaba por gerar questionamentos e inconsistências decorrentes, não só dos distintos tratamentos que recebem, mas, sobretudo, dos efeitos na esfera penal. Daí a importância de contextualizar-se os diferentes acordos de leniência de modo a identificar-se os aspectos de convergência e divergência e, especificamente, os efeitos penais que produzem.

2.1. A leniência na Lei de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção

A leniência, como já enfatizado, tem o objetivo de fazer com que os particulares colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo. Dela deve resultar, em síntese, a identificação dos demais envolvidos na

32. Ministério Público Federal. 5a Câmara de Coordenação e Revisão. Estudo Técnico no 01/2017. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/estudo-tecnico/doc/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf]. Acesso em: 18.05.2020.

33. MARRARA, Thiago. Acordos de Leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo. Junho de 2015. Para o autor a leniência apresenta algumas características essenciais: trata-se de acordo administrativo integrativo, não exclui a ação unilateral do Estado; gera para o colaborador a obrigação de cooperar com a investigação e com a instrução do processo acusatório por sua conta e risco e implica para o Estado a obrigação de reduzir as sanções que seriam aplicadas ao infrator confesso caso houvesse cooperação.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

infração administrativa, quando couber e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem a infração sob apuração.

O acordo de leniência previsto na Lei 12.529/2011 (LDC) não só é o mais tradicional dos ajustes cooperativos do processo administrativo sancionador, mas o mais bem disciplinado do ponto de vista normativo.[34]

O artigo 86 da LDC[35] prevê, atendidos os requisitos cumulativos ali estabelecidos,[36] a possibilidade de celebração de acordo de leniência entre o CADE e a pessoa física ou jurídica acusada de infração à ordem econômica. Para tanto, é necessário que haja efetiva colaboração com as investigações e o processo administrativo e que desta identificação resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informação e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

---

34. O programa de leniência do CADE conta com um guia próprio acessível na internet que esclarece as principais dúvidas em relação aos acordos e indica o passo a passo para a sua formalização. Segundo se extrai da página do CADE, o programa de leniência existe desde 2000, tendo o primeiro acordo sido firmado em 2003, sendo que até a presente data mais de 50 acordos já foram firmados, devendo os signatários se comprometer a cessar a conduta ilegal, a denunciar e confessar a participação na prática da infração à ordem econômica, bem como a cooperar com as investigações, apresentando informações e documentos relevantes para o detalhamento da conduta a ser investigada. Uma vez que a prática de cartel é tanto um ilícito administrativo (art. 36, §3º, I da Lei 12.529/2011) quanto criminal (art. 4º, II da Lei 8.137/1990), a celebração do Acordo de Leniência confere aos signatários do acordo imunidade administrativa e criminal na hipótese do CADE não ter conhecimento prévio da infração, ou a redução de um a dois terços das penalidades aplicáveis na hipótese de o CADE já ter iniciado um procedimento administrativo para apurar a conduta denunciada. Disponível em: [www.cade.gov.br]. Acesso em: 18.05.2020.
35. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1860. A Lei prevê a hipótese de "acordo de leniência a ser celebrado entre o CADE e a pessoa física ou jurídica acusada de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa identificação resulte: I – identificação dos demais envolvidos na infração; e II – a obtenção de informação e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação."
36. Art. 86, §1º, LDC: I – que a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II – que a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; III – que a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e IV – que a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Na esfera administrativa, a celebração do Acordo de Leniência da LDC candidata as empresas e/ou pessoas físicas signatárias à obtenção dos benefícios da extinção da ação punitiva da Administração Pública ou da redução da penalidade aplicável.[37]

Caso rejeitada a proposta de acordo, esta não importa na confissão quanto à matéria de fato, nem no reconhecimento da ilicitude da conduta analisada, ao passo que seu descumprimento impede a celebração de novo acordo por 03 (três) anos.

Além dos efeitos administrativos, a LDC prevê também efeitos penais, tanto nos crimes contra a ordem econômica da Lei 8.137/1990, como também nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações) e no artigo 288 (Associação Criminosa) do Código Penal. A celebração do acordo determina não só a suspensão do curso do prazo prescricional, como impede o oferecimento de denúncia em relação ao agente beneficiário da leniência. Ao final, cumpridas as condições acordadas, ocorre a extinção da punibilidade.

À semelhança das previsões contidas na LDC, a Lei 12.846/2013, também chamada de Lei Anticorrupção (LAC), prevê a possibilidade de a pessoa jurídica que praticar ato lesivo à Administração Pública celebrar um acordo de leniência[38] para abrandar a sua punição. Nesta hipótese, conforme o diploma legal, a Controladoria-Geral da União é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo Federal.

---

37. Artigo 86, §4º, da Lei 12.529/2011 c/c artigo 249 do Regimento Interno do CADE. Uma vez cumprido o acordo de leniência, nas hipóteses em que sua proposta for apresentada à Superintendência-Geral (SG/CADE) em momento em que essa autoridade ainda não tenha conhecimento prévio da infração noticiada, os signatários beneficiam-se da extinção da ação punitiva da Administração Pública. Quando apresentada à SG/CADE após o conhecimento desta autoridade sobre a infração noticiada, os signatários podem obter a redução de um a dois terços das penas aplicáveis.

38. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 560: "À semelhança do instituto da delação (ou colaboração) premiada no Direito Penal, a lei previu instrumento a que denominou de acordo de leniência, celebrado quando pessoas jurídicas responsáveis por ilícitos, preenchendo alguns requisitos legais, colaborem efetivamente com a apuração e com o processo administrativo, daí resultando: a) identificação dos demais envolvidos na infração; b) a rápida obtenção de informações e documentos comprobatórios da prática do ilícito (art. 16). Por sua configuração, tal ajuste tem a natureza de negócio jurídico bilateral e consensual de direito público, porquanto, além da incidência de normas específicas de direito público, dele participam o Poder Público e a entidade infratora."

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Entre os benefícios do acordo de leniência da LAC[39] inserem-se, dentre outros, a redução em até 2/3 do valor da multa aplicável e a isenção ou atenuação da proibição de contratar com a Administração Pública. Os benefícios recebidos pela pessoa jurídica, em decorrência do acordo de leniência, são estendidos também às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo, em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas. O acordo de leniência da LAC, contudo, não produz efeitos na esfera penal e não pode ser celebrado por pessoas físicas, como ocorre na LDC.

Ainda que possua denominação diferente, o terceiro e mais recente tipo de leniência da legislação brasileira é o acordo de supervisão, já examinado no item 1.2, sendo certo que a Lei 13.506/2017 não previu efeitos da sua celebração na esfera penal. Daí porque, tal como já ocorre em relação aos acordos da LAC, é de se esperar a intensificação do debate em torno do instrumento.

De fato, não são poucos os motivos para certo sentimento de descrença em relação à utilidade e efetiva incorporação destes acordos de supervisão no âmbito da atividade sancionadora da CVM. Por um lado, o acordo de supervisão deveria ser considerado um *plus* em relação ao termo de compromisso (o qual não implica em confissão de culpa e nem que extingue a punibilidade). Contudo, ao exigir o reconhecimento da autoria e a cooperação na produção de provas autoincriminatórias, o acordo de supervisão mostra-se menos atrativo do ponto de vista dos incentivos aos agentes racionais.[40]

Já se defendeu, anteriormente, que não obstante a falta de previsão legal, a celebração do acordo de supervisão deveria produzir efeitos na esfera penal.[41] No

39. O artigo 16, §2º, Lei 12.846/13 prevê: a) Isenção da publicação extraordinária da decisão condenatória prevista no inciso II do artigo 6º; b) Isenção da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo de 01 e máximo 05 anos, prevista no inciso IV do artigo 19; c) Redução em até 2/3 o valor da multa aplicável. d) Isenção ou atenuação da proibição de contratar com a Administração Pública (inidoneidade).

40. BOTTINO, Thiago e VICTER, Renata Maccachero. Eficiência, Incentivos à Cooperação e o Acordo de Supervisão no âmbito dos processos administrativos sancionadores na CVM. *Revista de Estudos Criminais,* n. 69. p. 139-169, abr-jun, 2018. Segundo os autores reduz-se a chance que a pessoa física que administra a pessoa jurídica que opta pela leniência se motive a propor o ajuste, já que não só não usufrui de nenhum benefício, como ainda confessa uma conduta criminosa.

41. "Esse problema de incentivos insuficientes seria corrigido, caso os efeitos do Acordo de Supervisão fossem estendidos para a responsabilidade penal, a semelhança do que

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

entanto, por ocasião das pesquisas que culminaram na redação do presente artigo, o primeiro autor houve por bem acompanhar a posição da segunda autora, segundo a qual o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal, não poderia ser obrigado a se vincular aos termos de um acordo para o qual não tenha sido chamado a participar.

Uma vez que a legislação indica claramente a necessidade de utilização dos mecanismos consensuais para maiores ganhos em eficiência, atratividade e segurança jurídica, busca-se identificar um mecanismo capaz de harmonizar as diferentes esferas de responsabilidade,[42] o que nos remete à necessidade de abordagem de dois pontos essenciais à possível atuação mais eficiente da Administração: a independência das instâncias e a participação do Ministério Público nos acordos como meio de atribuir efeitos penais ao acordo de supervisão.

2.2. *A independência das instâncias e o* ne bis in idem

A ideia básica do princípio do *ne bis in idem* é a de que ninguém poder se condenado mais de uma vez pelo mesmo fato.[43] Embora isso não signifique a

já ocorre nos crimes tributários e contra a ordem econômica. Além disso, considerando que um caso de *insider trading*, em âmbito administrativo, indica o envolvimento de diversas pessoas, a celebração do Acordo de Supervisão, com a entrega de documentos comprobatórios do ato delituoso e a confissão do colaborador, oportunizaria ao Ministério Público elementos de prova de difícil obtenção e não eliminaria a possibilidade da persecução penal em relação aos demais infratores, ainda que em relação ao colaborador houvesse a extinção da punibilidade penal". (BOTTINO, Thiago e VICTER, Renata Maccacchero. Eficiência, Incentivos à Cooperação e o Acordo de Supervisão no âmbito dos processos administrativos sancionadores na CVM. *Revista de Estudos Criminais,* n. 69, p. 139-169, abr.-jun., 2018).

42. CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de Leniência.* Fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 218. "Os acordos de leniência no Brasil têm assim, um duplo desafio: a harmonização normativa das diferentes esferas de responsabilidade a que podem se sujeitar os potenciais signatários e a cooperação institucional entre as diferentes autoridades titulares de poder sancionador cujas competências se entrelaçam".

43. MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, a. 4 - n.16, p. 11-75 - jul./set. 2005: A ideia do *ne bis in idem* "é associada à proibição de que um Estado imponha a um indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo (*ne bis*) em razão da prática de um mesmo crime (idem). No coração mesmo de sua assimilação normativa parece encontrar-se o intuitivo reconhecimento da existência de uma comezinha noção de equidade que torna inaceitável, quando menos por incoerente, que alguém

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

impossibilidade absoluta de repercussão de decisões proferidas em instâncias diversas,[44] a visão consolidada é restritiva, estimulando que um sujeito, por um mesmo fato, responda a algumas possíveis intervenções punitivas provenientes de instâncias diversas. Essa sobreposição de sanções acaba levando à discussão sobre os limites desta repetição e de quantificação final das penas.[45]

Essas discussões demandam ainda mais atenção quanto aos acordos firmados pelos órgãos da Administração Pública e pelas instituições de controle no âmbito dos processos sancionadores.[46] Não raro, afirma-se que uma vez homologado um acordo na esfera administrativa, não mais seria possível ao órgão titular da persecução penal – o Ministério Público, encetar medidas na esfera penal. Ou seja, sob o manto da "independência das instâncias" acabaria sendo frustrada a própria finalidade da justiça negocial, especialmente no âmbito da repressão penal aos ilícitos contra a Administração Pública.[47]

---

receba mais de uma punição pela mesma infração penal ou que sofra mais de uma vez com as inevitáveis agruras de um processo criminal."

44. O artigo 386 do CPP elenca dentre as causas de absolvição, estar provada a inexistência do fato ou existir circunstância que exclua o crime. Em determinadas hipóteses, a decisão administrativa poderá repercutir na esfera penal, como ocorre com o necessário lançamento definitivo em determinados crimes contra a ordem tributária, o qual é essencial à materialidade do crime.

45. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 300-303: "a radicalização da independência das instâncias tem conduzido, não raro, ao isolacionismo das instâncias, à falta de harmonia entre os Poderes e à insegurança jurídica, em muitos níveis relevantes." [...] "a forçosa e urgente articulação de estratégias interinstitucionais é o único caminho viável para intercâmbio de informações e produção de conhecimento, de modo a gerar novos patamares de qualidade às instituições fiscalizadoras, com resultados na proteção dos direitos fundamentais associados ao combate à impunidade".

46. CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de Leniência.* Fundamentos do Instituto e os problemas do seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 221. Segundo a autora "E, se do ponto de vista do particular proponente, tais incertezas podem desincentivar a procura pela colaboração, dado o risco de atuação contraditória da Administração Pública, sob a perspectiva do Estado também existem desvantagens, pois a ação desarticulada pode gerar a multiplicidade de investigações ou processos administrativos e judiciais inúteis, todos com igual objetivo de fiscalizar um mesmo ilícito."

47. TEIXEIRA, Adriano. Ne bis in idem e o cúmulo de sanções penais e administrativas. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-cumulo-de--sancoes-penais-e-administrativas-01082018/amp]. Acesso em: 18.05.2020.

USO EXCLUSIVO DO EBCRIM

Argumenta-se, ainda, que não haveria estabilidade nas decisões administrativas, comprometendo a segurança jurídica, pois estas sempre ficariam a mercê da reanálise pelo Poder Judiciário.[48]

A questão evidentemente não é de fácil solução. Até porque as incertezas decorrem da própria legislação, que, por não conferir tratamento uniforme ao instituto ou a seus efeitos penais, torna ainda mais tormentosa aos intérpretes a tarefa de harmonizar as soluções administrativas com aquelas previstas pelo Direito Penal.

Mas se sob a ótica estritamente legal os acordos de supervisão da Lei 13.506/2017 não produzem efeitos na esfera penal, sob o viés pragmático, desde que atendidas certas exigências e preservado o interesse público, não parece razoável que assim o seja. De fato, a formalização de acordos em relação a condutas lesivas ao mercado de capitais, à semelhança do que ocorre com aquelas lesivas à concorrência, são de difícil apuração e envolvem muitas especificidades de caráter técnico que demandam a *expertise* não só daqueles que atuam no mercado, como da CVM, como órgão regulador.

Imaginar-se que esses acordos (os quais podem envolver vultosos valores, além de outras medidas igualmente gravosas[49]) simplesmente tenham seus efeitos restritos à esfera administrativa, não parece, de fato, consentâneo com a lógica da consensualidade. Por outro lado, propor-se uma vinculação automática da esfera criminal não se coaduna com os acordos que têm como premissa serem meios de investigação de outros agentes criminosos. Neste cenário, em que é preciso uma avaliação estratégica acerca dos elementos necessários à eficácia do acordo em relação à produção de provas contra terceiros, é essencial que a avaliação da conveniência, utilidade e eficiência da celebração do acordo envolva as demais instituições que igualmente possuem interesse e legitimidade na proteção dos bens passíveis de tutela na esfera penal.

Como destaca o próprio Ministério Público Federal em estudo técnico realizado pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão "*os acordos, ao serem legislativamente*

48. LAMY, Anna; LAMY, Eduardo. *Reflexos do Acordo de Leniência no Processo Penal*. A influência do Compliance Concorrencial. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

49. Entre as várias sanções previstas na Lei 6.385/1976 encontram-se a suspensão ou cassação da autorização ou do registro para o exercício das atividades, além da proibição temporária, até o máximo de 20 (vinte) anos, para a prática de determinadas atividades ou operações no mercado de valores, o que, por óbvio, pode até mesmo interferir na sobrevivência da própria pessoa jurídica.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

albergados e, por isto mesmo, incentivados pelo ordenamento jurídico, trazem para o sistema uma lógica que não pode ser contraditória nem autodestrutiva".[50]

É necessária, portanto, a proposta de uma atuação efetiva, coerente das instituições envolvidas nesses acordos. Para compreensão desta proposta, de se ressaltar algumas questões em relação à participação e papel do Ministério Público Federal neste contexto da consensualidade.

2.3. A atuação do Ministério Público no acordo de supervisão como condição para a extinção da punibilidade

Ao tratar das funções essenciais à Justiça, a Constituição da República destinou seção própria ao Ministério Público, concebendo-o como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado. A ele incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. De todas as funções constitucionalmente outorgadas à instituição, a que mais se destaca, e é por todos conhecida, é a de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. Também no âmbito da consensualidade, a atuação do Ministério Público Federal encontra-se consolidada desde a edição da Lei da Ação Civil Pública, que possibilitou a formalização de termos de ajustamento de conduta.

Diferentemente do Poder Judiciário, o Ministério Público não é inerte. Ao contrário, trata-se de órgão de execução com atuação proativa na busca da consecução dos interesses que visa proteger. Tanto é assim que participa em diversos conselhos, comissões e procedimentos de mediação em diversas instâncias e distintas esferas de interesses, como se dá, por exemplo no caso do CADE.[51] De fato, sua participação na negociação e celebração de acordos pode se tornar uma garantia de maior amplitude e abrangência das condições pactuadas na colaboração, especialmente no que diz respeito à identificação dos elementos de prova que serão necessários à responsabilização criminal dos demais envolvidos no crime de cartel. Não obstante não haja previsão em lei desta atuação, existe um regramento administrativo que orienta a participação do Ministério Público na

50. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5a Câmara de Coordenação e Revisão. Estudo Técnico no 1 /2017. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/estudo -tecnico/doc/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf]. Acesso em: 18.05.2020.

51. Sobre o tema, veja-se MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva: Participação do Ministério Público no acordo de leniência firmado com o CADE. In: BOTTINO, Thiago (org.). *Reflexos Penais da Regulação*. Curitiba: Juruá, 2018. v. 1.

Uso Exclusivo Boletim IBCCRIM

celebração dos acordos de leniência da LDC.[52] Com efeito, mesmo sem previsão legal expressa, o Ministério Público Federal tem participado ativamente dos acordos de leniência desde 2003, quando firmado o primeiro acordo pelo CADE.

No caso dos acordos de leniência da LAC, o Ministério Público celebrou, ele próprio, acordos de leniência. Ao examinar a questão, o Poder Judiciário afirmou a necessidade de observância da Lei 12.846/2013 no que tange à atribuição da Controladoria Geral da União, asseverando, contudo, a possibilidade de participação o Ministério Público:

> "1. A autoridade competente para firmar o acordo de leniência, no âmbito do Poder Executivo Federal é a Controladoria Geral da União (CGU). 2. Não há impedimentos para que haja a participação de outros órgãos da administração pública federal no acordo de leniência como a Advocacia-Geral da União, o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União, havendo, portanto, a necessidade de uma atuação harmônica e cooperativa desses referidos entes públicos"[53].

Embora tenha sido atribuída à Controladoria Geral da União a atribuição para celebração dos acordos de leniência, referida instituição em algumas situações vem estabelecendo uma interlocução com os demais órgãos de controle na busca de uma atuação mais harmônica e dirigida ao interesse público. Contudo, ainda não se operou o regramento administrativo ideal, na medida em que o ato normativo existente não menciona a participação do Ministério Público.[54]

---

52. A Resolução Conjunta CADE/PGR 01/2016 estabelece as condições para o exercício das funções do representante do Ministério Público Federal junto ao CADE.

53. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento 5039527-89.2018.4.04.0000/PR. Rel. Des. Fed. Vânia Hack de Almeida. j. 07.03.2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/leniencia-impede-petrobras-peca.pdf]. Acesso em: 16.11.2019.

54. A Portaria Interministerial 2.278/2016 entre a CGU e a AGU busca coordenar a atuação das duas instituições na negociação dos acordos de leniência. Disponível em: [www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/24782775/do1-2016-12-16-portaria-interministerial-n-2-278-de-15-de-dezembro-de-2016-2]. Acesso em: 18.05.2020.

    A Portaria Conjunta 4, de 9 de Agosto de 2019 define os procedimentos para negociação, celebração e acompanhamento dos acordos de leniência de que trata a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, no âmbito da Controladoria-Geral da União e dispõe sobre a participação da Advocacia-Geral da União. Disponível em: [www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-conjunta-n-4-de-9-de-agosto-de-2019-210276111]. Acesso em: 18.05.2020.

Uso exclusivo do RBCCrim

Mas, acima de tudo, o que parece nortear esta atuação integrada, tanto no âmbito da LDC como da LAC, é, em verdade, a intenção de eliminação dos riscos daquele que colabora, como representante legal da empresa que firma a leniência, de vir a ser processado criminalmente pelos fatos em relação aos quais admite a prática.

O mesmo tipo de debate parece nortear os recém previstos acordos de supervisão da Lei 13.506/2017. Como mencionado, há posições na doutrina no sentido de que uma vez firmada a leniência pela pessoa jurídica, o Ministério Público não poderia oferecer denúncia contra as pessoas físicas a ela ligadas. Há também os que se mostram incrédulos com a afirmação do acordo de supervisão, ante a previsão da possibilidade de celebração de termo de compromisso, cujos efeitos são bem menos arriscados às partes que a ele aderem. Não encampamos, porém, quaisquer destes argumentos. Ao contrário, entendemos que o amadurecimento dos órgãos envolvidos na persecução dessa espécie de conduta parecem encaminhar uma proposta de solução para a questão em outra direção, independente da necessidade de uma alteração legislativa.

E, em relação à previsão normativa dessa atuação conjunta, já há um exemplo concreto dessa nova postura institucional. Em 08 de maio de 2008, a CVM e o Ministério Público Federal firmaram um termo de cooperação técnica[55] visando o intercâmbio e a cooperação técnica e operacional relacionados ao mercado de capitais, o qual já foi renovado por duas vezes, em 2013 e 2018. A cláusula segunda do referido termo estabelece que tanto o MPF, como a CVM poderão enviar-se, reciprocamente, informações, documentos e elementos probatórios obtidos nos âmbito das apurações e procedimentos administrativos, no caso da CVM, e apurações e procedimentos administrativos, civis e criminais, no caso do MPF, relativos a essas condutas lesivas ao mercado de capitais. Além disso, a cláusula terceira prevê expressamente que: *"havendo mútuo interesse das Partes, a CVM poderá participar, em conjunto com o MPF, de procedimentos e diligências referentes a condutas lesivas ao mercado de capitais"*.

Vê-se, pois, que a CVM já mantinha uma relação institucional próxima voltada ao aperfeiçoamento do combate destas condutas e ao intercâmbio de informações e *expertise* com o Ministério Público Federal. Portanto, ainda que sem a previsão de assento de representante do Ministério Público naquele órgão de controle, a exemplo do que já ocorre no CADE, ambas as instituições vêm

55. Termo de Cooperação Técnica firmado por representantes da CVM e o MPF, através da 3a Câmara de Coordenação e Revisão, em 08 de maio de 2008.

Bottino, Thiago; Paula, Maria Helena de Carvalho Nogueira de. Efeitos penais dos acordos de supervisão no âmbito dos procedimentos administrativos sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 172. ano 28. p. 207-237. São Paulo: Ed. RT, out. 2020.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

atuando de modo coordenado e articulado na busca da repressão a essa espécie de ilícito. E não poderia ser diferente, tanto por suas próprias características, como pela presença de um objetivo comum, qual seja, a proteção do interesse público na repressão a condutas lesivas ao mercado de capitais e ao sistema financeiro como um todo.

De fato, seria inaceitável, ou mesmo contra a lógica do próprio sistema, que o Estado pudesse abrir mão de seu poder de punir através de um órgão regulador, sem destacar que o sigilo decorrente da necessidade de estabilidade e solidez do sistema financeiro não se aplica em relação a outras instituições encarregadas de atividades de fiscalização e controle para a adoção das medidas próprias às suas atribuições. Em especial ao Ministério Público que detém competência exclusiva não só para a propositura da ação penal pública, como também para a defesa dos interesses coletivos.

Assim, os dispositivos da Lei 13.506/2017 que preveem a possibilidade de o Ministério Público requisitar à CVM informações ou acesso aos sistemas informatizados em relação a esses acordos, bem como a ressalva contida na Instrução CVM 607/2019 quanto à preservação da atuação do Ministério Público na esfera criminal e o dever legal a ela imposto de comunicação de indícios de crime de ação penal pública, não constituem qualquer novidade e são, ao contrário, um imperativo.

Trata-se de sistemática que há muito tempo vem sendo adotada na atuação concertada da CVM e do MPF. E é justamente por esse motivo que parece intuitivo ou mesmo óbvio que nenhum obstáculo existe quanto à presença do Ministério Público nas negociações em torno desses acordos de supervisão já na esfera administrativa, quando as apurações ainda se encontram em curso na CVM.

Em verdade, essa iniciativa é mesmo recíproca. O Ministério Público Federal pode no âmbito de suas atribuições previstas na Constituição e na Lei, ao tomar conhecimento de eventuais condutas lesivas ao mercado de capitais e em apuração no bojo do inquérito civil próprio ou procedimento administrativo criminal, noticiar os fatos e "chamar" a CVM para participar das apurações ou de eventuais acordos. Do mesmo modo, deve a CVM, ao constatar tais condutas ilícitas, comunicar os fatos ao MPF. Mas mais do que isto, pode convidar a referida instituição a participar desde o início das investigações e negociações que possam redundar em um acordo de supervisão.

Nem se argumente que há um desestímulo natural a estes acordos, em razão da existência dos termos de compromisso. Em verdade, cada instrumento, como já apontado, possui natureza própria e se presta a objetivos distintos. O termo de compromisso constitui acordo substitutivo que permite a suspensão do

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

procedimento administrativo instaurado mediante a assunção pelo investigado ou acusado, da obrigação de cessar as atividades ilícitas e corrigir as irregularidades, indenizando, inclusive, os prejuízos. É título executivo extrajudicial que independe, inclusive, de manifestação judicial e que não implica em confissão de culpa.

Os acordos de supervisão, como instrumento de obtenção de prova – identificação de outros envolvidos e a obtenção de informações e de documentos que comprovem a infração – aproximam-se, ao contrário, dos acordos integrativos. Podem perfeitamente se ajustar em hipóteses de apurações envolvendo condutas mais graves e que podem redundar em consequências que venham a afetar a própria sobrevivência das empresas envolvidas nas práticas ilícitas, pelo que se mostram atrativos sob esse prisma, à vista das graves sanções envolvidas.

De se frisar, ainda, que tanto a CVM como o próprio Ministério Público Federal estão preparados internamente para lidar com referidos acordos. A CVM já criou um comitê para acordos de supervisão, diretamente vinculado à Presidência da autarquia. O Ministério Público Federal, a seu turno, através da 5a Câmara de Coordenação e Revisão, expediu a Orientação 07/2017 dividida em 18 itens, a ser observada na elaboração e assinatura de acordos de leniência. Referida norma prevê que na hipótese de haver interesse de pessoas naturais na celebração de acordo, o início das negociações deve se dar concomitante ou posteriormente à negociação do acordo de colaboração premiada, no âmbito criminal. Referido procedimento, após cumpridos os requisitos e etapas ali enumerados, é sujeito à homologação da respectiva Câmara de Coordenação, que assim procedendo, devolve os autos ao Procurador natural do feito para acompanhamento do cumprimento das cláusulas pactuadas e das ações delas decorrentes.[56]

Não há, pois, nem no campo interno das instituições, nem sob o prisma da lógica do sistema da consensualidade, qualquer óbice a atuação conjunta e necessária do Ministério Público nos acordos de supervisão da CVM. Assim ocorrendo, e observados os parâmetros já existentes no âmbito dessas instituições, parece não haver obstáculos para que esses acordos venham a produzir efeitos penais em relação às pessoas físicas que a eles aderirem. A discussão não se restringe ao *bis in idem* ou necessária vinculação entre diferentes esferas de atuação. Trata-se tão somente da necessidade de que cada órgão, em sua respectiva esfera de atribuição, agindo com boa-fé e racionalidade, possa compartilhar

56. Orientação 5a CCR 07/2017 de 24 de agosto de 2017. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/ORIENTACAO%207_2017_ASSINADA.pdf]. Acesso em: 18.05.2020.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

informações, e dessa forma possibilitar uma solução, no caso o acordo, consentânea com as distintas esferas em que essas condutas repercutem.

Como vem enfatizando o Ministério Público Federal ao enfrentar diversas questões relacionadas a acordos, em especial aqueles firmados no contexto de operações de combate à corrupção, o acesso por terceiros interessados às informações e documentos obtidos em colaboração premiada depende da adesão destes aos termos negociados:

> "trata-se de decorrência lógica que deflui do paradigma de consensualidade e da própria negociação encetada, que impõe ao Estado a aceitação deste ônus em troca de bônus investigativos e sancionatórios, sob pena de, ao contrário, enfraquecer-se demasiadamente a posição de quem colabora com o poder público sancionador, abrindo mão de direitos fundamentais de autodefesa e lançando por terra as demandas de segurança jurídica."[57]

O mesmo raciocínio pode se dar em relação à leniência em geral, e em relação aos acordos de supervisão agora admitidos na CVM. Na medida em que o Ministério Público participe desde o início das negociações já em sede administrativa, será possível adotar uma estratégia em que a cooperação do autor do ilícito seja eficaz para a identificação e produção de provas em face de outros autores. Por certo, somente o titular da ação penal pública (e não o órgão administrativo) é capaz de avaliar quais as informações relevantes para a deflagração de uma ação penal com maiores chances de ser provida. Ao Ministério Público é assegurada a atuação independente, vinculada estritamente ao atendimento dos interesses públicos e sociais. Nesta medida, sua participação nas negociações dos acordos firmados pela CVM, independentemente de qualquer alteração legislativa, ao mesmo tempo em que assegura que o interesse público seja alcançado, permite que seus efeitos sejam estendidos à esfera criminal nas situações em que a transversalidade dos acordos se mostre necessária ou desejável. Desta forma, assegurada a maior utilidade do acordo de supervisão, bem como observados os parâmetros normativos que regulam a leniência no âmbito das instituições e desde que as pessoas físicas que confessem os ilícitos adiram às condições negociadas, este acordo pode produzir efeitos também na esfera penal, garantindo que os benefícios legais concedidos na esfera administrativa possam ser aproveitados, no que couber, também na esfera penal pelas pessoas físicas que colaborarem.

57. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5a Câmara de Coordenação e Revisão. Estudo Técnico 1 /2017. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/estudo -tecnico/doc/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf]. Acesso em: 18.05.2020.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Uso Exclusivo do IBCCRIM

Conclusão

A promulgação da Lei 13.506/2017, além de promover alterações na disciplina do processo administrativo sancionador da CVM como um todo, inovou, também, em relação aos instrumentos consensuais cabíveis em seus processos sancionadores, prevendo, ao lado dos termos de compromisso, os acordos administrativos em processo de supervisão.

Referidos acordos de supervisão são, em verdade, acordos de leniência que possuem previsão também na Lei de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção. Ocorre que, ainda que possuam muitos aspectos em comum com os acordos já previstos nas demais legislações, os acordos de supervisão, diferentemente daqueles, por expressa vedação legal, não produzem efeitos na esfera criminal.

Estes acordos, no que se refere às condutas previstas nos artigos 27-C e 27-D da Lei 6.385/1976, por poderem envolver valores elevados e poderem redundar na aplicação de medidas gravosas, não deveriam ficar restritos, em termos de produção de efeitos, à esfera administrativa, sob pena de trazerem para o sistema uma lógica contraditória e autodestrutiva não consentânea com a lógica da consensualidade. A vinculação automática da esfera criminal à esfera administrativa, contudo, não se coaduna com o papel das demais instituições que possuem interesse e legitimidade na proteção do interesse público.

Para que esses acordos de supervisão possam produzir efeitos também na esfera penal, tanto em benefício das partes nele envolvidas, como para o incremento da consensualidade no âmbito da regulação do mercado de capitais parece ser oportuno e, mesmo, necessário que:

(1) o Ministério Público participe desde o início das investigações e negociações envolvendo situações em que se vislumbre a possibilidade de acordo de supervisão;

(2) a participação se dê na forma do ato normativo específico – Termo de Cooperação Técnico firmado ou Resolução Conjunta, nos moldes já existentes no âmbito do CADE, prevendo a participação do Ministério Público nos acordos a serem formalizados pela CVM;

(3) sejam cumpridas as obrigações pactuadas entre todas as partes envolvidas no acordo, inclusive o MPF (especialmente no que toca à necessidade de homologação pela respectiva Câmara de Coordenação e Revisão do MPF).

Dessa forma, acredita-se que sejam aperfeiçoados os incentivos às partes para a celebração dos acordos de supervisão, assegurando maior eficiência ao instituto e fortalecendo a segurança jurídica.

Bottino, Thiago; Paula, Maria Helena de Carvalho Nogueira de. Efeitos penais dos acordos de supervisão no âmbito dos procedimentos administrativos sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 172. ano 28. p. 207-237. São Paulo: Ed. RT, out. 2020.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Referências bibliográficas

BOTTINO, Thiago; OLIVEIRA, Eduardo. Seletividade do sistema penal nos crimes contra o mercado de capitais. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (Org.). *Direito Penal e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BOTTINO, Thiago e VICTER, Renata Maccacchero. Eficiência, Incentivos à Cooperação e o Acordo de Supervisão no âmbito dos processos administrativos sancionadores na CVM. *Revista de Estudos Criminais*, n. 69. p. 139-169. abr-jun, 2018.

CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de Leniência*. Fundamentos do Instituto e os problemas do seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Forum, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LAMY, Anna; LAMY, Eduardo. *Reflexos do Acordo de Leniência no Processo Penal*. A influência do Compliance Concorrencial. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. *Acordo de Leniência & a Lei de Improbidade Administrativa*. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, a. 4 - n.16, p. 11-75 - jul./set. 2005.

MARRARA, Thiago. Acordos de Leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo. Junho de 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5a Câmara de Coordenação e Revisão. Estudo Técnico no 1 /2017. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/estudo-tecnico/doc/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf]. 18.05.2020.

MORELLI, Denis. Considerações gerais sobre os crimes contra o mercado de capitais. In: *Comentários à Lei de Mercado de Capitais*. CODORNIZ, Gabriela; PATELLA, Laura. (Coords.) São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. *O insider trading no direito brasileiro*. Dissertação apresentada à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro para obtenção de título de Mestre em Direito da Regulação em 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

SANTOS, Alexandre Pinheiro; OSÓRIO, Fábio Medina; WELLISH, Julya Sotto Mayor. *Mercado de Capitais*. Regime Sancionador. São Paulo: Saraiva 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos Substitutivos nas sanções regulatórias. *RDPE*. Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 133/151, abril/junho, 2011.

SZOCKYJ, Elizabeth: Insider Trading. In: GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F.; SALINGER, Lawrence: *White-Collar Crime* – Classic and Contemporary Views. 3. ed. Nova York: The Free Press, 1995.

TAFFARELLO, Rogério Fernando. Acordos de Leniência e de Colaboração Premiada no direito brasileiro: admissibilidade, polêmicas e problemas a serem solucionados. *Revista Brasileira de Advocacia*, vol. 4, ano 2, p. 211-231. São Paulo: RT, jan-mar, 2017.

TEIXEIRA, Adriano. *Ne bis in idem e o cúmulo de sanções penais e administrativas*. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018/amp]. Acesso em: 18.05.2020.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A prescrição do exercício da ação punitiva no âmbito dos processos administrativos sancionadores da CVM, de Eli Loria e Helio Rubens de Oliveira Mendes – *RDB* 82/53-79 (DTR\2018\22597);
- O combate à corrupção entre direito penal e direito administrativo sancionador, de Yuri Corrêa da Luz – *RBCCrim* 89/429-470 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 4/1079-1120 (DTR\2011\1333); e
- Processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira, de Diogo Malan – *RBCCrim* 114/279-320 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 7/49-90 (DTR\2015\9152).

Uso Exclusivo DOIBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Processo Penal

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO PROFIM

Prescrição penal para pessoas jurídicas em crimes ambientais

Prescription of criminal prosecutions for corporative entities imputed of environmental crimes

Carlos Henrique Almeida José e Azevedo

Especialista em Direito Ambiental e Minerário pela PUC/MG (2018). Especialista em Ciências Penais pela PUC/MG (2018). Bacharel em Direito pela UFMG (2017). Advogado.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7189684000105962].
ORCID: 0000-0003-3952-6926
calmeidajose@hotmail.com

Recebido em: 04.09.2019
Aprovado em: 12.07.2020
Última versão do autor: 29.07.2020

Assista agora aos comentários do autor para este artigo

Áreas do Direito: Processual; Penal; Ambiental

Resumo: Este trabalho tem por objeto o estudo da prescrição penal para a pessoa jurídica em crimes ambientais no Direito brasileiro. Apesar de pouco explorado na doutrina, o tema possui expressiva relevância no dia a dia forense, em específico no que tange aos crimes ambientais imputados a entes morais. Observa-se que a jurisprudência e os poucos autores que debatem a questão dividem-se em duas correntes de pensamento. O trabalho aborda, de maneira crítica, ambas as correntes e, em conclusão, aponta a que melhor atende aos problemas decorrentes da ausência de legislação específica a regulamentar a questão.

Palavras-chave: Direito ambiental – Crimes ambientais – Direito processual penal – Responsabilidade penal da pessoa jurídica – Prescrição penal.

Abstract: This paper aims to study the penal prescription towards legal entities, regarding environmental crimes in the Brazilian Law. Notwithstanding this topic has not been deeply approached by the academic doctrine, it is, indeed, important in the forensics daily affairs, specially concerning the environmental crimes imputed to moral entities. It is notorious that those who debate this topic are divided in two chains of thoughts. This paper presents, critically, both thoughts and, in conclusion, point the one that best answers the issues resulted from the absence of specific legislation concerning the topic.

Keywords: Environmental law – Environmental crimes – Procedural criminal law – Corporate criminal liability – Prescription of criminal prosecutions.

Azevedo, Carlos Henrique Almeida José e. Prescrição penal para pessoas jurídicas em crimes ambientais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 172. ano 28. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, out. 2020.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Sumário: 1. Introdução. 2. Prescrição penal para pessoas jurídicas em crimes ambientais. 2.1. Primeira corrente: aplicabilidade dos prazos prescricionais do artigo 109 do Código Penal para pessoas jurídicas. 2.2. Segunda corrente: aplicação do prazo prescricional bienal da multa (art. 114, II, CP) para todas as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas por crimes ambientais. 3. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

A constitucionalização da matéria ambiental foi um fenômeno de escala mundial observado a partir da segunda metade do século XX. Apesar disso, a escolha da tutela penal do Meio Ambiente pelo constituinte brasileiro chamou a atenção do mundo jurídico: a Carta Magna de 1988, em seu artigo 225, § 3º, instituiu a responsabilização penal para pessoas jurídicas por condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Tratou-se da primeira – e até o momento única – previsão legal de responsabilização penal de entes morais no ordenamento nacional.

A novidade ganhou aplicação concreta em 1998 com a promulgação da Lei 9.605/98, a chamada Lei de Crimes Ambientais ou LCA. O diploma, além de reafirmar a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas, ainda cuidou de prever, em seu artigo 21, as modalidades de sanção aplicáveis a estas.

Todavia, o aclamado diploma não trouxe em seu bojo a regulamentação de importantes questões ligadas à aplicabilidade da responsabilização penal de entes morais por delitos ambientais. Entre as lacunas da LCA, destaca-se a questão dos prazos prescricionais aplicáveis às penas cominadas às pessoas jurídicas. É que a lei em questão é silente quanto aos lapsos temporais mínimo ou máximo das sanções aplicáveis aos entes jurídicos, quanto ao método para o cálculo dosimétrico de tais sanções e quanto aos prazos prescricionais de tais penas, sendo este o tópico deste trabalho.

Diante de tal lacuna, restou à doutrina especializada e à jurisprudência se debruçarem sobre o tema em busca de soluções a serem aplicadas na prática forense. Apesar de a Lei de Crimes Ambientais já estar em vigência há mais de 20 anos, as citadas questões ligadas à responsabilização penal dos entes morais – a natureza jurídica das sanções, sua duração e respectivos prazos prescricionais – continuam controversas tanto na Academia quanto nos fóruns e nos tribunais.

O trabalho em mãos tem por escopo principal debater a prescrição penal para pessoas jurídicas em crimes ambientais. O tema não é menos controvertido do que os demais, sendo possível identificar duas correntes de pensamento acerca da matéria, ambas amparadas pela lição de renomados autores e acolhidas em precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

A primeira corrente nega a existência de lacunas na Lei de Crimes Ambientais à medida que esta reclama, em seu artigo 79, a aplicação subsidiária do Código Penal, de forma que estes autores defendem, ao caso, a plena aplicabilidade do sistema prescricional contido no *Codex*.

A seu turno, a segunda corrente compreende que, de fato, a lei é omissa quanto aos prazos prescricionais e que, diante de tal realidade, em homenagem ao Princípio da Legalidade, deve o magistrado se voltar ao único prazo prescricional preestabelecido no Código Penal: o prazo bienal da pena de *multa* enquanto sanção originária, previsto no art. 114, I, do *Codex*. Ambas as correntes serão detalhadamente abordadas no presente trabalho, de modo a demonstrar a controvérsia que paira sobre a questão a justificar a realização do presente trabalho.

2. Prescrição penal para pessoas jurídicas em crimes ambientais

Antes de debruçar sobre as diferentes correntes acerca do tema-chave deste estudo, convém fazer algumas anotações introdutórias acerca do instituto jurídico da prescrição no âmbito do Direito Penal. Em conceito didático: a prescrição é a perda, em face do decurso do tempo, do direito do Estado de punir – prescrição da pretensão punitiva – ou de executar uma punição definitiva[1] já imposta em sentença ou acórdão transitado em julgado para ambas as partes – prescrição da pretensão executória.

No ordenamento jurídico brasileiro, o reconhecimento da prescrição penal – tanto da pretensão punitiva quanto da pretensão executória – tem por efeito a extinção da punibilidade do réu (art. 107, IV, CP[2]). Trata-se de matéria de ordem pública, que pode, de ofício, ser reconhecida e declarada pelo juiz em qualquer fase do processo (art. 61, CPP[3]).

No ordenamento brasileiro, a regra é a prescritibilidade das penas, sendo as únicas duas exceções a prática de racismo (art. 5º, XLII, CF/88[4]) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado

1. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal:* parte geral. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 318.
2. "Art. 107. Extingue-se a punibilidade: [...] IV – pela prescrição, decadência ou perempção;"
3. "Art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício."
4. "Art. 5º [...] XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;"

Uso Exclusivo Do IBCCRIM

Democrático (art. 5º, XLIV, CF/88)[5], ilícitos que a Constituição declara como sendo imprescritíveis. Aparte as exceções, a prescrição é um fenômeno ao qual estão sujeitos todos os fatos, independentemente da reprovabilidade dos crimes dos quais estas se originaram; trata-se de uma limitação ao *jus puniedi* estatal e constitui uma faceta importante do direito do réu a um devido processo legal, que tem por pilar constitucional sua duração em tempo razoável (art. 5º, LXXVII, CF/88)[6]. O não exercício do *jus puniedi* pelo Estado mitiga o próprio interesse social em punir o acusado, que, se não reincide em novo delito, mostra-se adaptado à sociedade em que está inserido[7].

A prescrição da pretensão punitiva pode ser computada tanto pela pena em abstrato (art. 109, CP), quanto pela pena em concreto (art. 110, § 1º, CP). A prescrição da pretensão punitiva em abstrato regula-se pelo máximo de pena cominável ao delito, tendo por termo inicial, em regra, a data em que se consumou o fato (art. 111, I, CP).

A seu turno, após a sentença penal condenatória, a prescrição da pretensão punitiva passa a ser regulada pela pena em concreto, isto é, a pena aplicada; aqui, pode ocorrer a prescrição da pretensão punitiva por duas modalidades: a superveniente, ou seja, observada entre o trânsito em julgado para a acusação da sentença condenatória e o trânsito em julgado para a defesa – ou o reconhecimento do transcurso do lapso temporal prescricional –, ou a prescrição da pretensão punitiva retroativa, que, a partir da pena aplicada em concreto e observado o trânsito em julgado para a acusação, reconhece a ocorrência da prescrição pelo transcurso do prazo prescricional antes mesmo da publicação da sentença condenatória, não podendo, contudo, ter como termo inicial data anterior ao recebimento da denúncia (art. 110, § 1º, redação dada pela Lei 12.234/2010).

Por fim, a prescrição da pretensão executória regula-se pela pena em concreto aplicada e tem por pressuposto o trânsito em julgado para ambas as partes[8], sendo a data desse fato o termo inicial para contagem do prazo prescricional da pretensão executória, vez que, somente a partir de então, a sentença condenatória

5. "Art. 5º [...] XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;"

6. "Art. 5º [...] LXXVII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

7. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 581.

8. Conforme entendimento do STJ, embora o art. 112 do CP estabeleça o trânsito em julgado para a acusação como o termo inicial.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

pode ser considerada definitiva – com a quebra da presunção de inocência do réu firmada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Os prazos prescricionais estão previstos no art. 109 do *Codex,* prazos esses que podem ser suspensos (art. 115, CP; art. 366, CPP), interrompidos (art. 117, CP) ou mesmo reduzidos (art. 115, CP).

2.1. Primeira corrente: aplicabilidade dos prazos prescricionais do artigo 109 do Código Penal para pessoas jurídicas

A primeira corrente de pensamento que será aqui abordada defende a aplicabilidade dos prazos prescricionais do artigo 109 do Código Penal também para a pessoa jurídica condenada por tipo penal previsto na Lei de Crimes Ambientais. Em geral, seus defensores entendem não haver qualquer lacuna legal na matéria, uma vez que o diploma ambiental, em seu artigo 79[9], reclama a aplicação subsidiária do Código Penal. Assim, o tal dispositivo da lei especial abre o caminho para a aplicação da sistemática prescricional constante na Parte Geral do Código Penal, o qual, em seu art. 109, parágrafo único, dispõe que se aplicam às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade. Dessa forma, se cabíveis às pessoas jurídicas tão somente penas de multa – cujo prazo prescricional está regulado pelos incisos do art. 114 do CP –, restritivas de direitos e de serviços à comunidade, bastaria atender ao disposto no art. 109, parágrafo único, para que tais penas tenham sua prescrição calculadas pelos lapsos do art. 109, I a VI, do Código Penal.

Observa-se que, para os defensores da primeira corrente, não há distinção entre as modalidades de prescrição: são aplicáveis os parâmetros do art. 109 tanto para prescrição da pretensão punitiva da pena em abstrato, utilizando-se do máximo de pena prevista no tipo legal (art. 109, *caput*, CP[10]) quanto para a prescrição da pena em concreto (aqui também aplicável à prescrição da pretensão executória da pena), utilizando do *quantum* de pena dosada pelo juiz em desfavor do ente moral. Por exemplo, se a pessoa jurídica foi condenada a uma pena de interdição temporária da atividade (art. 22, II, da Lei 9.605/98) pelo período

9. "Art. 79. Aplicam-se subsidiariamente a esta Lei as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal."

10. "Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: [...]."

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

de dois anos, o prazo prescricional da pretensão punitiva seria de quatro anos, em atenção ao art. 109, V, do Código Penal.

Esta é a posição defendida por Vladimir de Passos Freitas e Gilberto de Passos Freitas[11]:

> "Registra-se, por derradeiro, que a prescrição, quando a pessoa jurídica for ré, tem peculiaridades especiais. É certo que em tal hipótese não há que se falar em sanção corporal, mas sim em pena de multa, restritivas de direito e prestação de serviços à comunidade (art. 21, I a III). Pois bem, se a pena for de multa a prescrição se opera em dois anos se for a única cominada ou a que ainda não foi cumprida. Se a pena for restritiva de direitos, o Código Penal dá solução, mandando que o prazo seja contado como se fosse privativa de liberdade (art. 109, parágrafo único, do CP)".

Observa-se que, segundo esses autores, ao utilizarem a expressão "se for a única cominada", também seria aplicável ao caso em exame o art. 114, II,[12] do Código Penal, isto é, em caso de pena de multa cumulada com pena restritiva de direitos, o prazo daquela deixaria de ser bienal para ser idêntico ao desta.

Para que não reste dúvidas, esses autores exemplificam como deveria ser, na prática, calculada a prescrição para a pessoa jurídica[13]:

> "Assim, para as penas restritivas de direitos, previstas no art. 22 da Lei nº 9.605/98, e para a prestação de serviços à comunidade, cujas hipóteses estão mencionadas no art. 23, o prazo prescricional abre espaço a duas hipóteses: a) prescrição da ação penal em abstrato; b) prescrição da ação penal pela pena aplicada. Quanto à primeira, o prazo se contará pela da pena corporal previsto no tipo penal. Por exemplo, uma empresa é acusada de poluição de um rio por culpa, sendo a pena de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção (art. 54, § 1º, da Lei 9.605/98). Como 1 (um) ano prescreve em 4 (quatro) anos (art. 109, V, do CP), neste lapso de tempo ocorrerá a prescrição. Com relação à segunda hipótese, imagina-se que a pena aplicada na sentença seja de suspensão parcial das atividades da pessoa jurídica por 6 (seis) meses (art. 22, I, da Lei, 9.605/98). Caso fosse pena corporal, imposta a uma pessoa natural, o prazo

11. FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 87.
12. "Art. 114. A prescrição da pena de multa ocorrerá: [...] II – no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada."
13. FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. Op. cit., p. 87.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

> prescricional seria de 2 (dois) anos (art. 109, VI, do CP)[14]. Pois bem, se entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória passaram 3 (três) anos, esta modalidade de prescrição será reconhecida e, consequentemente, extinta a punibilidade (arts. 107, IV, 109, VI, e 110, § 1º, do CP)."

Com a devida vênia, ao que defendem a plena aplicabilidade da sistemática prescricional da Parte Geral do Código Penal, os autores não enfrentam o ponto nodal da discussão: a natureza jurídica das penas aplicadas às pessoas jurídicas em crimes ambientais. É que a sistemática prescricional do Código Penal (art. 107, IV e arts. 108 a 118, do CP), ao prever às penas restritivas de direito os mesmos prazos prescricionais das penas restritivas de direito, tem por pressuposto inafastável que aquelas são substitutivas destas. Vejamos o art. 109, parágrafo único, que trata da prescrição da pena em abstrato: "Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade".

Aqui está a primeira objeção a essa corrente de pensamento. É que, por uma questão de técnica legislativa, o parágrafo único está adstrito ao conteúdo do *caput*, tendo por função complementar a informação ali contida, seja adicionando, seja restringindo a aplicação do *mandamus* contido no *caput*[15]. Assim, o art. 109, parágrafo único, limita-se a regular a prescrição das penas restritivas de direitos substituídas, seja nos termos do art. 44 do Código Penal, seja nos do art. 7º da Lei de Crimes Ambientais. Diferente, porém, é a situação das penas restritivas de direitos aplicadas às pessoas jurídicas por crimes ambientais, uma vez que elas não derivam da substituição de penas restritivas de liberdade, estas inaplicáveis aos entes morais, mas originárias – são modalidades de penas especificadas na decisão condenatória.

A segunda objeção à posição dos autores está na aplicabilidade do art. 114, II, do CP às pessoas jurídicas, que assim dispõe: "Art. 114. A prescrição da pena de multa ocorrerá: [...] II – no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada."

---

14. Necessário esclarecer que o tal excerto do livro foi escrito antes da promulgação da Lei 12.234/10, que alterou a redação do art. 109, VI, do CP. Pela nova redação, o prazo seria de 3 (três) anos.

15. "O parágrafo é o complemento aditivo ou restritivo do caput do artigo." (PENNA, Sérgio F. P. de O.; MACIEL, Eliane Cruxên B. de Almeida. *Técnica Legislativa*: orientação para a padronização de trabalhos. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 13).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Uma vez que o citado artigo se refere tão somente às penas restritivas de liberdade e não às restritivas de direito, o citado artigo não seria, em qualquer hipótese, aplicável aos entes morais, já que estes são insuscetíveis às penas restritivas de liberdade. Assim, as penas restritivas de direito – de prestação de serviços à comunidade – aplicadas às pessoas jurídicas não teriam o condão de vincular, a reboque, o prazo prescricional da pena de multa aplicada cumulativamente, de modo que, ao menos para a multa, o prazo prescricional seria sempre de dois anos. No próximo item, pretende-se verificar a segunda corrente, que defende exatamente o contrário: *na ausência de parâmetros legais, as penas restritivas de direitos e a de prestação de serviços à comunidade devem ancorar-se no prazo prescricional bienal da multa enquanto sanção autônoma.*

Assim, em síntese, não apenas discordamos dos autores, mas fazemos a observação de que a posição por eles apresentada não adentra, de fato, à real questão que justifica este trabalho: a conclusão de que a sistemática prescricional do Código Penal dirige-se tão somente às pessoas físicas; inexistindo, nem sequer no diploma dos crimes ambientais, disposição legal que preveja os prazos prescricionais para as penas cominadas às pessoas jurídicas. De modo que existe aqui uma lacuna legislativa grave. A nosso ver, os autores ignoram a existência de tal lacuna ao defenderem a plena aplicabilidade dos prazos do art. 109 do Código Penal sem tecerem mais considerações sobre o tema e ignorando a natureza originária das penas aplicadas em desfavor dos entes morais.

Na senda do que defendem os autores, destacamos precedente recente do E. STJ. Trata-se do AgRg em REsp 1.589.299/SP. Eis a ementa:

> "Agravo regimental no recurso especial. Penal. Pessoa jurídica. Delitos previstos na Lei n. 9.605/98. Pena restritiva de direitos. Prestação de serviços à comunidade. Prescrição. Aplicação subsidiária dos arts. 43, IV e 109, parágrafo único, do Código Penal. Inocorrência. Agravo regimental desprovido. 1. Nos crimes ambientais, aplicada a pena restritiva de direito às pessoas jurídicas, os parâmetros de aferição de prazos prescricionais a serem considerados devem ser os disciplinados pelo Código Penal. 2. Com fulcro no art. 109, do Código Penal, antes de transitar em julgado a sentença final, aplica-se, às penas restritivas de direito, o mesmo prazo previsto para as privativas de liberdade. 3. Agravo regimental desprovido." (STJ, AgRg no REsp 1589299/SP, 2016/0079028-3, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 23.05.2017, 5ª T., *DJe* 07.06.2017)

Vejamos breve excerto do voto-relatório, vencedor por unanimidade, do qual extrai-se a *ratio decidendi* do citado julgado:

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

> "Conforme os ditos do art. 79, da Lei n. 9.605/98, aplicam-se subsidiariamente as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal. Assim, tem-se que a prestação de serviços à comunidade é uma pena restritiva de direitos, nos termos do art. 43, inciso IV, do Código Penal e, consoante disposto no parágrafo único do art. 109, do Código Penal, aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade. Nesses termos, na hipótese, a prescrição se dá apenas após o transcurso de 8 (oito) e 12 (doze) anos (art. 109, III e IV, do CP), uma vez que a pena máxima em abstrato cominada aos delitos é de 4 (quatro) e 5 (cinco) anos, respectivamente."

Aqui, chamamos atenção para uma discussão de menor importância, mas merecedora de anotação porque muitas vezes é ignorada pelos autores e magistrados ao se depararem com esse tema. Conflitam o Código Penal e a Lei de Crimes Ambientais quanto à natureza da pena de *prestação de serviços à comunidade*.

Por um lado, Código Penal entende a pena de prestação de serviços à comunidade como espécie de pena restritiva de direito, sendo esta gênero do qual aquela é espécie, como está previsto no art. 43 do *Codex*: "Art. 43. As penas restritivas de direitos são: [...] *IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas*; [...]".

Por outro, a Lei 9.605/98 entende que, para as pessoas jurídicas, tal modalidade de pena é espécie diversa da pena de restritiva de direito, estando estas lado a lado no rol do art. 21, que prevê: "As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são: I – multa; II – restritivas de direitos; III – prestação de serviços à comunidade".

Sendo que a Lei de Crimes Ambientais apresenta uma contradição interna, já que, quando trata das penas cominháveis às pessoas físicas, em seu art. 8º[16], segue a mesma redação do Código Penal, prevendo a prestação de serviços à comunidade (art. 8º, I) como espécie da qual penas restritivas de direitos é gênero:

Sobre esse tema, assim comenta o Prof. Guilherme Nucci, um dos poucos doutrinadores a abordar tal discussão, a quem citamos:

> "O art. 21 desta Lei não inova em absolutamente nada. Em nosso ponto de vista, repete o óbvio, em matéria de aplicação de penas, como no contexto da pessoa física, vale dizer, as penas podem ser fixadas de maneira isolada, cumulativa ou alternativa, dependendo da previsão abstrata feita pelo legislador no preceito secundário de cada tipo penal e conforme as regras de substituição

16. "Art. 8º As penas restritivas de direito são: [...] I – prestação de serviços à comunidade;"

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

> expostas genericamente. Primeiramente, o rol das penas foi mal estabelecido. A pena de prestação de serviços à comunidade é e sempre foi uma pena restritiva de direitos, porém, neste artigo, tornou-se pena autônoma. [...] não deveria ter sido colocada em plano autônomo das penas restritivas de direitos, como foi feito no art. 21, III. É a mais adequada de todas as restrições de direitos, pois confere reais benefícios à sociedade em geral."[17]

Concordamos com Nucci e não há razão para a Lei 9.605/98 tratar a pena de prestação de serviços à comunidade cominável à pessoa jurídica como sanção autônoma à restritiva de direitos, se é que essa foi uma escolha racional do legislador ou mero descuido técnico. Proposital ou não, é a ordem legal.

Feito esse apontamento, voltemos ao precedente anteriormente citado, no qual se discute a prescrição de uma pena de prestação de serviços à comunidade. Em seu julgamento, a Quinta Turma do STJ acolheu o seguinte raciocínio: considerando que a Lei de Crimes Ambientais em artigo 79 reclama aplicação subsidiária do Código Penal e que a pena de prestação de serviços à comunidade está no rol de penas restritivas de direito (art. 43, IV, CP), aplica-se o parágrafo único do art. 109 do CP de modo que o lapso temporal prescricional da pena em abstrato deve ser medido pelos prazos do art. 109 do CP, tendo por parâmetro a pena máxima em abstrato (art. 109, *caput*, CP).

A esse raciocínio, a nosso ver, pode-se tecer, ao menos, três graves críticas. E, ao suscitá-las, pretende-se criticar a corrente como um todo, vez que o precedente ora em análise – o AgRg em REsp 1.589.299/SP, julgado pela Quinta Turma do STJ em 2017 – espelha vários outros na mesma linha[18] e, por isso, por efeito metonímico, as críticas feitas a este se estende à toda linha de raciocínio dessa primeira corrente.

A uma, segundo a Lei de Crimes Ambientais (art. 21, III), sendo esta lei especial que deve prevalecer sobre a lei geral – no caso, o rol do art. 43 do Código

17. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

18. 1. STF, ARE 944034/PR, 0000393-45.2015.8.16.9000, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.02.2016; 2. TRF-1, RSE 6298/MA, 2001.37.00.006298-8, rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, j. 09.06.2009; 3. TJRS, MS: 70076142371/RS, rel. Newton Brasil de Leão, j. 08.03.2018, 4ª Câmara Criminal; 4. TJRS, ACR 70074098518/RS, rel. Rogerio Gesta Leal, j. 10.08.2017, 4ª Câmara Criminal; 5. TJSP, 00104667520148260224 SP 0010466-75.2014.8.26.0224, rel. Carlos Monnerat, j. 27.07.2017, 9ª Câmara de Direito Criminal; 6. TRF-4, ACR 0000571-74.2004.4.04.7212, rel. Luiz Carlos Canalli, j. 18.12,2012, 7ª Turma.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Penal –, a pena de prestação de serviços à comunidade quando sancionada à pessoa jurídica é autônoma à restritiva de direitos, de forma que àquela seria inaplicável o art. 109, parágrafo único, do CP, que se refere, taxativamente, às *penas restritivas de direito*.

A duas, conforme defendido anteriormente, o parágrafo único do art. 109 trata dos prazos prescricionais para as penas privativas de liberdade transmutadas em penas restritivas de direito, benefício que só pode ser auferido, por óbvio, por pessoas físicas, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, ou, nos casos de crimes ambientais, do art. 7º da Lei 9.605/98.

A três, a objeção mais grave: as penas restritivas de direito e a de prestação de serviços à comunidade impostas às pessoas jurídicas não possuem duração predefinida em lei, não estando vinculadas aos parâmetros de mínimo e máximo dos preceitos secundários dos tipos penais ambientais. Isso, mais uma vez, porque são penas originárias e não substituídas, conforme a lição de Ana Maria Moreira Marchesan e Annelise Monteiro Steigleder[19]:

> "A discussão sobre o caráter substitutivo das penas restritivas de direitos das pessoas jurídicas assume relevância no que tange aos parâmetros temporais para fixação das penas restritivas, já que somente a proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações, possui o prazo máximo fixado em 10 anos (art. 22, III, e § 3º). As demais sanções restritivas do art. 22 e a prestação de serviços à comunidade (art. 23) carecem de qualquer prazo."

Quando tratamos dos crimes previstos na Lei de Crimes Ambientais, temos de ter em consideração que as penas restritivas de direito só terão natureza substitutiva quando transmutadas das penas corporais aplicadas à pessoa física e, nesse caso – e somente nesse – terão sua duração dimensionada pelos parâmetros do preceito secundário de cada tipo, conforme dispõe o parágrafo único do art. 7º[20] da Lei 9.605/98 e, aqui sim, pode-se recorrer à tabela prescricional do art. 109 do Código Penal.

---

19. MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Crimes ambientais*: comentários à Lei 9.605/98. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2013. p. 121.

20. "Art. 7º As penas restritivas de direitos são autônomas e *substituem as privativas de liberdade* quando: [...] Parágrafo único. As penas restritivas de direitos a que se refere este artigo terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída" (g.n.).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Lembremos que os tipos penais da Lei de Crimes Ambientais (arts 29 a 69-A), em seus preceitos secundários, preveem, além da multa, penas de "detenção" ou "reclusão"; é dizer, os prazos estão circunscritos às penas corporais, que são inaplicáveis às pessoas jurídicas. Tais penas corporais, se atendidos os requisitos do art. 7º, podem eventualmente ser substituídos por penas restritivas de direitos, mas somente quando tratamos de pessoas físicas, e, aí sim, nos mesmos lapsos de mínimo e máximo (art. 7º, parágrafo único). Vejamos, por exemplo, os artigos 39 e 40 da LCA:

> "Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente: Pena – detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. [...]
>
> Art. 40. Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto n. 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização: Pena – reclusão, de um a cinco anos."

Se os lapsos temporais dizem respeito às penas corporais, não há sustentação legal a justificar que tais lapsos sejam aplicados às sanções restritivas de direito ou de prestação de serviços à comunidade quando aplicadas de modo originário às pessoas jurídicas. Discordam dessa posição os respeitáveis autores Nicolao Dino Neto, Flávio Dino e Ney Bello Filho, para quem as sanções restritivas de direito aplicadas em desfavor das pessoas jurídicas são sim de natureza substitutiva e devem se ater ao mínimo e máximo prescritos no tipo legal[21]:

> "As sanções restritivas de direito impostas às pessoas jurídicas mantêm o caráter de penas substitutivas das privativas de liberdade, conforme a regra geral estabelecida do art. 44 do Código Penal, assim como no art. 7º desta Lei. [...] É a fidelidade aos princípios referidos que determina que, de regra, as penas restritivas de direitos devem-se ater aos parâmetros temporais estabelecidos para as privativas de liberdade, conforme enunciado no art. 55 do Código Penal e no art. 7º, parágrafo único."

Para selar a questão, vejamos que, quando quis, o legislador cuidou de dar um parâmetro temporal à sanção restritiva de direito aplicável ao ente moral; é o caso, por exemplo, da "proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações" espécie de pena restritiva de direito (art. 22,

21. DINO NETO, Nicolao; BELLO FILHO, Ney; DINO, Flávio. *Crimes e infrações administrativas ambientais*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 97.

III), que não poderá exceder a dez anos (art. 22, § 3º), sendo que nenhuma das penas corporais previstas nos tipos penais ambientais ultrapassa cinco anos de duração, o que deixa evidente a desvinculação entre a duração das penas corporais aplicáveis às pessoas físicas e os lapsos temporais de mínimo e máximo contidos nos tipos penais do diploma. Vejamos que o mesmo se repete quanto às penas de prestação de serviços à comunidade, cujas espécies estão elencadas no artigo 23 da Lei de Crimes Ambientais[22].

Observamos que algumas das modalidades, como a *execução de obras de recuperação de áreas degradadas,* não se amoldam à natureza temporal de uma pena com duração predefinida. É dizer, irrazoável pensar que o ente moral será condenado, por exemplo, a executar obra de recuperação "por um ano e seis meses", independentemente do sucesso ou não da recuperação da área degradada (art. 23, II). Por óbvio, a execução de obra de recuperação será exigida do ente moral até que seja feita a total recuperação da área degradada, retomando, na medida do possível, ao *status quo ante;* exigência essa também prevista para a celebração de transação penal (art. 27, LCA[23]) e para declaração da extinção de punibilidade nos casos em que aceita a suspensão condicional do processo (art. 28, I, LCA)[24]. Sobre a ausência de parâmetros temporais para as penas restritivas de direito – e a inconstitucionalidade decorrente de tal lacuna – arrematam Luiz Flávio Gomes e Sílvio Maciel[25]:

22. "Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em: I – custeio de programas e de projetos ambientais; II – execução de obras de recuperação de áreas degradadas; III – manutenção de espaços públicos; IV – contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas."

23. "Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade."

24. "Art. 28. As disposições do art. 89 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com as seguintes modificações:

    I – a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5° do artigo referido no *caput*, *dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental*, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1° do mesmo artigo;" (g.n.).

25. GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvio. *Crimes ambientais*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 84.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

> "Há, assim, indisfarçável ofensa ao princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, da CF e art. 1º do CP) que dispõe que não há pena sem prévia cominação legal. A cominação significa não somente a previsão da pena, mas o estabelecimento dos seus limites mínimo e máximo cominados [...] A inconstitucionalidade insolúvel, entretanto, está na falta de cominação dos limites dessas sanções, os quais o legislador ambiental não se preocupou em estabelecer."

Dito isso, é óbvio que a ausência de limites temporais para as sanções às quais estão sujeitas os entes morais impossibilita que se use os prazos prescricionais do art. 109 do CP[26]. Afinal, aparte a exceção do art. 22, § 3º, se a lei não os prevê, não há prazo máximo para a sanções[27], impossibilitado o cálculo prescricional da pena em abstrato. Tampouco defensável a aplicação da pena em concreto para o cálculo prescricional, já que, sem balizas de mínimo e máximo, o juiz teria a arbitrariedade, no dia a dia forense, de sempre aplicar em desfavor da pessoa jurídica sanções demasiadamente longas a fim de imunizá-las do fenômeno da prescrição[28].

2.2. Segunda corrente: aplicação do prazo prescricional bienal da multa (art. 114, II, CP) para todas as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas por crimes ambientais

A segunda corrente, por sua vez, tem por prisma o reconhecimento da natureza originária, e não substitutiva, das sanções aplicáveis às pessoas jurídicas por delitos ambientais, com bem destacam Luiz Flávio Gomes e Sílvio Maciel[29]:

> "As penas aplicáveis às pessoas jurídicas, repita-se, não são substitutivas das penas privativas de liberdade. Sendo penas principais deveriam, portanto,

26. "A definição dos prazos para cumprimento das penas restritivas de direito por parte das empresas ainda é imprescindível para aferição de eventual ocorrência de prescrição." (MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Op. cit., p. 176).
27. Lembremos que a Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVII, *b*, veda penas de caráter perpétuo.
28. "Entendimento diverso remeteria o prazo prescricional, sem respaldo legal explícito, ao arbítrio do juiz, que elevaria livremente o prazo prescricional ao prever sanções por período demasiadamente elástico, unicamente para fugir do prazo de prescrição exíguo da multa". (IENNACO DE MORAES, Rodrigo. Prescrição bienal da responsabilidade penal da pessoa jurídica por crime ambiental. *Anais do IX Congresso Estadual da Associação Mineira do Ministério Público*. Belo Horizonte, 2010).
29. GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvio. *Crimes ambientais*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 84.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

> estar cominadas nos tipos penais incriminadores, mas também não estão. Há apenas a previsão genérica nos arts. 21 e 23 desta Lei, que sequer estabelecem os limites mínimos e máximos cominados (com exceção do art. 22, § 3º, que prevê o prazo máximo da sanção)."

Afinal, não sujeitas às penas corporais, a Lei de Crimes Ambientais elencou, de modo taxativo, as espécies de pena as quais podem ser submetidas os entes morais. A natureza originária – e não substitutiva – de tais cominações afastam a aplicação do art. 109, parágrafo único, do Código Penal e do art. 7º da Lei 9.605/98. A aplicação por analogia de tais dispositivos para as pessoas jurídicas fere de morte o Princípio da Legalidade.

O melhor exemplo de que o sistema de prazos prescricionais do Código Penal é inaplicável, em sua maior parte, à pessoa jurídica, está em seu no artigo 115, que assim dispõe: "Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos."

Vejamos que, do ponto de vista legal, não haveria maior obste à aplicação de tal redução de prazo para as pessoas jurídicas: considerando a aplicabilidade subsidiária do Código Penal (art. 79, Lei 9.605/98), tal benefício poderia ser usufruído por toda pessoa jurídica com menos de 21 (vinte e um) anos de constituição à data dos fatos ou maior de 70 (setenta) à ocasião da sentença. Mas que lógica haveria em aplicar tal redução para a pessoa jurídica? Nenhuma, em absoluto.

Vamos à outra ilogicidade do sistema prescricional tradicional quando aplicado aos entes morais: haveria razão para que se aplicasse plenamente o art. 116, II, do CP e se suspendesse o prazo prescricional enquanto uma pessoa jurídica – digamos, uma multinacional – *cumpre pena no estrangeiro*? Decerto que não, já que, evidentemente, refere-se o legislador à pessoa física quando lança mão do terno *agente* (art. 116, II, CP).

Fazemos tais apontamentos para mostrar que, em boa verdade, a Parte Geral do Código Penal foi reformada em 1984[30], anos antes da escolha do constituinte em responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica por um gênero específico de delitos, qual seja, os crimes contra o Meio Ambiente. Tampouco depois de 1988, com a Constituição, ou 1998, com a Lei de Crimes Ambientais, o Código Penal foi alterado para acolher as particularidades de uma imputabilidade penal do ente moral. Este é o alerta que fazemos aos que defendem a plena aplicabilidade, via

30. A Lei 7.209/84 reformulou por completo a Parte Geral do Código Penal de 1940.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

artigo 79 da LCA, do Código Penal: a utilização integral do sistema prescricional do *Codex* também para as sanções originárias da LCA às quais estão sujeitas as pessoas jurídicas pode resultar em aberrações jurídicas, como vimos nos exemplos citados anteriormente.

Por essas e por outras, a segunda corrente, de modo prudente, prefere reconhecer a existência de uma lacuna legal, qual seja, a ausência de dispositivos legais a regularem tanto os prazos de duração quanto os prazos prescricionais das penas aplicável às pessoas jurídicas por delitos ambientais[31]. Vejamos a lição do promotor Rodrigo Iennaco de Moraes[32]:

> "Porém, a despeito de tal similaridade com o CP, a lei ambiental, em relação à pessoa jurídica, traz disciplina específica nos seus arts. 21 e 22, afastando a dicção do art. 7º e mesmo de seu congênere do Código Penal. É que, em relação à pessoa jurídica, as penas restritivas de direito não são substitutivas e, sendo assim, para elas não há previsão expressa de prazo de duração nem de prazo prescricional."

Assim como o então Presidente Cardoso, que, já na exposição de motivos da Lei 9.605/98 alertava para possíveis lacunas no diploma que então aprovava, o professor Iennaco de Moraes repisa a necessidade de alterações legais ao diploma atual. Vejamos a sua crítica[33]:

> "De toda sorte, passados mais de 06 anos [agora 10!] da publicação da Lei 9.605/98, constatamos que a previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica pouco contribuiu para a efetividade da tutela penal ambiental [...]. Por isso, continuamos defendendo que a estruturação de um subsistema normativo em muito contribuiria para a superação do debate em torno da eficácia das normas aplicáveis à espécie e, via de conseqüência, para sua efetividade no cotidiano forense."

31. "Com relação à prescrição nos delitos ambientais atribuídos à pessoa jurídica na Lei nº 9.605/98, verifica-se as penas restritivas de direitos são aplicadas a ela diretamente, não havendo substituição der pena privativa de liberdade. Não há, porém, no texto legal em foco norma específica que trate da prescrição dessa modalidade de pena. Está-se, pois, diante de lacuna da lei." (QUEIJO, Maria Elizabeth. In: JÚNIOR, Ney Fayet (Coord.). *Prescrição penal*: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 87).
32. IENNACO DE MORAES, Rodrigo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Juruá, 2006. p. 120.
33. IENNACO DE MORAES, Rodrigo. Op. cit., p. 121.

Uso Exclusivo DoIBCCRIM

Diante da ausência de legislação específica e em observância ao Princípio da Legalidade, os defensores da segunda corrente veem como solução a aplicação analógica do único prazo prescricional fixo presente no Código Penal, o prazo bienal da pena de multa, previsto no art. 114, I[34]. A *ratio decidiendi* para tal aplicação pode ser assim resumida: na ausência de previsão legal específica, há de ser utilizado por analogia o prazo bienal da multa; tal prazo é destinado à pena de multa enquanto sanção principal não privativa de liberdade, características essas que a aproxima das sanções aplicáveis às pessoas jurídicas por delitos ambientais (sanções principais, não privativas de liberdade). Vejamos precedente do E. Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, com nossos destaques:

> "Embargos de declaração no agravo regimental no recurso especial. Omissão não configurada. Embargos rejeitados. Declaração, de ofício, da extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal. Art. 114, inciso I, do CP. Lapso prescricional verificado. 1. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição eventualmente existentes no julgado. No caso, não se verificam tais hipóteses. 2. Observando-se o que estabelece o art. 79 da Lei de Crimes Ambientais, que prevê a aplicação subsidiária do Código Penal, e sendo certo que a ação penal de que trata esse recurso responsabilizou apenas a pessoa jurídica ora Recorrente pela prática de crime ambiental, condenando-a à pena de prestação de serviços à comunidade, consistente na contribuição, no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), à entidade ambiental legalmente credenciada (fls. 156/175), incide subsidiariamente, na falta de previsão específica, o disposto no art. 114, I, do Código Penal, segundo o qual "a prescrição da pena de multa ocorrerá em dois anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada." 3. Isso porque a multa, assim como a prestação de serviços à comunidade são penas não privativas de liberdade, o que justificaria a aplicação do mesmo prazo prescricional excepcionalmente nessa hipótese. 4. Transcorrido o lapso prescricional superior a dois anos, contados entre a data do recebimento da denúncia 24/6/2002 (fl. 84) e a publicação do édito condenatório 03/6/2008 (fl. 155), verifica-se a extinção da punibilidade estatal quanto ao crime imputado ao Recorrente. 5. Embargos de declaração rejeitados. Declarada, de ofício, a extinção da punibilidade estatal, em face da prescrição da pretensão punitiva." (STJ, EDcl no AgRg no REsp 1230099/AM, 2010/0219705-4, rel. Min. Laurita Vaz, j. 20.08.2013, 5ª T., *DJe* 27.08.2013).

34. "Art. 114. A prescrição da pena de multa ocorrerá: I – em 2 (dois) anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada;"

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Conforme consta na ementa, a posição da e. relatora, Ministra Laurita Vez, vencedora à unanimidade na ocasião, encontra-se bem resumida neste excerto do seu voto-relatório:

> "Atenta ao que estabelece o art. 79 da Lei 9.605/98, prevendo a aplicação subsidiária do Código Penal, e sendo certo que o caso trata de aplicação exclusiva de pena de prestação de serviços à comunidade, penso que se aplica subsidiariamente, na falta de previsão específica, o disposto no art. 114 do Código Penal, segundo o qual, 'a prescrição da pena de multa ocorrerá: I – em 2 (dois) anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada'. Isso porque a multa, assim como a prestação de serviços à comunidade são penas que não privativas de liberdade, o que, a meu ver, justificaria a aplicação do mesmo prazo prescricional excepcionalmente nessa hipótese."

Tal precedente não é isolado, visto que tal posição já foi abraçada em diversos Tribunais de Justiça[35] e em Tribunais Regionais Federais[36].

Decerto, uma vez reconhecida a lacuna legal no que tange à prescrição, deve-se buscar a solução juridicamente adequada para saná-la, sob pena de ter-se por imprescritíveis os delitos ambientais perpetrados pelos entes morais, resposta esta – pois não se pode se chamar isso de solução – em todo inadequada à ordem constitucional. Afinal, quando quis, o legislador constitucional, de modo taxativo, frisou as espécies de delitos que cujas penas seriam imprescritíveis[37] assim os declarando na Carta Magna, de modo que não está na alçada do legislador ordinário acrescer a ou subtrair de tal rol, ainda mais por meio de omissão.

É preciso admitir que, ante o senso de alta reprovabilidade que nossa sociedade nutre diante desses, pode parecer espantoso defender a prescritibilidade dos

35. 1. TJSP, Recurso em Sentido Estrito 00039935020148260361/SP, 0003993-50.2014.8.26.0361, rel. Camargo Aranha Filho, j. 20.10.2016, 15ª Câmara de Direito Criminal; 2. TJRS, Mandado de Segurança 0422103-04.2015.8.21.7000, rel. Rogério Gesta Leal, j. 17.12.2015, 4ª Câmara Criminal; 3. TJMT, Apelação Criminal 0000888-22.8.11.0082, j. 04.11.2015; 4. TJRS, Recurso em Sentido Estrito 70026956300, j. 25.06.2014, rel. José Eugênio Tedesco, 4ª Câmara Criminal.

36. 1. TRF-1, Apelação Criminal 00018256220114013804, j. 13.12.2015, rel. Alderico Rocha Santos, 4ª T.; 2. TRF-4, Apelação Criminal 5006788-12.2014.4.04.7208, j. 06.02.2018, rel. Cláudia Cristina Cristofani, 7ª T.

37. "Art. 5º [...] XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; [...]XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;"

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

crimes ambientais no prazo bienal. Todavia, ainda que se critique o exíguo prazo prescricional da multa, essa nos parece a única solução juridicamente aceitável[38]. É que, diante de uma lacuna legal, resta ao magistrado decidir *de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito* (art. 4º, LINDB[39]) e, sem muito esforço, observamos que a solução adotada pela 1ª corrente – a adoção dos prazos do art. 109 do CP – não constitui uma verdadeira analogia, à medida em que equipara dois elementos que, no mundo jurídico, são essencialmente diferentes: a pena não corporal substitutiva de pena corporal e a pena não corporal cominada de modo originário.

A única solução analógica e, portanto, a única que detém respaldo no nosso ordenamento para suprir a lacuna legal é a defendida pela segunda corrente – a utilização do prazo bienal do art. 114, I – já que esta apresenta o necessário traço de semelhança entre dois institutos jurídicos a justificar a extensão da aplicabilidade de um dispositivo legal, no caso, o art. 114, I, do CP. Tal semelhança reside no fato da pena de multa autônoma possuir, assim como as demais apresentadas no rol do art. 21 da LCA, natureza não corporal, sendo também de cominação originária, e não substitutiva. Logo, não há que se falar que a solução dada pela primeira corrente constitui analogia "in malam partem", quando comparada à segunda corrente, uma vez que sequer trata-se de verdadeira analogia. Como frisado anteriormente, a primeira corrente, ao defender a plena aplicabilidade dos prazos do art. 109 do CP, não reconhece a existência de lacuna legal a reclamar solução de natureza extralegal, como a analogia. Por reconhecermos a existência da lacuna, buscamos uma solução extralegal, sendo a única que se vislumbra a aplicação analógica do art. 114, I, do CP, a fim de suprir tal lacuna legal detectada em uma situação similar, qual seja, as das demais penas não privativas de liberdade do artigo 21 da LCA.

3. Conclusão

Por fim, é imperioso reconhecer que a Lei de Crimes Ambientais apresenta relevantes lacunas quanto à aplicação das sanções previstas para as pessoas jurídicas, em especial no que tange à duração das penas e seus prazos prescricionais.

38. "Se se pretender eficaz a condenação de pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, que se materialize sua responsabilidade no prazo de dois anos, sob pena de extinção da punibilidade – observados, obviamente, os marcos interruptivos da prescrição." IENNACO DE MORAES, Rodrigo. Op. cit., p. 122.

39. Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Uso Exclusivo Do RBCCRIM

Tais lacunas reclamam solução, visto que seu mero reconhecimento sem a apresentação de uma alternativa juridicamente adequada levaria à errônea conclusão de que os crimes ambientais são imprescritíveis, o que não se amolda à ordem constitucional, à medida que a Carta Magna determina de modo explícito e taxativo as espécies de delitos dotados de imprescritibilidade, rol que não pode ser extensível por mera analogia.

Tampouco aplicáveis os prazos do art. 109 do Código Penal, em razão da natureza originária de tais sanções, que não decorrem de penas corporais substituídas. A aplicação do art. 109 do Código Penal de maneira analógica fere o Princípio da Legalidade, visto que o art. 109, parágrafo único, do CP e o art. 7º da LCA tratam da substituição de penas restritivas de liberdade por penas restritivas de direitos, situação diversa – e não análoga – a das penas cominháveis aos entes morais.

A melhor solução é a aplicação analógica do prazo prescricional bienal fixado para a multa, previsto no art. 114, I, do Código Penal. Isso, porque a pena restritiva de direitos e a pena de prestação de serviços à comunidade são, assim como a multa quando cominada autonomamente, penas não corporais. Tal similaridade as aproxima, sendo a melhor escolha jurídica a aplicação, via extensão analógica, do prazo prescricional da pena de multa para as demais modalidades de pena não corporais.

Verifica-se, também, que a aplicação do prazo prescricional bienal para penas não corporais diferentes da multa não constitui nenhum ineditismo no direito brasileiro, uma vez que tal prazo também é utilizado para o crime de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei 11.343/06), delito esse que também não prevê pena privativas de liberdade.

A exemplo do que ocorreu na Lei de Drogas, a qual prevê taxativamente o prazo bienal para o delito do art. 28 do diploma, o ideal seria que o legislador ordinário reformasse a Lei de Crimes Ambientais para suprimir a lacuna legislativa apontada por meio da adição de dispositivos expressos relativos à duração das penas aplicáveis às pessoas jurídicas, bem como dos seus respectivos prazos prescricionais.

Bibliografia

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal*: parte geral. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINO NETO, Nicolao; BELLO FILHO, Ney; DINO, Flávio. Crimes e infrações administrativas ambientais. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. Crimes contra a natureza. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvio. Crimes Ambientais. São Paulo: Ed. RT, 2011.

IENNACO DE MORAES, Rodrigo. Prescrição bienal da responsabilidade penal da pessoa jurídica por crime ambiental. *Anais do IX Congresso Estadual da Associação Mineira do Ministério Público*. Belo Horizonte, 2010.

IENNACO DE MORAES, Rodrigo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Juruá, 2006.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Crimes ambientais*: comentários à Lei 9.605/98. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis *penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PENNA, Sérgio F. P. de O.; MACIEL, Eliane Cruxên B. de Almeida. *Técnica legislativa*: orientação para a padronização de trabalhos. Brasília: Senado Federal, 2002.

QUEIJO, Maria Elizabeth. Prescrição nos delitos ambientais atribuídos à pessoa jurídica. In: JÚNIOR, Ney Fayet (Coord.). *Prescrição penal*: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Pessoa jurídica: ação penal e processo na Lei Ambiental, de Tupinambá Pinto de Azevedo – *RDA* 12/106-124 (DTR\1998\426);
- Reminiscências da responsabilidade penal da pessoa jurídica e sua efetividade, de Fábio Guedes de Paula Machado – *RBCCrim* 79/75-100, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 3361-386 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/963-988 (DTR\2009\359); e
- Sanção penal e pessoa jurídica na Lei dos Crimes Ambientais brasileira: algumas considerações, de Denise Hammerschmidt – *Ciências Penais* 3/212-238 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico*.

USO EXCLUSIVO DO BOOKRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO TEC CRIM

A legalidade à luz do garantismo penal nos crimes ambientais: análise dos critérios limitadores na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Legality in the light of criminal garantism in environmental crimes: an analysis of limiting criteria in jurisprudence of the Superior Court of Justice

Érica Montenegro Alves Barroso
Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza,
Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza. Advogada criminalista.
ORCID: 0000-0003-0610-9296
erica_barroso_@hotmail.com

Recebido em: 12.11.2019
Aprovado em: 20.07.2020
Última versão da autora: 28.07.2020

Áreas do Direito: Penal; Ambiental

Resumo: O objetivo deste artigo é apresentar análise exploratória do princípio da legalidade à luz do garantismo penal nos crimes previstos na Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), a partir de critérios limitadores na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, busca-se discutir, em primeiro momento, o princípio da legalidade penal como importante instrumento de legitimidade e limitação dos tipos penais, a fim de discutir as técnicas legislativas dos crimes de perigo abstrato e da acessoriedade administrativa, típicas na construção dos delitos ambientais. Apresenta, ao final, um estudo de 34 acórdãos do Superior Tribunal de Justiça divididos em quatro subtópicos relativos à legalidade, quais sejam: bem jurídico penal do meio ambiente, tipicidade, remissão às normas administrativas e juízo de ofensividade. A metodologia manifesta-se

Abstract: The objective of this article is to present an exploratory analysis of the principle of legality in the light of criminal guarantism in crimes provided for by Law n. 9,605 / 98, (Environmental Crimes Law), based on limiting criteria in the jurisprudence of the Superior Court of Justice. In this sense, we seek to discuss, firstly, the principle of criminal legality as an important instrument of legitimacy and limitation of criminal types, in order to discuss the legislative techniques of crimes of abstract danger and administrative accessority, typical in the construction of crimes. environmental Finally, it presents a study of 39 judgments of the Superior Court of Justice divided into four subtopics relating to legality, which are the juridical goods environment, typicality, reference to administrative rules and offense judgment. The methodology

através de uma abordagem qualitativa, a partir da coleta de dados mediante consulta no sítio institucional do Superior Tribunal de Justiça, durante o período de 2003 até 2019, traçando-se uma análise bibliográfica e documental de doutrinas da literatura técnico-científica e em artigos veiculados em revistas, periódicos e *sites* acadêmicos nas áreas afins ao tema.

Palavras-chave: Princípio da Legalidade – Garantismo penal – Lei 9.605/98 (Leis dos Crimes Ambientais) – Critérios limitadores– Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

is manifested through a qualitative approach, based on data collection through consultation on the institutional website of the Superior Court of Justice, from 2003 to 2019, outlining a bibliographic and documentary analysis of doctrines of the technical literature. and articles published in journals, journals and academic websites in areas related to subject.

Keywords: Principle of Legality – Criminal Garantism – Law 9,605/98 (Laws of Environmental Crimes) – Limiting Criteria – Jurisprudence of the Superior Court of Justice.

Sumário: 1. Introdução. 2. O princípio da legalidade à luz do garantismo penal. 3. Da técnica legislativa nos crimes da Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais). 3.1. Dos crimes de perigo abstrato. 3.2. Do recurso à acessoriedade administrativa. 4. O Superior Tribunal de Justiça e os critérios de legalidade nos crimes ambientais. 4.1. Bem jurídico penal do meio ambiente. 4.2. Tipicidade. 4.3. Remissão às normas administrativas. 4.4. Juízo de ofensividade nos tipos penais. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

Ao debruçarmos atenção à Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), será possível observar uma dependência dos tipos penais a conceitos do direito administrativo, como "áreas de conservação ambiental", "unidades de conversação permanente", mas também da construção de ilícitos que antecedem o dano, dada a natureza dos bens jurídicos tutelados e a proposta de viés preventivo, com destaque para os crimes de perigo abstrato, suscitando questionamentos do ponto de vista da legalidade penal.

De qualquer forma, é possível averiguar uma situação de esfumaçamento e de necessária complementação na construção das normas penais ambientais, em que o crime se mostra pouco preciso, trazendo questões relativas às normas penais em branco, devido ao uso recorrente da acessoriedade ou simplesmente questões de atipicidade, o que causa importante discussão em torno da tipificação de condutas diante do princípio da legalidade, pedra angular de um direito penal garantista.

Nessa linha, em comprometimento com os esforços de manutenção do direito penal com os princípios e garantias que o fundamentam, principalmente sob o viés da legalidade, o artigo busca uma leitura do princípio da legalidade à luz do

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

garantismo penal, sobretudo do conjunto de garantias que envolvem e legitimam o direito penal que pretende ser mínimo, de modo a estabelecer um confronto com os recursos legislativos utilizados nos ilícitos típicos do meio ambiente.

Por fim, após análise das técnicas da acessoriedade administrativa e dos crimes de perigo abstrato, busca-se estabelecer um estudo qualitativo dos critérios limitadores da legalidade nos crimes ambientais, a partir de uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista ser esta Corte responsável por uniformizar a interpretação das leis federais em todo o território nacional, seguindo os princípios constitucionais e a garantia e defesa do Estado de Direito.

Nesse aspecto, o presente trabalho tem como objetivo uma análise exploratória do princípio da legalidade à luz do garantismo penal nos crimes previstos na Lei dos Crimes ambientais, lei n. 9.605/98, a partir de critérios limitadores na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Utilizou-se, para tanto, de metodologia bibliográfica, por meio de consulta de doutrinas da literatura técnico-científica e artigos veiculados em revistas, periódicos e *sites* acadêmicos nas áreas afins ao tema, além da análise de documentos e da coleta de dados mediante consulta no sítio institucional do Superior Tribunal de Justiça.

2. O princípio da legalidade à luz do garantismo penal

A elaboração teórica de Luigi Ferrajoli remete explicitamente à reflexão iluminista sobre o fundamento, os escopos e os limites da "justiça punitiva". Com efeito, em sua obra *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, renova-se o fecundo casamento entre utilitarismo e contratualismo típico do discurso político dos iluministas. Um discurso que, a partir do reconhecimento do caráter intangível da vida, da liberdade e da propriedade dos indivíduos, privilegiava uma concepção do Estado antitética em relação àquela acreditada pelo antigo regime absolutista. Desenhava-se a consciência de que para tutelar os indivíduos era necessário regular, limitar e controlar o exercício do poder (IPPOLITO, 2011, p. 36).

Dessarte, o garantismo penal que ganha notoriedade através do jurista italiano exprime uma doutrina filosófico-política de justificação do Direito Penal e, simultaneamente, uma teoria jurídico-normativa das garantias penais e processuais: De um lado, uma filosofia utilitarista sobre os objetivos e os fundamentos do Direito Penal; do outro lado, uma teoria do Direito Penal Mínimo, em grande medida, recalcada sobre os princípios de justiça e de garantia que, nos ordenamentos democráticos, são habitualmente formulados nas suas Constituições (FERRAJOLI, 2008, p. 57).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Nas reflexões de Feldens (2010, p. 65), o garantismo encontra seu "marco teórico" no Estado Constitucional e, em especial, na positividade dos direitos fundamentais. De fato, se constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei, chega-se à ilação de que o garantismo é uma espécie de "constitucionalismo aplicado"; vale dizer, de uma doutrina que reza a observância desses dois postulados basilares, de matriz constitucional, na legislação infraconstitucional e nas práxis jurisdicional e executiva.

Nesses termos, Ferrajoli propõe três significados para "Garantismo". O primeiro deles decorre do entendimento de Garantismo como um modelo normativo de Direito, já que é justamente a partir do Direito Penal que a palavra representa a ideia de estrita legalidade, própria do Estado de Direito; o segundo representa a acepção do termo Garantismo como uma teoria jurídica da validez e da efetividade, consideradas categorias distintas entre si, e também da vigência ou existência das normas. A terceira forma de compreender o Garantismo seria a de uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade (FERRAJOLI, 2002, p. 685).

Para tanto, Ferrajoli denominou de garantista, cognitivo ou de legalidade estrita o sistema penal SG, , estruturado a partir de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, , o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal (FERRAJOLI, 2002, p. 74).

Ademais, de todas as garantias ou princípios garantias expressos pelos dez axiomas do sistema SG, o princípio da legalidade estrita enunciado no axioma A3 (*Nulla Lex (poenalis) sine necessitate*) ocupa lugar central na doutrina garantista penal.

Para Luigi Ferrajoli, é imprescindível considerar que o princípio da legalidade estrita distingue-se do princípio de mera ou lata legalidade, pois enquanto o axioma de mera legalidade se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine judicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*) (FERRAJOLI, 2002, p. 76).

O princípio da legalidade estrita é, portanto, uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter "constitutivo" e não "regulamentar" daquilo que é punível. O princípio da estrita

Uso Exclusivo Do IBCCRIM

legalidade não admite "normas constitutivas", mas somente "normas regulamentares" do desvio punível (FERRAJOLI, 2008, p. 31).

Ademais, a teoria garantista traz a lume o princípio da secularização, que, embora não esteja explicitado entre seus axiomas, traduz-se no postulado fundamental de uma sociedade pluralista, na qual as leis devem ser elaboradas e aplicadas sob o prisma da tolerância, da igualdade substancial e da dignidade da pessoa humana, sendo inadmissível a punição de meros estados de ânimo pervertido, comportamentos imorais, perigosos ou hostis, visto que esses quesitos internos não integram as cláusulas do pacto social (ALMEIDA, 2011, p. 134).

A esse respeito, por se tratar de uma teoria que se desenvolve no ambiente do Estado Constitucional de Direito e é própria dele, não traz consigo a simples defesa de um mero legalismo, até porque o Garantismo é incompatível com a falta de limitação jurídica do poder legislativo, já que a mera sujeição do juiz à lei possibilitaria a convivência com as políticas mais autoritárias e antigarantistas (ABELLÁN, 2005, p. 21).

Nesses termos, o princípio da legalidade mantém quatro exigências diante do legislador e do juiz. Exige que se formule do modo mais preciso possível as descrições do delito (*nullun crimen sine lege certa*) e que as leis não possuam efeito retroativo (*nullum crimen sine lege praevia*). Tal princípio exige do juiz que fundamente as condenações somente na lei escrita e não em Direito consuetudinário (*nullum crimen sine lege scripta*) e que não amplie a lei escrita em prejuízo do acusado (*nullum crimen sine lege stricta*), a chamada "proibição da analogia") (HASSEMER, 2005, p. 335).

A partir de uma visão racionalista e minimalista do Direito Penal, a teoria garantista prevê uma legalidade insculpida em aspectos formais, destinada aos juízes e aos intérpretes da lei, a partir da ideia de que somente a lei pode definir uma conduta como crime e impor sanções, mas também um aspecto material ou substancial (estrita legalidade), destinado ao legislador penal, que deve se ater a fatos objetivos e empíricos relevantes na construção dos tipos penais, a partir dos desdobramentos da taxatividade.

Nas reflexões de Lopes (1997, p. 59), um Direito Penal que se pretenda moderno e que viceje no interior de um espírito típico de um Estado Democrático de Direito não se contenta com uma garantia da legalidade que se limite ao plano formal, qual fosse o princípio, na verdade e na essência, uma reles projeção da anterioridade da lei penal. Impõe-se a descrição de condutas marcadas de um sentido de rigidez definidora dos padrões de conduta eleitos com carga de ilicitude.

No entanto, percebe-se na atualidade que os sistemas punitivos, rompendo com os liames de racionalidade, transformam-se em sistemas de controle sempre

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

mais informais e menos penais, produzindo uma crise do direito penal, ou seja, do conjunto de formas e garantias que o distinguem de outra forma de controle social. Os vínculos com os pressupostos garantistas de previsibilidade mínima, racionalidade e cognição são desfeitos, rememorando modelos desjuridicizados e desregulamentados de culpabilidade objetiva (CARVALHO, 2008, p. 92).

Ademais das contingências apontadas, a inflação legislativa e a amplitude semântica que predomina na construção dos tipos penais atuais, notadamente de figuras que integram a legislação penal esparsa, como os crimes ambientais, objeto de estudo do presente trabalho, caracterizam importante mitigação da natureza garantista do princípio da reserva legal.

Dando seguimento, como bem salienta Andrei Schmidt (2018, p. 125), conquanto possamos aceitar que boa parte das proibições penais venha antecedida de um desvalor ético-social bem delimitado, a condição política da existência de um crime está contingenciada pelo respaldo legal de sua definição como ente jurídico. Assim é que a fenomenologia de um desvio só pode assumir uma expressão política na medida em que catalogado em lei como delito. O respeito à reserva de lei, portanto, é uma condicionante da identidade cultural do Estado de Direito. Ou o princípio da legalidade é observado, ou estaremos falando de outro modelo de Estado.

Portanto, a observância do princípio da legalidade penal e das garantias penais que se consubstanciam como derradeiro da reserva legal, é pedra angular na construção e na manutenção de um sistema penal mínimo e garantista, estruturado conforme os ditames estabelecidos em um Estado de Direito, ou seja, de um estado que delega seu poder punitivo à legitimidade e à limitação estipuladas pela lei.

3. Da técnica legislativa nos crimes da Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais)

A Lei federal 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, Lei dos Crimes Ambientais, representou importante avanço em termos de proteção ambiental ao sistematizar, pela primeira vez em nosso ordenamento, um instrumento legal com infrações de natureza predominantemente criminal, apesar de ainda conter em seu texto aspectos de índole administrativa e internacional, voltados para a tutela específica do meio ambiente como bem jurídico-penal.

Ademais, no que tange ao instrumento normativo federal, convém destacar na presente exposição que, ao buscar um tratamento penal unívoco, a Lei dos Crimes Ambientais é pródiga em técnicas legislativas questionáveis, com

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

conceitos amplos e indeterminados, recheada de normas penais em branco, com excessiva dependência administrativa, fonte primeira das indeterminações típicas (PRADO, 2012, p. 164).

Para além da questão atinente à remissão às normas administrativas, outro ponto relevante da Lei 9.605/98 é a técnica legislativa dos crimes de perigo abstrato, prática até então pouco utilizada, haja vista a maior parte dos crimes e das contravenções penais ambientais estarem sob a forma de dano, através de normas esparsas (FREITAS, 2006, p. 7).

Nesse sentido, o presente trabalho debruçar-se-á nas duas questões específicas relativas à formulação dos tipos penais na Lei 9.605/98, a fim de perfilhar tais questões no bojo doutrinário, somente após estabelecer uma breve análise jurisprudencial das hipóteses e dos limites de incidência das normas penais ambientais, conforme a interpretação do Superior Tribunal de Justiça.

3.1. Dos crimes de perigo abstrato

Como informa Cruz (2006, p. 9), o ponto nuclear do direito penal ambiental e da tutela ambiental se dá através da precaução de riscos e da prevenção de danos, de modo que a eficácia da proteção ambiental só será possível a partir de uma política de prevenção de danos e não pela simples reparação, haja vista a natureza irreparável dos danos ambientais[1].

Consoante Paulo Affonso Leme Machado (2013, p. 110), a própria norma fundamental chancela a necessidade em controlar e não aceitar certos riscos, como aqueles que colocam em perigo valores constitucionalmente protegidos, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado e os processos ecológicos essenciais. Assim mesmo, a precaução é condição salutar para evitar prejuízos causados por ações ou omissões humanas, mas também na prevenção oportuna desses prejuízos.

De maneira mais clara, os princípios da precaução e da prevenção, fundamentais na construção e tutela do meio ambiente, correspondem à proteção da

1. A mesma autora ratifica que o Direito Penal Ambiental se consolida a partir da prevenção do dano, sob três momentos distintos: o primeiro relativo à elaboração de tipos penais de dano, mas também na tipificação de condutas perigosas ao bem jurídico tutelado; o segundo seria a prevenção geral realizada pela norma positiva com o escopo de reforçar a confiança da norma e a importância do bem jurídico ambiente; e, o terceiro momento, através de uma prevenção especial perante o autor da conduta, de modo a demonstrar a validade do bem atingido e a concretização do princípio do poluidor pagador (CRUZ, 2006, p. 11).

USO EXCLUSIVO BOIBCCRIM

natureza contra perigos ou impactos desconhecidos (abstratos) ou de situações de perigo já conhecidas (concretos), respectivamente. Nesse sentido, enquanto a precaução evita riscos potenciais ainda desconhecidos de uma determina conduta, a prevenção age no sentido de coibir a reiteração da conduta já conhecida e danosa ao meio ambiente (GUERRA, 2014, p. 121).

Como bem frisou Figueiredo Dias (2012, p. 40), o Direito Penal começa a reagir no sentido de contenção dos riscos globais, reconhecendo a inoperância em esperar os resultados lesivos à qualidade de vida humana, como as lesões ecológicas, para só, posteriormente, intervir com o aparato punitivo estatal. Se a tutela criminal quiser ser minimamente eficaz diante de um perigo potencial de lesão futura, deverá agir de maneira antecipada, a fim de coibir práticas perigosas de proporções globais.

Essa nova forma de pensar o direito penal, todavia, faz insurgir construções legislativas que se antecipam às ocorrências efetivas de dano ao meio ambiente, ao criarem tipos penais de precaução sob a forma dos delitos de perigo abstrato[2]. Contudo, insurge a questão relevante acerca da necessária ofensividade dos bens jurídicos tutelados, de modo a exigir esforços da dogmática penal na delimitação dos delitos de precaução (BOTTINI, 2006, p. 65).

Por assim dizer, o conceito dos crimes de perigo abstrato deixa de lado a corriqueira definição de perigo meramente presumido pelo legislador no momento de criação da norma, para se adequar ao critério de ofensa ao bem jurídico relevante, adquirindo, assim, a exigência normativa de uma possibilidade significativa de dano a um bem jurídico-penal, situação que demonstra a insuficiência no conceito dos crimes de perigo concreto (D'AVILA, DARCIE, 2011, p. 9).

Nesse contexto, os crimes de perigo abstrato, diferentemente dos crimes de perigo concreto, possuem dois elementos distintivos: a não exigência do bem jurídico protegido no âmbito da conduta perigosa e a probabilidade de dano. Entretanto, a simples possibilidade de dano não atribui dignidade penal na construção dos tipos penais; mas, a partir de um critério positivo de não insignificância do

2. Ao abordar o paradoxo do risco com a política criminal contemporânea, o mesmo autor faz um alerta para as técnicas legislativas utilizadas em virtude de uma nova cultura de precaução e prevenção de riscos. Nesses termos, destaca, ainda, as dificuldades do legislador de compor na descrição típica todos os aspectos dos comportamentos apontados como arriscados, a dificuldade em manter as normas criminais atualizadas diante do desenvolvimento científico e tecnológico e, por fim, destaca as dificuldades em discernir os riscos aceitos e aqueles que não podem ser tolerados no âmbito de proteção dos bens jurídicos fundamentais (BOTTINO, 2011, p. 116).

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

dano. Assim, o critério limite dos crimes de perigo abstrato seria a possibilidade não insignificante de dano ao bem jurídico (D'AVILA, 2007, p. 39).

A questão ora suscitada segue o viés onto-antropológico da relação de cuidado de perigo, como categoria valorativa que, segundo as regras constitucionais, possibilita a construção de tipos legais de crime, segundo uma forma específica de ofensa de perigo, o que traduz bem os limites precisos dos comportamentos proibidos (COSTA, 2002, p. 18).

Nas palavras de Andrei Schmidt (2018, p. 2014), o juízo de valor nos crimes de perigo abstrato se perfaz em duas etapas: sendo a primeira referente ao juízo *ex ante* objetivo de uma possibilidade de dano ao bem jurídico; e a segunda, um juízo positivo de significação da possibilidade de dano. Nesse sentido, o tipo penal abstrato, apesar de existirem outras categorias intermediárias, consiste na técnica máxima de proteção jurídico-penal compatível com o princípio da ofensividade, ao passo que permite às agências penais aferir a significação da conduta humana.

Desse raciocínio, é possível aferir que os crimes de perigo abstrato encontram sua razão de ser na proteção de bens jurídicos dinâmicos, com um espectro de manifestação que legitime a ampliação da tutela penal, tão característico da criminalidade difusa do meio ambiente.

A título de exemplo, o art. 44 da Lei 9.605/98 trata da extração sem prévia autorização de pedra, areia, cal ou qualquer espécie de mineral. No tipo-ilícito, caso não haja qualquer possibilidade de dano significativo aos valores ambientais prontamente tutelados pela norma, afastado estará o crime de perigo abstrato, pois não há ofensividade na conduta, sendo insuficiente a simples ausência de autorização para caracterizar um desacordo material do agente com as regras técnicas (D'AVILA, 2007, p. 45).

No contexto da ofensividade, Fábio Roberto D'Avila (2011, p. 52) cita ainda os denominados crimes de acumulação que, diferente dos crimes de perigo abstrato, não trazem nem sequer uma ideia de perigosidade geral associada à conduta punível. Caracterizam-se por condutas consideradas lesivas ao bem jurídico apenas quando prática por um número elevado de pessoas, o que no âmbito penal seria inaceitável, pois a ofensa só seria percebida fora dos limites relacionais da conduta punível, a partir da consideração de uma hipótese teórica de repetição.

Nesse sentido, é possível concluir que a ofensividade constitui garantia indispensável de valoração no direito penal ambiental, na medida em que uma conduta somente terá relevância quando e somente se colocar em perigo bens jurídicos ambientais. Portanto, a fim de cumprir o desiderato de legitimidade, a

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

tutela ambiental deve conservar os seguintes elementos: proteção de bens jurídicos ambientais, aplicação do princípio da ofensividade e vinculação ao injusto material (CAETANO, 2011, p. 13).

A consequência lógica do raciocínio aqui empreendido abre espaços para a importância e necessária aplicação de princípios de natureza substancial, notadamente os de conteúdo material do ilícito, como a questão da (in)significância nos delitos ambientais. Vale dizer, o próprio caráter difuso e a técnica legislativa escolhida reforçam a necessidade de um juízo de racionalidade indispensável à lei penal, a fim de evitar seu fracasso regulatório (D'AVILA, 2010, p. 16).

3.2. Do recurso à acessoriedade administrativa

Como dito anteriormente, é comum na construção dos tipos penais da Lei 9.605/98 o recurso aos crimes de perigo e a utilização de normas penais em branco, a fim de dar completude e alcance ao conteúdo da norma penal. Todavia, tais técnicas legislativas suscitam questionamentos do ponto de vista do princípio da legalidade, pedra angular de um direito penal garantista.

Partindo desse pressuposto, na descrição dos tipos penais ambientais é constante o recurso a elementos normativos que se traduzem em expressões técnicas de outras áreas, notadamente a administrativa, como "silvestre" ou "unidades de conservação". Além disso, diante das especificidades que envolvem a tutela do meio ambiente, é comum que o legislador recorra a outras normas para definir e, muitas vezes, viabilizar a proteção que se busca por meio da norma penal (PRADO, 2012, p. 95).

A essa relação de dependência do direito penal com o direito administrativo é que chamamos de acessoriedade administrativa. Sujeição que pode ocorrer a partir da utilização de conceitos administrativos (acessoriedade conceitual), por intermédio de um ato administrativo individual ou por meio de um ato administrativo geral (GRECO, 2006, p. 160).

Sobre o tema, Luís Paulo Sirvinskas (1998, p. 10) sustenta que, na defesa do meio ambiente, há a necessidade da complementação por via dos atos administrativos, haja vista ser a lei penal estática e o ambiente dinâmico, de modo que a fluidez administrativa tornaria mais eficaz à tutela penal, que não dependeria de nova tramitação de lei para fins de adaptação aos processos ecológicos, ressaltando, contudo, que o ato não cria novos tipos criminais.

Do lado oposto, Danilo Lobato (2010, p. 132) afirma que a acessoriedade nada mais é do que a dependência do direito penal às normas legais e infralegais do direito administrativo, de forma que a técnica violaria o princípio da isonomia, pois

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

entes federativos legislam de formas diferentes sobre a mesma situação concreta, o que acarreta discrepâncias na leitura dos tipos penais. Ademais, critica a dependência da lei penal e das respectivas punições de lesões ambientais às ordenações particulares, através de atos administrativos, muitas vezes discricionários.

No mesmo sentido, Alamiro Velludo Netto (2010, p. 231) pontua que, assim como nos elementos normativos, a acessoriedade conceitual não demanda incompatibilidade com o princípio da legalidade, já que permite um diálogo natural do direito penal com os demais ordenamentos jurídicos. Todavia, tal entendimento não pode ser estendido aos demais tipos de acessoriedade, haja vista tais modalidades transferirem o cerne da criminalização às normas administrativas, o que desnatura a própria essência de *ultima ratio* do direito penal ao penalizar inúmeros descumprimentos de regras administrativas.

Entretanto, a acessoriedade adotada em nosso ordenamento é a relativa, ou seja, a tutela penal é relativamente dependente da norma administrativa que integra a própria estrutura do injusto como seu elemento constituinte. Nesse sentido, não basta a mera desobediência para se configurar o tipo penal, mas uma ação com consequências que, ao menos potencialmente, possam prejudicar o bem jurídico ambiental tutelado (GOMES, 2010, p. 203).

Por derradeiro, Erika Mendes de Carvalho (2011, p. 30) inova o debate ao dispor sobre o caráter valorativo geral que a acessoriedade de ato ou de direito administrativo desempenha no tipo penal. Desse modo, o elemento normativo é responsável por ponderar a utilidade social da conduta do agente; assim, se for socialmente adequada, não há que se falar em uma lesão a bens jurídicos, e, consequentemente, desvalor de uma ação.

Em outras palavras, no âmbito da criminalidade ambiental, dada a contrariedade dos interesses postos, de um lado condutas voltadas ao desenvolvimento econômico, e de outro, o ambiente ecologicamente equilibrado, a acessoriedade realiza uma ponderação de interesses, de forma que o legislador, imbuído pela ideia de desenvolvimento sustentável, condiciona a realização efetiva do injusto penal às ações potencialmente lesivas, a partir de um juízo valorativo da norma administrativa (CARVALHO, 2011, p. 31).

A esse respeito, Prado (2012, p. 93) salienta que justamente por causa dos princípios estruturantes de um direito penal democrático, como o princípio da intervenção mínima, da fragmentariedade e da necessidade, a lei penal só deve intervir em ocasiões de perigo ou de lesão extrema. Assim mesmo, o direito penal deve incidir nas lesões potencialmente graves ao meio ambiente, ainda que seja necessário para constatar essa lesividade, remeter-se à decisão administrativa.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

A propósito, indubitável restará a necessidade de a norma penal em branco conter em seu preceito primária a descrição do núcleo da ação proibida, além de traçar de forma clara e precisa o bem jurídico tutelado pela norma, de modo a fixar a margem de remissão por outro ato ou preceito normativo. Nesses termos, a matéria de reserva legal estará delimitada na norma penal, reservando ao preceito administrativo apenas questões de ordem técnica (GOMES, 2010, p. 200).

Dessarte, em conformidade com os princípios estruturais de um direito penal garantista, como o princípio da intervenção mínima, o princípio da lesividade e, como foco desta pesquisa, o princípio da legalidade, a acessoriedade administrativa assegura ao ilícito penal do ambiente a necessária complementação material de seu conteúdo, mas também assume o importante papel de fixação do risco permitido ao bem jurídico, de modo a permitir o alcance da intervenção penal somente às condutas potencialmente lesivas ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por todo o exposto, tendo em vista as considerações abordadas no presente artigo sobre o princípio da legalidade e as técnicas legislativas apontadas na criminalidade ambiental, torna-se imprescindível uma análise dos critérios de legalidade adotados pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos delitos ecológicos, haja vista a competência da Corte Superior em fixar os parâmetros interpretativos dos dispositivos federais em consonância com os princípios e garantias penais assegurados pela ordem constitucional vigente.

4. O Superior Tribunal de Justiça e os critérios de legalidade nos crimes ambientais

Conhecido o papel do Superior Tribunal de Justiça na fixação de parâmetros valorativos na interpretação das leis federais em território nacional, com o escopo de proteção dos princípios constitucionais e a garantia de defesa do Estado de Direito, pretende-se analisar no presente momento, se o STJ, ao julgar casos atinentes à criminalidade ambiental, adota critérios de legalidade condizentes com os parâmetros mínimos de um direito penal garantista.

Para tanto, fez-se um estudo de (34 acórdãos) estabelecidos no sítio institucional do STJ relativos aos crimes ambientais da Lei 9.605/98, a partir do critério de busca por "crime ambiental", de modo a considerar apenas os julgados relacionados com o tema da legalidade penal, refutando, dos 955 acórdãos analisados, julgados inerentes à competência processual em matéria ambiental e a despersonalização da pessoa jurídica.

Uso Exclusivo do IBCCRIM

Nesse sentido, o presente trabalho reuniu os principais julgados relacionados com a legalidade em quatro quesitos: tipicidade, bem jurídico, normas penais em branco e juízos de ofensividade, do ano de 2003, período em que foi possível colher acórdãos sobre tais temas, até o ano de 2019.

Com tal fim, o recorte dado aos acórdãos na pesquisa se deu ao longo de quatro subtópicos principais, quais sejam: i) bem jurídico penal do meio ambiente; ii) tipicidade; iii) remissão às normas administrativas; iv) juízo de ofensividade nos tipos penais.

Ademais, os julgados analisados no presente trabalho serão expostos através de um estudo qualitativo, pois se trata de indicativos relativos ao perfil do STJ na tratativa da legalidade nos crimes da Lei 9.605/98.

4.1. Bem jurídico penal do meio ambiente

Como bem acentua Guilherme Figueiredo (2008, p. 164), é preciso conciliar o modelo de produção e crescimento econômico utilitarista com os recursos naturais e a ecologia, de maneira a integrar a utilização dos bens da natureza com as mais prementes exigências de uma vida ecologicamente equilibrada.

Assim mesmo, por mais complexa que seja a demarcação do bem jurídico ambiente a ser tutelado sob o viés jurídico-penal, deve este guardar autonomia e dignidade penal, consoante assinala a norma fundamental, de modo que a sua tutela independe da coexistência de interesses individuais do homem; mas, sobretudo, como resultado de sua indispensável preservação para a existência das presentes e futuras gerações.[3]

A nova conformação civilizatória, na qual insurgem relações equilibradas com o meio ambiente, a partir de uma nova aliança do ser humano com a natureza, na garantia de um destino e futuro comuns, atribui ao ambiente subjetividade, dignidade e direitos, a partir de uma visão ecocêntrica, lastreada por uma nova ética socioambiental (VIANA, 2013, p. 225).

Nesse diapasão, a proteção do meio ambiente não se concebe perante concepções extremadas do antropocentrismo e do ecocentrismo, mas a partir de uma visão intermédia, porquanto a legitimidade de sua tutela independente da

3. A esse respeito, Luiz Regis Prado (2012, p. 120), de forma acertada, afirma que uma visão antropocêntrica do bem jurídico ambiente é reiterativa, pois todos os bens jurídicos são referidos ao homem e à ordenação de sua vida em sociedade; de forma que não só o ambiente, mas todos os objetos tutelados pelo Direito Penal, devem guardar relação direta ou indireta com o homem.

Uso exclusivo do IBCCRIM

referência a bens e interesses individuais do ser humano, além de ser um direito e um dever de todos, indispensáveis ao desenvolvimento e à qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Nesse viés, assente a uma visão intermédia e equilibrada da tutela do bem jurídico meio ambiente, o STJ, no julgamento do Recurso Especial 588022/SC, de 2004, de forma acertada, reconhece o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental de terceira geração, destacando, todavia, o seu caráter de dever a todos imposto, de modo que eventual confronto entre o direito ao desenvolvimento econômico e os princípios do direito ambiental, deve-se solucionar em prol do último.

Para tanto, convém destacar que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça já apontava para uma necessária interpretação da Lei de Crimes Ambientais à luz dos princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção, hipótese que se aufere ao longo da análise dos acórdãos relativos às matérias supramencionadas.

De fato, no que tange ao bem jurídico tutelado pelas normas penais, no julgamento do Recurso Ordinário no *Habeas Corpus* 17429/GO, de 2005, o STJ apontou para o entendimento de que só há crime contra o meio ambiente quando houver efetiva lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos tutelados. Na ocasião, em apreciação da suposta prática de poluição hídrica por rompimento de talude, o STJ afirmou ser punível a emissão de poluente efetivamente perigoso ou danoso para a saúde humana, ou que provoque a matança de animais ou a destruição significativa da flora, não se adequando ao crime de poluição do art. 54, *caput*, a conduta de poluir em níveis incapazes de gerar prejuízos aos bens juridicamente tutelados.

No julgamento do *Habeas Corpus* 35203/SP, de 2006, postulado para trancamento de ação penal relativa ao crime ambiental de dano a unidade de conservação de Proteção Integral do art. 40, § 1º, cujo paciente fez um levante de cerca em perímetro diminuto de área florestal, o STJ acentuou que o bem jurídico protegido pela lei ambiental diz respeito a áreas cujas dimensões e tipo de vegetação efetivamente integrem um ecossistema. A lei penal não poderia ser invocada, destarte, para punir insignificantes ações, sem potencial lesivo à área de proteção ambiental, mormente quando o agente resguarda a própria floresta nativa.

Em outros temos, enquadrando-se em um caso de atipicidade material, os julgados demonstram o acertado posicionamento do STJ em afastar qualquer possibilidade de crime diante da ausência de uma conduta lesiva ou com relativo

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

desvalor social para o bem jurídico protegido pela norma penal, qual seja, a conservação do ambiente.

Mais adiante, no julgamento do Recurso Especial 985174/MT, de 2009, o STJ reconheceu a autonomia do ilícito administrativo diante dos ilícitos penais, ao entender que a conduta de não especificação de guia relativa ao transporte de madeira caracteriza infração administrativa, conforme art. 70, mas também pode ensejar o crime de receptação ou aquisição de madeira ilegal previsto no art. 46, parágrafo único, da Lei 9.605/98. Tal postura demonstra a necessária semelhança qualitativa das infrações administrativas e penais, de modo a exigir uma necessária valoração de natureza quantitativa por parte do legislador, além de uma cautela do órgão julgador na análise dos casos concretos.

Entendimento consolidado no julgamento do Recurso Especial 1137314/MG, de 2009, em que o STJ reafirma que o transporte de carvão vegetal, sem prévia licença da autoridade competente, pode caracterizar, a um só tempo, crime ambiental (art. 46 da Lei 9.605/1998) e infração administrativa, nos termos do art. 70 da Lei 9.605/1998, destacando a importância da tutela da flora em questão, haja vista ser a extração de carvão mineral, decorrente da flora nativa, a conduta mais danosa à biodiversidade brasileira.

Ademais, o STJ destaca que, apesar de conter expressões de forma genérica, como "toda ação ou omissão que viole regras jurídicas", o art. 70 da Lei 9.605/98 cumpre o princípio da legalidade, que, no Direito Administrativo, não pode ser interpretado mais rigorosamente que no Direito Penal.

Por fim, já no referido ano de 2019, no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 63909/CE, o STJ dá provimento ao trancamento de ação penal decorrente da ausência de adequação típica da conduta do agente às elementares normativas do crime de corte de árvore em floresta de preservação permanente do art. 39 da Lei 9.605/98 e, portanto, de violação ao bem jurídico do patrimônio florestal (florestas de preservação permanente, ainda que em formação), ao construir em zona costeira distando aproximadamente 70 (setenta) metros do mar e próximo a dunas móveis e fixas, falésias vivas e fontes de água doce, ocasião em que não se vislumbra qualquer menção à floresta de preservação permanente.

No que tange ao bem jurídico do meio ambiente, tema que se reflete nos demais subtópicos, é possível constatar a acertada posição do STJ na interpretação dos tipos penais e no acolhimento da necessária lesividade das condutas para fins de aplicação da norma penal, haja vista a presença de infrações administrativas e criminais na Lei 9.605/98, o que enseja um rigor técnico do magistrado na valoração das condutas de cada concreto.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

4.2. Tipicidade

No plano da adequação típica, ao julgar o *Habeas Corpus* 29570/PA, de 2003, e interpretar o crime de receptação ou aquisição de madeira ilegal previsto no art. 46, referente à aquisição, para fins comerciais ou industriais, de madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal sem licença, o STJ reconheceu a atipicidade formal da conduta do agente que transportava restos de madeira beneficiada, imprestável para o comércio, doada com o objetivo de ensejar a construção de moradia para empregado da empresa doadora.

De fato, o STJ entendeu pela falta de subsunção da conduta ao tipo penal, o que caracteriza a atipicidade formal, por ausência de elementares normativas, além da ausência do elemento subjetivo específico referente à expressão "para fins comerciais ou industriais".

Caso semelhante pode ser visto no julgamento do *Habeas Corpus* 42528/MG, de 2005, em que o STJ firmou o entendimento de que a interdição de área por policiais militares para fins de garantir o funcionamento de barragem hidrelétrica e proteção de terceiros não constitui o crime ambiental de pesca ilegal do art. 34, que tipifica a pesca em período proibido ou em lugares interditados por órgão competente, pois a área não foi interditada por quaisquer dos órgãos a que se refere à Lei 9.605/98, ou seja, aqueles que constituem o SISNAMA (Lei 6.938/81, art. 6º). De modo que não houve subsunção da conduta do agente aos elementos normativos do delito em questão.

Igualmente, no *Habeas Corpus* 31395/SC, de 2005, o STJ reconheceu a atipicidade formal e material da conduta de extração mineral por órgãos da administração, para utilização em obras públicas, sem autorização, permissão, concessão ou licença, conforme reza o crime de extração de recursos minerais do art. 55, haja vista a desnecessidade de autorização do ente[4], além da ausência de proporcionalidade entre os benefícios sociais decorrentes da construção da obra e os pequenos danos causados ao bem jurídico tutelado.

4. O entendimento firmado pelo STJ de atipicidade formal da conduta se coaduna com o art. 2º, parágrafo único, do Decreto-Lei 227/67 (Código de Mineração), que dispõe: "O disposto neste artigo não se aplica aos órgãos da administração direta e autárquica da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo-lhes permitida a extração de substâncias minerais de emprego imediato na construção civil, definidas em Portaria do Ministério de Minas e Energia, para uso exclusivo em obras públicas por eles executadas diretamente, respeitados os direitos minerários em vigor nas áreas onde devam ser executadas as obras e vedada a comercialização." Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0227.htm]. Acesso em: 25.05.2019.

Uso exclusivo do RBCCrim

Ainda no plano da adequação típica formal, no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 24859/MG, de 2010, o STJ entendeu pela atipicidade da conduta de agente que autorizou a queimada em quatro hectares de mata de campo, área que não corresponde aos conceitos de "mata" e "floresta" previstos no art. 41[5].

Em tese, consoante entendimento de Luiz Regis Prado (2012, p. 239), compreende-se por mata o conjunto de árvores de porte médio e floresta como formação arbórea densa, de alto porte, que recobre área mais ou menos extensa.

Nesse sentido, acerta o STJ ao entender que a queimada autorizada pelo recorrente não ocorreu em local definido pela lei penal a fim de configurar o delito em espécie, ocasião em que não se coaduna, à luz do princípio da legalidade, em justa causa de prática do crime ambiental.

Na parte dos crimes contra a administração ambiental e o meio ambiente, destaca-se o julgamento do Recurso Especial 1618975/PR, de 2017, que reconheceu a necessidade de uma interpretação do crime de omissão de dever legal, prescrito no art. 68 da Lei 9.605/98, no sentido de propiciar uma tutela efetiva do meio ambiente.

Assim, o STJ reconheceu a relevância em criminalizar o agente público que se omite do dever legal de zelar pela preservação ambiental. Para tanto, pontuou, de forma acertada, o necessário preenchimento dos elementos objetivos do tipo penal, assim como os elementos do art. 13 do Código Penal. De modo que, no caso específico, o STJ entendeu por não eximir de responsabilidade o administrador público que, contrariando o dever legal ou contratual de fazê-lo, deixa de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental para evitar resultado danoso ao meio ambiente.

Afere-se, nesse sentido, que o STJ adota uma interpretação mais restritiva da norma penal, ratificando o entendimento firmado no julgamento do Recurso Especial 1032651/SC, de 2012, de que o sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, desde que incumbida do dever legal ou contratual de relevante interesse ambiental.

5. O mesmo entendimento pode ser visto no Agravo Regimental em Recurso Especial 1359176/MT, de 2012, em que o STJ acolheu o trancamento de ação penal relativa à queimada de 22,00 has (vinte e dois hectares) em área agropastoril. No caso concreto, a vegetação atingida pela suposta ação do acusado, bem como os efeitos causados pela queimada no local, não foram mencionados.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

Nota-se, assim, que em respeito à taxatividade e, consequentemente, à legalidade, o tipo não se aplica apenas a funcionários públicos, mas àqueles que têm o dever legal ou contratual de agir conforme a descrição típica.

Percebe-se, assim, que diante do tipo penal aberto, o STJ adotou uma exegese mais ajustada, de modo a exigir a intervenção penal apenas na presença das elementares do poder de agir e da posição de garantidor, exigência que busca suprir a generalidade da norma penal, em contribuição com o princípio da taxatividade.

No campo da tipicidade material dos crimes ambientais, destaca-se, inicialmente, o Agravo Regimental em Recurso Especial 1418795/SC, do ano de 2014, em que o STJ reconheceu a natureza formal e de perigo abstrato da primeira parte do crime de poluição, insculpido no artigo 54 da Lei 9.605/98, destacando que o risco e a potencialidade de dano à saúde humana são suficientes para configurar a conduta delitiva, não se exigindo, portanto, resultado naturalístico.

Tal entendimento se manteve no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 62119/SP, de 2015, e no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1098513/SP, de 2017, em que o tribunal manteve a tipicidade das condutas poluidoras em detrimento de exames periciais que demonstraram o evidente potencial lesivo dos danos aos bens jurídicos tutelados pela norma.

Entretanto, no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1184676/RS, de 2018, em contraposição à linha de entendimento acerca da necessidade de laudo pericial para a constatação da potencialidade de dano ao bem jurídico, entendeu o STJ pela natureza formal do delito, acatando pela desnecessidade da realização do exame pericial.

Todavia, mesmo nas hipóteses de perigo, entende-se pela indispensável necessidade de exame pericial, a fim de verificar se a poluição causou perigo efetivo ou dano potencial à saúde humana, ou se causou mortandade de animais ou destruição da flora, de forma significativa (GOMES, MACIEL, 2015, p. 100).

Nessa linha, convém destacar o julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1273153/SC, de 2018, em que o STJ reconheceu a tipicidade do artigo 54, § 2º, inciso V (poluição causada pelo lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos ou detritos, óleos ou substâncias oleosas) em virtude de laudo técnico que constatou a poluição de lençol freático por produto carcinogênico em concentração superior à estabelecida por resolução do CONAMA 420/09. O que por si só, constatou a ofensividade da conduta.

Assim, o STJ altera sua postura acerca da classificação do artigo 54, § 2º, inciso V no julgamento do Recurso Especial 1638060/RS, de 2018, ao pontuar pela não exigência de ocorrência efetiva de dano ao bem jurídico, qual seja, saúde

Uso exclusivo do RBCCrim

humana, flora e fauna, classificando o crime como de perigo concreto, hipótese que passa a exigir do órgão acusatório a demonstração concreta que os bens foram expostos a uma situação de perigo.

Para tanto, no caso do recurso supracitado, os laudos periciais constataram a efetiva exposição a perigo da vida humana e do meio ambiente, a existência de fenol, ferro, manganês e surfactantes, resíduos nocivos à saúde junto à encosta de água de Arroio destinado ao consumo das pessoas locais.

Referida decisão demonstra que o STJ assumiu uma postura condizente com a necessária ofensividade das condutas poluidoras aos bens jurídicos tutelados, de modo que, ao mudar de postura em relação à natureza de perigo do crime para a modalidade concreta, assume o compromisso com os princípios da ofensividade e fragmentariedade.

Ainda na linha de entendimento da tipicidade material, no julgamento do *Habeas Corpus* 147541/RS, de 2010, relativo ao crime do art. 60, que trata da poluição por estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem autorização dos órgãos competentes ou em desacordo com normas regulares, o STJ entendeu que para a caracterização do delito, a poluição gerada deve ter a capacidade de, ao menos, causar danos à saúde humana.

No caso em tela, o próprio órgão acusatório reconheceu que os níveis de radiação praticados pelas investigadas na instalação de estações de rádio estão regulamentados pela Anatel, e que os possíveis efeitos biológicos em seres humanos ainda não são completamente conhecidos. Tal decisão se coaduna com a exigência de níveis mínimos de ofensividade da conduta, estabelecidos pelos elementos normativos de integração que, como dito outrora, são responsáveis pela adequação social da conduta e consequente desvalor do resultado.

Ainda sobre o tema dos crimes de perigo, O STJ, em julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 64039/RS, de 2016, de forma equivocada, assinalou que o crime de fabrico, importação, exportação, comercialização, transporte e armazenamento de substâncias tóxicas ou nocivas ao ambiente, previsto no artigo 56, tem natureza de crime formal de perigo abstrato, de forma que tal afirmação se baseava na presunção absoluta do legislador do perigo da conduta típica e a prescindibilidade de resultado naturalístico. Dessa forma, entendeu pela não atipicidade da conduta em razão da periculosidade já inerente.

Contudo, conforme demonstrado nesta pesquisa, ainda que a espécie típica seja de perigo abstrato, a acepção de um juízo de perigo absoluto não persiste, haja vista a necessária possibilidade significativa de dano ao bem jurídico tutelado. Nesses termos, tal entendimento da Corte afronta os princípios da intervenção mínima, ofensividade e da exclusiva proteção de bens jurídicos.

USO EXCLUSIVO DO LIBCRIM

Por fim, destaca-se o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 1730114/SC, de 2018, em que o STJ classificou o crime de concessão de licença irregular, previsto no art. 67, como formal e de perigo abstrato, de modo que a simples concessão de ato administrativo em desacordo com as normas ambientais para atividades, obras e serviços cuja realização depende de ato autorizativo do Poder Público, já caracteriza o ilícito.

No entanto, como bem destaca Fábio Roberto D'Ávila (2011, p. 8), para uma adequação ao princípio da ofensividade, imperiosa a necessidade de se desvencilhar da noção de perigo presumido na construção dos crimes de perigo abstrato, a partir de uma noção de perigo condicionada à constatação de, ao menos, uma possibilidade não insignificante de dano ao bem jurídico. A verificação do perigo figura, nesse sentido, uma exigência ínsita em qualquer modalidade de crime de perigo.

De tal sorte, apesar dos avanços e acertos em termos de adequação típica das condutas e, portanto, de tipicidade formal, a partir de uma leitura dos tipos em conformidade com os postulados da taxatividade, a Corte deixa a desejar no âmbito da tipicidade material, ao demonstrar certo embaraço, nos casos de crime de perigo abstrato, vinculados à noção arcaica de presunção absoluta de perigo, hipótese que não prospera, conforme demonstrado no presente trabalho.

4.3. Remissão às normas administrativas

Outra questão inerente aos delitos ambientais é a técnica legislativa da acessoriedade administrativa, tida como importante ferramenta integrativa e valorativa dessas espécies de delitos. Nesse viés, no julgamento do Agravo Regimental em *Habeas Corpus* 323533/ES de 2015, o STJ reconheceu que a complementação da norma penal do crime de fabrico, importação, exportação, comercialização, transporte e armazenamento de substância tóxica ou nociva ao ambiente, capitulado no art. 56, depende de outra que defina o elemento normativo "produto ou substância tóxica perigosa ou nociva à saúde pública ou ao meio ambiente". No caso concreto do julgamento, a norma integradora seria o Regulamento para o Transporte Rodoviário de Produtos Perigosos (Decreto 96.044/88) e a Resolução 420/2004 da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Nesse sentido, oportuno o posicionamento do STJ acerca da inequívoca indicação dos produtos e substâncias cujo transporte rodoviário é considerado perigoso, de forma a demonstrar que a acessoriedade administrativa apontada no tipo-ilícito traz conteúdo específico e delimitado, de forma a coadunar-se com o princípio da reserva legal.

Uso Exclusivo Do IBCCRIM

Não obstante, frisa-se, ainda, a presença do núcleo do tipo incriminador nas condutas referentes à substância ou produto tóxico, perigoso ou nocivo à saúde humana ou ao meio ambiente, condição que conforma o preceito normativo ao princípio da legalidade penal.

Em conclusão, o STJ entendeu, no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 108250/SP, de 2019, que a conduta de produzir e dar destinação a resíduos e embalagens vazias de agrotóxicos, seus componentes e afins, em descumprimento às exigências estabelecidas na legislação pertinente, configuraria, em tese, os crimes do art. 56 da Lei de Crimes Ambientais e do art. 15 da chamada Lei dos Agrotóxicos (Lei 7.802/1989)[6].

Todavia, conforme entendimento assente por Luiz Regis Prado (2012, p. 281) houve revogação tácita do art. 15 da Lei de Agrotóxicos pela Lei 9.605/98, fenômeno da repristinação prevista no art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, de modo que, no caso concreto do julgamento, as condutas de produzir e dar destinação a resíduos e embalagens vazias de agrotóxicos, seus componentes e afins, em descumprimento às exigências estabelecidas na legislação pertinente se adequariam ao *caput* e § 1º do I do art. 56 da Lei 9.605/98.

Entretanto, posicionamento mais acertado com o princípio da especialidade das leis penais, é o de que a Lei 9.974/2000, que alterou a redação do art. 15 da Lei de Agrotóxicos, derrogou tacitamente o art. 56 na parte em que se aplicava aos agrotóxicos, voltando então a viger o mencionado art. 15, com a nova redação recebida, aos casos específicos relativos aos agrotóxicos (GOMES, MACIEL, 2015, p. 120).

Ainda no plano das remissões administrativas, no Recurso Especial 1406833/PR, de 2018, o STJ entendeu que o elemento normativo "floresta de preservação permanente", previsto no crime de destruição de florestas de preservação permanente do art. 38, encontra guarida nos arts. 4º e 6º da Lei 12.651/2012, de modo que a possível supressão ou intervenção das áreas de preservação permanente ficam condicionadas à autorização pelo Poder Público, conforme art. 8º do Código Florestal.

Nessa linha de entendimento, acertado o posicionamento do STJ em não acatar o *abolitio criminis* da espécie normativa, ao pontuar que a conduta de destruir

6. Dispõe o art. 15 da Lei 7.802, de 11 de julho de 1989: "Aquele que produzir, comercializar, transportar, aplicar, prestar serviço, der destinação a resíduos e embalagens vazias de agrotóxicos, seus componentes e afins, em descumprimento às exigências estabelecidas na legislação pertinente estará sujeito à pena de reclusão, de dois a quatro anos, além de multa (Redação dada pela Lei 9.974, de 2000)."

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção, continua sendo crime, tendo apenas tolerado práticas já iniciadas, condicionando-a, contudo, à recomposição da área degradada.

Em consequência, o que se constata da pesquisa quanto ao tema, é que o STJ reconhece a importância integrativa e valorativa que as remissões administrativas exercem na construção da norma penal em branco, de modo a ratificar a necessária complementação dos preceitos normativos, a fim de garantir uma adequada subsunção dos casos concretos à norma penal em branco.

A esse respeito, cita-se o *Habeas Corpus* 174165/RJ, de 2012, em que O STJ destaca a imprescindibilidade da complementação da norma penal em branco do crime de pesca ilegal do art. 34, parágrafo único, inciso III, para conceituar a elementar do tipo "espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibida". Assim, declarou que toda denúncia por delito tipificado em norma penal em branco deve indicar a respectiva norma complementar.

4.4. Juízo de ofensividade nos tipos penais

Por fim, no plano da significância ou ofensividade nos tipos penais ambientais, destaca-se na presente pesquisa a recorrência de julgados atinentes ao art. 34, que tipifica o crime de pesca ilegal. Para tanto, ressaltava-se, inicialmente, o julgamento do *Habeas Corpus* 38682/SP, de 2005[7], em que o STJ não reconheceu a atipicidade material da conduta de apreensão de noventa quilos (90 kg) de camarão durante o período de reprodução da espécie.

O tribunal assentou entendimento de que 90 kg de camarão não podem ser tomados como quantidade insignificante em relação ao restante do pescado de peixe de (12 t –doze toneladas), bem como quanto à quantidade de camarão existente na natureza, conforme alegado pelo paciente.

Em sentido diverso, no julgamento do *Habeas Corpus* 112840/SP, de 2010, o STJ firmou entendimento diferenciado no caso concreto de dois pescadores que, mesmo utilizando uma rede considerada ilegal, superior em 50 centímetros ao

7. Destaca-se também o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 665254/SC, de 2017, e o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1076143/SP, de 2018, em que o STJ não reconheceu a atipicidade da pesca de três quilos (3 kg) de camarão e três quilos de (3 kg) de pescado, haja vista ter reconhecido como graves as circunstâncias da época de defeso e o uso de rede de aresto na conduta. Assim, considerou potencialmente lesiva a conduta às espécies da fauna local.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

limite legalmente estabelecido, tinham retirado da represa apenas 02 kg de peixes. Ocasião em que o Tribunal entendeu pela atipicidade material da conduta.

Em seu voto, o relator entendeu que para incidir a norma penal incriminadora, é indispensável que a pesca com equipamentos proibidos possa, efetivamente, causar risco às espécies ou ao ecossistema; nada disso, todavia, se verificou no caso concreto.

Assim, no julgamento do *Habeas Corpus* 143208/SC, também de 2010, o STJ afastou a tipicidade material da conduta de pescadores que, apesar de pescarem em local interditado, não foram apreendidos com qualquer espécie de pescado, demonstrando a ausência de ofensa aos bens jurídicos tutelados[8].

Já no julgado do *Habeas Corpus* 363350/MG, de 2018, o STJ não reconhece a tipicidade da conduta em que os pacientes foram denunciados pela pesca em desacordo com a norma, tanto no que concerne à quantidade (43,1 kg de pescado de espécie nativa da bacia do Rio São Francisco) quanto ao tamanho permitido (2,1 kg de curimba e piau). Ou seja, embora a quantidade não tenha sido irrisória, considerou-se o limite nacional de 10 kg por pescador, estabelecido no art. 6º da Instrução Normativa MPA/MMA 9, de 13 de junho de 2012[9].

Nota-se que o STJ se utilizou de um ato administrativo que estabelece um limite de desvalor das condutas de pesca amadora em todo o território nacional. Dado o grau mínimo de interferência tanto no ecossistema, quanto na ordem social, evidenciou-se a atipicidade.

Nessa esteira, mesmo com a necessidade de complemento normativo para integrar o sentido e alcance da norma proibitiva, o núcleo do injusto penal está na conduta de pescar em período proibido ou lugares interditados, de modo que a remissão normativa servirá como juízo valorativo de desvalor das condutas.

Ademais, para além dos delitos contra a fauna, o julgamento do Recurso Especial 1770667/RS, de 2019, sedimentou a ausência da possibilidade significante

8. Em sentido contrário, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 1720513/RN, de 2018, o STJ não reconheceu a mínima ofensividade da pesca de cento e quarenta e cinco quilos de peixe (145 kg) de espécie em risco de extinção, devido à expressividade da conduta lesiva.

9. Dispõe a Instrução Normativa em seu art. 6º: "O limite de captura e transporte de espécies com finalidade de consumo próprio por pescador amador é de 10 kg (dez quilos) mais 01(um) exemplar para pesca em águas continentais e estuarinas, e 15 kg (quinze quilos) mais 01(um) exemplar para pesca em águas marinhas, observando-se as demais normas que estabelecem tamanhos mínimos de captura e listas de espécies proibidas." Disponível em: [www.pescamadora.com.br]. Acesso em: 01.06.2019.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

da conduta do agente que cortou nove árvores de pequeno a médio porte, em área de preservação permanente, para construção de benfeitoria em sua pequena propriedade rural, hipótese que não se coaduna em ofensividade ao crime de corte de árvores em floresta de preservação permanente do art. 39 da Lei dos Crimes Ambientais.

Com respeito ao já mencionado crime de extração de recursos minerais do art. 55, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Especial 1678419/SE, de 2018, o STJ não reconheceu a atipicidade material da conduta do recorrente que utilizava sua fazenda para extração de argila, com habitualidade, em valor superior a quatrocentos mil reais, sem a devida autorização legal.

Na hipótese, o STJ entendeu que, na conduta do agente, não se mostraram presentes os vetores de conduta minimamente ofensiva; ausência de periculosidade do agente; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva, os quais eventualmente autorizariam a atipicidade material da conduta.

Por todo o exposto, foi possível constatar que o STJ, ao analisar as condutas dos casos concretos, reconheceu a atipicidade material nos casos de mínima ofensividade e significância do perigo ou do resultado típico em face do bem jurídico protegido pela norma penal.

Nesse sentido, a Corte seguiu o mesmo padrão adotado pelo STF ao reconhecer a insignificância das condutas a partir dos vetores da mínima ofensividade da conduta do agente; da ausência de periculosidade social da ação; do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e da inexpressividade da lesão jurídica provocada[10].

Conclusão

O presente artigo buscou como objetivo o estudo qualitativo dos critérios de legalidade aplicados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no

10. No julgamento do Habeas Corpus 84.412/SP, a Suprema Corte Federal invalidou a condenação do delito de furto do réu que havia furtado uma fita de vídeo de cassete de 25,00 (vinte e cinco reais). No julgado, ressaltou-se que a insignificância da conduta deve ser analisada em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, de modo que o reconhecimento da atipicidade material deveria ser acompanhada de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (STF, Habeas Corpus 84.412/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. 19.10.2004. Disponível em: [www.stf.gov.br]).

Uso Exclusivo do IBCCRIM

contexto dos crimes previstos na Lei 9.605/98, a Lei dos Crimes Ambientais, haja vista as peculiaridades legislativas e de legitimidade penal presentes no referido diploma, se contraproducente ou não com o princípio da legalidade penal à luz de um Direito Penal Mínimo e Garantista.

Por assim dizer, pautada em uma postura mais garantista e minimalista do Direito Penal, foi possível depreender no presente artigo que a legalidade não se limita ao aspecto formal de que somente a lei pode definir uma conduta como crime e impor sanções, mas também sob um aspecto material ou substancial (estrita legalidade), destinada ao legislador penal e ao intérprete, que devem pautar suas escolhas a fatos objetivos e empíricos relevantes na construção dos tipos penais, sem deixar de lado os desdobramentos da taxatividade.

No que tange às técnicas legislativas nos crimes ambientais, destacaram-se os desdobramentos da prevenção e da precaução na tutela do meio ambiente, a partir da construção de espécies normativas que se antecipam às ocorrências efetivas de dano ao meio ambiente, ao criar tipos penais de precaução sob a forma dos delitos de perigo abstrato e concreto. Contudo, insurge a questão relevante acerca da necessária ofensividade dos bens jurídicos tutelados, de modo a exigir esforços da dogmática penal na delimitação dessas formas de delito.

Em consequência, refutou-se a hipótese de perigo presumido ou simples possibilidade de dano pelo legislador na feitura dos crimes de perigo abstrato, mas a necessária exigência de uma possibilidade significativa de dano, ao retirar do bem jurídico a segurança de sua continuidade existencial. Portanto, os crimes de perigo abstrato constituem a técnica máxima de proteção jurídico-penal compatível com o princípio da ofensividade e da fragmentariedade do direito penal.

Por outro lado, no que tange às remissões normativas ou acessoriedade administrativa, instrumento integrativo das normas penais em branco, defendeu-se que não haverá incompatibilidade da técnica diante do princípio da legalidade, desde que o núcleo proibitivo esteja presente na norma penal em branco (acessoriedade relativa), transferindo para o preceito administrativo a competência de valoração social da conduta do agente. Ou seja, a acessoriedade administrativa assegura ao ilícito penal do ambiente a necessária complementação material de seu conteúdo; mas, também, assume o importante papel de fixação do risco permitido ao bem jurídico, de modo a permitir o alcance da intervenção penal somente às condutas potencialmente lesivas ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Dessarte, após uma análise geral do contexto teórico que emerge dos crimes ambientais, notadamente sob a ótica de um direito penal garantista, fez-se na

Uso Exclusivo do IBCCRIM

pesquisa uma análise dos critérios de legalidade na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a fim de emitir um panorama atual dos critérios adotados pela Corte no julgamento de questões atinentes à legalidade.

Com esse desiderato, a pesquisa se valeu de 34 acórdãos, referentes ao período de 2003 até o ano de 2019, divididos a partir de quatro subtópicos: i) bem jurídico penal do meio ambiente; ii) tipicidade; iii) remissão às normas administrativas; e iv) juízo de ofensividade nos tipos penais.

No que tange ao primeiro tema, relativo ao bem jurídico tutelado pelos tipos penais, o STJ demonstrou um posicionamento acertado, na medida em que acolheu a necessária lesividade e fragmentariedade para fins de aplicação da norma penal, haja vista a presença de infrações administrativas e criminais na Lei 9.605/98, o que enseja um rigor técnico do magistrado na valoração das condutas, de modo a incidir a sanção penal apenas nas hipóteses de efetivo perigo ou dano ao bem jurídico tutelado pela norma.

No plano da tipicidade, mais precisamente no reconhecimento dos crimes de perigo abstrato, apesar dos avanços observados nos julgados, o STJ ainda é controverso no âmbito dos crimes de perigo, ao demonstrar certo embaraço quanto à noção de possibilidade ou presunção absoluta do perigo pelo legislador na feitura da norma, hipótese que não deve prosperar; haja vista o entendimento firmado no presente estudo de que, mesmo nas espécies de perigo abstrato, tanto o legislador quanto o magistrado devem fazer um juízo valorativo de ofensividade, de modo que a ausência de efetivo perigo ou dano da conduta afasta a incidência da norma penal.

No plano da acessoriedade administrativa, o STJ reconheceu a necessidade da técnica legislativa como fator integrante das normas penais em branco, de modo a exigir nos julgados a exigência do complemento normativo para fins de adequação típica e responsabilidade criminal. Tal postura ratifica o entendimento firmado no presente trabalho de que a acessoriedade não macula o princípio da taxatividade, corolário da reserva legal, mas constitui importante integração relativa com função de complemento valorativo de desvalor das condutas atentatórias ao bem jurídico tutelado.

Nessa perspectiva, quanto ao juízo de significância ou ofensividade nos tipos penais ambientais, a Corte Superior manteve os mesmos parâmetros adotados pelo STF no reconhecimento da atipicidade material, quais sejam: a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Uso Exclusivo do IBCCRIM

Disso depreendendo, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça caminha em sentido favorável à manutenção do arcabouço dos princípios e garantias constitucionais que regem o Estado Constitucional, equilibrando os ditames da prevenção e da precaução na tutela do bem jurídico do meio ambiente com as exigências do princípio da reserva legal que, como visto, compreende a efetivação de um conjunto de garantias penais, ou seja, a legalidade penal em sua completude substancial.

Bibliografia

ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo*: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

ALMEIDA, Débora de Souza de. A teoria do garantismo penal em questão: o olhar anti-inquisitorial da axiologia de Luigi Ferrajoli. *Revista Bonijuris*, Curitiba, v. 23, n. 569, p. 28-35., abr. 2011. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=85702]. Acesso em: 20.03.2019.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 61, p. 44-121., jul.-ago. 2006. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=60585]. Acesso em: 28.05.2019.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, PACELLI, Eugenio (Coord.). *Direito penal contemporâneo*: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011 (Série IDP). Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=87896]. Acesso em: 28.05.2019.

CARVALHO, Érika Mendes de. Ensaio sobre o significado dogmático da acessoriedade administrativa nos delitos ambientais. *Revista Liberdades*, São Paulo, Ed. Especial, p. 23-46, dez. 2011. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigosophia=91283]. Acesso em: 16.04.2019.

CARVALHO, Salo. Pena e garantias. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CAETANO, Matheus Almeida. Ofensividade e delitos de acumulação no direito penal ambiental. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n. 220, p. 12-13, mar. 2011. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=85929]. Acesso em: 29.05.2019.

COSTA, José de Faria. Ilícito-típico, resultado e hermenêutica: ou o retorno à limpidez do essencial. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 12, n. 1, p. 7-23, jan.-mar. 2002. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=39595]. Acesso em: 28.01.2019.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. Crimes de perigo e riscos ao ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 5-24, abr.-jun. 2006. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=58529]. Acesso em: 16.04.2019.

LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 83, p. 120-162, mar.-abr. 2010. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=77829]. Acesso em: 28.03.201.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15, n. 67, p. 29-58., jul./ago. 2007. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=63935]. Acesso em: 16.04.2019.

D'ÁVILA, Fábio Roberto; DARCIE, Stephan Doering. Algumas considerações sobre os crimes de perigo concreto. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n. 218, p. 8-9, jan. 2011. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=83875]. Acesso em: 29.05.2019.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Breves notas sobre o direito penal ambiental. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n. 214, p. 15-16, set. 2010. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=82287]. Acesso em: 16.04.2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema do direito penal no dealbar do terceiro milénio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 99, p. 35-51., nov.-dez. 2012. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=98472]. Acesso em: 26.01.2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3.ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho penal y estado de derecho. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, B, p. 431-445, 2008. Disponível em:[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=71373]. Acesso em: 11.10.2018.

FELDENS, Luciano. O garantismo desde sua perspectiva constitucional: projeções sobre o direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 10, n. 37, p. 67-81, abr.-jun. 2010. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=77816]. Acesso em: 11.10.2018.

FREITAS, Vladimir Passos de. A contribuição da lei dos crimes ambientais na defesa do meio ambiente. *Revista CEJ*, Brasília, v. 10, n. 33, p. 5-14, jun. 2006. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=60910]. Acesso em: 11.04.2019.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2008(Monografias/IBCCRIM, 47). Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=11096]. Acesso em: 20.06.2020.

GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 152-194, jan.-fev. 2006. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=57923]. Acesso em: 11.04.2019.

GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Luiz Silvio. *Lei de Crimes Ambientais*: comentários à Lei 9.605/1998. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GOMES, Luiz Roberto. Acessoriedade administrativa nos delitos de pesca. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 7, n. 13, p. 194-224, jul.-dez. 2010. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=102099]. Acesso em: 31.05.2019.

GUERRA, Sidney. Guerra. Sérgio. *Curso de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. v. 3. jan.-jun. 2011.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Direito penal, estado e constituição: princípios constitucionais politicamente conformadores do direito penal. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997(Monografias/IBCCRIM, 3). Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=7392]. Acesso em: 22.03.2019.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. São Pulo: Ed. RT, 2012.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 219-235, jul.-ago. 2010. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=80229]. Acesso em: 27.03.2019.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico*: parte geral. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. Ainda sobre normas penais em branco e bem jurídico tutelado nos crimes ambientais. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 73, p. 10, dez. 1998. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=17131]. Acesso em: 15.04.2019.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

VIANA, Mateus Gomes. A terra como sujeito de direitos. *Revista da Faculdade Direito*, v. 34, n. 2, p. 247-275, jul.-dez. 2013. Disponível em: [www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/106]. Acesso em: 23.07.2020.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A segurança e o direito criminal ambiental em face da tutela jurídica do meio ambiente artificial, de Emerson Penha Malheiro – *RDA* 89/35-56 (DTR\2018\10289);
- Dispensabilidade da prisão-captura no flagrante de delitos ambientais, de Olivaldi Alves Borges Azevedo e Alexandre Augusto Costa – *RBCCrim* 170/221-255 (DTR\2020\8326); e
- Legislação ambiental e os princípios limitadores do poder punitivo estatal, de Walter Barbosa Bittar e Guilherme Faustino Fidelis – *RT* 895/413-444 (DTR\2010\490).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Ônus probatório argumentativo sob a perspectiva da filosofia da linguagem de Gadamer

Argumentative burden of proof under the perspective of Gadamer's philosophy of language

Felipe Martins Pinto

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2009). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2004). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2000). Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal de Minas Gerais. Presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG), conselheiro do Conselho de Criminologia e Política Criminal (CCPC) e membro do conselho empresarial de assuntos jurídicos da Associação Comercial de Minas Gerais (ACMinas). Advogado criminalista.
ORCID: 0000-0003-2285-6048
felipempinto@hotmail.com

Lorena Souto Tolentino

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (2019) e Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2013).
ORCID: 0000-0001-9169-4869
lorenast.mg@gmail.com

Recebido em: 20.07.2018
Aprovado em: 21.06.2020
Última versão dos autores: 20.07.2020

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O artigo visa à demonstração de que, no processo penal democrático, a noção de ônus argumentativo está contida na própria noção de ônus da prova, partindo, para tanto, dos ensinamentos da filosofia da linguagem de Hans-Georg Gadamer. O marco do constitucionalismo democrático exige dos processualistas penais a superação de alguns paradigmas, como o da concepção de verdade enquanto correspondência, atrelada à famigerada verdade real. Assim, por meio de

Abstract: This paper intends to demonstrate that, in the democratic criminal procedure, the notion of argumentative burden is contained in the notion of burden of proof, based on the perspective of Hans-Georg Gadamer's philosophy of language. The democratic constitutionalism demands from the criminal proceduralists the overcoming of some paradigms, such as the conception of truth as correspondence, which makes it impossible to have a democratic understanding

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

análise jurídico dogmática, o trabalho transfere a discussão sobre a verdade processual para o campo da linguagem e da argumentação, o que, na seara probatória, permite concluir ser o ônus argumentativo parte integrante do ônus da prova que atua como verdadeiro mecanismo de consolidação da democracia no processo, pois garante às partes sua efetiva participação na construção do provimento jurisdicional e delimita o conteúdo motivacional da decisão, facilitando seu controle interno e externo.

Palavras-chave: Processo penal – Ônus da prova – Ônus argumentativo – Filosofia da linguagem – Hans-Georg Gadamer.

of the burden of proof in the criminal procedure. Aiming at solving this problem, through dogmatic legal analysis developed from bibliographical research, the paper will initially transfer the discussion about procedural truth to the domain of language and argumentation by means of Gadamer's philosophical thought, enabling the overcome of the correspondence view of truth. Then, the right to information will be studied as a requirement for the effective participation of the parties in the criminal procedure. Finally, based on the premises established in the previous topics, this study will present the argumentative burden as part of the burden of proof that works as a mechanism of consolidation of democracy in the criminal procedure, which guarantees the effective participation of the parties in the construction of jurisdictional provision and delimits the motivational content of the decision.

Keywords: Criminal procedure – Burden of proof – Argumentative burden – Philosophy of language – Hans-Georg Gadamer.

Sumário: 1. Introdução. 2. A superação da correspondência e a adoção da filosofia da linguagem de Gadamer. 3. Contraditório efetivo: direito à informação como pressuposto de participação efetiva. 4. Ônus probatório argumentativo como mecanismo de consolidação da democracia no processo. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Todo[1] e qualquer sistema social é um sistema de comunicação dotado de sentido e finalidade específicos. Cada processo penal é, assim, um microssistema de

1. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001. Ademais, o artigo apresenta partes da dissertação de mestrado "O ônus da prova no processo penal democrático", defendida em 2019, no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG.

This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Finance Code 001. The paper presents parts of the master's thesis "The burden of proof in the democratic criminal procedure", defended in 2019, in the Graduate Program in Law of UFMG.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

comunicação "que visa responder a uma concreta questão jurídico penal"[2]. Logo, as pessoas que nele atuam exercem uma atividade comunicacional característica voltada, em última instância, para a aplicação da lei a um fato através da prolação de um provimento final.

Essa atividade de aplicação da norma abstrata ao fato exige que o julgador reconheça se e como a situação concreta sob julgamento corresponde àquela prevista na lei e identifique os elementos juridicamente relevantes[3]. Para se proceder a esse diagnóstico é necessário se conferir ao ato um sentido, o qual será prejudicial à qualificação jurídica que determinará seu tratamento legal[4].

Porém, segundo Emílio Betti[5], a tipicidade rigorosa que rege as sentenças e os atos administrativos faz com que a recognição do significado do ato concreto se distinga com pouca nitidez da identificação do tipo legal correspondente. Isso não significa, contudo, que essa atribuição de sentido ao ato deva ser ignorada ou seja pouco relevante para o estudo do Direito.

Ainda assim, seja no campo do processo penal, seja no campo da hermenêutica, muitos são os autores que investigam como deve ser aplicada a norma ao fato, mas pouco analisam como esse mesmo fato deve ser interpretado ou construído dentro do processo. O pensamento jurídico, dessa forma, não assume válido ou juridicamente relevante esse problema, "ou porque se ocupa dele de um modo que simplesmente o oculta, ou porque injustificadamente pensa tê-lo ultrapassado"[6].

---

2. PATRÍCIO, Rui. *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase de julgamento no actual processo penal português*: alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000. p. 53.
3. É o que Emilio Betti chama de "diagnóstico ou qualificação jurídica". (BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*: teoria geral e dogmática. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. CXIII).
4. Embora acabe por tangenciar esse tema, o trabalho não pretende focar na discussão a respeito do momento exato em que interpretação e aplicação se operam, mesmo porque, para Gadamer, cujos ensinamentos embasam as discussões aqui travadas, ambos os momentos são incindíveis. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto*: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 107.
5. BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*: teoria geral e dogmática. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. CXIII.
6. PATRÍCIO, Rui. *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase de julgamento no actual processo penal português*: alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000. p. 47.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Embora no direito penal essa postura seja compreensível, tendo em vista que lida com violações concretas a bem jurídicos, no processo penal ela pode acabar por comprometer a própria idoneidade do seu resultado, a sentença. Nesse erro insistem muitos autores dessa área, que abordam tão somente a aplicação da lei processual a um fato tido como dado, sem, contudo, se referir ao modo como se chegará a uma concepção de verdade sobre esse fato dentro do processo.

Determinam, por exemplo, quais são as provas válidas, quando devem ser apresentadas, quais princípios as regem, a origem legislativa e histórica dos institutos, mas pouco tratam sobre a atividade comunicacional que definirá os contornos dessas provas e, consequentemente, do fato. Assim agindo, não acompanham as evoluções teóricas da filosofia e da sociologia[7] e limitam o estudo do processo a uma visão quase que monográfica do Direito, a qual, porém, não consegue se sustentar no contexto hodierno de realidade complexa e problematizada, sobretudo no âmbito das Ciências Sociais Aplicadas.

Quando utilizados na prática, esses estudos perpetuam e normalizam conceitos que reforçam o caráter autoritário do direito processual penal, como é o caso da concepção correspondista de verdade e do entendimento de ônus da prova que dela decorre, alheio às evoluções filosóficas recentes. Mais especificamente, essa visão monográfica do Direito conduz a uma visão de ônus da prova que não considera o aspecto argumentativo dessa e, assim, não é capaz de corresponder aos anseios democráticos constitucionais.

Para resolver essa questão, o presente estudo visa, através de uma revisão bibliográfica de autores nacionais e internacionais das ciências jurídicas e da filosofia, desenvolvida a partir da vertente teórico-metodológica jurídico-dogmática[8], oferecer uma visão mais ampla da atividade jurisdicional, que

7. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto*: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 9-10.

8. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)Pensando a pesquisa jurídica. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. P. 21-22. Segundo as autoras, a vertente metodológica apontada se presta ao desenvolvimento de investigações eminentemente jurídicas que visam à compreensão das relações normativas e à avaliação das estruturas interiores ao ordenamento jurídico, acentuando a definição de eficiência das relações entre e nos institutos. Essa metodologia será desenvolvida a partir da pesquisa bibliográfica, o que é justificado tendo em vista a perspectiva teórica de boa parte dos assuntos abordados, notadamente aqueles relacionados à filosofia, e a ausência de discussões correlatas na jurisprudência brasileira.

Uso Exclusivo do IBCCRIM

congregue contribuições filosóficas e não ignore esse caráter dialético do processo, focando-se a análise no campo probatório. Do ponto de vista epistemológico, a principal questão correlata à prova está relacionada com a verdade[9]. Por isso, em um primeiro momento, será analisada a concepção de verdade que historicamente rege a dinâmica processual penal, para, em um segundo momento, tentar-se conformar essa concepção com os paradigmas constitucionais do Estado Democrático de Direito, o que será feito através da filosofia da linguagem de Hans-Georg Gadamer.

Em seguida, serão apresentados os requisitos processuais de um contraditório efetivo, sobretudo no que diz respeito ao direito de informação das partes, relacionando-se essa questão à teoria apresentada.

Por fim, será delineada uma das consequências práticas no campo probatório da aplicação da filosofia da linguagem de Gadamer na persecução penal, que é o ônus da acusação de argumentar[10] sobre os elementos de prova trazidos ao processo[11], o que reforça as garantias do contraditório e do direito à informação e efetiva a participação dos interessados na construção do provimento jurisdicional, consolidando, assim, a democracia no processo.

---

9. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 19.

10. Antes de adentrar propriamente no exame das questões apontadas, importa mencionar que alguns autores que trabalham a questão probatória no processo penal chegam a citar, mesmo que de forma superficial, a existência de um ônus argumentativo ou um ônus de afirmação. É o caso, por exemplo, de Gustavo Badaró, o qual afirma ser o ônus de afirmar "um antecedente lógico e cronológico do ônus da prova" (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 227). Porém, é necessário deixar claro que não é a esse ônus ao qual se refere o presente artigo. A necessidade do Ministério Público de delimitar a acusação com todos os seus circunlóquios decorre da própria obrigatoriedade da ação penal e deve mesmo preceder toda e qualquer atividade probatória. Todavia, o ônus argumentativo ao qual se refere este estudo diz respeito à construção da verdade no processo e constitui elemento, não antecedente cronológico da prova na persecução penal.

11. Necessário aqui delimitar que o estudo ora elaborado poderia perfeitamente se limitar à caracterização da prova penal, inserindo nesse conceito também a dimensão argumentativa, que decorre da interpretação da verdade a partir da filosofia da linguagem. Todavia, visando maior aplicabilidade concreta, optou-se por trabalhar com a consequência prática dessa definição na persecução penal constitucionalmente conformada, que é o ônus da acusação de argumentar sobre os elementos de prova trazidos ao processo.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

2. A superação da correspondência e a adoção da filosofia da linguagem de Gadamer

A análise da prova na persecução criminal abarca problemas que não se limitam à esfera jurídica. É o caso, por exemplo, da questão da verdade, que tem suas raízes na filosofia, mas se emaranha no processo penal gerando diversas consequências práticas, sobretudo no âmbito probatório. Não raro, o próprio processo penal é definido como o "instrumento que permite ao julgador conhecer a verdade dos fatos"[12], o que evidencia a estreita relação entre processo, verdade e prova.

Com efeito, o processo não pode prescindir da busca pela verdade[13], o que poderia levar a um relativismo exacerbado, por sua vez legitimador do decisionismo[14]. Além do mais, é essa busca que legitima a própria atividade jurisdicional, pois somente quando se considera a verdade como condição para aplicação da norma que valores como legalidade, correção e justiça das decisões judiciais ganham sentido[15].

Historicamente, o processo penal esteve (e ainda está) atrelado à já conhecida e trabalhada noção de verdade real, a qual, ainda quando caracterizada através de outros adjetivos – verdade processual, verdade objetiva, verdade material, verdade histórica, entre outros –, designa um conceito que expressa a possibilidade do conhecimento absoluto sobre o fato processual, "uma perfeita correspondência do objeto com a realidade"[16].

---

12. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 20. Há, ainda, os que neguem qualquer relação do processo com a verdade, seja pela impossibilidade fática de se atingi-la, seja pela sua incompatibilidade com a natureza de resolução de conflitos da persecução.
13. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 24.
14. KHALED JR., Salah H. O caráter alucinatório da evidência e o sentido da atividade probatória: rompendo com a herança inquisitória e a filosofia da consciência. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). *Verdade e prova no processo penal*: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 308.
15. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 26.
16. PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 79.

Uso Exclusivo do RBCCrim

No Brasil, porém, a partir de 1988, a adoção de um modelo de Estado Democrático de Direito pela Constituição da República[17], cuja ideologia norteadora se voltou para a defesa das liberdades individuais, da dignidade humana e das estruturas democráticas de poder, acarretou diversas consequências para o exercício do poder jurisdicional, notadamente na esfera criminal.

Embora historicamente lhe sejam atribuídos vários significados, a concepção do Estado de Direito impõe o exercício do Poder estatal *per lege* e *sub lege*. De um lado, os atos de Poder passam a ser regulados de forma geral, abstrata e preestabelecida, de maneira tal que a atuação estatal somente será válida quando observadas as formalidades legais. De outro, os agentes públicos são sempre subordinados a normas superiores, que limitam a atuação estatal, vinculando formas, procedimentos e o conteúdo do que é passível ou não de disposição[18].

Logo, em todas as suas esferas o poder estatal deve ser exercido segundo os parâmetros legais. Paralelamente, no âmbito penal, o Estado de Direito impõe que o poder de investigar e punir crimes seja exercido *sub lege* tanto quanto o poder legislativo é *per lege*. E, mesmo sendo exercitado *per lege*, o poder legislativo está *sub lege*, ou seja, adstrito à Constituição, que veda a generalidade e abstração da lei penal[19].

A atuação do poder público torna-se limitada pelo Direito, que coíbe possíveis arbitrariedades através de um tratamento geral e abstrato, garantindo a posição de igualdade de todos perante o Estado e a segurança jurídica quando de sua atuação. Disso se evidencia um dos principais anseios do Estado de Direito: a criação de limites à atuação estatal visando à defesa dos indivíduos e à garantia dos direitos fundamentais, os quais, notadamente quanto ao exercício do poder punitivo, têm especial relevo.

Todavia, a tarefa de transposição desses anseios à persecução penal não pode se reduzir à ideia de construção de um novo modelo processual em que os direitos fundamentais são casualmente colocados no centro do ordenamento, mas, antes,

17. Disciplina o art. 1º da CRFB/88 que "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito".

18. PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 137.

19. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 789.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

evidencia a necessidade de se compreender e superar alguns paradigmas anteriormente instituídos que sejam incompatíveis com a ideologia constitucional.

Portanto, o Estado Democrático de Direito exige que se construam bases sólidas sob as quais se fundará a persecução penal, o que inclui a delimitação de uma noção de verdade constitucionalmente adequada, que servirá como limite aos mecanismos formais de exercício do poder punitivo e reforçará a natureza democrática do Estado e do próprio procedimento.

Com esse objetivo de remodelar antigos paradigmas autoritários, a adequabilidade da verdade real passou a ser questionada e, ainda hoje, muitos são os esforços em tentar superá-la, pois, como consolidado por diversos estudiosos do direito processual penal[20], ela justifica e legitima procedimentos criminais de cunho autoritário e repressivo, o que a torna totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito moderno.

Como já adiantado, a busca pela verdade real é a busca pelos fatos enquanto representação objetiva da realidade. Sob essa perspectiva, a verdade obtida ao final do processo criminal deve corresponder exatamente aos fatos tais como ocorreram no passado, sem qualquer alteração. Por isso mesmo, ou seja, por significar uma correspondência exata entre os fatos reconstruídos historicamente no presente e os fatos que ocorreram no passado, ela também pode ser chamada de verdade enquanto "correspondência".

O processo penal que se volta para a busca de uma verdade com essas características desprestigia o método de construção dos fatos, afinal, se a sua finalidade é representar de forma fidedigna o fato tido como criminoso tal como ocorrera, todos os meios podem ser utilizados para tanto, ainda que ilegais ou antidemocráticos. O resultado final, portanto, passa a ser mais relevante que o próprio processo, que tem suas formas relativizadas na procura pela correspondência perfeita.

Dessa forma, encontram-se legitimadas pelo dogma da verdade real diversas práticas probatórias tipicamente autoritárias, tal como a ampla ingerência da prova por parte do juiz, bem ainda a aceitação, no processo, de provas obtidas através de tortura ou outros meios ilícitos. Por outro lado, uma noção constitucionalmente

20. Nesse sentido, podem ser citados: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2017.p. 387; KHALED JR., Salah H. A *busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016; LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 371-379; PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 338-339; PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

Uso Exclusivo Do RBCCRIM

conformada de verdade restringiria a atividade probatória dentro dos limites da legalidade constitucional, assegurando ao imputado amplo exercício de seus direitos fundamentais e sua dignidade enquanto pessoa humana.

Logo, definir regras probatórias na persecução criminal que sejam conformes ao modelo de Estado Democrático de Direito exige a superação da noção de verdade real e a delimitação de uma nova noção de verdade que possibilite à atividade probatória a consecução dos fins constitucionais.

Todavia, a superação da verdade real demanda o esforço teórico de se superar também as bases epistemológicas sob as quais se encontra assentada. Ignorando tal fato, muitos autores do processo penal trabalham de forma veemente a superação da verdade real sem, contudo, se desatrelar da teoria da verdade enquanto correspondência, o que gera um grande problema epistemológico em suas teorias. De nada adianta chegar a resultados em parte satisfatórios se as premissas de seus estudos permanecem erradas, pois, partindo dos mesmos dogmas que constituem a própria noção de verdade real, a aplicação prática dessas teorias permanece fadada a desvios autoritários.

Para evitar esse mesmo destino, é imperiosa a superação da noção correspondista de verdade, o que, por escolha determinada pela subjetividade imanente a toda pesquisa científica, se fará aqui pela teoria hermenêutica de Hans-Georg Gadamer, desenvolvida em sua obra "Verdade e método"[21]. Nessa, através da linguagem, esse autor determina o "meio"[22] através do qual se pode chegar à verdade

21. Ernildo Stein aponta como Gadamer promoveu a universalização da hermenêutica e sua adjetivação como filosófica. Para tanto, partindo da influência de Heidegger e ao mesmo tempo promovendo um distanciamento da postura transcendental, Gadamer teria aproximado posições filosóficas incompatíveis de Heidegger e Hegel, o que resultara em uma "consumação" da hermenêutica, de forma tal que "Verdade e método" seria a confluência de importantes posições históricas e conceitos hermenêuticos. Acrescenta, ainda, Stein, que Gadamer teria criado uma espécie de teoria geral da hermenêutica, a qual foi por ele denominada como hermenêutica filosófica por entendê-la aplicável na análise de diversos conhecimentos feita pela filosofia. Também destaca o autor que "a originalidade de Gadamer consiste no fato de que ele, antes de qualquer filósofo, ter produzido uma complexa descrição do modo como deve ser compreendida nossa experiência da historicidade em que estamos inseridos, muito além do que conseguimos recuperar, em sentido pleno". (STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. *Problemata: Revista Internacional de Filosofia*, v. 5, n. 1, p. 204-226, 2014).

22. Necessária a colocação da palavra "meio" entre aspas porque, segundo Gadamer, a linguagem não é um instrumento através do qual o sujeito compreende o mundo. Em verdade, o ator critica essa posição, adotada por outros autores, e salienta que a linguagem é a própria articulação do ser de todas as coisas. Não é um instrumento, mas o elemento universal em que estão imersos o ser e a compreensão, como será explicado no decorrer

USO EXCLUSIVO DO EBRCRIM

nas chamadas ciências do espírito, entre as quais se pode incluir o Direito, rompendo com as correntes hermenêuticas anteriores que se dedicavam ao estudo de questões metodológicas[23].

Segundo o autor, é a linguagem que traz as coisas à fala e, assim, ao próprio mundo. Mais que isso, a própria linguagem só existe para fazer representar as coisas do e no mundo. Nesse sentido, salienta Gadamer que "não só o mundo é mundo apenas quando vem à linguagem, como a própria linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo"[24].

Para desenvolver seu raciocínio, Gadamer contrapõe os significados de mundo e mundo circundante. Esse último, conceito social, diz respeito ao modo de vida dos seres vivos no mundo. Quanto ao homem, especificamente, o que o diferencia dos demais seres vivos é justamente a sua liberdade para com o mundo circundante. Liberdade essa que, por sua vez, será externalizada através da linguagem, que constitui o mundo.[25]

Da liberdade linguística advém a multiplicidade de línguas para falar do mundo uno. Todavia, o homem não está apto a elevar-se acima do seu mundo circundante contingente e, por isso, a exercer variações na sua capacidade de linguagem[26]. A linguagem do homem, assim, estará sempre condicionada e limitada pelo mundo circundante[27].

---

do texto. GRONDIN, Jean. *¿Qué es la hermenéutica?* Barcelona: Herder Editorial, 2008. p. 89. No mesmo sentido: GRONDIN, Jean. *The philosophy of Gadamer*. Trad. Kathryn Plant. Paris: Routledge, 2014. p. 154.

23. Sobre o tema, salienta Lenio Luiz Streck que a obra de Gadamer "Verdade e método" proporciona um rompimento paradigmático na hermenêutica, ao inaugurar o entendimento de uma hermenêutica filosófica, não mais voltada para as questões metodológicas. Justamente por esse fator, como também aponta mencionado autor, não se pode confundir a filosofia hermenêutica de Gadamer com uma mera teoria da argumentação jurídica, que normalmente se volta ao estudo de técnicas, métodos ou cânones de interpretação. STRECK, Lenio Luiz. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo. *Revista Brasileira Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 8, 2004. p. 126.

24. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 572.

25. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 572-573.

26. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 573.

27. Esse limite do horizonte da linguagem, conforme apontado por Jean Grondin, embora não possa ser ultrapassado, pode ao menos ser ampliado. Como afirma o autor,

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

A finitude da experiência histórica, aliás, é o fundamento mais determinante do fenômeno hermenêutico para Gadamer. A ordenação e a estruturação dessa experiência, bem como a estruturação do ser, se dará por meio da linguagem[28], a qual é um meio em que se reúnem o eu e o mundo, que se apresenta como um acontecer finito. Ela possui uma estrutura especulativa, que não representa uma cópia fixa de algo, mas de um "vir à fala", onde se enuncia um todo de sentido.[29] A relação sujeito-objeto, assim, não se dá de forma direta, mas será sempre mediada pela linguagem[30].

Esse raciocínio parte da noção de que o conhecimento é vinculado à historicidade do intérprete e chega à noção de círculo existencial. O objeto de conhecimento não é exato e exterior ao sujeito, mas é por esse reconstruído com base no seu conhecimento vivencial. Conhecer é um fenômeno condicionado pelo "estar-no-mundo" e a relação sujeito-coisa só acontece dentro de um contexto de "círculo" de vivências e linguagem[31], que descreve o fato de que toda compreensão necessariamente procede de uma antecipação de significado[32].

"elevar-nos acima de nossas particularidades ou de nossas concepções unilaterais sempre permanece possível e desejável" (tradução livre). GRONDIN, Jean. *The philosophy of Gadamer*. Trad. Kathryn Plant. Paris: Routledge, 2014. p. 150.

28. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 590.
29. GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 612.
30. Lenio Luiz Streck destaca que o estudo da hermenêutica anterior a Heidegger e Gadamer se sustentava na entificação e na objetificação. O primeiro, porém, rompe com essas correntes e apresenta um novo *standard* de racionalidade a partir da questão do ser ligada à própria compreensão do ser, entendido como o modo de ser no mundo, deixando de focar seu estudo na relação sujeito-objeto. Posteriormente, com Gadamer, na década de 1960, a hermenêutica metodológico-procedimental recebe seu "golpe de misericórdia", pois esse, de uma vez por todas, deixa de considerar a linguagem como algo que se coloca entre sujeito e objeto para considerá-la verdadeira condição de possibilidade. Assim, a mediação mencionada no texto não se refere a um caráter instrumental, mas à condição da própria existência do ser-no-mundo. STRECK, Lenio Luiz. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo. *Revista Brasileira Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 8, 2004, p. 143.
31. PATRÍCIO, Rui. O princípio da presunção de inocência do arguido na fase de julgamento no actual processo penal português: alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000. p. 41.
32. GRONDIN, Jean. *The philosophy of Gadamer*. Trad. Kathryn Plant. Paris: Routledge, 2014. p. 80.

USO EXCLUSIVO DO EDITOR

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Cada sujeito não recria o sentido do objeto, mas acrescenta-lhe um novo sentido, com base na sua "singularidade existencial"[33]. Cada ser humano passa por vivências únicas que determinam seu modo de pensar e agir, bem ainda constroem a linguagem a qual, em uma conversação, será a base do acordo que permitirá a compreensão.

Como apontado por Gadamer[34],esse papel de *médium* da linguagem fica mais claro em situações extremas, nas quais as condições de entendimento complicam o acordo comunicacional. Um exemplo instrutivo é uma conversa realizada em duas línguas diferentes. Somente o processo de linguagem de tradução e transposição permite que ela origine um acordo. Em uma conversa assim, o tradutor deve transpor o sentido a ser compreendido para o contexto em que vive o outro interlocutor. Isso não significa que o tradutor pode falsear o sentido que o outro tem em mente, mas, ao contrário, que deve manter esse sentido e expressá-lo de outra maneira para que ele seja compreendido em outro universo, constituído por tradições diversas das suas.

Da mesma forma funciona a tradução dos textos. Aquele que traduz extrai do texto um significado que lhe foi dado por outra pessoa, com experiências de vida diversas. O significado extraído pelo tradutor, por sua vez, também estará condicionado pelas suas próprias vivências, de forma tal que sua visão do texto se fundirá com aquela que lhe foi dada pelo autor e assim o objeto de estudo, o texto traduzido, terá uma interpretação única, fruto do acordo de entendimento entre autor e o tradutor.

Para tanto, autor e tradutor devem trabalhar de forma a entender o caráter subjetivo de suas opiniões e também tentar manter uma abertura com relação ao mundo circundante, pois somente aquele que se mantém aberto a novas experiências é capaz de se despir de seus preconceitos e assim chegar a um acordo no diálogo hermenêutico que se dá através da linguagem.

Essa abertura a novas experiências está relacionada à lógica da pergunta e resposta. Quando se converte em objeto de interpretação, o texto coloca uma

33. PATRÍCIO, Rui. *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase de julgamento no actual processo penal português*: alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000. p. 42.

34. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 498.

pergunta ao intérprete, cuja compreensão remete ao mundo dos agentes históricos e ocorre quando se conquista o horizonte hermenêutico[35].

Também no estudo do fenômeno histórico se aplica essa lógica, pois "somente se poderão compreender os acontecimentos históricos quando se reconstrói a pergunta que a atuação histórica das pessoas queria responder"[36]. Porém, é necessário frisar que o historiador deve sempre se ater à impossibilidade de circunscrever o horizonte de sentido em que se move quando compreende um fato histórico. A continuação do acontecer histórico estará sempre a mostrar novos aspectos significativos do conteúdo transmitido. Assim, toda compreensão atual é uma possibilidade histórica do que é compreendido.[37]

Todavia, a compreensão histórica não pode tentar alcançar exatamente a opinião do autor do texto, tampouco a intenção do agente, já que, como salientam Lenio Luiz Streck e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, o entendimento não pode ser visto como um ato de um sujeito ativo sobre um objeto inerte, o passado[38].

---

35. Nas palavras de Streck e Dezordi Wermuth, o horizonte hermenêutico na obra de Gadamer seria "uma visão panorâmica a partir de uma determinada perspectiva de análise do universo" oferecida ao falante pela linguagem, expressando, assim, a amplitude superior da visão que uma pessoa que está tentando entender algo precisa ter. Assim, como a experiência histórica, esse horizonte é limitado, mas nunca fixo. É mutável com o passar do tempo e decorrente de um processo de expansão. STRECK, Lenio Luiz; DEZORDI WERMUTH, Maiquel Ângelo. Da epistemologia da interpretação à ontologia da compreensão: Gadamer e a tradição como background para o engajamento no mundo (ou: uma crítica ao juiz solipsista tupiniquim). *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 10, 2015. p. 122.

36. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 483.

37. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 486-487. Comentando a obra de Gadamer no que concerne ao conceito de experiencia histórica por ele delineado, Volker Rühle afirma que a "realidade histórica" não pode se esgotar no estado das coisas exposto como história, mas também não consiste somente na realidade da sua exposição. Essa realidade histórica seria, em verdade, o nexo interno que vincula reciprocamente a exposição e o exposto por ela. Para o autor, a teoria de Gadamer a esse respeito acaba por congelar a "história residual" na própria pressuposição a-histórica da compreensão, perdendo de vista o elemento subjetivo que constitui a história. RÜHLE, Volker. Experiencia de la historia y experiencia histórica: sobre el concepto de consciencia histórico-efectual en Gadamer. *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, n. 4, p. 74-87, out. 1991.

38. STRECK, Lenio Luiz; DEZORDI WERMUTH, Maiquel Ângelo. Da epistemologia da interpretação à ontologia da compreensão: Gadamer e a tradição como background

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

A pergunta que se tenta reconstruir nesse caso não pode permanecer no seu horizonte originário, pois ela estará sempre condicionada pelo horizonte do intérprete. Assim, "a verdadeira compreensão implica a reconquista dos conceitos de um passado histórico de tal modo que esses contenham também o nosso conhecer". É isso o que Gadamer chama de "fusão de horizontes"[39].

Ao contrário do que se deriva da noção de correspondência, essa forma de se entender o estudo histórico não permite acreditar na verdade como equivalência perfeita do fato passado, pois tenta elaborar um entendimento que é condicionado pelo mundo circundante do autor do texto através do qual se pretende compreender esse fato, bem ainda do próprio intérprete. Na reconstrução histórica, portanto, passado e presente se fundem através da fusão dos horizontes de autor e intérprete.

Dessas considerações se pode extrair a aplicabilidade da teoria de Gadamer no campo do Direito e no próprio processo penal. As leis, sua concretização no direito judicial, na dogmática jurídica, sua interpretação em decisões judiciais e a crítica a essas, tudo isso é expresso em forma de linguagem[40]. Ademais, na persecução penal a atividade do Estado, representado pelo juiz, consiste basicamente na reconstrução dialética de um fato passado, o que será feito através da coleta de dados que se relacionam à hipótese formulada pela acusação. Por ser a linguagem o meio universal em que se realiza a compreensão[41], esses dados, as provas, deverão necessariamente ter estrutura de linguagem, o que deve ser tido como condição essencial para o acordo de compreensão que ocorrerá no provimento final.

Assim, a linguagem exercerá importante papel no processo, tal como exerce no mundo, pois é através dela que as coisas vêm à existência. Da mesma forma que o objeto do historiador, o passado, somente ganha sentido e contornos concretos quando esse interpreta textos de outras pessoas que o descreveram a partir de suas vivências pessoais, o objeto do julgador, na persecução penal, é o fato criminoso, que somente ganha sentido e contornos concretos quando ele interpreta

para o engajamento no mundo (ou: uma crítica ao juiz solipsista tupiniquim). *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 10, 2015. p. 122.

39. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 488.

40. HASSEMER, Winfried. Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Trad. Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: AD-HOC, 1995. p. 13.

41. GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 503.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

textos de outras pessoas, as partes, que tentam descrevê-lo também a partir de suas perspectivas pessoais.

Fala-se em textos porque, mais uma vez, somente através da linguagem que ambos os processos, o judicial e o histórico, são possíveis. Somente através dos signos da linguagem que historiador e julgador compreendem e elaboram uma versão do passado, a qual será sempre mutável em virtude da finitude da experiência histórica. Os signos no processo, porém, possuem delimitação constitucional, pois o Estado Democrático de Direito exige que eles assegurem a dignidade da pessoa humana bem ainda outras garantias fundamentais.

Aliás, uma concepção de verdade processual construída assim através da fusão de horizontes entre os sujeitos processuais, no campo da linguagem, encontra-se constitucionalmente conformada com o Estado Democrático de Direito. Enquanto a visão correspondista prioriza o resultado da atividade processual, legitimando arbitrariedades em prol da finalidade de se encontrar uma perfeita correspondência com o passado, a hermenêutica de Gadamer foca sua atenção no meio de obtenção de uma interpretação comum, o que sempre ocorrerá através da linguagem.

Essa construção da verdade através da linguagem será inevitavelmente relativa, pois dependerá das vivências e das experiências do autor e do intérprete, o que não significa, porém, que ela possa ter qualquer natureza, vez que será sempre limitada pelos signos constitucionalmente conformados. A propósito, "o fato de se tratar de uma verdade relativa não significa admitir que com ela seja compatível qualquer procedimento ou método probatório", eis que o tipo de verdade "é determinado diretamente pela disciplina legal do procedimento probatório que se adote para verificação dos fatos objetos do processo"[42].

Assim, no Estado Democrático de Direito, a verdade deve ser construída na linguagem a partir de signos que limitam o poder punitivo do Estado e garantem ao cidadão o pleno exercício de seus direitos e garantias fundamentais. A regra probatória constitucionalmente conformada e que se submeta a todos esses signos será sempre um método válido de obtenção da verdade, a qual, por sua vez, somente será válida se houver sido obtida através do procedimento assim delineado. É o método que delimita a verdade, não a verdade que delimita o método. Se o método cumpre os requisitos da estrita legalidade e da conformidade democrática, a verdade por ele obtida será válida, ainda que relativa.

42. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 37.

Uso exclusivo do IBCCRIM

A noção de verdade assim obtida se coaduna com a natureza do Estado Democrático de Direito pois, de um lado, não abre mão dos limites legais impostos ao exercício de poder, permitindo ainda uma ampliação das garantias fundamentais e, de outro, garante às partes participação equânime no provimento jurisdicional que lhes afetará, permitindo que a democracia se aplique também na esfera jurisdicional.

3. Contraditório efetivo: direito à informação como pressuposto de participação efetiva

O princípio do contraditório encontra-se garantido na Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 5º, LV, que disciplina que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". A previsão constitucional reforça a importância do princípio, cuja compreensão, até a década de 1970, se limitava à garantia de participação das partes no processo, "com o direito de informação oportuna de toda prova ou alegação feita nos autos, bem como a possibilidade de reação a elas"[43].

Posteriormente, com a doutrina de Elio Fazzalari, a noção de contraditório passou a incluir também o critério de igualdade ou de paridade de armas, no sentido de que a participação das partes deveria se dar em paridade de armas.

Indo mais além, parte da doutrina salienta que esse direito de participação, na verdade, consubstancia o direito de influência que as partes podem exercer com relação às decisões estatais que as afetem. Mais que isso, porém, o contraditório determina a vinculação da decisão judicial à atividade das partes, que limitam, através de suas argumentações, os espaços em que o Estado pode exercer seu poder e assim garantem efetiva participação na tomada de decisão pelo poder público.

Aliás, é consequência dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal que as decisões judiciais devem se basear nas provas colhidas em juízo. Se as pessoas são, por natureza, inocentes, esse estado somente pode se modificar quando a culpa restar provada em procedimento criminal que assegure ao imputado o pleno exercício de sua dignidade humana. Para que isso ocorra, é essencial que a formação de culpa ocorra exclusivamente em juízo, onde a atuação dos agentes particulares e estatais é devidamente controlada graças à garantia da publicidade.

43. PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 335.

Uso Exclusivo do IBCCRIM

Outrossim, para que o imputado não esteja sujeito à presunção de culpa, o julgador não deve ter iniciativa probatória[44], pois, do contrário, a utilizaria somente para confirmar uma hipótese inicial formulada mentalmente, impondo sérios riscos à imparcialidade do provimento jurisdicional, o que é típico de regimes totalitários e incompatível com o Estado Democrático de Direito, no qual se busca limitar ao máximo a discricionariedade dos agentes públicos. Não por outra razão, "o modelo de processo penal inaugurado pela Constituição da República de 1988 tem por elemento basilar o distanciamento do juiz da atividade probatória, para que possa ser preservada a imparcialidade objetiva".[45]

Assim, no processo penal constitucional, a atividade probatória deve ser exercida exclusivamente em juízo e pelas partes. O contraditório aparece, então, para reforçar e complementar essas garantias, assegurando que a defesa deve ter sempre garantida a sua participação no provimento jurisdicional.

Quando analisado em conjunto com a ampla defesa, o contraditório se torna ainda mais relevante, pois ambos os princípios conjugados não garantem somente a participação, mas a participação efetiva, que assegure que o réu tenha efetiva contribuição no resultado final da persecução[46].

Essa estrutura dialética do processo e o contraditório, longe de constituir entrave à busca da verdade, como é vista em procedimentos inquisitivos, apenas reafirma que, no Estado Democrático de Direito, essa é obtida de forma mais eficaz quando construída pelas partes que quando buscada de forma solipsística pelo juiz[47].

Portanto, o contraditório efetivo está diretamente relacionado ao direito de manifestação que, por sua vez, está relacionado à vinculação do juiz aos fundamentos delineados pelas partes. Essa manifestação, porém, parte do pressuposto de que a defesa tenha acesso ao conteúdo das provas incriminatórias, afinal, ela

44. Não há consenso doutrinário sobre referido ponto, havendo autores que defendem que o poder de instrução do juiz não afeta sua parcialidade. É o caso, por exemplo, de BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 82-83.

45. FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de; PINTO, Felipe Martins. *Na contramão da democraticidade*: a permanência do juiz inquisidor no processo penal brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. p. 6.

46. PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 335.

47. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 219.

Uso Exclusivo DOUBOCRIM

somente poderá se manifestar sobre os fatos de que tenha conhecimento. Seu direito de influência/vinculação somente será exercido plenamente se tiver todas as informações necessárias para exercê-lo.

Como visto anteriormente, a construção da prova no processo deve abandonar a perspectiva correspondista da verdade e se elevar à dimensão da linguagem, pois somente assim a democracia adotada enquanto modelo de Estado será também garantida na esfera processual. Isso impõe que a acusação, ao apresentar as provas que embasarão a hipótese acusatória, deverá despender argumentação que exponha sua visão dessa baseada em sua visão de mundo, o que delimitará seu conteúdo[48]. A partir da prova na forma em que foi colocada pela acusação, a defesa poderá também, através da linguagem, expor sua visão, o que se sucederá da visão do julgador, por sua vez condicionada ao seu próprio horizonte e aos horizontes apresentados pelos sujeitos processuais que o precederam. A prova estabelecerá, portanto, através da linguagem, uma relação com cada um dos sujeitos processuais condicionadas pelas suas próprias experiências e pelas experiências dos demais atores externalizadas através da argumentação.

Diante disso, a defesa entra em contato com a prova apresentada, que não é o fato tomado de forma objetiva como defende ser possível a teoria correspondista, mas a visão do fato sob o horizonte da acusação. Logo, quando se manifesta sobre a prova, a defesa não fala o fato em si, tal como ocorrera, mas sobre o fato visto sob a perspectiva da acusação, e adiciona a esse fato, por meio da argumentação, a sua própria visão de mundo. Ambos os horizontes, da acusação e da defesa, serão apresentados ao julgador, que também partindo das seu próprio horizonte, formulará, pela linguagem, o entendimento final desse procedimento dialético, constituindo a decisão, assim, a fusão dos horizontes de todos os sujeitos processuais.

Para que essa fusão ocorra é essencial que os horizontes sejam externados através da linguagem. Portanto, para que a defesa se manifeste de forma efetiva no processo, isto é, colaborando de forma efetiva para a fusão de horizontes que será a decisão final, é essencial que a acusação determine o conteúdo das provas apresentadas segundo a sua visão de mundo.

Ademais, importante destacar que se é a linguagem que dá forma ao mundo e delimita o conteúdo de todas as coisas nele contidas e essa está condicionada

48. Importante registrar aqui que no presente trabalho o Ministério Público é considerado enquanto "parte parcial, que, eventualmente, pode assumir uma posição 'imparcial', por ter que pautar sua conduta em termos de estrita legalidade" (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 225).

Uso Exclusivo do IBCCRIM

pela experiência histórica de cada pessoa, a prova apresentada no processo nunca terá a mesma significação para acusação, defesa e julgador. Todavia, pela natureza democrática do Estado, nenhuma dessas significações deve se sobrepor às demais, devendo todas integrarem o conteúdo do que será a decisão final, que assim corresponderá a uma noção de verdade que represente o "somatório de vários momentos, de vários cruzamentos funcionais e de várias plataformas intrassistêmicas".[49]

Sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, a verdade processual deve ser construída a partir da argumentação despendida pelas partes sobre os elementos de prova coligidos, argumentação essa que mais que dar sentido a esses elementos, os traz para o processo e faz com que tenham validade jurídica enquanto prova. O ato de trazer a prova ao processo, porém, não pode se limitar ao requerimento de produção probatória realizado ao juiz, tampouco na indicação genérica das provas que deverão ser levadas em consideração na sentença.

Ora, o que se extrai das noções construídas anteriormente é que a mera indicação genérica de um elemento de prova não vale enquanto delimitação do conteúdo da acusação sob o qual o juiz deve proferir sua decisão, vez que o que constituirá a fusão de horizontes consubstanciada no provimento final é a interpretação que se dará sobre esse elemento. Assim, a aceitação da indicação genérica de elementos de prova desconsidera a visão de mundo dos intérpretes e dos atores processuais, sendo totalmente incompatível com o caráter de linguagem da prova, e perpetuando, por outro lado, a noção de que o elemento de prova, por si só, indica correspondência exata com a realidade.

Além disso, se a acusação não tem o ônus de argumentar sobre os elementos de prova constantes do processo, correlativamente o julgador pode atribuir a esse objeto a interpretação que lhe convier, o que legitima, na persecução penal, qualquer tipo de fundamentação, inclusive aquela genérica, que não especifica exatamente a interpretação dada ao fato, bem ainda a totalmente desvinculada do procedimento dialético desenvolvido.

Caso o magistrado possa, na sentença, inserir um argumento totalmente novo com relação aos elementos de prova apresentados, estaria assim surpreendendo a defesa com esse argumento, impedindo-a de sobre ele se manifestar. Ao assim impossibilitar o exercício do contraditório efetivo pela defesa, o modelo de persecução penal que abre essa possibilidade de inovação argumentativa na sentença é carregado de um viés autoritário e decisionista.

49. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*: the Brazillian lessons. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 71.

USO EXCLUSIVO DO EBCCRIM

Como consequência disso, para efetivação do contraditório, não basta que o acusador faça mera indicação genérica da prova que apresentara sustentando ser ela suficiente para embasar uma condenação, devendo, em verdade, indicar como e porque acredita que essa prova é suficiente para provar a culpa do imputado. Somente a partir dessa informação é que a defesa poderá influir de forma eficaz na decisão final, o que faz concluir que somente através da delimitação argumentativa da prova que o acusado pode exercer plenamente seu direito ao contraditório.

Essa delimitação argumentativa somente é possível quando assegurado à defesa o seu direito à informação, o qual, embora bastante trabalhado em sistemas alienígenas, como o norte-americano, não recebe a devida importância na jurisprudência brasileira, sendo muitas vezes utilizado como mero argumento retórico e não como instrumento de efetivação das garantias constitucionais.

Todavia, pelas razões expostas, o direito à informação, isto é, o direito que a defesa tem de que a acusação informe detalhadamente o conteúdo da acusação, é integrante do próprio direito ao contraditório, e é somente através dele que a defesa pode realmente contraditar as alegações da parte contrária e influenciar de forma efetiva a decisão jurisdicional.

4. Ônus probatório argumentativo como mecanismo de consolidação da democracia no processo

As questões relativas à prova no processo penal passam, necessariamente, pela definição do modelo processual adotado, seja com relação às funções investigatórias e acusatórias, seja com relação à fixação e distribuição dos ônus processuais às partes[50]. Por sua vez, o modelo processual adotado está sempre intrinsecamente ligado à própria natureza do Estado.

A propósito, "os princípios da política processual de uma nação não são outra coisa senão os segmentos de sua política estatal em geral", de forma tal que "a estrutura do processo penal de uma nação não é mais do que o termômetro dos elementos coorporativos ou autoritários de sua constituição"[51].

50. PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 338.

51. GOLDSCHMIDT, James Paul. *Princípios gerais do processo penal*: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935. Belo Horizonte: Líder, 2002. p. 71.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

É no tratamento penal que o Estado expressa de forma mais pura seu viés político[52], podendo-se nele perceber de maneira mais visível as relações entre homem e Estado. Um processo penal iníquo, com procedimento autoritários, estará sempre atrelado a um Estado de modelo ditatorial, enquanto um processo penal que salvaguarda de forma completa a dignidade da pessoa humana estará sempre ligado a um modelo de Estado democrático.[53]

Como já salientado, a Constituição de 1988 instituiu no Brasil o Estado Democrático de Direito e, por meio de uma epistemologia garantista, estabeleceu os signos através dos quais deve ser construída a verdade no processo, preconizando a participação equânime das partes em contraditório na construção do provimento e o reconhecimento de limites precisos para a intervenção nos direitos individuais[54].

Os direitos humanos, que garantem a todos os cidadãos o seu desenvolvimento pacífico enquanto seres humanos, são constituídos de forma abstrata e genérica, para toda a sociedade, por meio da lei. Todavia, se, por um lado, esses direitos podem ser compreendidos e memorizados pelos cidadãos na vida cotidiana, sua juridificação (e efetividade) exigirá sempre a concomitância da instauração de um poder. Logo, esse processo de juridificação não pode se limitar às liberdades subjetivas de cada cidadão, mas deve se estender também à constituição do poder político, possibilitando efetivo entrelaçamento entre autonomia pública e privada.[55].

Tendo em vista essa juridificação simultânea de liberdades individuais e poder político, a legitimação da atuação estatal assim delimitada engloba a legitimidade dos direitos ou do processo legislativo, mas também a legitimidade dessa ordem política e do exercício de poder. Dessa constituição cooriginária de direito e poder resulta a necessidade de legitimação, que requer canais legais para a sanção, organização e execução dos poderes estatais do próprio Estado, sobretudo quando esse se intitula Democrático de Direito.[56]

---

52. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 196.
53. ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
54. PINTO, Felipe Martins. Introdução *Crítica ao processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 135.
55. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*: contributions to a discourse theory of law and *democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1996. p. 133.
56. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*: contributions to a discourse theory of law and democracy. Trad. William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1996. p. 134.

Uso Exclusivo IBCCRIM

Além disso, o Estado Democrático de Direito exige que as decisões do poder politicamente organizado não devem se revestir apenas de quaisquer requisitos formais, mas só legitimam pelas leis advindas dos procedimentos legislativos estatuídos. Assim, no Estado assim constituído, o único direito legitimado seria aquele aceito por todos os cidadãos[57], instituído através de um procedimento legislativo.

Outrossim, no Estado Democrático de Direito a divisão das competências legislativa e judiciária entre dois poderes distintos faz com que o exercício do poder somente se legitime se pautado em parâmetros legais, o que evita arbitrariedades dentro do próprio Estado[58] e determina a relação dos cidadãos com o poder público.

Todavia, em um Estado em que a representatividade legislativa se dá através do voto da maioria, a lei não assegura os interesses de todos. Por isso, para que se garanta o princípio do pluralismo político, é necessário complementar a vontade parlamentar garantindo um fluxo livre de opiniões também fora do processo legislativo[59], atingindo assim diversos setores sociais. Uma das formas de fazê-lo é através do processo penal que, para garantir o direito de todos, não somente da maioria representada legislativamente, deve permitir que as partes possam efetivamente influenciar os atos de poder que lhes afetarão, garantia essa que se encontra consubstanciada na Constituição pelo princípio do contraditório.

A democracia assim delimitada não se limita à representatividade popular através do voto, mas se estende aos processos judiciais, garantindo que mesmo minorias e indivíduos hipossuficientes sejam capazes de fazer frente à superestrutura estatal por meio de sua capacidade argumentativa. O contraditório, portanto, garantirá a democracia no processo e assegurará que as partes tenham a máxima equidade possível dentro dele e exerçam a mesma influência no provimento jurisdicional através da argumentação.

Sob os influxos da teoria hermenêutica de Gadamer supradelineada, a construção do fato no processo se dará através das provas, as quais somente virão a existir por meio da linguagem utilizada pelas partes, que assim especificarão o sentido do qual a interpretação do julgador deve partir para, por fim, proferir a decisão final.

57. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*: contributions to a discourse theory of law and democracy. Trad. William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1996. p. 135.

58. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*: contributions to a discourse theory of law and democracy. Trad. William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1996. p. 173-174.

59. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*: contributions to a discourse theory of law and democracy. Trad. William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1996. p. 171.

Uso Exclusivo do IBCCRIM

Nesse processo dialético da persecução penal há uma pesquisa cooperatória da verdade[60], que permite ao juiz, sem abrir mão da sua pessoalidade, se apropriar do saber das partes para, fundindo-o com seu saber histórico, proferir uma decisão final sobre o fato.

A decisão deixa de ser fruto puramente da interpretação subjetiva do juiz e passa a se vincular ao saber conjuntamente construído pelos atores processuais, o que significa consolidação da democracia no processo na medida em que garante às partes efetiva participação na construção do provimento que lhes afetará.

Se, pelo contrário, o modelo de persecução penal obsta essa participação efetiva, possibilitando que o julgador formule sua decisão em argumentos que vão além da argumentação despendida pelas partes, esse estará se investindo de poderes acusatórios para introduzir no processo a sua verdade unilateral, o que caracteriza o autoritarismo contrário à noção de democracia.

O fato ou objeto não afirmado pelas partes não pode ser considerado na sentença, pois ele simplesmente "*não existe* e sobre ele não pode haver qualquer incerteza no momento de decidir" (grifo no original)[61].

Pela filosofia da linguagem de Gadamer essa relação fica ainda mais clara. A verdade deixa de ser vista enquanto correspondência exata com a realidade e passa a ser vista enquanto produto da fusão de horizontes dos interlocutores processuais através da linguagem, por sua vez construída com signos os quais, no Estado Democrático de Direito, devem se submeter aos limites das garantias da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, do contraditório e do devido processo legal.

A aplicação processual dessas garantias, sobretudo do princípio da presunção de inocência em sua dimensão de regra probatória, determina que o ônus da prova no processo penal condenatório será sempre exclusivamente da acusação[62]. Conjugando essa assertiva doutrinária com os ensinamentos da filosofia da linguagem de Gadamer supradelineados, conclui-se que, por ser a argumentação requisito de existência da prova no processo penal democrático, à acusação

60. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 220.

61. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 228.

62. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 240.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

incumbe o encargo de apresentar os elementos de prova que sustentem a hipótese acusatória e sobre eles argumentar, sob pena de desconsideração desses elementos na prolação da sentença.

Em outras palavras, se a prova no processo penal democrático deve se desvincular da correspondência e se atrelar à linguagem, juntamente com o ônus probatório existe para a acusação um ônus argumentativo sobre os elementos de prova apresentados. Esse ônus de argumentação, por decorrer diretamente da vinculação do processo à verdade enquanto fusão de horizontes dos atores processuais, acaba por legitimar e ratificar o modelo de Estado adotado na Constituição.

A democracia encontra-se assim consolidada no processo por dois motivos. Primeiro, porque, como já ressaltado, permite que o imputado, ainda que hipossuficiente, se faça ouvir pelo Estado e vincule, através de seus argumentos, a decisão que lhe afetará. Segundo, porque a vinculação do julgador aos argumentos das partes passa a ser critério de validade da própria sentença, que não só deve indicar as provas nas quais se baseia, mas também os argumentos que levaram àquele resultado.

A motivação das decisões judiciais, portanto, passa a ser limitada pela argumentação das partes, o que, juntamente com a garantia da publicidade, garante um controle mais efetivo da atividade jurisdicional tanto pelas partes, quanto pela sociedade.

A motivação funciona assim no intuito de delimitar o decisionismo. O órgão jurisdicional tem que motivar porque tem liberdade para decidir em um sentido ou em outro, mas também porque está sujeito a um momento criador. Ele não é inteiramente vinculado e não é inteiramente livre.[63]

Necessário também reprisar que "uma coisa é o mecanismo de obtenção da decisão, outra coisa é a motivação dessa decisão, que, desde logo, pode ou não explicitar o que determinou esta ou aquela escolha, esta ou aquela decisão"[64]. Deve-se reconhecer o perfil criador do juiz, para torná-lo evidente e criticável,

63. PATRÍCIO, Rui. O princípio da presunção de inocência do arguido na fase de julgamento no actual processo penal português: alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000. p. 53.

64. PATRÍCIO, Rui. O princípio da presunção de inocência do arguido na fase de julgamento no actual processo penal português: alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000. p. 54.

Uso Exclusivo do IBCCRIM

não o manter oculto e impassível de crítica, pois a figura do juiz servidor da lei é perigosa ficção[65].

Assim, a exigência de motivação, por si só, não mitiga o decisionismo e não condiciona o juiz aos ditames do processo penal democrático. A única forma de fazê-lo é vinculando a fundamentação aos argumentos trazidos pelas partes.

Dessa forma, o julgador sempre poderá, e irá, pela condição subjetiva da sua experiência histórica, basear-se na sua visão de mundo para proferir sua decisão. Todavia, através da vinculação argumentativa da sentença, sua análise será sempre condicionada pela visão de mundo das partes, o que vai limitar sua liberdade criativa e garantir a essas efetiva influência no resultado processual.

Através dessa exigência e sob a perspectiva do princípio da presunção de inocência, a decisão condenatória que apresenta argumentos novos com relação àqueles apresentados pelas partes é nula, eis que estaria o juiz, de ofício, construindo uma prova de forma inovadora no processo, sem oportunizar defesa sobre ela. Isso impõe, pois, ao Ministério Público a necessidade de argumentação sobre todos os elementos de prova apresentados em cada processo judicial, sob pena de não restar comprovada a hipótese acusatória.

De toda forma, no Estado Democrático de Direito, em que as estruturas jurisdicionais devem garantir a participação da população em todas as esferas de poder, o decisionismo, típico de Estados autoritários, será mitigado na maior medida possível, pois, quando se tem critérios objetivos para determinar os limites da motivação, o controle desses desvios é facilitado, seja do ponto de vista interno ao processo ou externo.

O ônus argumentativo[66], portanto, está sempre contido no ônus probatório e constitui verdadeiro mecanismo de consolidação da democracia no processo,

65. PATRÍCIO, Rui. O princípio da presunção de inocência do arguido na fase de julgamento no actual processo penal português: alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000. p. 51.

66. Importante frisar que quando se fala em ônus argumentativo não se pretende reduzir o significado da atividade probatória ao mero exercício da retórica. Como bem salienta Khaled Jr., essa redução é inaceitável, pois "a argumentação é apenas um elemento e não critério definidor da prova no processo". KHALED JR, Salah H. O caráter alucinatório da evidência e o sentido da atividade probatória: rompendo com a herança inquisitória e a filosofia da consciência. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). *Verdade e prova no processo penal*: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 308.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

pois, de um lado, garante às partes participarem efetivamente da construção do provimento jurisdicional e, de outro, vincula a decisão judicial à argumentação desenvolvida no processo, o que delimita o conteúdo da motivação e facilita, portanto, o seu controle pelas partes e pela própria sociedade.

Considerações finais

Como restou evidente no decorrer do presente trabalho, a caraterização do Estado brasileiro enquanto Democrático de Direito pela Constituição da República de 1988 criou a necessidade de se infundir no processo penal a ideologia garantidora das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana então juridificada. Como visto, o primeiro passo para tanto consiste na superação da noção de verdade enquanto correspondência que historicamente justificou procedimentos criminais autoritários e repressivos.

No âmbito probatório, as consequências da vinculação desse tipo de verdade à persecução penal ficam nítidas, pois ela acaba por relativizar as formas e expandir as esferas de ingerência do poder público na vida privada dos cidadãos, tudo em prol de uma compreensão fidedigna do fato tal como ocorrera no passado.

Através do giro ontológico proporcionado pela filosofia da linguagem, aqui delineada por Gadamer, é possível promover a superação desse paradigma. O foco no resultado do procedimento probatório é desviado para a linguagem, que, colocada como o meio necessário de toda a compreensão, será o meio através do qual o fato será construído no processo.

No campo do processo penal, a linguagem se constituirá pela argumentação, que passa a ser requisito de existência da própria prova. Como decorrência lógica dessas considerações, tem-se que o órgão acusador, ao apresentar a prova que sustentará a acusação, deve sobre ela argumentar, inserindo assim no processo seu horizonte hermenêutico, o qual se fundirá com o da defesa e do próprio julgador para a formação do provimento final.

É através da argumentação sobre as provas, realizada por meio da linguagem, que as partes garantirão sua participação efetiva na construção do provimento jurisdicional e assim assegurarão a democracia no processo penal. Essa linguagem, por sua vez, deve ser de comum conhecimento entre partes e julgador, os quais a expressarão cada qual com a sua visão de mundo particular, mas ainda assim vinculados aos signos que são limitados, no Estado Democrático de Direito, pelos direitos humanos previstos na Constituição.

A argumentação despendida pelas partes possibilitará a fusão dos horizontes dos sujeitos processuais sobre os elementos de prova constantes no processo, de

Uso exclusivo DOUTRINA RBCCRIM

forma tal que qualquer visão do julgador que esteja totalmente desvinculada dos argumentos apresentados deslegitima a própria decisão, pois descaracteriza o processo hermenêutico de construção da verdade baseado na estrutura dialética, própria da democracia.

Ademais, por tudo que já fora formulado fica claro que o mero requerimento ou indicação genérica dos elementos de prova não suprem a necessidade de delimitação da acusação formulada contra o imputado. Ao contrário, permitem que o julgador formule a sua interpretação subjetiva da prova e assim imponha a sua visão de mundo através do provimento jurisdicional, o que constitui nítida arbitrariedade e é totalmente incompatível com a noção de processo penal constitucional.

Assim, em virtude do caráter de linguagem que não somente caracteriza, mas constitui a prova, trazendo-a ao mundo processual, o ônus argumentativo passa a ser entendido como parte do ônus probatório, assegurando às partes sua efetiva participação na construção do provimento jurisdicional e consolidando a noção de democracia em todos os âmbitos da atuação estatal.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*: teoria geral e dogmática. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de; PINTO, Felipe Martins. *Na contramão da democraticidade*: a permanência do juiz inquisidor no processo penal brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GOLDSCHMIDT, James Paul. *Princípios gerais do processo penal*: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GRONDIN, Jean. *¿Qué es la hermenéutica?* Barcelona: Herder Editorial, 2008.

GRONDIN, Jean. *The philosophy of Gadamer.* Trad. Kathryn Plant. Paris: Routledge, 2014.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*: contributions to a discourse theory of law and democracy. Trad. William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1996.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Trad. Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: AD-HOC, 1995.

KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016.

KHALED JR., Salah H. O caráter alucinatório da evidência e o sentido da atividade probatória: rompendo com a herança inquisitória e a filosofia da consciência. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). *Verdade e prova no processo penal*: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*: the Brazillian lessons. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PATRÍCIO, Rui. *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase de julgamento no actual processo penal português*: alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

RÜHLE, Volker. Experiencia de la historia y experiencia histórica: sobre el concepto de consciencia histórico-efectual en Gadamer. *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, n. 4, p. 74-87, out. 1991.

STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. *Problemata: Revista Internacional de Filosofia*, v. 5, n. 1, p. 204-226, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo. *Revista Brasileira Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 8, p. 121-160, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto*: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; DEZORDI WERMUTH, Maiquel Ângelo. Da epistemologia da interpretação à ontologia da compreensão: Gadamer e a tradição como background para o engajamento no mundo (ou: uma crítica ao juiz solipsista tupiniquim). *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 10, p. 111-142, 2015.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A força normativa da Constituição Federal como condição de possibilidade para a reestruturação do processo penal democrático, de Igor Amaral da Costa – *RDCI* 118/29-45 (DTR\2020\3828); e
- Constituição, contraditório e linguagem, de Leandro Gornicki Nunes – *RBCCrim* 119/75-101 (DTR\2016\4875).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Habeas corpus concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2019: pesquisa empírica e dados estatísticos

Habeas corpus *granted by the Brazilian Supreme Court in 2019: empirical research and statistics*

Vinicius Gomes de Vasconcellos

Doutor em Direito pela USP, com período de sanduíche na Universidad Complutense de Madrid (bolsa PDSE/CAPES) e de estágio de pós-doutoramento na UFRJ. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor permanente do IDP/DF (mestrado/doutorado). Professor efetivo da UEG/GO. Editor-chefe da RBDPP. Assessor de Ministro no Supremo Tribunal Federal.
ORCID: 0000-0003-2020-5516
vinicius.vasconcellos@ueg.br

Gustavo Mascarenhas Lacerda Pedrina

Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela USP, foi *Research Fellow* no Charles Houston Institute da Harvard Law School (EUA). Assessor de Ministro no Supremo Tribunal Federal.
ORCID: 0000-0002-5957-9024
gumascarenhas@hotmail.com

Caio Salles

Mestrando em Direito pela Universidade de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Assessor de Ministro no Supremo Tribunal Federal.
ORCID: 0000-0002-0624-0369
caio_salles95@hotmail.com

Áquila Magalhães Duarte

Graduado em Direito na Universalidade Católica do Salvador. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Ex-Procurador de Prerrogativas da OAB/BA. Analista Judiciário. Assistente de Ministro no Supremo Tribunal Federal.
ORCID: 0000-0001-5034-7975
aquiladuarte@icloud.com

Recebido em: 15.04.2020
Aprovado em: 21.07.2020
Última versão dos autores: 25.07.2020

Vasconcellos, Vinicius Gomes de; Pedrina, Gustavo Mascarenhas Lacerda; Salles, Caio; Duarte, Áquila Magalhães. *Habeas corpus* concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2019: pesquisa empírica e dados estatísticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 172. ano 28. p. 323-352. São Paulo: Ed. RT, out. 2020.

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: Este artigo pretende expor o cenário das concessões de ordens de *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2019. A partir da análise de dados fornecidos pelo próprio Tribunal e do exame de cada concessão, será feita descrição do cenário geral, apresentando a evolução dos números de ações impetradas e ordens concedidas, com o objetivo de definir os principais temas e motivos das ordens concedidas pelos Ministros do STF, em colegiado ou monocraticamente, comparando os posicionamentos adotados e os principais fundamentos para a verificação das ilegalidades reconhecidas.

Palavras-chave: *Habeas corpus* – Supremo Tribunal Federal – Estatísticas – Análise de decisões.

Abstract: This article intends to expose the scenario of habeas corpus orders granted by the Brazilian Supreme Court in 2019. Based on the analysis of data provided by the Court itself and the examination of each decision, it will expose a description of the general scenario, presenting the evolution of numbers of habeas corpus pointed to the STF and orders granted, aiming to define the main themes and reasons for the decisions, comparing the positions adopted and the main grounds for verifying the recognized illegalities.

Keywords: *Habeas corpus* – Brazilian Supreme Court – Statistics – Decision analysis.

Sumário: Introdução. 1. Metodologia do levantamento e da análise dos dados. 2. Visão geral sobre *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal. 3. Comparações entre Turmas e entre Ministros. 4. Os fundamentos predominantes das ordens concedidas. Conclusão. Referências.

Introdução

Distintamente[1] de diversas Cortes Constitucionais de países estrangeiros, o Supremo Tribunal Federal (STF) possui competência para julgar casos penais em única instância, por prerrogativa de função, ou analisar eventuais ilegalidades em *habeas corpus* impetrados em face de atos praticados por juízos inferiores, ainda que após sucessivas impetrações em segundo grau e no Superior Tribunal de Justiça. Sem dúvidas, tal atividade distingue-se de sua atuação em sede de ações de controle de constitucionalidade ou da fixação de teses em repercussão geral, mas é inegável a constatação de que a jurisprudência criminal do STF é basicamente estabelecida por meio de julgados em *habeas corpus*.[2]

1. Artigo desenvolvido em projeto vinculado ao Grupo de Pesquisas "Observatório de Precedentes Criminais" (http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/5829584006966338).
2. Sobre a importância do *habeas corpus* no cenário latino-americano, ver: BOUYSSOU, Norma I.; PELLONI, Fernando M. Machado. Hábeas corpus: contribuciones a la causa del estado de derecho. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 111-143, 2016.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

A história da Corte máxima brasileira é diretamente relacionada à doutrina brasileira do *habeas corpus*. Afirma-se que "a evolução do tratamento conferido ao *habeas corpus* pelo Tribunal revelou-se processo imprescindível à delimitação da posição da Corte na arquitetura institucional do regime republicano, seu papel e suas competências".[3]

Contudo, embora o STF evolua constantemente no sentido de ampliar a publicidade e a análise de seus dados e números de produções, ainda inexiste um sistema unificado com estatísticas relacionadas ao *habeas corpus* concedidos, especialmente de modo a assentar as orientações adotadas pelo Tribunal sobre temas mais frequentes, estados de origem e posturas de cada Ministro. Isso se torna ainda mais complicado diante da exponencial monocratização da Corte, em que as decisões tomadas de modo singular por um Ministro formam padrões decisórios pouco explorados pela doutrina e pelos operadores do Direito.[4]

Diante disso, este artigo pretende expor o cenário das concessões de ordens de *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2019. A partir da análise de dados fornecidos pelo próprio Tribunal, será feita descrição do cenário geral, apresentando a evolução dos números de ações impetradas e ordens concedidas ao longo dos anos.

Trata-se de metodologia já adotada em relação aos dados de 2018, que resultou em artigo publicado em coletânea organizada sobre o tema "*habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal".[5] Esta pesquisa, portanto, desenvolve e amplia os dados e resultados anteriormente publicados, partindo de metodologia e premissas semelhantes.

---

3. BARBOSA, Eduardo Ubaldo; PEDRINA, Gustavo Mascarenhas L. Uma história antiga: o Supremo Tribunal Federal e o *habeas corpus*. In: PEDRINA; NUNES; SOUZA; VASCONCELLOS (Org.). Habeas corpus *no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: RT, 2019. p. 41. Na doutrina, sobre *habeas corpus*, ver: WUNDERLICH, Alexandre. *Habeas corpus* e a dimensão da liberdade: 20 anos após a Constituição Federal de 1988. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 373, p. 75-112, nov. 2008; TORON, Alberto Z. *Habeas corpus*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018; PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *História e prática do* habeas corpus. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2007.
4. Sobre pesquisa jurisprudencial em Direito, ver: PALMA, Juliana B.; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor M. A organização da informação jurisprudencial. In: QUEIROZ, Rafael M. R.; FEFERBAUM, Marina. *Metodologia de pesquisa em direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 241-251.
5. VASCONCELLOS, Vinicius G.; PEDRINA, Gustavo M. L.; DUARTE, Áquila M.; SALLES, Caio F. Habeas corpus concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2018: pesquisa empírica e dados estatísticos. In: PEDRINA; NUNES; SOUZA; VASCONCELLOS (Org.). Habeas corpus *no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: RT, 2019. p. 153-181.

USO EXCLUSIVO DO EDITOR

Uso Exclusivo do RBCCrim

O objetivo fundamental desta pesquisa é definir os principais temas e motivos das ordens concedidas pelos Ministros do STF, em colegiado ou monocraticamente, comparando os posicionamentos adotados e os principais fundamentos para a verificação das ilegalidades reconhecidas. Com isso, é possível perceber quais os temas mais afeitos a decisões, quais os crimes mais debatidos no Tribunal e quais os principais argumentos acatados, constituindo a pesquisa verdadeiro *raio-x* de como decidiu a Corte e cada ministro em 2019. Além disso, partindo dos resultados anteriormente publicados, agora também se realizará comparação entre os dados de concessões de 2018 e 2019 pelo Tribunal.

1. Metodologia do levantamento e da análise dos dados

A pesquisa aqui exposta baseou-se em dados fornecidos pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em relação aos *habeas corpus* concedidas nos últimos anos. A partir do acesso à tabela fornecida no *website* da Corte, verificou-se que, em 2018, foram concedidas 644 ordens, conforme os dados apresentados.[6] A tabela contém somente dados da classe *habeas corpus,* de modo que não considera, por exemplo, ordens concedidas em Recurso Ordinário em HC ou de ofício em outras espécies de ações ou recursos. A tabela inclui ordens concedidas em *habeas corpus* por extensão, de modo que pode haver inserção de um mesmo processo por mais de uma vez nas linhas. Além disso, destaca-se que a lista inclui ordens concedidas integralmente, parcialmente ou de ofício.

Diante disso, foram definidos critérios para análise: relator; se a decisão foi colegiada ou monocrática; se unânime, por maioria ou empate; se houve parecer da PGR e o seu sentido; o estado de origem do HC; se o impetrante é de Defensoria Pública ou advogado constituído; a espécie do crime; e os temas das concessões. Para a análise dos temas concedidos, ou seja, dos motivos pelos quais se reconheceu ilegalidade para concessão do *habeas,* definiram-se palavras-chave, de modo a facilitar o levantamento dos dados. A partir da experiência anterior da pesquisa sobre as ordens de 2018, optou-se em unificar certas palavras-chaves e espécies de crimes em relação aos dados de 2019, o que será detalhado posteriormente na análise comparativa abaixo.

Então, dividiu-se a lista de 923 decisões entre os quatro pesquisadores, que passaram a analisar cada caso, a partir das informações que constam publicamente no *site* do Supremo Tribunal Federal no acompanhamento processual de cada

6. Dados disponíveis em: [http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=hc]. Acesso em: 13.04.2020.

caso. Depois da conclusão da tabela, realizou-se revisão dos dados para padronização de termos e contratou-se empresa para prestação do serviço de consultoria estatística,[7] com a finalidade de tratar e analisar os dados, além de produzir os gráficos e tabelas para sua exposição.

O levantamento dos dados foi, portanto, realizado de modo manual pelos pesquisadores, sem a utilização de aplicativos de *datamining*. Assim, pequenos erros podem existir nos dados fornecidos, o que se tentou evitar a partir de rodadas de revisão realizadas após a finalização da tabela e após a consolidação das estatísticas pela empresa de consultoria. De qualquer modo, as linhas gerais sobre os dados apresentados são aptos a descrever o cenário que aqui se pretende analisar de modo confiável.

Em relação às ordens concedidas em 2018, após o levantamento dos dados, verificou-se que, considerando as 644 decisões indicadas na tabela fornecida pelo STF, duas delas não estão corretamente classificadas. A partir do exame das decisões, percebe-se que nos HCs 156.654 e 158.780, ambos de relatoria do Min. Gilmar Mendes, não houve concessão de ordem a ser computada. No primeiro, ocorreu o provimento de Embargos de Declaração, para suprir omissão, mas sem modificar a denegação anterior da ordem. No segundo, houve cadastro em duplicidade na tabela, mas somente uma concessão. Portanto, em realidade, a lista fornecida pelo STF contém 642 *habeas corpus* concedidos em 2018.

Em 2019, foram verificados dois casos com concessões duplas. Nos HCs 173.552 e 175.140, ambos de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, houve a concessão da ordem inicialmente em determinados termos, mas, posteriormente, em sede de embargos de declaração, a alteração da decisão com nova concessão. Contudo, por se tratar de duas concessões em cada *habeas corpus* com conteúdos distintos, optou-se por manter tais ordens na contagem total, resultando em 923 concessões no ano.

2. Visão geral sobre *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal

Antes de se passar a análise focada em 2019, vale expor o panorama dos últimos anos em relação ao *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal.[8]

7. A empresa contratada foi a Empresa Júnior ESTAT, de graduandos em estatística da Universidade de Brasília. Informações disponíveis em: [http://www.estatconsultoria.org]. Acesso em: 13.04.2020.

8. Dados disponíveis em: [http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse] e [http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=hc]. Acesso em: 19.03.2020.

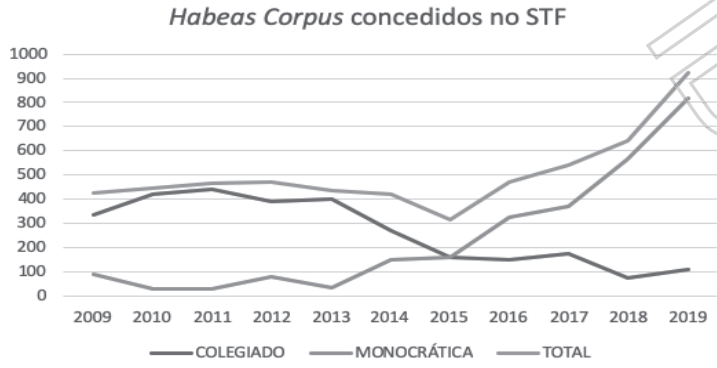
USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Ano	Concessões colegiadas	Concessões monocráticas	Total	*Habeas corpus* impetrados	% concessão em relação aos impetrados[9]
2009	336	92	428	4.710	9,09
2010	419	28	447	4.288	10,42
2011	439	28	467	4.461	10,47
2012	392	81	473	4.037	11,72
2013	403	32	435	3.595	12,10
2014	269	152	421	4.483	9,39
2015	158	158	316	5.584	5,66
2016	148	325	473	6.491	7,29
2017	174	369	543	11.327	4,79
2018	74	568	642	13.815	4,65
2019	108	815	923	11.791	7,83

Fonte: elaborado pelos autores.

Primeiramente, deve-se analisar a instigante explosão de impetrações em 2017 e 2018, totalizando um aumento de 100% ao se comparar 2016 com 2018, ou seja, mais que se duplicou a quantidade de *habeas corpus* impetrados no STF: de 6.491 em 2016 para 13.815 em 2018. Em 2019 houve uma redução relevante, revertendo a tendência de aumento anual desde 2014.

Junto ao exponencial aumento de impetrações dos últimos anos, ressalta-se a progressiva monocratização das decisões, especialmente a partir de 2014, com o ápice em 2018 e 2019, quando 88% das concessões foram monocráticas. Tal fenômeno é percebido no gráfico abaixo:



9. Optou-se por calcular o percentual de concessões em relação às impetrações e não ao total de decisões proferidas em HCs porque neste número divulgado pelo STF são incluídas decisões interlocutórias e liminares, que findariam por distorcer o resultado pretendido.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Veja o gráfico das decisões dos ministros também em QR code

Fonte: elaborado pelos autores.

O fenômeno da monocratização certamente é ocasionado por diversos fatores. Deve-se elencar alguns que podem ter contribuído: as mudanças ocasionadas pela aplicação e relativização da Súmula 691 do STF; as mudanças de composição da Corte e das Turmas; a alteração do regimento interno em 2014 para definir a competência das Turmas para julgar algumas hipóteses de prerrogativa de função (emenda regimental 49); as mudanças de entendimento sobre a possibilidade de execução provisória da pena, que ocasionaram aumento de impetrações. Além disso, sem dúvida o exponencial aumento da quantidade de impetrações deve acarretar a necessidade de um manejo mais célere e simplificado dos processos, pois o julgamento presencial de todos nas turmas restaria completamente inviável.

Recentemente, houve uma ampliação das possibilidades de julgamento em meio virtual. Anteriormente limitada a agravos internos/regimentais e embargos de declaração, a Turma virtual agora pode julgar qualquer espécie de processo, inclusive de modo direito em seu mérito, pois à critério do Relator também podem ser incluídas "demais classes processuais cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF" (art. 21-B, parágrafo único, V, RISTF, nos termos da Emenda Regimental 52, de 14.06.2019).

Percebe-se que, embora o número absoluto de concessões de *habeas corpus* tenha aumentado, o percentual em relação às impetrações decresceu drasticamente nos últimos cinco anos, restando em seu menor patamar em 2018 (4,65%). Deve-se destacar que o percentual exposto não corresponde exatamente ao número de concessões entre o total de impetrações do ano específico, pois nem todos os *habeas* impetrados no ano são decididos no próprio ano. Contudo, em 2019, considerando a diminuição do número de impetrações e o aumento do número de concessões, houve um crescimento relevante do percentual de ordens concedidas em relação às impetrações de *habeas corpus,* chegando a 7,83% em comparação com 4,7 e 4,6% de 2017 e 2018.

Com relação às espécies de crimes que são objeto de impetrações com maior frequência de concessões, em 2018, das 642 ordens concedidas, 317 (49%)

USO EXCLUSIVO DO LEGRIM

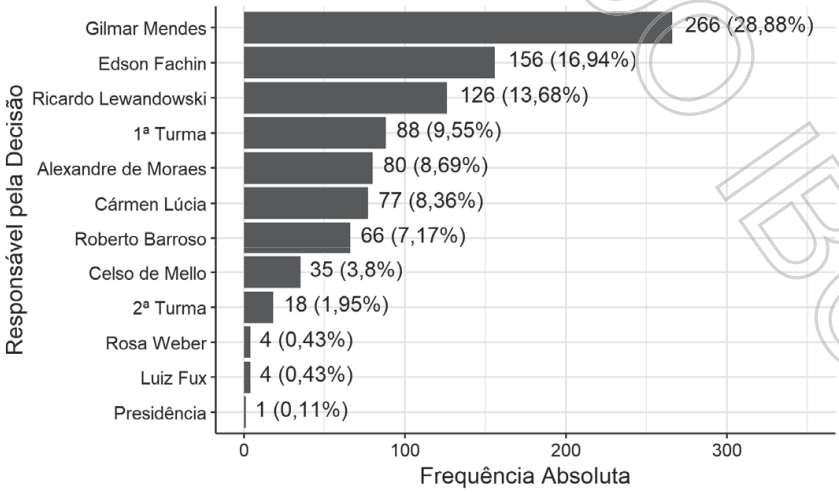
tinham por crime objeto o tráfico de drogas e 58 (9%) o furto – juntos apenas estes dois crimes foram responsáveis por 58% das concessões. Em 2019, o resultado foi semelhante: entre as 923 ordens, 492 (53%) diziam respeito a delitos relacionados a entorpecentes e 53 (6%) a furto, mantendo o percentual semelhante, de 59% no total de concessões.

A pesquisa aqui exposta também possibilitou a confirmação de dados já apresentados na doutrina anteriormente. Em 2018, um estado, São Paulo, é responsável por mais da metade das ordens concedidas (362 de 642 *habeas corpus),* seguido por Minhas Gerais (55), Rio de Janeiro (45), Rio Grande do Sul (35), Santa Catarina (31), Paraná (30) e Distrito Federal (26).

Já em 2019, das 923 concessões, 531 (58%) foram em *habeas corpus* oriundos do estado de São Paulo. Sem dúvidas, tal proeminência manifesta se dá por diversos motivos, tanto pelo evidente maior número de processos e presos que São Paulo possui em razão de sua representatividade populacional, mas também pelo cenário já descrito em pesquisas empíricas sobre a desatenção do Tribunal bandeirante em relação à jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores.[10]

3. Comparações entre Turmas e entre Ministros

Ao se comparar a postura entre os Ministros com relação à concessão das ordens em 2019, verifica-se que há uma clara distinção de atuação, além de um evidente predomínio de decisões monocráticas sobre colegiadas:



10. Sobre isso, ver: AMARAL, Thiago Bottino do. Habeas corpus *nos Tribunais Superiores:* uma análise e proposta de reflexão. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

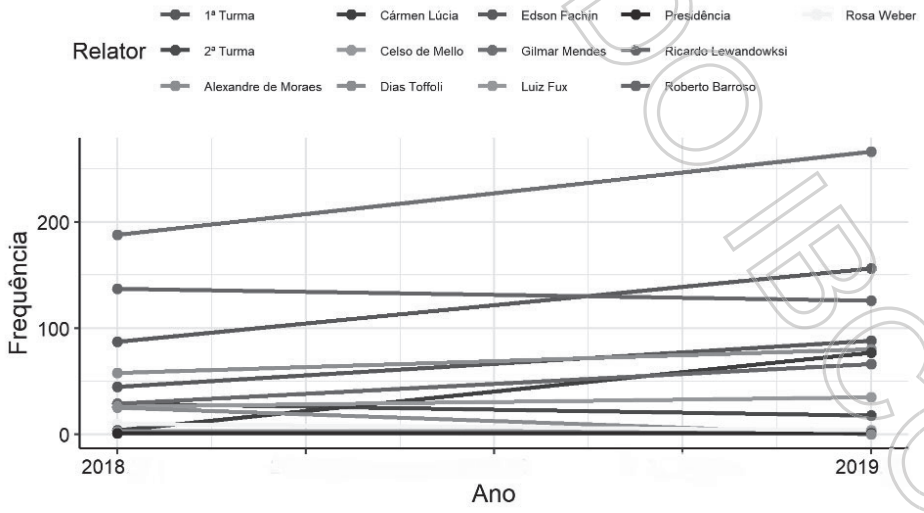
USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Veja o gráfico das decisões dos ministros também em QR code

Fonte: relatório produzido pela Estat, por encomenda dos autores.

Com relação aos dados anteriormente expostos, vale destacar que o Min. Marco Aurélio adota posicionamento minoritário ao não utilizar a possibilidade assentada pelo art. 192 do RISTF[11] para que o Relator decida de modo final e monocrático o mérito dos *habeas corpus*. Assim, o Ministro somente defere eventuais liminares requeridas e coloca em julgamento colegiado todos os processos de *habeas corpus*, de modo que não há concessões monocráticas em seu nome.

O confronto entre os dados de 2018 e 2019 demonstra um aumento significativo do número de concessões dos Ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Celso de Mello e Cármen Lúcia. Por outro lado, os Ministros Ricardo Lewandowski e Rosa Weber reduziram as ordens concedidas. Já o Ministro Luiz Fux praticamente manteve o número de concessões anuais.



11. "Art. 192, RISTF. Quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, o Relator poderá desde logo denegar ou conceder a ordem, ainda que de ofício, à vista da documentação da petição inicial ou do teor das informações." (Atualizado com a introdução da Emenda Regimental 30/2009).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Veja o gráfico das decisões dos ministros também em QR code

Fonte: relatório produzido pela Estat, por encomenda dos autores.

Um ponto que pode chamar a atenção é que a 2ª Turma,[12] conhecida por uma fama divulgada no sentido de adotar mais posições favoráveis à defesa, concedeu número menor de ordens do que a 1ª Turma. Em 2018, dos 74 *habeas corpus* concedidos por decisão colegiada, 45 foram na 1ª Turma e 29 na 2ª turma. Já em 2019, houve um aumento nas concessões da 1ª Turma para 88 e um decréscimo na 2ª Turma para 18. Por outro lado, ao se considerar também o número de concessões monocráticas pelos integrantes de cada Turma, efetivamente a 2ª Turma representa um número significativamente maior de concessões.

4. Os fundamentos predominantes das ordens concedidas

Neste item, pretende-se expor os motivos que justificaram as concessões de ordens de modo determinante, entre as turmas e entre os Ministros, individualmente em suas decisões monocráticas. De um modo global, em 2018 os temas mais concedidos em *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal foram:

Tema	Absoluta	Relativa
Fundamento preventiva	131	20,4%
Regime mais benéfico	103	16,0%
Dosimetria	92	14,3%
Execução provisória da pena	72	11,2%
HC coletivo mães e gestantes	44	7,0%

Fonte: elaborado pelos autores.

12. Em 2018 e 2019, a 1ª Turma foi composta pelos Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Roberto Barroso, Rosa Weber e Alexandre de Moraes. Já a 2ª turma foi composta, até setembro de 2018, pelos Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Edson Fachin. A partir de setembro de 2018 e em 2019, o Ministro Dias Toffoli assumiu a presidência do STF e a Ministra Cármen Lúcia retornou à 2ª Turma.

USO EXCLUSIVO DO BCCRIM

Já em 2019, mantiveram-se dados semelhantes, pois no termo "dosimetria" de 2018 a maior parte das concessões se deu para aplicação de redutor de pena em tráfico (art. 33, § 4º, Lei 11.343/06):

Tema	Absoluta	Relativa
Fundamento preventiva	212	22,9%
Regime mais benéfico	151	16,3%
Execução provisória da pena	124	13,4%
Redutor tráfico	91	9,8%
HC coletivo mães e gestantes	47	5,1%

Fonte: elaborado pelos autores.

A partir dos dados levantados, pode-se consolidar a seguinte tabela com os principais fundamentos de concessões por Turma e por Ministro em 2019:

Turma/Ministro	Tema	Absoluta	%
1ª Turma	Regime mais benéfico	36	40,9%
	Execução provisória	14	15,9%
	Fundamento preventiva	11	12,5%
	Excesso prazo preventiva	10	11,3%
	Prisão domiciliar mãe	6	6,8%
2ª Turma	Ilicitude prova	3	16,6%
	Insignificância	2	11,1%
Min. Alexandre de Moraes	Fundamento preventiva	28	35,0%
	Regime mais benéfico	19	23,7%
	Prisão domiciliar mãe	12	15,0%
	Nulidade	6	7,5%
	Redutor tráfico	4	5,0%
Min. Cármen Lúcia	Execução provisória	33	41,2%
	Limite temporal	10	12,5%
	Fundamento preventiva	8	10,0%
	Redutor tráfico	4	5,0%
	Demora	3	3,7%
	Non reformatio in pejus	3	3,7%
	Insignificância	3	3,7%

Turma/Ministro	Tema	Absoluta	%
Min. Celso de Mello	Execução provisória	6	17,1%
	Comparecimento CPI	5	14,3%
	Limite temporal	4	11,4%
	Regime mais benéfico	4	11,4%
Min. Edson Fachin	Fundamento preventiva	44	27,8%
	Direito de entrar no Congresso N.	32	20,2%
	Redutor tráfico	22	13,9%
	Regime mais benéfico	17	10,7%
	Limite temporal	12	7,6%
Min. Gilmar Mendes	Fundamento preventiva	83	29,9%
	Redutor tráfico	50	18,0%
	Regime mais benéfico	31	11,2%
	Execução provisória	20	7,2%
	Limite temporal	9	3,2%
Min. Ricardo Lewandowski	Execução provisória	49	38,3%
	Prisão domiciliar mãe	13	10,1%
	Regime mais benéfico	13	10,1%
	Fundamento preventiva	7	5,4%
	Limite temporal	7	5,4%
	Redutor tráfico	7	5,4%
Min. Roberto Barroso	Regime mais benéfico	28	42,4%
	Fundamento preventiva	26	39,3%
	Atipicidade	3	4,5%
Min. Rosa Weber	Fundamento preventiva	2	50%
Min. Luiz Fux	Demora julgamento STJ	2	50%

Fonte: elaborado pelos autores.

a) *1ª Turma*

A Primeira Turma é marcada pela posição pessoal –e histórica –do ministro Marco Aurélio no sentido de privilegiar sempre o julgamento colegiado. O Ministro não julga ordens de *habeas corpus* monocraticamente e leva todos os processos para a manifestação de seus pares. Quase sempre aprecia as liminares e, deferindo-as ou não, submete-as à apreciação da Primeira Turma. O Ministro não tem aplicado o óbice do verbete 691 da Súmula do Supremo –sustentou em mais de uma ocasião que apresentado ao *habeas corpus*, ação que considera a mais nobre, por tutelar a liberdade, vê-se impossibilitado de não o conhecer. Por outro lado, é comum que a Turma inadmita as impetrações, na maior parte do tempo aplicando a Súmula 691.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Nas ordens concedidas pelo colegiado, destacam-se os casos de tráfico com pequenas quantidades de droga (vencido, sempre, o ministro Marco Aurélio, para quem o flagrante na traficância indica, por si só, a periculosidade), de reconhecimento da insignificância e aqueles de falta de fundamentação da preventiva, quando lastreada na gravidade abstrata do delito. Em várias ocasiões a Turma tem se estendido sobre o debate acerca do prazo que caracterizaria excesso na custódia.[13] Até a recente alteração introduzida pela Lei Anticrime (Lei 13.964/2019), o ministro Marco Aurélio adotava critério objetivo –181 dias caracterizariam excesso de prazo da prisão provisória –enquanto os demais integrantes, filiando-se à doutrina do não prazo, analisavam o pedido a partir de critérios subjetivos do caso concreto.

Com a alteração produzida pela Lei 13.964/19 no artigo 316 do Código de Processo Penal,[14] o ministro Marco Aurélio passou a ter como excesso de prazo a prisão que dura mais de 90 dias sem análise de conveniência pelo Juízo responsável. Uma vez que o Juízo reanalise a custódia a cada 90 dias, não haverá excesso. A mudança de entendimento não surtiu efeitos na presente pesquisa, vez que a referida Lei entrou em vigência em 2020, mas ao leitor atento não escapará a provável queda no número de ordens concedidas em futura análise dos números de 2020.

De maneira geral, a Primeira Turma costuma conceder ordens em casos de reconhecimento do direito a regime de cumprimento de pena mais benéfico –valem como exemplos ilustrativos os *habeas corpus* 148.798, 151.501, 156.691, 166.755, 172.252. Nessas situações, a Turma toma, geralmente, como parâmetro para conceder a ordem a ausência de circunstâncias judiciais negativas, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Também nos casos de mães presas preventivamente, o colegiado costuma implementar a prisão domiciliar –à exceção de casos de tráfico de drogas nos quais o flagrante ocorreu na residência na qual se postula recolhimento –exemplos nesse sentido: *habeas corpus* 155.507, 158.123 e 161.867.

b) 2ª Turma

Em 2019 a Segunda Turma do STF concedeu, de modo colegiado, 18 ordens de *habeas corpus*. Em três casos que podem ser destacados, a temática analisada relacionou-se com questões de ilicitude provatória e regras de exclusão.

13. Em análise estatística sobre o tema nos Tribunais Superiores de modo amplo, ver: RYU, Daiana Santos. Prisão cautelar e prazo razoável na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 389-438, jan.-abr. 2019.

14. Sobre isso, ver: DEZEM, Guilherme M.; SOUZA, Luciano A. *Comentários ao Pacote Anticrime:* Lei 13.964/2019. São Paulo: RT, 2020. p. 138-140; NUCCI, Guilherme S. *Pacote Anticrime comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 86; MENDES, Soraia R.; MARTÍNEZ, Ana Maria. *Pacote Anticrime*. São Paulo: Atlas, 2020. p. 87-90.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Nos HCs 144.159 e 163.461, por votação unânime em relatoria do ministro Gilmar Mendes, reconheceu-se a ilicitude de busca e apreensão realizada "em relação à pessoa distinta daquela prevista no mandado judicial, porquanto direcionado à pessoa jurídica PF & PJ Soluções Tecnológicas e cumprido em relação às pessoas físicas dos pacientes". Citando precedente assentado pela turma no HC 106.566 (*DJe* 18.03.2015), o relator afirmou que:

> "É fundamental o respeito às formalidades do ato de busca e apreensão, aos contornos definidos no mandado e na ordem judicial autorizadora, pois o meio de obtenção de prova em questão acarreta grave impacto à esfera de direitos do imputado. Assim, para limitar o poder do Estado, determina-se o requisito que pressupõe a autorização judicial. O controle judicial prévio para autorizar a busca e apreensão é essencial com a finalidade de se verificar a existência de justa causa, de modo a se evitar *fishing expedition* (investigações genéricas para buscar elementos incriminatórios aleatoriamente, sem qualquer embasamento prévio)".

Já no HC 147.837, por votação unânime em relatoria do ministro Gilmar Mendes, reconheceu-se a ilicitude de infiltração policial realizada sem prévia autorização judicial, em violação aos artigos 10 e 11 da Lei 12.850/13. Inicialmente designado para atuar como agente de inteligência com finalidade preventiva, no caso concreto o policial findou por expandir sua atuação e se inserir em grupo supostamente criminoso, em meio a manifestações no Rio de Janeiro. O relator assentou que, "enquanto 'agente de inteligência' tem uma função preventiva e genérica, buscando informações de fatos sociais relevantes ao governo, o 'agente infiltrado' possui finalidades repressivas e investigativas, visando à obtenção de elementos probatórios relacionados a fatos supostamente criminosos e organizações criminosas específicas".

Ainda relacionado à temática de prova, em 12 de fevereiro, no HC 166.694, por votação unânime em relatoria do ministro Gilmar Mendes, concedeu-se o *habeas corpus* para determinar a produção de prova requerida pela defesa (obtenção de filmagens de câmeras de estabelecimentos para verificar suposto álibi do réu), já que relevante e pertinente ao caso concreto e ilegitimamente indeferida na origem ("sob a alegação de que o princípio processual penal da paridade de armas não se aplica ao nosso ordenamento jurídico"). Conforme o voto do relator, além de ressaltar a importância da paridade de armas ao processo penal, "o direito à prova é essencial ao devido processo penal e ao direito à ampla defesa".

Além de temas probatórios, duas concessões ocorreram em casos de prisões preventivas decretadas em fundamentação adequada. Em 2 de abril, no HC 169.119, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, revogou-se prisão preventiva

Uso exclusivo do IBCCRIM

por maioria, pois o decreto prisional se mostrou inconsistente na demonstração tanto do *fumus commissi delicti* como do *periculum libertatis*. Quanto ao primeiro, assentou-se que "os fatos novos que pretensamente justificariam a nova decretação de prisão seriam oriundos de declarações de colaboradores premiados", as quais seriam insuficientes para legitimar a restrição cautelar à liberdade. Assim, o relator ressaltou a "insuficiência de declarações de colaboradores para motivação do *fumus comissi delicti* para decretação de prisão cautelar", pois "os elementos de prova produzidos a partir de acordo de colaboração premiada têm sua força probatória fragilizada em razão do seu interesse em delatar e receber benefícios em contrapartida, além dos problemas inerentes à própria lógica negocial no processo penal" (citando o precedente Inq 4.074, rel. min. Edson Fachin, rel. p/ acórdão: min. Dias Toffoli, 2ª Turma, *DJe* 17.10.2018).

Em 9 de abril, no AgR no HC 152.676, de relatoria para acordão do ministro Gilmar Mendes, vencido o relator original ministro Edson Fachin, por maioria revogou-se prisão preventiva não fundamentada em elementos concretos a demonstrar o *periculum libertatis*, mas pautada somente por presunções e riscos hipotéticos. No caso, reiterou-se que "a sentença condenatória superveniente não acarreta, automaticamente, o prejuízo de impetração de habeas corpus anterior direcionada ao decreto prisional original", citando-se o precedente do HC 137.728 AgR (rel. min. Edson Fachin, 2ª Turma, *DJe* 31.10.2017).

Em 28 de maio, no HC 171.438, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, por empate na votação (ausente o ministro Lewandowski), concedeu-se a ordem para "convolar a compulsoriedade de comparecimento em facultatividade e deixar a cargo do paciente a decisão de comparecer, ou não, à Câmara dos Deputados, perante a CPI-Brumadinho, para ser ouvido na condição de investigado". Ou seja, em razão do direito ao silêncio e da vedação à condução coercitiva (ADPFs 395 e 444) autorizou-se o não comparecimento do paciente à CPI. Nos termos do voto do relator, "por sua qualidade de investigado, não pode o paciente ser convocado a comparecimento compulsório, menos ainda sob ameaça de responsabilização pena", pois, "se o paciente não é obrigado a falar, não faz qualquer sentido que seja obrigado a comparecer ao ato, a menos que a finalidade seja de registrar as perguntas que, de antemão, todos já sabem que não serão respondidas, apenas como instrumento de constrangimento e intimidação".

Além disso, na temática de tráfico de drogas, houve a concessão de ordens para aplicar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, quando a negativa original se deu somente em razão da quantidade e qualidade da droga,[15] e para reconhecer

15. STF, HC 152.001, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 29.10.2019.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

a insignificância em caso de apreensão de 1 grama de maconha, em caso que pode ser destacado por ter sido a primeira concessão de *habeas corpus* no mérito em julgamento virtual.[16]

Sem dúvidas, o caso de maior atenção foi a concessão de ordem para reconhecer a nulidade em processo em que houve a abertura simultânea de prazo para apresentação de alegações finais para réus delatados e delatores. Conforme decidido no HC 157.627, por maioria, vencido o Min. Edson Fachin, em atenção ao direito de defesa e ao contraditório, o corréu delatado deve se manifestar em momento posterior ao imputado que tenha feito colaboração premiada.[17]

Ainda relacionado à justiça criminal negocial, no HC 176.785, foi concedida ordem por unanimidade para determinar o conhecimento e julgamento de *habeas corpus* impetrado contra recebimento de denúncia, quando posteriormente houve o aceite pelo réu de acordo de transação penal. No caso, assentou-se que tal fato não é causa automática de perda de objeto à impetração.[18]

Também vale destacar o HC 171.118, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes, em que houve a concessão da ordem para trancar processo pena em razão de violação à proibição de dupla persecução penal, em caso de paciente já processado e condenado na Suíça por tráfico de drogas e lavagem de dinheiro, que estava sendo novamente acusado no Brasil pelos mesmos fatos.[19]

c) Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello concedeu monocraticamente 26 ordens de *habeas corpus* em 2018, das quais 8 versavam sobre a imposição de regime mais benéfico, 7 sobre fundamentos da preventiva, 5 tratavam do limite temporal dos maus antecedentes e 4 eram a respeito da dosimetria da pena.

Já em 2019, o Ministro concedeu, monocraticamente, 35 ordens de *habeas corpus*. Entre os temas de maior incidência, é possível mencionar a execução provisória da pena (6 concessões), o reconhecimento do direito de não comparecer perante Comissões Parlamentares de Inquérito para prestar depoimento (5 concessões) e questões concernente à dosimetria da pena, tais como a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06[20], fixação de

16. STF, HC 127.573, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.11.2019.
17. STF, HC 157.627, 2ª Turma, rel. Min. Edson Fachin, red. p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.08.2019.
18. STF, HC 176.785, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.12.2019.
19. STF, HC 171.118, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.11.2019.
20. HC 166.972, j. 07.02.2019.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

regime de cumprimento mais benéfico[21] e a impossibilidade de considerar-se, na pena-base, como maus antecedentes, condenações alcançadas pelo prazo depurador de 5 anos previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal[22].

Mostra-se relevante salientar, também, *habeas corpus* concedido pelo Ministro Decano para reconhecer a nulidade processual decorrente da inversão da ordem estabelecida no artigo 400 do Código de Processo Penal, no tocante à realização do interrogatório do acusado[23]. Na ocasião, ainda que se tratasse de processo referente a tráfico de drogas, com rito específico estabelecido na Lei 11.343/2006, o Ministro Celso de Mello, apoiando-se em precedentes firmados pelo Plenário[24], ressaltou a natureza precípua do interrogatório como meio de defesa do réu, bem como a necessidade de referido ato processual ser realizado ao final da instrução. Dessa forma, ao concluir pela ocorrência de transgressão ao direito de defesa, o Decano enfatizou: "As razões que venho de expor evidenciam a ocorrência, na espécie, de clara nulidade processual absoluta, resultante da inversão do momento em que realizado o interrogatório judicial, pois, no caso ora em exame, esse essencial ato de defesa –que deveria ter sido realizado como ato derradeiro da instrução probatória –foi praticado, prematuramente, logo no início do processo penal de conhecimento, privando o réu da possibilidade de conhecer 'ex ante' todos os elementos eventualmente incriminadores contra ele produzidos em juízo, tais como provas documentais, exames periciais, declarações da vítima e depoimentos testemunhais."

Cumpre mencionar, ainda, *habeas corpus* concedidos pelo Ministro Celso de Mello para reconhecer a ausência de tipicidade da conduta imputada aos pacientes, consistente na importação de pequena quantidade de maconha: "Disso resulta que a mera importação e/ou a simples posse da semente de 'Cannabis sativa L.' não se qualificam como fatores revestidos de tipicidade penal, essencialmente porque as sementes, por não conterem o princípio ativo do tetrahidrocanabinol (THC), não se revelam aptas a produzir dependência física e/ou psíquica, o que as torna inócuas, não constituindo, por isso mesmo, elementos caracterizadores de matéria-prima para a produção de drogas".[25]

21. HCs 166.426, 171.469, 174.035, 179.562.
22. HCs 172.375, 175.083, 178.535, 179.097.
23. HC 162.650, j. 21.11.2019.
24. HC 127.900, Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, e AP 528-AgR, Pleno, rel. Min. Ricardo Lewandowski.
25. HC 148.503, j. 02.08.2019; HC 176.210-AgR, j. 15.10.2019.

Uso Exclusivo do IBCCRIM

d) Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes, mais uma vez, foi quem mais concedeu ordens de *habeas corpus* monocraticamente. Entre os temas que justificaram número representativo de decisões, destacam-se alguns fundamentos reiterados: inidoneidade ou ausência total de fundamentação no decreto de prisão preventiva; afastamento do redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 somente em razão da quantidade/qualidade de droga; e falta de fundamentação para imposição de regime inicial de pena mais gravoso.

Primeiramente, muitos foram os casos em que se reconheceu que a *decretação da prisão preventiva não apresentava motivação concreta*, ou seja, quando, ainda que se justifique o *fumus commisi delicti* em provas de autoria e materialidade, não havia embasamento de algum motivo de *periculum libertatis* a partir de fatos concretamente provados no processo. Por exemplo, não se admite a prisão preventiva embasada na gravidade abstrata do crime ou em risco hipotético de fuga, sem qualquer comprovação específica no caso. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho adotado em diversas decisões: "tal posicionamento é hoje uníssono nesta Corte, cuja jurisprudência consolidou-se no sentido de entender que a liberdade de um indivíduo suspeito da prática de infração penal somente pode sofrer restrições se houver decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em fatos concretos e não apenas em hipóteses ou conjecturas, na gravidade do crime ou em razão de seu caráter hediondo".[26]

Depois, diversas ordens foram concedidas em processos relacionados ao crime de tráfico de drogas. Muitos foram os casos em que não se aplicou o redutor de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 com motivação exclusivamente na quantidade e na espécie de entorpecente apreendido. Trata-se de fundamento afirmado como ilegítimo em diversos precedentes do STF, especialmente da 2ª Turma (cita-se o HC 152.001), em que se afirmou: "a quantidade e natureza da droga são circunstâncias que, apesar de configurarem elementos determinantes na modulação da causa de diminuição de pena, por si sós, não são aptas a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa, devendo o juízo condenatório obter outros elementos hábeis a embasar tal afirmativa".[27]

Ademais, a temática da determinação do *regime inicial para cumprimento da pena* é permeada por diversas problemáticas, sobretudo quando o caso é

26. Exemplificativamente: HCs 169.138, j. 26.3.2019; 169.231, j. 28.03.2019; 169.797, j. 09.04.2019;169.959, j. 18.10.2019; e 170.876, j. 30.08.2019.

27. Exemplificativamente: HCs 169.278, j. 28.3.2019; e 169.566, j. 15.04.2019.

Uso Exclusivo Do RBCCRIM

relacionado à tráfico de drogas. Embora o STF tenha reiteradamente decidido que não se pode admitir a imposição automática de regime fechado, com base no art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos), existem inúmeros julgados que, embora tentem contornar o determinado no precedente HC 111.840 (Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* 16.12.2013),[28] não apresentam justificativa legítima para definição de regime mais gravoso.[29]

Percebe-se, portanto, que as ordens concedidas pelo Ministro Gilmar Mendes se pautaram, essencialmente, na jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, em relação à fundamentação de prisões preventivas, à aplicação de redutor ao tráfico privilegiado, à vedação de regime fechado automático para tráfico, além de orientação sumular sobre a motivação para imposição de regime mais gravoso. Resta evidente que o número representativo de concessões se dá em razão do desrespeito deliberado dos juízos inferiores em relação à jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal.

Destacam-se, ainda, os casos de concessão em processos relacionados a CPIs, em que se firmou entendimento no sentido de que o direito ao silêncio compreende o direito de não comparecer ao ato, a fim de se evitar um *lawfare* acusatório, consubstanciado no registro de perguntas que, de antemão, já se sabe que não serão respondidas, apenas como meio de constrangimento[30]. Apontam-se, também, concessões que reconheceram a *insignificância* de condutas de furto de bens de valores irrisórios como trinta e três tabletes de chocolate e uma caixa de Halls –avaliados em R$ 126,36 (HC 176.563). Em alguns casos, diante do irrisório valor subtraído, aplicou-se a insignificância ainda que o réu apresente maus antecedentes ou reincidência, a evidenciar que tais circunstâncias, por si sós, não impedem a aplicação do princípio da insignificância.

Por fim, registre-se a concessão de ordem para impedir a transferência de apenado que teria praticado o crime em Porto Alegre e cumpria pena no Distrito Federal. Segundo os autos, a então esposa do paciente morava no Distrito Federal, fazia-lhe visitas regulares e não dispunha de recursos para viajar ao Rio Grande do Sul. Segundo o Ministro, "a manutenção da decisão impugnada trará graves prejuízos ao paciente, a quem o ordenamento jurídico confere o direito de

28. Repercussão geral reconhecida no ARE-RG 1.052.700, rel. Min. Edson Fachin, *DJe* 01.02.2018.

29. Exemplificativamente: HCs 172.950, j. 28.06.2019; 173.115, j. 01.08.2019; e 174.017, j. 09.08.2019.

30. Exemplificativamente: HC 171.438, j. 28.05.2019.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

receber visitas, sobretudo com vistas à manutenção da unidade familiar, constitucionalmente protegida." (HC 176.554/DF).

e) Ricardo Lewandowski

O Ministro Ricardo Lewandowski, em 2018, concedeu, monocraticamente, 137 *habeas corpus*. Já em 2019, verificaram-se 126 ordens de *habeas corpus*. No que concernente ao conhecimento, em conformidade com a orientação jurisprudencial prevalecente, entende pela inadmissibilidade do *habeas corpus* impetrado em face de decisões monocráticas, ressaltando que a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar as impetrações pressupõe seja o constrangimento ilegal atribuído a Tribunal Superior.

O tema que obteve maior número de deferimentos pelo Ministro consiste na execução provisória da pena, objeto de 48 concessões. Mesmo antes do julgamento de mérito das ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54, o Ministro Lewandowski, monocraticamente, deferia as ordens, reconhecendo o direito de os acusados aguardarem, em liberdade, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Das decisões, verifica-se que os fundamentos mais expressivos apresentados são: a) a força normativa da Constituição Federal desautoriza a execução provisória da pena, tendo em vista a literalidade do inciso LVII do artigo 5º; b) a imprescindibilidade do trânsito em julgado para a formação da culpa e o início do cumprimento da pena, consoante a previsão do artigo 283 do Código de Processo Penal e artigos 105 e 107 da Lei de Execuções Penais; c) a imprescindibilidade, nos termos dos artigos 5º, inciso LXI, e 93, inciso IX, da Carta da República, de a decisão que implica a execução provisória revestir-se de fundamentação juridicamente idônea, revelando-se insuficiente a menção a expressões vagas ou genéricas; d) a proibição do retrocesso em matéria de direitos humanos, prevista no artigo 30 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; e) o efeito suspensivo dos recursos extraordinários, no tocante à aplicação da pena, decorre da própria Constituição Federal, devendo o artigo 637 do Código de Processo Penal ser revisto em conformidade com os termos da Lei Maior; f) a impossibilidade de o Supremo Tribunal, conferindo interpretação conforme ao artigo 283 do Código de Processo Penal, transgredir os limites literais do texto Constitucional; e g) a caracterização de *reformatio in pejus* nas situações em que, na sentença, o magistrado defere o direito de o acusado recorrer em liberdade e, ao analisar recurso da defesa –portanto, sem impugnação do Ministério Público quanto a este capítulo da decisão –, o Tribunal determina a execução provisória da pena[31].

31. Exemplificativamente: HCs 167.335, 167.823, 169.564 e 175.850.

Uso exclusivo RBCCrim

Revela-se significativa, também, a quantidade (13 concessões) de *habeas corpus* relacionados à prisão preventiva de mães e gestantes, nos quais o Ministro adotou as diretrizes estabelecidas, pela Segunda Turma, no HC 143.641, bem como na decisão de acompanhamento do cumprimento do acórdão, proferida monocraticamente pelo Relator.

Cumpre mencionar, ademais, 13 ordens concedidas para reconhecer a ilegalidade na fixação do regime de cumprimento fechado. As hipóteses de maior incidência concernem a casos em que, não obstante haver sido a pena-base estabelecida no mínimo legal, a fixação do regime fechado deu-se destituída de fundamentação idônea, em desconformidade com o artigo 33, § 3º, do Código Penal e no tocante ao verbete 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal[32].

f) Cármen Lúcia

A Ministra Cármen Lúcia, em 2018, concedeu quatro ordens de *habeas corpus*. Tal pequeno número pode ser explicado em razão da atuação da Ministra como Presidente do STF até setembro de 2018. Em 2019, esse número saltou para 82, dos quais 33 disseram respeito à execução provisória da pena, nos quais a Ministra aplicou o entendimento firmado pelo Plenário da Corte nos autos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54.

Importante mencionar, também, que a Ministra tem concedido ordens de *habeas corpus* para afastar a valoração negativa dos maus antecedentes em virtude de condenação transitada em julgado há mais de cinco anos.[33] Segundo a Ministra, "embora o presente tema esteja pendente de julgamento em repercussão geral (Recurso Extraordinário n. 593.818, Relator o Ministro Roberto Barroso, Tema 150), as decisões proferidas nas instâncias antecedentes contrariam entendimento majoritário adotado até agora pela Segunda Turma, firmado por maioria, no sentido de que as condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não podem ser utilizadas como maus antecedentes."

Além disso, foram concedidas ordens em casos de ausência de fundamentação legítima para manutenção da prisão preventiva, quando a sentença condenatória fixa regime inicial semiaberto para cumprimento da pena.[34] Também a Ministra reestabeleceu sentenças absolutórias em casos de insignificância: 1 aparelho DVD player, avaliado em R$ 80,00 reais; R$ 79,00 reais em espécie.[35] Em

32. Exemplificativamente: HCs 166.725, 167.302, 168.038 e 172.686.
33. Exemplificativamente: HCs 173.562, j. 12.08.2019; 173.622, j. 12.08.2019; 175.312, j. 18.11.2019; e 176.245, j. 01.10.2019.
34. HC 169.519, j. 15.04.2019; HC 169.887, j. 02.05.2019; HC 171.414, j. 27.05.2019.
35. HC 163.502, j. 08.02.2019; HC 178.686, j. 13.12.2019.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

casos relacionados à tráfico de drogas, houve a determinação de aplicação de redutor (art. 33, § 4º, Lei 11.343/06)[36] e regime inicial mais benéfico.[37]

g) Luiz Fux

O Ministro Luiz Fux foi quem concedeu menor número de *habeas corpus* em 2018 (3 decisões monocráticas) e em 2019 (4 decisões monocráticas). O Ministro adota postura rigorosa na restrição de cabimento ao *habeas corpus* no STF, sustentando que a interpretação das hipóteses constitucionais taxativas deve ser restritiva, de modo a otimizar o respeito à colegialidade nas instâncias anteriores, vez que apenas admite o cabimento em casos nos quais toda a "escada" processual foi adequadamente percorrida.

Quanto às concessões de 2019, duas versavam sobre a demora no julgamento de recursos no STJ –*habeas corpus* 168.906 e 173.570.[38] Em ambos os casos o Ministro não conheceu da impetração, mas concedeu as ordens de ofício, aludindo à duração razoável do processo. O primeiro caso estava concluso para análise de mérito há 6 meses, enquanto o segundo aguardava há mais de 1 ano.

No terceiro caso, o *habeas* de 174.380, o Ministro concedeu a ordem para, diante de um caso de reincidente, aplicar o princípio da insignificância para estabelecer o regime aberto para cumprimento inicial da pena.[39] Por fim, no *habeas corpus* 167.813, o Ministro Fux estabeleceu que a perda da condição militar impõe a extinção de processo na justiça castrense.[40]

h) Roberto Barroso

Em comparação com 2018, o Ministro Roberto Barroso ampliou consideravelmente o número de concessões de *habeas corpus* em números absolutos: de 29 para 66. Entre esses 66 casos, somente 8 não eram relacionados a entorpecentes, de modo que essa é uma característica marcante da atuação do Ministro em sede monocrática nas impetrações: basicamente as ordens foram concedidas para revogar prisões preventivas em hipóteses de pacientes jovens e com pouca quantidade de droga apreendida ou aplicar regime inicial mais benéfico para cumprimento de pena também em situações de pouca quantidade de droga apreendida.

36. HC 170.392, j. 28.10.2019; HC 172.768, j. 04.11.2019; 175.159, j. 09.09.2019; HC 175.466, j. 04.11.2019.

37. HC 177.094, j. 25.11.2019.

38. HC 168.906, j. 20.03.2019; HC 173.570, j. 21.08.2019.

39. HC 174.380, j. 13.09.2019.

40. HC 167.813, j. 21.03.2019.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Em muitos casos, nas ementas das decisões monocráticas afirma-se: "A prisão preventiva de um jovem com 25 anos de idade, primário, pelo tráfico de pequena quantidade de entorpecente é contraproducente do ponto de vista da política criminal".[41] Contudo, verificam-se concessões também em situações de maior quantidade de droga apreendida, como 500 comprimidos de ecstasy, pois "embora a quantidade de comprimidos de ecstasy não seja inexpressiva, as peculiaridades do caso concreto evidenciam que a prisão preventiva do paciente –um jovem com 21 anos de idade, primário e de bons antecedentes –é contraproducente do ponto de vista da política criminal".[42] Há também julgado em que se revogou a preventiva de idoso de 67 com pequena quantidade de maconha (432g), igualmente a partir do argumento de ser ela "contraproducente do ponto de vista da política criminal".[43]

A outra tese comumente concedida diz respeito ao regime inicial de cumprimento da pena, em que houve a alteração para regime mais benéfico, especialmente em razão de ausência de fundamentação idônea para fixação de regime mais severo, nos termos da Súmula 719 do STF. Igualmente, a maioria das concessões ocorreu para pacientes primários e condenados por tráfico com pouca quantidade de entorpecente.[44] Também houve a fixação de regime mais benéfico em dois casos de furto, em que o Ministro não aplicou o princípio da insignificância em razão da reincidência, mas alterou o regime inicial para aberto.[45]

Ainda relacionado a entorpecentes, houve a concessão de três ordens para reconhecimento da atipicidade da importação de sementes de maconha, citando-se os julgados da 2ª Turma de 2018 sobre o tema.[46] Em dois casos, a partir do precedente da 2ª Turma, o Ministro Roberto Barroso determinou a conversão da

41. HC 167.312, j. 06.02.2019. No caso, narra-se a seguinte quantidade de entorpecentes: "01 porção de cocaína, com peso bruto aproximado de 11,0, gramas, 1 porção de cocaína, com peso bruto aproximado de 42,0 gramas, 14 porções de cocaína, com peso bruto aproximado de 11 gramas, 01 porção de "crack", substância composta por cocaína, com peso bruto aproximado de 0,20 gramas; e 01 porção de Cannabis sativa". De modo semelhante, a partir de fundamento reiterado: HC 168.432, j. 19.08.2019; HC 175.194, j. 07.10.2019; HC 179.509, j. 18.12.2019.
42. HC 173.071, j. 01.07.2019.
43. HC 167.720, j. 20.02.2019.
44. Exemplificativamente: HC 168.121, j. 26.03.2019; HC 172.574, j. 27.06.2019; HC 179.566, j. 19.12.2019.
45. HC 168.121, j. 26.03.2019 (furto de uma garrafa de conhaque e seis latas de refrigerante); HC 172.696, j. 27.06.2019 (tentativa de furto de bens avaliados em R$ 147,07).
46. HC 131.310, j. 19.12.2019; HC 143.798, j. 19.12.2019; HC 147.478, j. 19.12.2019.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

preventiva em prisão domiciliar de pacientes mães de menores de 12 anos, ambos em hipóteses de tráfico de drogas.[47]

i) Rosa Weber

A Ministra Rosa Weber, em 2019, concedeu 4 *habeas corpus* monocraticamente, uma redução significativa em relação aos 10 concedidos em 2018. Por se tratar de poucos casos, podemos analisar rapidamente todos os seus fundamentos.

No primeiro (HC 165.731), houve a concessão para determinar a realização de nova dosimetria, tendo em vista o precedente do STF no sentido de que quantidade e qualidade de droga podem ser consideradas em somente uma fase da dosimetria, sob pena de violação ao *ne bis in idem*.[48] No segundo caso, revogou-se prisão preventiva com a substituição por medidas cautelares diversas, mas, por se tratar de hipótese de segredo de justiça, não há maiores informações sobre a situação fática e os fundamentos da decisão.[49]

O terceiro diz respeito a crime militar, em que se cassou o acordão proferido pelo TJMSP em correição parcial, por entender incabível tal meio, e, assim, restaurou os efeitos da decisão que havia determinado o arquivamento do inquérito policial militar.[50] Por fim, no quarto e último *habeas corpus* concedido em 2019, a Ministra Rosa Weber revogou prisão preventiva em caso de receptação e deferiu a liberdade provisória por entender que o valor de fiança imposto era abusivo em razão da hipossuficiência do paciente.[51]

j) Edson Fachin

O Ministro Edson Fachin concedeu, em 2018, monocraticamente, 87 *habeas corpus*, ante 156 ordens em 2019, o que o fez o segundo Ministro com mais ordens concedidas no referido ano.

O Ministro filia-se à jurisprudência dominante nos colegiados do Tribunal e, portanto, entende pela inadmissibilidade do *habeas corpus* impetrado em face de decisão monocrática, afirmando que somente a coação ilegal atribuída a Órgão colegiado mostra-se passível de inaugurar a competência do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, o Ministro faz incidir o verbete 691 da Súmula da Corte.

Em mais da metade dos casos nos quais o Ministro concedeu a ordem e havia parecer da Procuradoria-Geral da República, o parecer foi pela concessão

47. HC 172.212, j. 17.06.2019; HC 176.736, j. 15.10.2019.
48. HC 165.731, j. 16.04.2019.
49. HC 172.100, j. 12.11.2019.
50. HC 173.594, j. 15.08.2019.
51. HC 175.993, j. 30.09.2019.

Uso Exclusivo Do IBCCRIM

da ordem (quando elabora parecer, a pesquisa demonstra que a PGR opina pelo deferimento em apenas 34,84% das vezes). O Ministro Fachin foi o único que acompanhou a PGR em mais da metade dos pareceres –quando oferecidos –o que pode indicar que o parecer tem peso significativo para as suas decisões.

O reconhecimento de ilegalidade na dosimetria da pena consistente na aplicação da causa de diminuição referente ao tráfico de drogas (artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006) constituiu o tema de maior incidência dos *habeas corpus* concedidos pelo Ministro em 2018 (32%), seguida pela dosimetria (objeto de 10% das ordens) e pela fixação de regime mais benéfico (também com 10%).

Já em 2019 o cenário evoluiu de maneira parcialmente diversa: o tema mais recorrente nas impetrações concedidas pelo Ministro foi o fundamento da preventiva (27,8%), quando se observou a fragilidade ou mesmo abstração dos fundamentos que ensejaram a custódia, assentando que "não é dado ao Supremo Tribunal Federal, ao se deparar com panorama processual que atinja ilicitamente a liberdade do paciente, em razão de fundamentação deficiente e com a finalidade inconfessável de justificar o meio pelo fim, mergulhar no conjunto probatório do caso, com nítido intuito de amealhar razões que desbordem da decisão atacada visto que, ainda que se verifiquem fundamentos aptos a amparar a custódia *ante tempus*, a fundamentação inidônea constitui, isoladamente, constrangimento ilegal sanável via habeas corpus."[52]

Em seguida observa-se a concessão de uma série de ordens para garantir o direito de entrar no Congresso Nacional – essa uma situação específica, relacionada a protestos de servidores, que tiveram 32 ordens concedidas, perfazendo 20,2% do total.[53] Em terceiro lugar, verifica-se a aplicação do redutor em casos de tráfico (13,9%), situações nas quais o Ministro costuma afastar o *bis in idem*, na primeira e na terceira fases da aplicação da pena, em relação à quantidade e à natureza da droga encontrada.[54] Por fim, indicam-se os casos de reconhecimento de regime mais benéfico (10,7%).[55]

Houve uma concessão interessante, relacionada ao tema de sistema acusatório e funções dos atores no processo penal, em que se cassou decisão proferida por juízo de origem na parte em que determinada que a autoridade policial procedesse

52. HC 167.662 j. 08.03.2019.
53. Exemplificativamente: HC 139.043, j. 25.10.2019; HC 143.859, j. 30.10.2019.
54. Exemplificativamente: HC 150.527, j. 28.02.2019; 167.805, j. 19.03.2019; HC 179.810, j. 18.12.2019.
55. Exemplificativamente: HC 166.492, j. 21.02.2019; 169.461, j. 29.03.2019; HC 179.207, j. 04.12.2019.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

ao indiciamento de réu, após o recebimento da denúncia.[56] Em relação a outros temas com número representativo de concessões pode-se citar a substituição da prisão por regime domiciliar para casos de gestantes e mães de menores[57] e a aplicação de limite temporal de cinco anos para consideração de maus antecedentes, nos termos da jurisprudência da 2ª Turma até o momento.[58]

k) Alexandre de Moraes

O Ministro Alexandre de Moraes concedeu 80 ordens de *habeas corpus* monocraticamente em 2019, um aumento em relação às 58 do ano anterior. Mantendo o padrão de 2018, os temas de maior representatividade foram: ausência de fundamentação legítima para prisão preventiva (28 ordens –35%) e ausência de motivação legítima para imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso (19 ordens –23,7%). Contudo, também houve a concessão de 12 ordens (15%) para conversão da prisão em domiciliar no caso de gestantes e mães de crianças menores de 12 anos.

Com relação às revogações de prisões cautelares, três fundamentos destacam-se. Diversas ordens foram concedidas em razão da desproporcionalidade da segregação cautelar em casos de crimes praticados sem violência ou grave ameaça, afirmando-se que "a natureza do crime imputado, praticado sem violência ou grave ameaça, está a indicar que a manutenção da prisão decretada não se mostra medida adequada e proporcional, sendo possível sua substituição por medidas cautelares diversas (CPP, art. 319), que se revelam, na espécie, suficientes para garantir a ordem pública, a aplicação da lei penal e a regular instrução criminal".[59]

Também foi recorrente o fundamento de desproporcionalidade na manutenção de prisão preventiva com proibição de recorrer em liberdade nos casos em que a sentença condenatória não fixou regime fechado para cumprimento inicial da pena: "a manutenção da 'prisão preventiva em regime semiaberto', além de carecer de amparo legal, desvirtua o instituto da prisão preventiva, que, como se sabe, pressupõe cerceamento pleno do direito de locomoção", pois "acarreta a admissão de verdadeira antecipação do cumprimento da pena sem a definição da responsabilidade criminal do acusado pelas instâncias ordinárias".[60]

56. HC 169.731, j. 30.04.2019.
57. Exemplificativamente: HC 168.287, j. 14.03.2019; HC 175.720, j. 02.10.2019.
58. Exemplificativamente: HC 161.591, j. 21.05.2019; HC 178.949, j. 12.12.2019.
59. Exemplificativamente: HC 167.447, j. 01.02.2019; HC 171.059, j. 15.05.2019; HC 178.759, j. 02.12.2019.
60. Exemplificativamente: HC 167.883, j. 18.02.2019; HC 175.775, j. 20.09.2019; HC 178.787, j. 02.12.2019.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Por fim, o terceiro motivo para revogação de prisões provisórias foi a potencial aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 ao caso concreto, o que demonstraria a desproporcionalidade da segregação: "não houve a devida compatibilização, em virtude da pequena quantidade de droga apreendida e das circunstâncias e condições em que se desenvolveu a ação, indicando a necessidade posterior do magistrado analisar, inclusive, a possibilidade de incidência do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006".[61]

O segundo tema mais frequente foi a aplicação de regime de cumprimento de pena menos gravoso, tendo em vista a ausência de fundamentação legítima para imposição de mais gravoso, nos termos da súmula 719 do STF. Afirmou-se, por exemplo, que "os elementos apontados pelas instâncias antecedentes não se mostram aptos a justificar o agravamento do regime prisional, sobretudo porque as particularidades do caso concreto revelam quadro, em certa medida, favorável ao paciente".[62]

Em maior número do que em 2018, houve concessões de ordens para conversão da prisão para domiciliar em casos de gestantes e mães de crianças menores de 12 anos. Considerando as peculiaridades de cada caso concreto, o Ministro reputou "cabível a substituição da prisão preventiva pela segregação domiciliar, por ser medida que se revela, a um só tempo, garantidora da proteção à maternidade, à infância e ao melhor interesse do menor e também suficiente para preservar a ordem pública, a aplicação da lei penal e a regular instrução criminal".[63]

Em duas situações, houve concessão para anular casos em que o interrogatório do réu não foi o último ato do procedimento.[64] E, em relação à colaboração premiada, uma ordem foi concedida para reconhecer nulidade em razão de abertura de prazo simultâneo para alegações finais de delatados e delatores.[65]

Além disso, em casos relacionados com entorpecentes, o Ministro concedeu ordens para desclassificar a conduta para posse[66] e determinar a aplicação do

61. Exemplificativamente: HC 169.262, j. 28.03.2019; 169.758, j. 09.05.2019; HC 173.634, j. 01.08.2019.
62. Exemplificativamente: HC 170.764, j. 08.05.2019; HC 173.788, 01.08.2019; 179.814, j. 19.12.2019.
63. Exemplificativamente: HC 166.822, j. 15.02.2019; HC 170.504, j. 30.04.2019; HC 179.167, j. 10.12.2019.
64. HC 175.751, j. 10.10.2019; HC 176.332, j. 17.10.2019.
65. HC 177.112, j. 05.11.2019.
66. HC 171.088, j. 27.05.2019; HC 176.422, j. 18.10.2019.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 (drogas).[67] Houve também concessão de absolvição por falta de provas além da dúvida razoável,[68] progressão de regime[69] e revogação de prisão para execução provisória da pena.[70]

l) Presidência e Tribunal Pleno

Em 2019, durante o período de férias dos Ministros em sede de plantão judiciário, a Presidência do STF (Min. Dias Toffoli) concedeu uma ordem de *habeas corpus* para revogar prisão preventiva em caso de condenação em regime semiaberto, por violação à proporcionalidade.

Já o Tribunal pleno concedeu duas ordens de *habeas corpus* colegiadamente. No primeiro caso, considerou-se que "a causa de aumento prevista no art. 9º da Lei de Crimes Hediondos faz referência ao art. 224 do Código Penal, que foi revogado pela Lei 12.015/2009", de modo que resulta inaplicável (inclusive retroativamente) tal majoração da pena antes possível a casos de violência presumida.[71] Já no segundo, concedeu-se a ordem para reconhecer o "o direito ao ingresso nos recintos reservados ao público na Câmara dos Deputados, respeitada a legislação vigente, incluída aquela pela qual assegurado o dever-poder dos deputados de atuarem livremente nas discussões e votações das matérias sujeitas a deliberação".[72]

Conclusão

A partir dos dados expostos, pode-se concluir que:

1. As Turmas e Ministros apresentam padrões decisórios com relevantes traços distintivos, tanto em relação aos óbices formais ao conhecimento de *habeas corpus* (que acarretam a não análise do mérito) quanto no que diz respeito às teses aplicadas e à sua abrangência. Contudo, pode-se afirmar que a maior disparidade entre o número de concessões monocráticas basicamente se dá em razão de uma aplicação mais ou menos rigorosa dos óbices formais (jurisprudência defensiva).

2. Em relação aos temas concedidos, pode-se reiterar conclusão já exposta na doutrina no sentido de que grande parte das concessões de *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal se dá em razão do descumprimento de sua jurisprudência

67. HC 169.883, j. 15.05.2019; HC 170.599, j. 30.04.2019; HC 174.263, j. 29.08.2019; HC 179.523, j. 19.12.2019.
68. HC 172.606, j. 01.08.2019.
69. HC 171.644, j. 05.06.2019.
70. HC 176.956, j. 11.12.2019; HC 177.717, j. 11.12.2019.
71. HC 100.181, j. 15.08.2019.
72. HC 129.129, j. 18.10.2019.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

pelos Tribunais inferiores (ex. necessidade de fundamentação concreta para imposição de regime prisional inicial mais gravoso; vedação à prisão preventiva somente em razão da gravidade abstrata do crime imputado).

3. Os padrões decisórios dos Ministros em grande medida mantiveram-se uniformes entre as concessões de 2018 e 2019, com alterações relevantes em relação a mudanças e consolidação de entendimentos do Plenário (ex. execução provisória da pena e acesso de pessoas ao Congresso Nacional).

Referências

AMARAL, Thiago Bottino do. Habeas corpus *nos Tribunais Superiores:* uma análise e proposta de reflexão. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

BARBOSA, Eduardo Ubaldo; PEDRINA, Gustavo Mascarenhas L. Uma história antiga: o Supremo Tribunal Federal e o *habeas corpus*. In: PEDRINA; NUNES; SOUZA; VASCONCELLOS (Org.). *Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: RT, 2019. p. 15-44.

BOUYSSOU, Norma I.; PELLONI, Fernando M. Machado. Hábeas Corpus: contribuciones a la causa del estado de derecho. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 111-143, 2016. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.19

DEZEM, Guilherme M.; SOUZA, Luciano A. *Comentários ao Pacote Anticrime:* Lei 13.964/2019. São Paulo: RT, 2020.

MENDES, Soraia R.; MARTÍNEZ, Ana Maria. *Pacote Anticrime*. São Paulo: Atlas, 2020.

NUCCI, Guilherme S. *Pacote Anticrime comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PALMA, Juliana B.; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor M. A organização da informação jurisprudencial. In: QUEIROZ, Rafael M. R.; FEFERBAUM, Marina. *Metodologia de pesquisa em direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 241-251.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *História e prática do habeas corpus*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2007.

RYU, Daiana Santos. Prisão cautelar e prazo razoável na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 389-438, jan.-abr. 2019. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.176

TORON, Alberto Z. *Habeas corpus*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius G.; PEDRINA, Gustavo M. L.; DUARTE, Áquila M.; SALLES, Caio F. *Habeas corpus* concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2018: pesquisa empírica e dados estatísticos. In: PEDRINA; NUNES; SOUZA; VASCONCELLOS (Org.). Habeas corpus *no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: RT, 2019. p. 153-181.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

WUNDERLICH, Alexandre. *Habeas corpus* e a dimensão da liberdade: 20 anos após a Constituição Federal de 1988. *Revista Jurídica,* Porto Alegre, n. 373, p. 75-112, nov. 2008.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- "Habeas corpus" –atualização, de Alberto Silva Franco e Luiz Carlos Betanho –*RBCCrim* 13/373-401 (DTR\2011\2864);
- *Habeas corpus* nos tribunais superiores –propostas para reflexão, de Thiago Bottino –*RBCCrim* 112/213-243 (DTR\2015\1982); e
- Processo penal: a difícil relação entre o *habeas corpus* e os recursos na jurisprudência das cortes superiores, de Guilherme Madeira Dezem –*RT* 924/479-491 (DTR\2012\450886).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Crime e Sociedade

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO TEC GRIM

O perigo do fundamento eugênico em aborto de criança com microcefalia – ADI 5.581/DF: uma perspectiva ética filosófica

The danger of eugenic grounding in child abortion with microcephaly – ADI 5,581/DF: a philosophical ethical perspective

Artur César de Souza
Juiz Federal em Londrina – Paraná.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/9497782327375287].
ORCID: 0000-0003-2968-0663
artur.souza@trf4.jus.br

Recebido em: 30.04.2020
Aprovado em: 20.07.2020
Última versão do autor: 22.07.2020

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: O Supremo Tribunal Federal, em 04.05.2020, em decisão unânime, julgou prejudicada a ADI 5.581/DF, que tinha por conteúdo uma pretensão de legitimação do aborto em relação ao ser em gestação que possivelmente tivesse sido infectado pelo vírus da zika. Em que pese o STF não tenha conhecido do mérito da pretensão formulada na ADI 5.581/DF, o certo é que, conforme bem anotou o Ministro Roberto Barroso, é questão de tempo para que a Corte Suprema volte a analisar a temática. O presente trabalho, antevendo nova análise judicial de pretensão de aborto do ser infectado pelo vírus da zika, pretende, com base nos argumentos introduzidos na petição inicial da ADI 5.581/DF, demonstrar que a solução da questão ventilada não pode estar circunscrita à dogmática jurídica. Há necessidade de um efetivo diálogo interdisciplinar

Abstract: The Federal Supreme Court, on 05.05.2020, in a unanimous decision, considered ADI 5,581 / DF, which had as content a claim to legitimize abortion in relation to the unborn child that possibly had been infected by the zika virus. Despite the S.T.F. has not known the merits of the claim made in ADI 5,581 / DF, the fact is that, as Minister Roberto Barroso rightly noted, it is a matter of time for the Supreme Court to re-analyze the topic. The present work, foreseeing a new judicial analysis of the pretension of abortion of the being infected by the zika virus, intends, based on the arguments introduced in the initial application of ADI 5,581 / DF, demonstrate that the solution of the ventilated issue cannot be limited to legal dogmatics. There is a need for an effective interdisciplinary dialogue between legal dogmatics and ethical philosophy.

Souza, Artur César de. O perigo do fundamento eugênico em aborto de criança com microcefalia – ADI 5.581/DF: uma perspectiva ética filosófica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 172. ano 28. p. 355-381. São Paulo: Ed. RT, out. 2020.

entre a dogmática jurídica e a filosofia ética. A interdisciplinaridade deve ser considerada no momento de se apreciar a referida temática, justamente para se afastar o perigo de legitimação de fundamentos eugênicos e discriminatórios. A problemática apresentada na presente pesquisa diz respeito à necessidade de um estreito diálogo entre a dogmática jurídica e a filosófica da ética material para se decidir sobre a legitimação do aborto do ser infectado pelo vírus da zika. A incursão pela filosofia permite trazer para o centro da tomada da decisão a ética material da produção, reprodução e o desenvolvimento da vida humana, sustentada pelo filósofo argentino Enrique Dussel. O critério ético material fundado na produção, reprodução e no desenvolvimento da vida humana, como diretriz para a tomada de decisão, além de suplantar possíveis elementos eugênicos e discriminatórios em eventual decisão a ser proferida pelo STF, permite, igualmente, reconhecer no âmbito da relação jurídica processual a existência de vítimas impotentes e subjugadas pelas perspectivas ideológicas de determinado momento histórico. A metodologia utilizada, por meio de uma revisão bibliográfica, é a dialética crítica entre a dogmática jurídica e a filosófica ética.

Palavras-chave: Aborto – Vírus zika – Ética – Alteridade – Eugenia.

Interdisciplinarity must be considered when assessing the aforementioned theme, precisely to remove the danger of legitimizing eugenic and discriminatory foundations. The problem presented in this research concerns the need for a close dialogue between legal dogmatics and the philosophical of material ethics to decide on the legitimation of abortion of being infected by the zika virus. The foray into philosophy makes it possible to bring the material ethics of production, reproduction and the development of human life to the center of decision-making, developed by the Argentine philosopher Enrique Dussel. The material ethical criterion based on the production, reproduction and development of human life, as a guideline for decision making, in addition to supplanting possible eugenic and discriminatory elements in any decision to be rendered by the STF, also allows recognizing in the scope of the procedural legal relationship the existence of impotent victims and subjugated by the ideological perspectives of a given historical moment. The methodology used, through a bibliographic review, is the critical dialectic between legal dogmatics and ethical philosophics.

Keywords: Abortion – Zika virus – Ethic – Otherness – Eugenics.

Sumário: 1. Introdução. 2. Fundamentos fáticos e jurídicos indicados pela Associação Nacional de Defensores Públicos e do Ministério Público Federal para a legitimação da interrupção da gravidez no caso de infecção pelo vírus da zika. 3. A importância da filosofia na questão da interrupção da gravidez pela infecção pelo vírus da zika. 4. O constante retorno aos critérios éticos na tomada de decisão. 5. Definição de eugenia. 6. A eugenia negativa como legitimação de injustiças. 7. Fundamento ético material como critério filosófico para a tomada de decisão em relação ao aborto do ser infectado pelo vírus da zika. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1. Introdução

A Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADEP), que representa defensores públicos ativos e aposentados do Brasil, propôs ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

em face de atos estatais que disponham sobre políticas públicas associadas ao zika vírus e à microcefalia.

Muito embora o Supremo Tribunal Federal, em 04.05.2020, em decisão unânime, tenha julgado prejudicada a ADI 5.581/DF, que tinha por conteúdo uma pretensão de legitimação do aborto em relação ao ser em gestação que possivelmente tivesse sido infectado pelo vírus da zika, é questão de tempo para que a Corte Suprema volte a analisar essa temática, conforme bem acentuou o Ministro Roberto Barroso.

O presente trabalho, antevendo nova análise sobre a pretensão jurídica do aborto do ser infectado pelo vírus da zika, busca, com base nos argumentos introduzidos na petição inicial da ADI 5.581/DF, demonstrar que a solução da questão ventilada não pode estar circunscrita à dogmática jurídica.

Pretende-se reafirmar que a decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em um futuro próximo, não pode estar circunscrita somente à dogmática jurídica, pois a tomada de decisão deverá levar em conta os critérios estabelecidos pela filosofia, em especial os limites preconizados pela ética material.

A problemática apresentada na presente pesquisa diz respeito à necessidade de um estreito diálogo entre a dogmática jurídica e a filosófica da ética material para se decidir sobre a legitimação do aborto do ser infectado pelo vírus da zika.

A incursão pela filosofia permite trazer para o centro da tomada da decisão a ética material da produção, reprodução e o desenvolvimento da vida humana, desenvolvida pelo filósofo argentino Enrique Dussel.

O critério ético material fundado na produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana, como diretriz para a tomada de decisão, além de suplantar possíveis elementos eugênicos e discriminatórios em eventual decisão a ser proferida pelo STF, permite, igualmente, reconhecer no âmbito da relação jurídica processual a existência de vítimas impotentes e subjugadas pelas perspectivas ideológicas de determinado momento histórico.

Essa necessidade de um íntimo diálogo entre a ciência jurídica e as ciências humanas afins foi perfeitamente reconhecida por Ronald Dworkin, ao afirmar que, apesar das diferenças, há um ensinamento que se pode extrair do debate sobre o aborto, um debate que vem sendo realizado há décadas com grande seriedade; o fracasso de todo intento de chegar a uma descrição cosmovisivamente neutra (ou seja, que não haja prejulgamento) do *status* moral da vida humana incipiente, uma descrição que seja aceitável para todos os cidadãos de uma sociedade secular.[1]

1. DWORKIN, R. *El domínio dela vida*: una discussion acerca del aborto, la euthanasia y a libertad individual. Barcelona: Ariel, 1998.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

O reconhecimento da importância da análise filosófica, e não somente jurídica, para a resolução da questão da interrupção da gravidez está fundada na ética material que tem por critério universal a produção, reprodução e o desenvolvimento da vida humana como filosofia primeira.

2. Fundamentos fáticos e jurídicos indicados pela Associação Nacional de Defensores Públicos e do Ministério Público Federal para a legitimação da interrupção da gravidez no caso de infecção pelo vírus da zika

A Associação Nacional de Defensores Públicos, com o fim de legitimar a interrupção da gravidez no caso de infecção pelo vírus da zika, apresentou, na ADI 5.581/DF, os seguintes fundamentos de fato e jurídicos:

a) O Protocolo de Atenção à Saúde e Resposta à Ocorrência de Microcefalia, aprovado pelo Poder Executivo, é insuficiente para garantir os direitos de mulheres e crianças afetadas pela epidemia da zika, pois apenas resume políticas vigentes de distribuição de contraceptivos; afirma que não há políticas sociais especializadas para atender às famílias vitimadas;

b) As malformações e complicações neurológicas decorrentes do vírus comprometem aspectos físicos, mentais, intelectuais e sensoriais dos recém-nascidos, de maneira que suporte estatal é essencial para assegurar vida digna a essas crianças, sob pena de violação ao princípio da dignidade humana, ao objetivo fundamental de garantir a todos vida livre de discriminação e aos direitos de proteção à maternidade e à infância;

c) Mediante arguição de descumprimento de preceito fundamental, impugna atos omissivos do poder público quanto a: (i) garantia de acesso à informação sobre o estado atual do conhecimento médico acerca da epidemia do vírus zika e sobre formas de prevenção; (ii) garantia de acesso a cuidados de planejamento familiar, incluindo métodos contraceptivos; (iii) acesso a serviços de saúde para atendimento integral de todas as crianças com deficiência associada à síndrome congênita do vírus zika; (iv) possibilidade de interrupção de gravidez nas políticas de saúde do País para mulheres grávidas infectadas pelo vírus zika;

d) Indica como preceitos constitucionais violados: dignidade do ser humano, livre desenvolvimento da personalidade, direitos à liberdade e à integridade física e psicológica, direito à informação, proteção à infância e à maternidade, direito à saúde e à prevenção de doenças, direito à seguridade social, direito a planejamento familiar e à liberdade reprodutiva e direito à proteção de pessoas com deficiência;

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

e) A interpretação conforme a Constituição é medida hábil à garantia de tais preceitos fundamentais, declarando-se a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gestação em relação à mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida é conduta tipificada nos artigos 124 e 126 do Código Penal ou, sucessivamente, declarando-se a interpretação conforme a Constituição do art. 128, I e II, do Código Penal julgando constitucional a interrupção da gestação de mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida, tendo em vista se tratar de causa de justificação específica, e por estar de acordo ainda com a justificação genérica dos arts. 23, I, e 24 do Código Penal, em razão do estado de necessidade com perigo atual de dano à saúde provocado pela epidemia de zika e agravado pela negligência do Estado brasileiro na eliminação do vetor, as quais configuram hipóteses legítimas de interrupção da gravidez, e, por consequência, a sustação dos inquéritos policiais, das prisões em flagrante e dos processos em andamento que envolvam a interrupção da gravidez quando houver comprovação de infecção da gestante pelo vírus zika.

O Ministério Público Federal, por sua vez, em parecer da lavra do então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, preliminarmente, alegou a ilegitimidade da Associação Nacional de Defensores Públicos para promover as demandas, por falta de pertinência temática. Em relação ao mérito da legitimidade e constitucionalidade da interrupção da gravidez em razão de infecção da gestante pelo vírus zika, assim se manifestou:

a) Tem razão a Associação Nacional de Defensores Públicos quanto à inconstitucionalidade da criminalização do aborto em caso de infecção pelo vírus da zika. A continuidade forçada de gestação em que há certeza de infecção pelo vírus da zika representa, no atual contexto de desenvolvimento científico, risco certo à saúde psíquica da mulher. Ocorre violação do direito fundamental à saúde mental e à garantia constitucional de vida livre de tortura e agravos severos evitáveis;

b) A norma constitucional que protege a inviolabilidade da vida é a mesma que assegura inviolabilidade da liberdade e da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF). Como não há hierarquia entre direitos fundamentais, resta saber qual direito fundamental se aplica ao caso, carecendo de sentido investigação que vise a avaliar qual direito é mais importante ou preponderante na ordem constitucional. Não há conflito de direitos entre mulheres e fetos. Conceber o caso a partir de conflito de direitos fundamentais serve apenas à tese da supremacia do direito à vida. Essa conformação da questão falsifica o problema, na medida em que impede

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

solução de casos concretos, pois define, abstrata e previamente, qual direito deve prevalecer, sem levar em consideração peculiaridades concretas. O Supremo Tribunal Federal já afastou conformação falsa do problema quando considerou constitucional a interrupção de gestação de fetos com anencefalia, no julgamento da ADPF 54/DF;

c) Perquirir sobre a constitucionalidade da interrupção da gravidez no caso de infecção pelo vírus zika exige avaliação honesta do caso, considerando não apenas os níveis de proteção do feto, mas também a consideração da saúde das mulheres;

d) O direito à saúde e à integridade física e psíquica possui natureza fundamental, que se encontra sob forte ameaça em epidemias. No caso da zika, trata-se de epidemia em que as consequências mais trágicas até aqui conhecidas envolvem a reprodução humana. São as mulheres os indivíduos primeiramente atingidos. Elas é que sofrem antes mesmo que exista uma criança com deficiência à espera de cuidado. Por não haver conflito entre os direitos envolvidos, cabe prestigiar o direito fundamental à saúde da mulher, inclusive no plano mental. Isso não significa desvalor à vida humana ou à das pessoas com deficiência – até porque não se está criando imposição de interrupção da gravidez. A decisão será, sempre, da gestante, diante do diagnóstico de infecção pelo vírus. Trata-se, simplesmente, do reconhecimento de que tomar a reprodução humana como dever, nessas condições, é impor às mulheres autêntico estado de tortura, imenso sofrimento mental.

É importante salientar que a preocupação desenvolvida no presente trabalho não diz respeito a todas as demais argumentações inseridas na ADIN e na ADPF anteriormente citadas e que estão em consonância com a proteção recíproca da mulher e da criança em gestação.

O ponto central da preocupação externada no presente trabalho está delimitado apenas à legitimação da interrupção da gravidez pelo fato de a mãe ser portadora do vírus da zika.

Essa preocupação tem sua razão de ser, especialmente, pelo fato de que a criança em gestação não está resguardada nem pela Defensoria Pública, muito menos pelo Ministério Público Federal. Isso significa dizer que os argumentos em proteção da mulher estão bem desenvolvidos pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público Federal.

A partir dessa delimitação do problema, passa-se especificamente para os argumentos do perigo de fundamento eugênico em aborto de criança em gestação e com microcefalia.

Uso Exclusivo do IBCCRIM

3. A importância da filosofia na questão da interrupção da gravidez pela infecção pelo vírus da Zika

Inicia-se este tópico com a seguinte afirmação de Andreas Kyhlmann: "Se os futuros pais reclamam um alto grau de autodeterminação, seria justo e equitativo que à futura criança também se lhe garantisse a oportunidade de levar uma vida autônoma".[2]

No dia 09 de setembro do ano de 2000, quando do recebimento do prêmio Doutor Margrit Egnér, Jürgem Habermas proferiu uma conferência na Universidade de Zurich, a qual constitui a base do texto "Abstenção fundamentada". Em referido texto, parte Habermas da distinção entre a teoria kantiana da justiça e a ética kierkegaardiana do ser em si mesmo, defendendo a abstenção que o pensamento pós-metafísico se impõe na tomada de decisão vinculantes em relação a questões substanciais da vida boa. Surge, assim, a questão referente ao debate pela técnica genética. Pode permitir-se a filosofia abster-se também da questão referente à ética da espécie?[3]

Habermas, quando faz essa indagação, está preocupado com a possibilidade categoricamente nova de intervenção no genoma humano como um incremento da liberdade necessitado de regulamentação normativa ou como autoinvestitura de poderes para levar a cabo algumas transformações que dependam das preferências e não necessitem de nenhuma autolimitação.[4]

Imagina-se qual seria a preocupação de Habermas quando, muito mais do que interferir no genoma humano, busca-se, agora, a própria eliminação do ser humano e de sua potencialidade de desenvolvimento.[5]

---

2. HABERMAS. Jürgen. *El futuro de la natureza humana* – Hacia una liberal? Barcelona: Paidós, 2002. p. 29.
3. HABERMAS. Jürgen. *El futuro de la natureza humana* – Hacia una liberal? Barcelona: Paidós, 2002. p. 9.
4. HABERMAS. Jürgen. *El futuro de la natureza humana* – Hacia una liberal? Barcelona: Paidós, 2002. p. 24 e 25.
5. "Em que pese não necessariamente ser encarada como criminosa, a loucura também figurava como uma forma de desvio que parecia precisar ser combatida socialmente por intermédio de políticas públicas eminentemente preventivas, o que ainda alimentava, não percamos de vista, teses de melhoramento genético" (FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A eugenia oferecida como critério para elaboração de políticas públicas: apontamentos críticos a partir do positivismo criminológico desenvolvido no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 150, dez. 2018. p. 397-421.

Uso Exclusivo do IBCCRIM

Para Habermas, com a decisão irreversível que uma pessoa toma em relação à dotação "natural" de outra pessoa surge uma relação interpessoal desconhecida até agora. Esse novo tipo de relação fere nossos sentimentos morais porque, nas condições de reconhecimento das sociedades modernas legalmente institucionalizadas, representam um corpo estranho. Quando alguém toma por outro uma decisão irreversível restringe a simetria da responsabilidade existente entre pessoas livres e iguais.[6]

O que diria Habermas quando a tomada de decisão irreversível é a própria eliminação da vida humana?

Na perspectiva de Habermas, essa coisificação do embrião suscita diversas interrogações morais e de outras classes.

Essa relação entre o embrião e suas interrogações morais e de outras espécies ficou bem caracterizada nos fundamentos trazidos pela Associação Nacional dos Defensores Pública na ADI 5.581/DF.

Note-se que os fundamentos que consubstanciam a pretensão formulada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos nada têm a ver com fundamentos jurídicos. Ao contrário, busca-se legitimidade da pretensão em ciências afins, num sistema de interdisciplinaridade.

A Associação Nacional dos Defensores Públicos afirma que um dos motivos para a legitimação do aborto encontra-se no comprometimento da criança em gestação em relação aos seus *aspectos físicos* – apresenta, portanto, uma perspectiva *estética*; já o comprometimento do aspecto mental, intelectual e sensorial, diz respeito a uma perspectiva biológica e psicológica.

A incursão pela filosofia está, portanto, autorizada pelos fundamentos apresentados pela própria Associação Nacional dos Defensores Públicos.

Por isso que a necessidade do diálogo entre a filosofia e a questão ética da espécie humana torna-se imprescindível para a solução da legitimidade ou não da interrupção da gravidez.

A ética do poder ser si mesmo e de ter a oportunidade de se reproduzir e se desenvolver como ser humano é uma a mais entre as várias alternativas.[7]

6. HABERMAS, Jürgen. *El futuro de la natureza humana* – hacia una liberal? Barcelona: Paidós, 2002. p. 26.

7. HABERMAS, Jürgen. *El futuro de la natureza humana* – Hacia una liberal? Barcelona: Paidós, 2002. p. 28.

Uso Exclusivo RBCCRIM

Uso Exclusivo IBCCRIM

4. O constante retorno aos critérios éticos na tomada de decisão

Escrever sobre ética não assegurava, até algum tempo atrás, um lugar na história da filosofia, pois grande parte de pensadores do século passado ou não escreveu nada sobre ética ou não publicou, como Sartre, Heidegger, Merleau Ponty ou A. N. Whitehead. Raros pensadores, como Max Scheler ou G. E. Moore, adquiriram renome por sua obra ética.[8]

Talvez um dos fatores que contribuíram para o descrédito da ética entre os pensadores modernos foi justamente o próprio descrédito do ser humano e a perda de sua inocência.

No começo do século XX, havia na Europa muita gente que aceitava a autoridade moral. Pensava que havia uma lei moral e que era evidente a necessidade de obedecê-la. Immanuel Kant, por exemplo, fazia referência a duas coisas que enchiam a mente de admiração e veneração, "o céu estrelado sobre mim e a lei moral dentro de mim". Em Cambridge, 1895, um século depois de Kant, Lord Acton ainda não duvidava:

> "As opiniões mudam, os costumes mudam, os credos surgem em caem, porém a lei moral está escrita em 'las tablitas' da eternidade'. No começo do Século XX, os europeus reflexivos poderiam também acreditar no progresso moral e pensar que o vício e a barbárie humanos estavam em retrocesso. Porém, a descrença desse suposto progresso moral foi tornando-se cada vez mais evidenciada, pois os problemas são derivados dos fatos."[9]

A larga história de crueldade e assassinatos do século XX é demasiado familiar: a matança mútua da Primeira Guerra Mundial, o terror da fome na Ucrânia, el Gulac, Auschwitz, Dresde, a ferrovia de Birmânia, Hiroshima, Vietnã, a Revolução Cultural da China, Camboja, Ruanda, o colapso da Iugoslávia, sem mencionar outros. Devido a esses fatos, é difícil, realmente, pensar que a ética segue sendo justa como antes.[10]

---

8. MACEDO, Ubiratan Borges. A aventura da ética filosófica no século XX. In: CARVALHO, José Maurício de (Org). *Problemas e teorias da ética contemporânea.* Porto Alegre: Coleção Filosófica 170, 2004. p. 10.
9. GLOVER, Jonathan. *Humanidad e inhumanidad* – Una historia moral del siglo XX. Trad. Marco Aurelio Galmarini. 4. ed. Madrid: Cátedra, 2013. p. 18.
10. GLOVER, Jonathan. *Humanidad e inhumanidad* – Una historia moral del siglo XX. Trad. Marco Aurelio Galmarini. 4. ed. Madrid: Cátedra, 2013. p. 19.

Não obstante essas incompreensíveis circunstâncias factuais (todas elas antiéticas e injustas), acredita-se que a ética sempre teve e continuará tendo um importante papel na correção e na justiça na tomada de decisões.

É importante salientar que, na tradição kantiana, entendia-se por "moral" a atitude universalista em que se poderia respeitar todos os sujeitos de maneira igual como "fins em si mesmos" ou como pessoas autônomas. O termo "eticidade", por sua vez, referia-se ao *ethos* de um mundo da vida particular que se tornou hábito, do qual só se podem fazer juízos normativos na medida em que ele é capaz de se aproximar das exigências daqueles princípios morais universais.[11]

Contra essa tradição kantiana foi levantada a objeção de que ela deixava sem resposta uma questão decisiva, visto que não seria capaz de identificar o fim da moral em seu todo nos objetivos concretos do ser humano.[12]

A essa desvalorização da eticidade na perspectiva kantiana, contrapõe-se, atualmente, sua revalorização, em especial quando o Supremo Tribunal Federal deve decidir pela legitimidade ou não da interrupção da gravidez em razão da infecção do vírus da zika.

O resgate da ética na decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5581 configura também a valorização da própria filosofia no âmbito da ciência jurídica.

Conforme bem asseverou Gonçal Mayos Solsona, em muitos sentidos a chamada "modernidade líquida" (BAUMAN, 2005) e a "postmodernidade" (LYOTARDE, 1984; VATTIMO, 1998) tiveram, indubitavelmente, um impacto negativo na filosofia, inclusive desvalorizando seu significado. Certamente, essas ideias e os movimentos associados a elas não são especialmente contrários à filosofia, pois, inclusive, são protagonizados por filósofos pensadores de grande bagagem nas mais antigas epistemes. Porém, essas perspectivas participam de uma dialética que acentua a lenta marginalização que já na modernidade inicial estava subordinando, desprezando e substituindo os enfoques explicitamente filosóficos por outros mais "positivistas", "científicos" e de aplicação tecnológica.[13]

---

11. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento* – A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 270.

12. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento* – A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 270.

13. SOLSONA, Gonçal Mayos. Macrofilosofía, las "dos culturas" y la era de la postdisciplinariedad. In: SOLSONA, Gonçal Mayos; CARDOSO, Renato César; HENRIQUE JÚNIOR, Moacir (Coord.). *Interdisciplinaridade e Interconstitucionalidade 2*. Uberlândia: Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados, 2019. posição 370 (*e-book*).

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

Ainda que se reconheça que este é um tempo de rompimento com as tradições filosóficas, não se pode negar que se vive em um século preocupado em pensar o horizonte axiológico que o cerca.

Atualmente, tudo parece anunciar um retorno à reflexão axiológica e filosófica, como a Bioética, ética dos negócios e das empresas, ética no trato da coisa pública e na política, ética do dinheiro, enfim, uma constante busca pela renovação ética que se pode denominar, nos anos vindouros, de renovação ética, "anos da ética".

Esse retorno da ética e da filosofia não poderia deixar de fora o exercício da atividade jurisdicional, em especial, a tomada de decisão pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5.581/DF.

A ética é uma perspectiva virtuosa, uma excelência na ação, uma busca pela ação mais correta possível. Por meio desse comportamento, o ser humano revela toda a sua humanidade.

Pensar a ética em um mundo em que a relativização da própria verdade está arraigada no âmbito social, não é uma tarefa fácil para aqueles que tentam encontrar uma fundamentação racional para esse valor de consolidação do reconhecimento humano na sua própria humanidade.[14]

Esse, porém, é o objetivo deste trabalho, ou seja, pensar a questão da justiça no âmbito na questão da legitimação ou não da interrupção da gravidez decorrente da infecção pelo vírus da zika.

5. Definição de eugenia

Tendo em vista que a intenção da presente análise acadêmica é justamente chamar atenção para o perigo da consolidação da eugenia na permissão do aborto de criança com microcefalia, a primeira questão a ser posta diz respeito à definição de eugenia.

Eugenia é um termo criado por Francis Galton (1822-1911), que significa "bem-nascido" (Inquiris Into Human Facultay and its Development) e (Hereditary genius).

14. "Em seu escrito sobre o 'Fundamento do direito natural', Fichte havia concebido o reconhecimento como uma 'ação recíproca' entre indivíduos, subjacente à relação jurídica: no apelo recíproco à ação livre e na limitação simultânea da própria esfera de ação a favor do outro, constitui-se entre os sujeitos a consciência comum, que depois alcança validade objetiva na relação jurídica" (HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento* – A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 46).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Conforme preconiza Valdeir Del Cont, no final do século XIX, superadas, pelo menos no cenário intelectual inglês, as fortes resistências à teoria da evolução pela seleção natural, as atenções voltaram-se para a compreensão do processo de transmissão de características dos progenitores à prole. Dado que duas consequências derivavam da aceitação da teoria da evolução darwiniana: primeiro, que a seleção deveria atuar sobre um conjunto de variedades de características individuais, selecionando uma parte delas; segundo, que, ao selecionar certas características, elas deveriam ser transmitidas, por intermédio da reprodução, a uma nova geração de indivíduos. Assim, decidir-se sobre a origem da variação intraespecífica foi a primeira exigência posta para o desenvolvimento de uma ciência eugênica, pois, caso a variação tivesse origem nas condições ambientais, como postulava a teoria da herança dos caracteres adquiridos, então boa alimentação, melhores condições de higiene, educação e melhorias nas condições existenciais seriam suficientes para uma melhora geral nas características humanas, fossem elas orgânicas ou intelectuais.[15]

Até meados do século XIX, verificou-se que diversos cruzamentos realizados permitiam, mediante critério de observação, concluir que crias reproduziam características de seus progenitores e isso também era amplamente admitido para os seres humanos. A característica individual do ser era possivelmente explicada pela mistura de elementos, forças vitais ou espirituais, que ambos os pais forneciam aos filhos, a mistura poderia ser forte ou fraca ou, ainda, pendente para um dos lados; também se compreendia as características individualizantes como consequência de treino, educação e experiências que os indivíduos adquiriam durante sua trajetória de vida. Esse conjunto vago de ideias sobre como se dava o fenômeno da hereditariedade foi retratado e rearticulado nas diversas teorias que especularam, principalmente na segunda metade do século XIX, sobre o processo de transmissão de características entre as gerações.[16]

Visando aplicar os pressupostos da teoria da seleção natural ao ser humano, Francis Galton (1822-1911), primo de Darwin, em 1883, reunindo duas expressões gregas, cunhou o termo "eugenia" ou "bem-nascido".[17]

15. CONT, Valdeir Del. Francis Galton: eugenia e hereditariedade. *Scientia Zudia,* São Paulo, v. 6, n. 2. p. 201.

16. CONT, Valdeir Del. Francis Galton: eugenia e hereditariedade. *Scientia Zudia,* São Paulo, v. 6, n. 2. p. 201.

17. BLACK, E. *A guerra contra os fracos.* Trad. T. Magalhães. São Paulo: A Girafa, 2003. p. 56.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Com base nessa noção, a eugenia teve por finalidade desenvolver uma ciência que dissesse respeito à hereditariedade humana que pudesse, valendo-se dos critérios da matemática e da biológica para identificar as melhores criaturas, assim como se fazia com cavalos, porcos, cães ou qualquer animal –, portadores das melhores características, e estimular a sua reprodução, bem como encontrar os que representavam características degenerativas e, da mesma forma, evitar que se reproduzissem.[18]

Com o passar do tempo, começou a surgir um conjunto de ações visando ampliar e difundir o projeto galtoniano de uma ciência da hereditariedade humana baseada no princípio de que os dotes pessoais seriam transmitidos e conservados inalterados de uma geração a outra. Isso proporcionaria ao investigador o registro e a análise das características humanas por parte de estudos estatísticos que revelariam, não havendo condições ambientais que favorecessem cruzamentos entre indivíduos com características antagônicas, a continuidade de certas características quer fossem físicas, quer fossem intelectuais. Outra possibilidade seria a de que os comportamentos considerados degenerados, como vadiagem, alcoolismo, prostituição, demência e doenças generalizadas, pudessem ser facilmente rastreados no histórico familiar dos indivíduos em gerações consecutivas, o que permitiria o controle reprodutivo dos que apresentassem traços degenerescentes.[19]

No Congresso Demográfico de 1894, Francis Galton chamou atenção para o que ele considerava a decadência racial inglesa, o que revelava, em sua opinião, que em pouco tempo as classes menos dotadas suplantariam, em fertilidade (isto é, produziriam mais indivíduos), do que as classes mais bem dotadas. Fato este que pedia não somente dos intelectuais, mas principalmente do Estado, uma série de medidas eugênicas de melhoramento da população através do estímulo aos casamentos dos melhores membros da sociedade e da restrição dos casamentos entre indivíduos menos dotados.[20]

Francis Galton tinha em mente que, se não houvesse um controle da qualidade reprodutiva dos indivíduos na sociedade, haveria um avanço reprodutivo de indivíduos degenerados. Diante dessa circunstância, segundo Francis Galton, os

18. STEPAN, N. L. *The hour of eugenics*: race, gender, and nation in Latin America. Ithaca/London: Cornell University Press, 1991. p. 1.
19. CONT, Valdeir Del. Francis Galton: eugenia e hereditariedade. *Scientia Zudia,* São Paulo, v. 6, n. 2. p. 205.
20. CONT, Valdeir Del. Francis Galton: eugenia e hereditariedade. *Scientia Zudia*, São Paulo, v. 6, n. 2. p. 205.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

melhores membros da sociedade seriam suplantados reprodutivamente pelos indivíduos menos qualificados, ampliando, consequentemente, a criminalidade, a prostituição, a delinquência, a insanidade e todo tipo de distúrbio social. Por isso, a necessidade de um efetivo controle da reprodução, visando a elevar a perfeição da raça humana e reduzir as condições sociais degenerativas.[21]

Francis Galton pretendeu estender as implicações da teoria da seleção natural, indicando que os seus estudos demonstravam que, além da cor dos olhos, feição, altura e demais aspectos fisiológicos, também traços comportamentais, habilidades intelectuais, poéticas e artísticas seriam transmitidas dos pais aos filhos.

Nesse sentido, o controle reprodutivo permitiria, segundo Galton, não somente elevar o nível de qualidade da raça humana, mas também se constituiria em uma ferramenta de reforma das condições sociais degenerescentes.[22]

O problema existente não é a análise científica empírica realizada por Frauncis Galton na constatação da eugenia hereditária, mas, sim, a utilização desse critério nas outras esferas de relações sociais, ou para outros objetivos, como, na hipótese em análise, na interrupção da gravidez em razão da infecção do zika vírus.

No tópico a seguir, deve-se avaliar essa utilização da eugenia em outras circunstâncias das relações humanas.

6. A eugenia negativa como legitimação de injustiças

O grande problema das descobertas científicas não é sua utilização para o bem da humanidade, mas, sim, sua deturpação para o sofrimento e como fundamento para as injustiças.

Em torno do controle social das relações matrimoniais, organizou-se a versão galtoniana de um programa de controle reprodutivo baseado nos princípios eugênicos, programa no qual, por intermédio de um protótipo de família, procurar-se-ia melhorar as características individuais e raciais das futuras gerações. Assim, as uniões deveriam ser orientadas e conduzidas por uma racionalidade externa, pois, deixadas à própria sorte, as condições familiares poderiam favorecer comportamentos desviantes. Era necessário, portanto, que a autoridade do

21. COWAN, R. S. Francis Galton's statistical ideas: the influence of eugenics. *Isis*, Chicago, v. 63, n. 4, Dec. 1972. p. 511.

22. COWAN, R. S. Francis Galton's statistical ideas: the influence of eugenics. *Isis*, Chicago, v. 63, n. 4, Dec. 1972. p. 511.

Uso Exclusivo Do RBCCRIM

governo se impusesse sobre as condições familiares. A boa procriação precisaria da orientação constante e do controle de uma racionalidade externa, dada pelo conhecimento de um conjunto de fatores, médicos e sociais, que só uma ciência eugênica poderia fornecer. Nas palavras de Francis Galton: "A eugenia pode ser definida como a ciência que trata daquelas agências sociais que influenciam, mental ou fisicamente, as qualidades raciais das futuras gerações".[23]

Dando sequência aos ensinamentos de Francis Galton, o líder do movimento eugenista dos EUA, Charles Davenport, que dirigia o laboratório de biologia do Brooklin – Institute of Arts and Science –, em Long Island, procurou identificar os que deveriam ser impedidos de se reproduzir. Em 1909, criou o Eugenics Record Officek para registrar antecedentes genéticos dos norte-americanos e pressionar por legislação que permitisse a prevenção obrigatória de linhagens indesejáveis. Para isso, concluiu-se que o melhor método seria a esterilização, e o estado de Indiana foi a primeira jurisdição do mundo a introduzir a esterilização coercitiva, logo seguido por vários outros estados. Desde o início, porém, o uso de câmaras de gás estava entre as estratégias discutidas para a eliminação daqueles considerados indignos de viver.[24]

O movimento foi tão aceito pela elite americana da época que, a partir de 1924, leis que impunham a esterilização compulsória foram promulgadas em 27 estados americanos, para impedir que determinados grupos tivessem descentes.[25]

Portanto, o método preferido da eugenia norte-americana foi a esterilização compulsória. Houve, igualmente, isolamento em relação aos "débeis mentais" para que não se reproduzissem, assim como restrição a casamentos entre brancos e negros.[26]

O que mais intriga é que a Suprema Corte Norte-Americana entendeu como constitucional tal circunstância, sob a alegação de que: "Em vez de esperar para

23. CONT, Valdeir Del. Francis Galton: eugenia e hereditariedade. *Scientia Zudia*, São Paulo, v. 6, n. 2. p. 209.

24. GONÇALVES, Antonio Batista. *A eugenia de Hitler e o racismo da ciência*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/depeso/26157/a-eugenia-de-hitler-e-o-racismo-da-ciencia]. Acesso em: 21.04.2020.

25. GONÇALVES, Antonio Batista. *A eugenia de Hitler e o racismo da ciência*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/depeso/26157/a-eugenia-de-hitler-e-o-racismo-da-ciencia]. Acesso em: 21.04.2020.

26. GONÇALVES, Antonio Batista. *A eugenia de Hitler e o racismo da ciência*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/depeso/26157/a-eugenia-de-hitler-e-o-racismo-da-ciencia]. Acesso em: 21.04.2020.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

executar descendentes degenerados por crimes, a sociedade deve se prevenir contra aqueles que são manifestamente incapazes de procriar sua espécie" (Juiz Oliver Wendell). Entre os anos de 1920 e 1960, pelo menos 70 mil americanos foram esterilizados compulsoriamente, a maioria mulheres. Os esforços americanos para criar uma super-raça chamaram atenção de Adolf Hitler.[27]

Segundo Francesco Cassata, professor do Departamento de Filosofia, História e Geografia da Universidade de Gênova, no debate público italiano houve um movimento de nazificação do conceito de "eugenia" a partir do processo de Nuremberg, ocorrido entre 1946 e 1947, e da conclusiva relação entre genética médica e os crimes de Auschwitz.[28]

Muitos associam a palavra "eugenia" aos nazistas e ao Holocausto. Porém, isso não está correto.

Segundo Daniel Kevles, historiador da ciência da Universidade de Yale, Hitler copiou aquilo que os EUA haviam feito.[29]

Em que pese a Alemanha tenha, nos primeiros 20 anos do século XX, construído seu próprio conhecimento eugenista, seus adeptos seguiram de certa forma o modelo eugenista americano. Enquanto a elite americana descrevia os socialmente indignos e os ancestralmente incapazes como "bactérias", "vermes", "retardados", "mestiços" e "subumanos", uma raça superior de nórdicos era progressivamente considerada a solução final para os problemas eugenistas do mundo.[30]

A liderança norte-americana consolidou-se em 1910, mediante a disseminação de legislação e diversos centros de pesquisas. Isso foi monitorado de perto na Alemanha pelo vice-cônsul austro-húngaro Géza von Hoffman, que viajou pelos EUA avaliando as práticas eugenistas. Esse estudo foi objeto do livro *Die Rassenhygiene in den Vereinigten Staaten von Nordamerika*.[31]

---

27. GONÇALVES, Antonio Batista. *A eugenia de Hitler e o racismo da ciência*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/depeso/26157/a-eugenia-de-hitler-e-o-racismo-da-ciencia]. Acesso em: 21.04.2020.
28. PIETTA, Gerson. *Eugenia*: uma ciência estigmatizada. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/hcsm/v23s1/0104-5970-hcsm-23-s1-0264.pdf]. Acesso em: 21.04.2020.
29. LANG-STANTON, Peter; JACKSON, Steven. *Eugenia*: como movimento para criar seres humanos "melhores" nos EUA influenciou Hitler. Disponível em: [www.bbc.com/portuguese/internacional-39625619]. Acesso em: 21.04.2020.
30. BLACK, E. *A guerra contra os fracos*. Trad. T. Magalhães. São Paulo: A Girafa, 2003. p. 419.
31. BLACK, E. *A guerra contra os fracos*. Trad. T. Magalhães. São Paulo: A Girafa, 2003. p. 429.

Uso exclusivo do IBCCRIM

Uso Exclusivo do IBCCRIM

Conforme afirma E. Black, Hitler, ainda quando cabo, era muito simpático à eugenia. Durante sua prisão, por incitação pública, Hitler teve contato com publicações eugenistas que citavam Davenport, Popenoe e outros americanos.[32]

Hitler também adotava os escritos de Leon Whitney, presidente da Sociedade Americana de Eugenia e de Madison Grant, os quais exaltavam a raça nórdica, subavaliando os negros, eslavos e todos os outros que não tinha cabelos louros e olhos azuis.[33]

Outra perspectiva social para a aplicação da eugenia nas relações humanas encontra-se em relação ao grupo LGBT na Chechênia.

Abril de 2018 marca um dos piores aniversários na história da comunidade LGBT global: o primeiro ano desde que os campos de concentração para LGBTs na Chechênia foram denunciados pelo jornal *Novaya Gazeta*. Criadas por agentes do próprio governo checheno, essas "instalações" foram usadas para o aprisionamento, tortura e execução de homens *gays*, que estariam "desonrando suas famílias e sua nação" ao manterem relacionamentos homoafetivos.

Diante desses retrocessos de má utilização da ciência, acarretando em todos os setores sociais grandes injustiças e discriminações, é preocupante a permissividade da interrupção do aborto pelo fato de a mulher ter sido infectada pelo vírus da zika e poder gerar uma criança com problemas anatômicos.

Torna-se ainda mais preocupante o critério eugênico da pretensão, quando um dos fundamentos do pedido formulado pela Associação Nacional dos Defensores diz respeito às malformações e complicações neurológicas decorrentes do vírus que *comprometem aspectos físicos*, mentais, intelectuais e sensoriais do recém-nascido.

Em que pese haja entre os argumentos a questão mental, intelectual e sensorial dos recém-nascidos, deve-se chamar atenção para a questão do *aspecto físico*.

A exigência eugênica de aspectos físicos e estéticos próximos daquilo que se entende por um ser humano pode ensejar uma opção pelo critério de ser humano ideal, belo, de acordo com o critério de beleza estabelecido para determinado momento histórico e contingencial.

32. BLACK, E. *A guerra contra os fracos*. Trad. T. Magalhães. São Paulo: A Girafa, 2003. p. 420.

33. BLACK, E. *A guerra contra os fracos*. Trad. T. Magalhães. São Paulo: A Girafa, 2003. p. 420.

Como afirma Jürgen Habermas:

> "Quizá es ésta la escena que el presidente de la república tenía a la vista cuando advirtió en su discurso del 18 de mayo de 2001: «Quien empieza a instrumentalizar la vida humana, quien empieza a distinguir entre lo que es digno de vivir y lo que no, emprende un trayecto sin paradas."[34]

A carta de direitos fundamentais da União Europeia proclamada em Nice presta atenção à circunstância de que a criação e o nascimento perderam esse elemento essencial para nossa autocompreensão normativa: a indisponibilidade do natural. O artigo 3º, que garante o direito à integridade física e espiritual, estabelece "a proibição de prática eugênica, em particular aquele cujo objetivo seja a seleção de pessoas".

Diante desse risco eugenista na tomada de decisão por parte do Supremo Tribunal Federal, opta-se, neste trabalho, por uma perspectiva ética filosófica como fundamento para a tomada de decisão na ADI 5. 581/DF, conforme exposto no próximo tópico.

7. Fundamento ético material como critério filosófico para a tomada de decisão em relação ao aborto do ser infectado pelo vírus da zika

A partir desse momento, pretende-se aviventar certa concepção ética filosófica que possa servir de inspiração para a prolação de possível decisão em relação ao ser infectado pelo vírus da zika, com o objetivo de se evitar a eugenia negativa na interrupção da gravidez.

O fio condutor do presente trabalho são justamente os pressupostos filosóficos fundamentais que justificam a proteção da criança em gestação, pois, conforme se afirmou no início, os fundamentos em prol e em proteção da mulher estão bem delineados nos argumentos da Defensoria Pública e do Ministério Público Federal apresentado na ADI 5.581/DF. Aliás, conforme anota Terezinha Inês Teles Pires, o direito ao aborto é ele próprio postulado por um grupo social específico, o grupo daqueles que são favoráveis ao direito de escolha. Pode-se afirmar, à primeira vista, que o que se está a reivindicar não configura "direitos coletivos pertencentes ao grupo como um todo", mas como "direitos individuais"

34. HABERMAS, Jürgen. *El futuro de la natureza humana* – Hacia una liberal? Barcelona: Paidós, 2002. p. 33.

Uso Exclusivo Do RBCCrim

pertencentes às pessoas que não compactuam com a visão convencional de que interromper a gestação seja um ato absolutamente reprovável, do ponto de vista moral.[35]

Pretende-se, nesta última etapa do trabalho, percorrer um caminho diametralmente oposto àquele traçado por Elio Fazzalari, quando, ao analisar os princípios reguladores do processo jurisdicional, peremptoriamente afirmou que o juiz não pode, na relação jurídica processual, reconhecer o "outro", reconhecer a debilidade daqueles que não têm voz no processo.[36]

Apesar da admiração e do respeito que se deve ter pelo trabalho intelectual do eminente processualista italiano, não se pode deixar de considerar que sua visão está inserida na totalidade racional da Europa continental (sem zika, malária, dengue etc.), o que favorece a postulação de um juiz totalmente divorciado das necessidades e das precariedades humanas e das contingências existentes na América Latina.

O Estado-Juiz deve atuar de modo tal que todos os sujeitos processuais tenham iguais perspectivas de levar adiante suas pretensões, porque não dizer, sua esperança de vida. Nessa alternativa, o Estado-Juiz:

> "[...] debe tratar desigualmente a sus ciudadanos, de modo que – después de la actuación del estado – todos ellos tengan iguales probabilidades de llevar a

35. PIRES, Terezinha Inês. A legitimação do aborto à luz dos pressupostos do Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Disponível em: [www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/162]. Acesso em: 26.06.2020.

36. "Potrebbe sembrare al profano o all'osservatore superficiale che al giudice incomba almeno di sopperire alla debolezza del non abbiente. Ma no è così. La Carta fondamentale è chiarissima nel volere che a quel cittadino siano forniti, mediante appositi istituti, mezzi d'assistenza per agire e difendersi in giudizio; ma, proprio per questo, essa non consente che, in difetto di mezzi e permanendo l'inadempienza costituzionale dello Stato, il giudice manifesti una qualsiasi parzialità nei confronti del non abbiente: secondo la Costituzione questi deve comparire davanti a lui già munito dell'usbergo che lo metta al sicuro dalla sua stessa debolezza e che renda omnimamente superflui poteri, per così dire suppletori, del giudice in di lui vantaggio. [...]. Chè, se invece la norma sostanziale non contempli o non supplisca a quella debolezza, il giudice non può, in sede di giudizio di diritto, abbandonarsi al dubbio o cedere alla tentazione di scegliere, come metro di giudizio, un altro valore (o, più semplicemente, la propria personale valutazione); nè può travisare quella norma. [...]". (FAZZALARI, Elio. La imparzialità del giudice. *Rivista di Dirito Processuale,* Padova, n. 2, 1972. p. 193-203.

USO EXCLUSIVO DO EDITOR

> cabo su plan de vida. Puesto que el estado actúa en este caso me parece adecuado rebautizar a esta alternativa denominándola neutralidad positiva."[37]

São as próprias conjecturas estruturais que impedem que os seres humanos sejam iguais entre si.

Segundo Enrique Dussel:

> "Ninguém surge do acaso ou aparece por geração espontânea. Todo homem, mesmo o mais simples camponês ou o mais humilde trabalhador urbano, tem história. É fruto de uma herança genética, de um contexto sócio-político-econômico-cultural e de uma opção pessoal assumida e trabalhada há anos. O resultado de tudo isto é o homem na sua concretude."[38]

E, para se visualizar o ser humano em sua concretude, não basta o desenvolvimento de um processo meramente formal, sem que se pense numa ética de conteúdo ou material a ser introduzida na relação jurídica processual, sem que se perceba as vítimas potenciais e esquecidas nas tomadas de decisões processuais.

Piero Pajardi ressaltou: "[...] quanto di humanità e di socialità ed ancora quanto di valori etici e di fattori esistenziali stia dietro l' apparente freddezza tecnica di una norma processuale".[39]

Para Fábio Konder, por muito tempo a justiça foi concebida *more geometricu*, como ente exclusivo da razão, sem qualquer vínculo com a sensibilidade valorativa. Aliás, sua representação simbólica insere-se numa personagem cega, neutra, implacável e impassível. Contudo, "[...] a verdadeira justiça, muito ao contrário, é sempre parcialíssima. Ela não se coaduna com eqüidistâncias formais nem se contenta com equilíbrio de circunstâncias".[40]

Humanizar o processo é personalizá-lo; enfim, socializá-lo com os ares generosos da solidariedade.[41]

---

37. FARRELL, Martin D. Algunas maneras de entender a la neutralidad. *Doxa* 15-16, 1994. Disponível em: [www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno 15/voll/doxa 15_09.pdf]. Acesso em: 03.08.2005.
38. ZIMMERMANN, Roque. *América Latina o não ser*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 27.
39. PAJARDI, Piero. *I provvedimenti d'urgenza atipici nel processo civile*. Milano: Pirola, 1988. p. 122.
40. COMPARATO, Fábio Konder. Papel do jurista num mundo em crise de valores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 84, v. 713, mar. 1995. p. 283.
41. MORELLO, Augusto. *El proceso justo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

Uso Exclusivo do IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Numa ética filosófica material procura-se afirmar que o ser humano e sua produção, reprodução e desenvolvimento são referência para o exercício da atividade jurisdicional e que as questões processuais não estão enclausuradas apenas no âmbito jurídico e dogmático da relação jurídica processual, pois extrapolam os limites do processo, como no caso das gestantes, em que o seu entorno, em especial a criança, faz a diferença no momento de se escolher determinada decisão.

Essa postulação humanitária reclama o efetivo reconhecimento das diferenças existentes entre as pessoas, para que se possa vislumbrar uma decisão final équo e justa.

Deve o juiz, portanto, no âmbito do processo jurisdicional, adotar uma conduta ética universal, de maneira que nela que se reconheçam as necessidades das vítimas de um sistema totalizador, e que, a partir dessas vítimas, possa promover um equacionamento racional visando a um processo justo e équo.

O conteúdo material também faz parte do pensamento de Pietro Barcellona, nos seguintes termos:

> "Bastaría con que el jurista se limitase a salir del círculo mágico de sus fórmulas abstractas, del cerrado horizonte de las normas, y afrontase directamente el problema de los contenidos materiales de la justicia. Pero actuando de esta forma, está claro, debería renunciar a la aparente esterilidad axiológica de sus construcciones, a la indiferencia ante los valores, a la neutralidad frente a los conflictos. Debería sumergirse en la política, en la ética, en la práctica."[42]

E essa ética de caráter universal somente pode decorrer, conforme afirma o filósofo argentino, radicado no México, Enrique Dussel, da constatação antropológica de que o ser humano é o único ser vivente responsável pela sua própria vida e da "[...] obligación universal de producir, reproducir y desarrollar la vida humana concreta de cada sujeto ético em comunidad".[43] Esse princípio caracteriza-se por ser um princípio, *a priori*, universal e também fundamental, ainda que não suficiente, para a construção de uma ética da libertação, isto é, "[...] de una ética que intenta justificar filosoficamente las luchas de los oprimidos", no caso presente a criança em gestação.[44]

---

42. BARCELLONA, Pietro; HART, Dieter; MÜCKENBERGER, Ulrich. *La formación del jurista* – Capitalismo monopolístico y cultura jurídica. Madrid: Civitas, 1993. p. 44.
43. COROMINAS, Jordi. *Ética primera* – Aportación de X. Zubiri al debate ético contemporáneo. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000. p. 41.
44. COROMINAS, Jordi. *Ética primera* – Aportación de X. Zubiri al debate ético contemporáneo. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000. p. 74.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

É na produção, reprodução e no desenvolvimento da vida humana que Enrique Dussel estabelecerá o fundamento material de sua ética filosófica da vida. A vida humana, portanto, é o conteúdo específico da ética.

O ser humano acede à realidade que enfrenta dia a dia a partir do âmbito de sua própria vida. A vida humana não é um fim nem um mero horizonte mundano-ontológico. A vida humana é o modo de realidade do sujeito ético (que não é o de uma pedra, de um animal irracional ou da "alma" angélica de Descartes), que dá o conteúdo a todas as suas ações, que determina a ordem racional e também o nível das necessidades, pulsões e desejos, que constitui o marco dentro do qual se fixam fins. Os "fins" (relativamente à razão instrumental formal weberiana) são "postos" a partir das exigências da vida humana.[45]

Trata-se de um critério que tem por objeto produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito ético em comunidade.

Para Enrique Dussel, esse critério serve de fundamentação a um princípio que, por sua vez, terá pretensão de universalidade, realizando-se por meio das culturas e dos valores a serem perseguidos.

Em razão desse princípio ético material, "[...] toda norma, ação, microestrutura, instituição ou eticidade cultural têm sempre e necessariamente como conteúdo último algum momento da produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana em concreto".[46]

A Ética da concreção é a ética moderna, isto é: "A ética do nosso tempo é uma ética existencial, que põe acima de tudo a pessoa humana, não como abstração, à maneira de Boécio, mas como uma concreção vital, como valor fonte dos demais valores".[47]

É com base no critério material (vida humana concreta) que se devem subsumir os outros aspectos materiais (como os valores, a lógica das pulsões etc.). Esse critério material igualmente permite fundamentar ou desenvolver um princípio ético universal, supracultural.

Por isso, em eventual tomada de decisão, há necessidade de se reconhecer a "alteridade do outro", no caso, a alteridade da criança em gestação, possível vítima de uma iníqua interrupção abrupta da gravidez.

---

45. DUSSEL, Enrique. Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 131.
46. DUSSEL, Enrique. Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 131.
47. REALE, Miguel. A ética do juiz na cultura contemporânea. In: NALINI, José Renato (Coord.). *Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: Ed. RT, 1994.

A alteridade, para Emmanuel Lévinas, não é um conceito abstrato, senão um momento estrutural do sentir humano. O eu e a liberdade se alçam nessa específica sensibilidade humana pela qual o "outro" é o "outro" antes do que um conceito. A noção idealista de sujeito somente é possível desconhecendo-se que "o mundo sensível transcende a liberdade da representação". O "rosto", o "cara a cara" são expressões plásticas de uma alteridade de uma alteridade intransponível e irredutível do sentimento humano. Essa alteridade é justamente o *fundamento* da ética.[48]

A quebra da totalidade ontológica e iníqua, para Emmanuel Lévinas, somente é possível como experiência da exterioridade transcendente no "rosto do Outro".

A relação com o "Outro" permite ter uma ideia de quão infinito é o "Outro ser humano" em proporção à ideia que o representa como conhecimento inteligido. Desejar o outro ser humano é retirá-lo da posição de um objeto a ser conhecido, para inseri-lo em frente com um ser diante-de, diferente, distante e inaçambarcável pelo toque das mãos ou pelo olhar sinóptico.[49]

O *rosto do Outro ser humano* é a sua forma de "apresentar-se", e não de ser tematizado ou representado, diante do "eu" que o olha e o toca mas sem o objetivar, nem à mão, nem diante dos olhos, nem a um lado de. O rosto na relação face a face supera a ideia que o "eu" tem do "Outro", superando em originalidade e radicalidade as representações inteligidas.[50] O "cara a cara" faz o "eu" responsável pelo outro antes de qualquer vínculo com ele, antes de qualquer pacto, consentimento, ato de fala, emoção ou sentimento de amor, ódio ou compaixão.[51]

O que vem do "Outro" como excedência, como exterioridade, como ideia de infinito, como rosto e como ensino, põe em crise e questiona e acusa a liberdade individual, ingênua e solipsista do "eu".

O outro interpela-me como vítima, como pobre, como oprimido, como criança em gestação, como não pertencente a determinada cultura, não como o "senhor". A vontade é livre para assumir essa responsabilidade no sentido que queira, mas não é livre para recusar essa responsabilidade em si mesma.

48. COROMINAS, Jordi. Ética primera – Aportación de X. Zubiri al debate ético contemporáneo. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000. p. 92.
49. COSTA, Márcio Luis. *Lévinas* – Uma introdução. Petrópolis: Vozes, 2000. p 125.
50. COSTA, Márcio Luis. *Lévinas* – Uma introdução. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 125.
51. COROMINAS, Jordi. Ética primera – Aportación de X. Zubiri al debate ético contemporáneo. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000. p. 93.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

De certa maneira, pode-se concluir que a ética da libertação de Enrique Dussel, a qual insere a racionalidade crítica no âmbito da exterioridade, a partir das vítimas, adotou em parte o pensamento de Emmanuel Lévinas.

No pensamento do filósofo argentino radicado no México, a partir das vítimas, a verdade começa a ser descoberta como a não verdade, o válido como o não válido, o factível como o não eficaz.

Transportando-se o pensamento de Emmanuel Lévinas para a Ética da Libertação de Enrique Dussel, pode-se afirmar que o sistema de eticidade corresponde a um nível ontológico de totalidade, que começa a ser questionado, refutado, por um juízo ético material da razão crítica negativa que se encontra na exterioridade do rosto das vítimas.

Portanto, na perspectiva de Emmanuel Lévinas a ética é metafísica, sendo que a sensibilidade (pré-ontológica) anterior a toda inteligibilidade parte de uma concepção do sujeito que deve reconhecer o *Outro* como exterioridade (pós-ontológica).

A ética material da vida humana concreta, consubstanciada na alteridade do "outro", é a ética em que resguardar aqueles que possam já ter sido infectados pelo vírus da zika, vítimas do descaso com a saúde pública, vítimas da corrupção sistêmica da política brasileira, vítimas do egoísmo capitalista neoliberal, vítimas de uma sociedade que, em vez de fazer sua mea-culpa, prefere eliminar a própria vida.

8. Conclusão

A decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal em um futuro não tão distante e que terá por objetivo legitimar ou não a interrupção da gravidez em relação às mulheres que foram infectadas pelo vírus da zika não poderá deixar de realizar um estreito diálogo entre a ciência do direito e as outras ciências afins, em especial a filosofia.

A inserção da filosofia permite a incursão pela ética na tomada de decisão, visando a evitar que fundamentos eugênicos possam permitir a interrupção da gravidez, em especial, por uma perspectiva estética ou referente a outros fatores de discriminação e de injustiça.

O critério ético material fundado na produção, reprodução e no desenvolvimento da vida humana, como critério de tomada de decisão, além de combater aspectos eugênicos, permite, igualmente, reconhecer no âmbito da relação jurídica processual a existência de vítimas de um determinado sistema social, econômico, político, permite, portanto, reconhecer a alteridade do "outro".

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

A ética é metafísica, sendo que a sensibilidade (pré-ontológica) anterior a toda inteligibilidade, parte de uma concepção do sujeito que deve reconhecer o *Outro* como exterioridade (pós-ontológica).

A ética material da vida humana concreta, consubstanciada na alteridade do "outro", é a ética em que resguardar aqueles que possam já ter sido infectados pelo vírus da zika, vítimas do descaso com a saúde pública, vítimas da corrupção sistêmica da política brasileira, vítimas do egoísmo capitalista neoliberal, vítimas de uma sociedade que, em vez de fazer sua mea-culpa, prefere eliminar a própria vida.

9. Bibliografia

BARCELLONA, Pietro; HART, Dieter; MÜCKENBERGER, Ulrich. *La formación del jurista* – Capitalismo monopolístico y cultura jurídica. Madrid: Civitas, 1993.

BLACK, E. *A guerra contra os fracos*. Trad. T. Magalhães. São Paulo: A Girafa, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Papel do jurista num mundo em crise de valores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 84, v. 713, p. 277-283, mar. 1995.

CONT, Valdeir Del. Francis Galton: eugenia e hereditariedade. *Scientia Zudia*, São Paulo, v. 6, n. 2.

COROMINAS, Jordi. *Ética primera* – Aportación de X. Zubiri al debate ético contemporáneo. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

COSTA, Márcio Luis. *Lévinas* – Uma introdução. Petrópolis: Vozes, 2000.

COWAN, R. S. Francis Galton's statistical ideas: the influence of eugenics. *Isis*, Chicago, v. 63, n. 4, Dec. 1972.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2000.

DWORKIN, R. *El domínio dela vida*: una discussion acerca del aborto, la euthanasia y a libertad individual. Barcelona: Ariel, 1998.

FARRELL, Martin D. Algunas maneras de entender a la neutralidad. *Doxa* 15-16, 1994. Disponível em: [www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno 15/voll/doxa 15_09.pdf]. Acesso em: 03.08.2005.

FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. A eugenia oferecida como critério para elaboração de políticas públicas: apontamentos críticos a partir do positivismo criminológico desenvolvido no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 150, p. 397-421, dez. 2018.

GLOVER, Jonathan. *Humanidad e inhumanidad* – Una historia moral del siglo XX. Trad. Marco Aurelio Galmarini. 4. ed. Madrid: Cátedra, 2013.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

GONÇALVES, Antonio Batista. *A eugenia de Hitler e o racismo da ciência*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/depeso/26157/a-eugenia-de-hitler-e-o-racismo-da-ciencia]. Acesso em: 21.04.2020.

HABERMAS, Jürgen. *El futuro de la natureza humana* – hacia una liberal? Barcelona: Paidós, 2002.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento* – A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003.

LANG-STANTON, Peter; JACKSON, Steven. *Eugenia*: como movimento para criar seres humanos "melhores" nos EUA influenciou Hitler. Disponível em: [www.bbc.com/portuguese/internacional-39625619]. Acesso em: 21.04.2020.

MACEDO, Ubiratan Borges. A aventura da ética filosófica no século XX. In: CARVALHO, José Maurício de (Org). *Problemas e teorias da ética contemporânea*. Porto Alegre: Coleção Filosófica 170, 2004.

MORELO, Augusto. *El proceso justo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

PAJARDI, Piero. *I provvedimenti d'urgenza atipici nel processo civile*. Milano: Pirola, 1988.

PIETTA, Gerson. *Eugenia*: uma ciência estigmatizada. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/hcsm/v23s1/0104-5970-hcsm-23-s1-0264.pdf]. Acesso em: 21.04.2020.

REALE, Miguel. A ética do juiz na cultura contemporânea. In: NALINI, José Renato (Coord.). *Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: Ed. RT, 1994.

SOLSONA, Gonçal Mayos. Macrofilosofía, las "dos culturas" y la era de la postdisciplinariedad. In: SOLSONA, Gonçal Mayos; CARDOSO, Renato César; HENRIQUE JÚNIOR, Moacir (Coord.). *Interdisciplinaridade e Interconstitucionalidade 2*. Uberlândia: Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados, 2019. posição 370 (*e-book*).

STEPAN, N. L. *The hour of eugenics*: race, gender, and nation in Latin America. Ithaca/London: Cornell University Press, 1991.

ZIMMERMANMM, Roque. *América Latina o não ser*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Aborto, zika e direitos da mulher, de Raquel Lima Scalcon - *RT* 971/47-67 (DTR\2016\23072);
- Da descriminalização do aborto (no primeiro trimestre gestacional e nos casos de microcefalia), de Leonardo Alves de Oliveira – *RT* 976/263-272 (DTR\2017\5); e
- O debate sobre a descriminalização do aborto: aspectos penais e constitucionais, de Anelise Tessaro – *RBCCrim 74/35-85 e Doutrinas Essenciais de Direito Penal 5*/189-229 (DTR\2008\542).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Do caso Ellwanger à criminalização da homofobia: a atividade legislativa do Supremo Tribunal Federal e a violação da reserva absoluta da lei em matéria penal

From Ellwanger case to homophobia's criminalization: the Supreme Federal Court Legislative activity and the absolute law reserve in criminal matters violation

Rui Carlo Dissenha

Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo (2013). Bolsista do Programa PDEE da CAPES junto à Universitá di Bologna (2008-2009). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná em Direito das Relações Sociais (2004). *Masters in Law* em Direito Internacional Público com especialização em Direito Internacional Criminal na Leiden University – Holanda (LLM/PIL International Criminal Law Specialization – Universiteit Leiden – 2006). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1997). *Diplôme Supérieur de l'Université* pela Université Paris II – França (2000). Professor Adjunto da Graduação e Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e do Centro Universitário Internacional (UNINTER). Advogado.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4023717510453385].
ORCID: 0000-0003-3059-5714
ruidissenha@hotmail.com

Camila Saldanha Martins

Mestranda em Direito na área de Poder, Estado e Jurisdição pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER), com bolsa integral concedida pelo Programa de Pós-Graduação (PPGD). Pós-Graduada em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Econômico Europeu (IDPEE) em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2019) – Portugal. Pós-Graduada e Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Brasileira de Direito Aplicado (2015). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) (2014). Professora na Faculdade de Pinhais. Advogada.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/9702316876309401].
ORCID: 0000-0003-2692-962X
camila@bmef.adv.br

Recebido em: 16.03.2019
Aprovado em: 20.07.2020
Última versão dos autores: 29.07.2020

Dissenha, Rui Carlo; Martins, Camila Saldanha. Do caso Ellwanger à criminalização da homofobia: a atividade legislativa do Supremo Tribunal Federal e a violação da reserva absoluta da lei em matéria penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 172. ano 28. p. 383-419. São Paulo: Ed. RT, out. 2020.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

Área do Direito: Penal

Resumo: Com a recente decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, o STF ampliou o tipo de racismo para alcançar, também, discriminações baseadas na orientação sexual e identidade de gênero, decidindo, assim, de forma punitivista, ainda que visando a garantir direitos individuais. As principais questões neste artigo levantadas dizem respeito ao tratamento dado pela Suprema Corte ao princípio da legalidade e seus efeitos, sobretudo no que tange à impossibilidade de analogia da lei penal incriminadora. Discute-se a decisão aproximando-a do precedente criado pelo famoso caso Ellwanger, de 2003, em que a Corte também adotou uma interpretação ampliativa de um tipo penal em um contexto similar. Inicialmente, apresentam-se os argumentos das decisões dos dois casos, escrutinando-lhes as razões e os fundamentos para, em seguida, discutir e comparar os argumentos adotados pela Corte de forma crítica e orientada ao alcance e à validade do princípio da legalidade penal. As conclusões do texto se lançam no sentido de que não é possível comparar diretamente as duas espécies porque, enquanto no caso Ellwanger a ampliação do tipo de racismo se deu por conta de uma interpretação teleológica, na ADO houve ampliação do alcance do tipo para uma figura jamais projetada no seu conteúdo.

Palavras-chave: Legalidade penal – Supremo Tribunal Federal – Caso Ellwanger – Criminalização da homofobia – Racismo.

Abstract: With the recent decision in the *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão* (ADO) 26, the STF extended the scope of racism to include discrimination based on sexual orientation and gender identity, thus deciding in a punitive manner, albeit with the aim of guaranteeing individual rights. The main questions raised in this article concern the STF's treatment of the principle of legality and its effects, particularly regarding the impossibility of analogy in criminal law. The decision is discussed by comparing it to the precedent set by the famous Ellwanger case of 2003, in which the Court also adopted a broader interpretation of the *actus reus* of the crime of racism in a similar context. Initially, the arguments of the decisions are presented, scrutinizing their reasons and grounds, and then discussing and comparing the arguments adopted by the Court in a critical manner, always oriented towards the scope and validity of the *nullum crimen nulla poena sine lege* principle. The conclusions of the article are that it is not possible to directly compare the two decisions because, while in the Ellwanger case, the expansion of the crime of racism was due to a teleological interpretation of the incriminating text, in the case of ADO 26 the STF only extended the scope of the crime to a new species never projected in its content, just in order to carry out, through jurisprudence, symbolic criminal policies in substitution of public policies that effectively guarantee human rights.

Keywords: *Nullum crimen nulla poena sine lege principle* – Supremo Tribunal Federal – Ellwanger case – Homophobia's criminalization – Racism.

Sumário: 1. Introdução. 2. O HC 82.424/RS (caso Ellwanger) e a ADO 26 ("criminalização da homofobia"): dois casos de ampliação do conceito de racismo determinados pelo STF e suas respectivas justificativas. 2.1. O caso Siegfried Ellwanger (HC 82.424/RS). 2.2. A criminalização da homofobia na ADO 26. 3. O princípio da legalidade penal nas duas decisões: diferenças de tratamento? 4. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Dissenha, Rui Carlo; Martins, Camila Saldanha. Do caso Ellwanger à criminalização da homofobia: a atividade legislativa do Supremo Tribunal Federal e a violação da reserva absoluta da lei em matéria penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 172. ano 28. p. 383-419. São Paulo: Ed. RT, out. 2020.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

1. Introdução

O texto constitucional nacional demanda a existência de um Estado Democrático de Direito em dimensões negativa e positiva. No plano negativo, são estabelecidos limites às atividades legiferantes, jurisdicionais e administrativas de forma a não contrariarem os preceitos constitucionais[1]. Sob o aspecto positivo, as normas constitucionais agem estimulando condutas de todos os âmbitos dos poderes em favor da concretização dos princípios contidos na Constituição Federal de 1988 (CF/88)[2]. Nesse contexto, é certo que o pressuposto da lei máxima é a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais, por isso conduzido pela separação de poderes e a estrita legalidade da atividade administrativa[3].

Por conta desse imperativo, é elementar que o legislador disponha formalmente toda e qualquer conduta proibida, de forma a que esse processo descritivo por meio de lei seja sempre prévio, escrito, estrito e certo, tudo de forma a dar previsibilidade à atuação estatal com a anterior descrição das condutas proibidas e das possíveis punições[4]. Esse é o princípio da legalidade que funciona como marco da constitucionalização do Direito Penal, dando conta de que o Estado está vinculado, para além do direito posto a um conteúdo jurídico intransponível e irrenunciável[5]: o ordenamento constitucional e a vigência das garantias fundamentais. Assim se materializam as perspectivas constitucionais positiva e negativa no exercício do *jus puniendi*, racionalizando, explicando-o e limitando-o. Fora desse escopo, não pode haver punição por parte do Estado[6].

Essa condição vem determinada em uma combinação necessária dos incisos II ("ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei") e XXXIX ("não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem

1. OLIVEIRA, Denis Augusto. Uma análise do Estado Democrático de Direito sob o prisma da Constituição Federal de 1988. *Revista Ius Gentium*, Curitiba, v. 9, n. 3, set.-dez. 2018. p. 113.
2. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 36.
3. LOURENÇO, Cristina Sílvia. A crise do poder de punir do Estado. *Revista Jurídica (Unicuritiba)*, Curitiba, v. 1, n. 42, 2016. p. 402.
4. LOURENÇO, 2016, p. 405.
5. SCHMIDIT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 373.
6. BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e interpretação do direito penal. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 68, 2014. p. 76.

prévia cominação legal") do artigo 5º da CF/88 e abre o texto do Código Penal nacional ("não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal") e o seu sentido é unívoco, dando conta de que só se constitui crime por meio da criação de lei em sentido formal, ou seja, o provimento normativo emanado do Poder Legislativo, votado e aprovado conforme determina o rito constitucional e posteriormente sujeito à sanção do Poder Executivo[7].

Nominado na experiência nacional de princípio da legalidade, ele acaba tendo quatro consequências fundamentais: a lei penal incriminadora precisa ser prévia (*lex praevia*), escrita (*lex scripta*), certa (*lex certa*) e estrita (*lex stricta*). Respectivamente: primeiro, a lei penal que institui um delito deve ser anterior ao fato que pretende criminalizar (anterioridade da lei penal); depois, precisa seguir o trâmite normativo reservado constitucionalmente à construção de lei ordinária, pois a lei penal que cria crimes só pode ser a lei em *strictu sensu*[8]; além disso, a perspectiva da legalidade impede que expressões vagas ou sem sentido determinado tenham o condão de gerar normas incriminadoras; finalmente, exige-se que, mesmo sendo o sistema penal evidentemente lacunoso, a lei penal deve ser sempre tanto mais estrita quanto possível, não permitindo ilações ou interpretações judiciais *in mallam partem* ao acusado[9]. Como consequência, não se admite o uso de analogia expansiva da lei penal incriminadora[10]. Desses quatro axiomas decorrentes da legalidade, apenas a taxatividade da lei penal não admite a exceção em favor do acusado.

Assim, não basta um juízo de valor realizado sobre a necessidade de proteção de determinado bem jurídico, que configura a perspectiva material da proteção penal. É preciso que essa valoração esteja de acordo com a previsão constitucional do princípio da reserva penal, dando uma perspectiva formal à pretensão de criminalização de uma conduta. Isso é tido pelo sistema penal brasileiro como a consequência de um sistema profundo de garantias que contabilizam a necessidade de criminalização de condutas para que se permita um eficiente convívio social e a previsibilidade que se espera do Estado, configurada numa forma apta

7. ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. O ativismo judicial da "república togada" e o princípio da legalidade na "democracia parlamentar". *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, n. 27, jul.-dec. 2015. p. 179.
8. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral. Curitiba: Empório do Direito, 2017. p. 38.
9. ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1. p. 22.
10. Idem.

Uso Exclusivo RBCCrim

à garantia do indivíduo. Em um Direito Penal moderno e humanizado, como historicamente pretendeu ser o sistema penal normativo nacional, a legalidade e seus efeitos sempre foram tidos como um imperativo categórico inafastável.

É com base nessa assunção que se pretende, no presente artigo, discutir a posição do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação de Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, do ano de 2019, na qual a Corte, além de reconhecer a omissão do Poder Legislativo no que tocava à obrigação de criação de lei penal incriminadora das condutas homofóbicas, entendeu pertinente, jurisprudencialmente, equiparar a conduta homofóbica ao crime de racismo, aumentando, por consequência, a extensão do dispositivo legal presente no artigo 1º da Lei 7.716/1989.

Como referida discussão já se deu quando do julgamento do Habeas Corpus (HC) 82.424, julgado em 2003 e conhecido como o caso Ellwanger – que, inclusive, foi referido como precedente no corpo da própria ADO 26 –, a proposta do presente texto é aproximar as duas experiências da Suprema Corte para que se verifique se o movimento atual se deu no mesmo sentido e, assim, seguiu um precedente estável de proteção de grupos por meio da interpretação da lei penal, ou se o Supremo Tribunal Federal inovou adotando um padrão de diferente ampliação do tipo de racismo.

Assim, a análise do tratamento dispensado pelo STF à legalidade penal nas duas decisões é o ponto central do presente estudo que é feito pela recuperação dos argumentos dispensados pela Corte no caso Ellwanger e pela sua aproximação à *ratio decidendi* desenvolvida, agora, com a questão da homofobia.

Afinal, se não restam dúvidas de que nos dois casos houve, de certa forma, uma interpretação ampliativa do tipo penal de racismo, convém perguntar se a Corte Suprema brasileira não teria decidido de forma a violar o arcabouço constitucional ao entender possível criminalizar condutas por meio de decisão judicial sem substrato normativo claro, ainda que em situações excepcionalíssimas como aquelas dos casos comparados. A hipótese que se aventa é a de que a pretensão de criminalização da homofobia adotada pelo STF não se enquadra no mesmo *mainframe* interpretativo do caso Ellwanger e que, de fato, a recente posição do STF seria violadora da legalidade. Como fiel de comparação, serve-se da experiência da justiça penal internacional contemporânea, que já se viu também às voltas com a necessidade de ampliação da proteção penal de grupos específicos, sobretudo diante das figuras de *perseguição*. Essa verificação é importante justamente porque oferece uma análise da garantia de direitos humanos por meio do poder punitivo feita em casos extremos, quando são necessários exercícios de sopesamento em *hard cases*.

Dissenha, Rui Carlo; Martins, Camila Saldanha. Do caso Ellwanger à criminalização da homofobia: a atividade legislativa do Supremo Tribunal Federal e a violação da reserva absoluta da lei em matéria penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 172. ano 28. p. 383-419. São Paulo: Ed. RT, out. 2020.

USO EXCLUSIVO DO EDITOR

Uso Exclusivo do IBCCRIM

Impera esclarecer de início, entretanto, que não se descura do reconhecimento da absoluta necessidade da proteção da população LGBT contra a violência que grassa na sociedade brasileira. Não se ignoram os absurdos índices de assassinatos, violências físicas, verbais ou morais que têm como vítima essa parte da população nacional, nem se deixa de reconhecer a imperativa necessidade, urgente, de que o poder público tome medidas de garantia da população LGBT de forma ampla e profunda. Entretanto, tampouco se pode ignorar que o aumento do poder punitivo feito jurisprudencialmente tem consequências perigosas para o Estado Democrático de Direito, ainda que justificado pela proteção de direitos humanos. Isso porque esse é um perigoso instrumento que se concretiza pela grave violência do sistema jurídico materializada na pena[11]. Dada a sua seletividade, a ampliação da repressão penal, ainda que conduzida para fins apontados como constitucionais, sempre atingirá as parcelas menos favorecidas da população e produzirá um efeito apenas simbólico com o especial agravante de permitir que o Estado não assuma sua obrigação constitucional de adotar políticas públicas efetivamente protetivas da comunidade LGBT.

Além disso, em um período de séria crise política e de representatividade, caracterizada pelo crescimento considerável da descrença na democracia[12], preocupa que o Poder Judiciário assuma uma postura central[13] na ampliação da repressão penal em detrimento dos Poderes Executivo e Legislativo. Nesse contexto, especial importância se deve guardar ao princípio da legalidade, que tende a servir de anteparo ao arbítrio dos juízes e à potencialização das garantias constitucionais do indivíduo.

O artigo se inicia apresentando os dois casos que se pretende comparar, bem como as racionalizações jurídicas que os fundamentaram: o HC 82.424/RS (Caso Ellwanger[14]) e, em seguida, a ADO 26 ("criminalização da homofo-

11. BRANDÃO, 2014, p. 79.

12. BAQUERO, Marcello; RANICHESKI, Sonia; CASTRO, Henrique Carlos de O. A formação política do Brasil e o processo de democracia inercial. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 12, n. 1, jan.-abr. 2018. p. 96.

13. Para referir-se ao cenário em que o Supremo Tribunal Federal figuraria nessa postura popular da realidade política do Brasil, Argulhes e Ribeiro fazem uso do termo "Supremocracia". In: ARGUELHES, Diego Weneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal Federal e o processo democrático brasileiro. *Revista Novos Estudos: Dossiê STF em discussão,* São Paulo, v. 37, jun.-abr. 2018. p. 13.

14. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.424-2/RS. Tribunal Pleno. Relator originário: Ministro Moreira Alves. Relator para acórdão: Ministro Maurício Corrêa. J. 17.09.2003. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&doc

bia[15]"). Em seguida, o texto passa a comparar os raciocínios adotados e contextualizar os argumentos para verificar-lhes a consistência, especialmente tomando exercícios penais internacionais como parâmetro. Finalmente, o texto passa a tecer considerações críticas ao mais recente *decisum* para apontar as razões pelas quais se entende que a Corte Suprema andou mal na sua pretensão de fazer o bem.

2. O HC 82.424/RS (caso Ellwanger) e a ADO 26 ("criminalização da homofobia"): dois casos de ampliação do conceito de racismo determinados pelo STF e suas respectivas justificativas

Primeiramente, importa esclarecer que este artigo não pretende trazer um conceito de raça para analisar se as decisões analisadas o atendem ou não. O uso do preceito em questão é importante apenas no que toca aos elementos normativos do tipo penal, ou seja, sua valoração aplicada nos diferentes acórdãos. Por isso, optou-se por não trazer uma concepção doutrinária sobre o tema.

Feito esse *disclaimer*, é de se notar que, conquanto aparentemente distantes, os dois casos que se pretende analisar possuem muito em comum. Nas duas situações, o STF aplicou analogicamente uma norma penal incriminadora ao equiparar as condutas – antissemitistas e homofóbicas – ao tipo penal de racismo, constitucionalmente preconizado como um crime imprescritível, inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

Enquanto no primeiro caso será possível observar alguma lógica na atitude jurisdicional diante da qualificação dos judeus pelo nazismo como raça inferior, o julgamento de 2019 se destaca pela sensação de que estaria o STF reagindo à vontade popular traduzida em um sentimento de "busca pela justiça". Embora sabido que a ADO não serve para imposição de lei pelo Judiciário, mas, sim, tão somente para o reconhecimento de uma omissão legislativa, a Corte Suprema se lastreou em uma suposta interpretação conforme para criminalizar uma conduta não disposta pelo Poder competente: o Legislativo. Daí que, nesse caso, o trato com a legalidade se configurou de forma mais violenta.

ID=79052]. Acesso em: 24.08.2019. Nas notas a seguir, o acórdão será referido apenas como "HC 82.424/RS".

15. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADO 26. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. J. 13.06.2019. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053]. Acesso em: 26.08.2019. Nas notas a seguir, o acórdão será referido apenas como "ADO 26".

Uso exclusivo do IBCCRIM

Uso exclusivo RBCCrim

2.1. O caso Siegfried Ellwanger (HC 82.424/RS)

No Habeas Corpus (HC) levado ao Supremo Tribunal Federal (STF) sob o número 84.242/RS, discutia-se a possibilidade de reconhecimento da prescrição da condenação de Siegfried Ellwanger pela prática do crime de racismo (art. 20 da Lei 7.716/89). O paciente era editor e autor de livros em que se defendiam ideias antissemitas e, depois de absolvido em primeira instância, foi condenado pelo Tribunal Estadual do Rio Grande do Sul pela prática do crime de racismo à pena de dois anos de reclusão, aplicado o *sursis* por quatro anos, condicional ao exercício de serviços comunitários por um ano. Dessa decisão recorreu ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), no HC 15.155-RS, pleiteando o reconhecimento da prescrição, defendendo que não havia cometido o crime de racismo, mas de "incitamento contra o judaísmo" e, portanto, não se tratava de crime imprescritível (já que o art. 5º, XLII, da CF se refere apenas ao racismo), devendo ser reconhecida a extinção da punibilidade pelo decurso do tempo. O STJ denegou a medida entendendo presente o crime de racismo e sendo, portanto, imprescritível a pretensão punitiva. Essa foi a decisão que foi levada ao STF e que deu ensejo ao debate.

O movimento nacional em torno do caso foi sonoro. Diversos juristas se posicionaram sobre o tema, inclusive no processo[16], e a discussão sobre antissemitismo, racismo, direitos humanos e sua proteção internacional serviu certamente ao desenvolvimento da questão. De qualquer forma, a despeito das muitas questões ético-morais, históricas e sociológicas envolvidas no contexto do caso, do ponto de vista jurídico o debate envolvia duas questões centrais que precisavam ser resolvidas pelos ministros. A primeira delas tratava da óbvia argumentação sobre a liberdade de expressão, ou seja, se as manifestações antissemitas seriam protegidas pelo direito constitucional de manifestação de credo e pensamento.

O segundo ponto, e que interessa diretamente ao presente estudo, referia-se à dúvida sobre se manifestações antissemitas se configurariam condutas tipificáveis como racismo. Afinal, o tipo de racismo, à época dos fatos que teriam ensejado a condenação, tinha uma abrangência certamente menor do que a que ganharia posteriormente. Na origem, o crime se referia aos "crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor" (na forma da Lei 7.716/1989), tendo sido ampliado, depois, para uma descrição típica maior (na forma determinada pela Lei 8.081/1990), referente ao ato de "praticar, induzir ou incitar, pelos meios

16. Houve pareceres dos Professores Celso Lafer e Miguel Reale Júnior no feito, expressamente referidos pelos ministros nos seus votos.

de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional[17]". O tipo se ampliaria ainda mais e chegaria à forma vigente atualmente a partir da Lei 9.459/1997, que criminaliza a condita de "praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional", mas não era aplicável àquele caso por conta da anterioridade da lei penal.

A questão nesse ponto era efetivamente delicada, pois o discurso que vinha ao STF por parte da defesa era o de que o grupo humano judeu não seria uma raça e, por conseguinte, não equivaleria ao conceito de raça como tipificado à época, orientado que seria à noção de cor e na raça negra. Na medida em que a legislação penal é de interpretação restritiva, esse conceito não poderia extrapolar a noção de raça negra para abarcar o grupo judeu e, por conseguinte, o discurso de "incitamento ao judaísmo" não seria classificável como racismo, crime constitucionalmente imprescritível. Nesse contexto, pela pena em concreto aplicada ao paciente, o crime estaria prescrito.

Como é notório, o HC foi denegado por maioria, não sem uma série de longas sessões de debates entre os ministros e vários votos divergentes. A leitura dos votos dá conta de uma pluralidade de elementos em que se evidencia uma parca definição exata de condutas puníveis praticadas pelo agente (a começar pela longa lista de livros editados ou publicados pelo paciente em que se apontava a prática do crime[18]), o que provavelmente perdeu espaço justamente pela forma pela qual a argumentação chegou à Corte[19]: o paciente não negava propriamente a discriminação, apenas apontava que o que fizera não seria preconceito de raça e se constituía liberdade de expressão.

---

17. A atual configuração do mesmo tipo é mais abrangente e criminaliza a seguinte conduta, com pena ainda maior: "Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional". Impera lembrar que referido tipo foi alterado várias vezes: em 1994 (Lei 8.882/1994) e, depois, em 1997 (Lei 9.459/1997).

18. Livros objeto da demanda de autoria do próprio acusado: *Holocausto Judeu ou alemão? Nos bastidores da mentida do Século*, *Acabou o gás: o fim do mito*, *S.O.S para Alemanha*, *Catolicismo traído: a verdade sobre diálogo católico-judaico*, *Inocentes de Nuremberg*. Além disso, havia os livros que a editora do acusado publicou: *Judeu internacional*, *A história secreta do Brasil*, *Brasil colônia de banqueiros*, *Os protocolos dos sábios de Sião*, *Os conquistadores do mundo*. Todos foram publicados pela editora Revisão, de propriedade de Ellwanger na época dos fatos.

19. DAVID, Décio Franco; BONATO, Gilson. Negacionismo histórico e caso Ellwanger – Efetividade ou simbolismo da norma penal? *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 1, n. 46, 2017. p. 427.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

O julgamento da questão se iniciou com votos pela concessão da ordem por parte dos Ministros Moreira Alves e Marco Aurélio. O primeiro entendeu pertinente uma interpretação restritiva do conceito de racismo tanto porque não admitia a imprescritibilidade de um crime, qualquer que fosse, quanto porque a noção de racismo precisava ser entendida de forma restritiva, desenhada para a discriminação quanto à raça negra[20]. O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, seguiu os mesmos argumentos, reiterando o risco de que se admitir um tipo penal exageradamente aberto e imprescritível no sistema brasileiro[21].

Fora a posição absolutamente divergente do Ministro Ayres Brito, que entendeu que o paciente não cometera crime algum, dada a atipicidade de sua conduta, e, portanto, deveria ser absolvido (concedendo o HC *ex officio*) todos os demais juízes, entretanto, divergiram dessas duas posições. Segundo a maioria, o HC deveria ser rejeitado porque a expressão "raça" não se esgotaria em um perfil meramente biotípico ou relacionado à cor e poderia abranger qualquer grupo social composto de seres humanos. Segundo se defendeu no julgamento, se não há raças diferentes entre humanos – há apenas uma raça humana – entender restritivamente o conceito de raça como focado apenas no grupo negro seria esvaziar completamente o tipo de racismo, pois, por óbvio, negros não seriam de uma raça diferente da raça branca, amarela, indígena etc.

Fato que não ensejou dúvidas foi a noção de que judeus não compõem uma "raça" à parte. De fato, todos os Ministros parecem ter concordado com essa indisputada assertiva – inclusive com argumentos científicos baseados no sequenciamento genético que, à época, indicava como inexistentes diferenças "raciais" entre humanos. O problema se dava em outra medida, especialmente em como tratar a aplicação do tipo ao caso.

A posição majoritária, aberta pelo voto do Ministro Maurício Corrêa, deixou clara a noção de que não há raças entre humanos, sendo que tal conceito decorre de uma interpretação político-social de caracteres mais ou menos orientados segundo critérios geográficos. Em outras palavras, a noção de "raças humanas" é um construído político, não natural.

Nesse contexto, a interpretação dada ao dispositivo que criminalizava o racismo não poderia ser aquele de manifestação contra um grupo de "raças" que seria inexistente, na medida em que se configuraria em uma construção pseudocientífica[22]

20. HC 82.424/RS. Voto do Ministro Moreira Alves.

21. HC 82.424/RS. Voto do Ministro Marco Aurélio.

22. HC 82.424/RS. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 3 (Acórdão. p. 639).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

e, por isso, por "racismo" se deve incluir qualquer espécie de ato preconceituoso. O que pretendia a Constituição Federal realizar por meio dos seus ditames e, consequentemente, pela legislação criminalizadora que lhe seguia, era evitar a "valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante[23]". Por isso, a crença de que o antissemitismo seria uma forma de racismo.

Para além disso, no plano internacional, aliás, haveria uma infinidade de tratados internacionais que compeliriam o Brasil à criminalização de tais condutas racistas, tais como a Convenção de Genocídio (1948), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto de São José da Costa Rica (1969), a Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (1978), a Declaração de Durban e o Plano de Ação resultantes da III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, à Discriminação Racial, à Xenofobia e à Intolerância Correlata (2001), além de outros documentos internacionais. Nesses documentos, ficaria claro que o conteúdo da discriminação racial é muito mais amplo do que aquela visão minimalista que era defendida pelo Paciente, segundo a qual a noção de raça se referia apenas aos negros e seus descendentes.

Finalmente, em exercício comparado, outros países adotaram posicionamentos também nesse sentido, deixando claro que o antissemitismo é uma forma de racismo. Tanto em instrumentos normativos (França, Espanha, Portugal, a título de exemplo) quanto na jurisprudência (americana e inglesa, expressamente mencionadas) fica clara a definição ampla de racismo que jamais é reduzida a uma discriminação contra esta ou aquela "raça".

Para além disso, as discussões – que não são o foco deste trabalho – sobre a liberdade de expressão também foram feitas naquele caso e, apenas a título de esclarecimento, seguiram o óbvio: a liberdade de expressão como adotada no Brasil, por força do texto constitucional, não é aquela de gigantesca amplitude do *free market of ideas*. Os limites são da vedação do discutir discriminatório, especialmente no que tange à questão racial, de forma que "a previsão da liberdade de expressão não assegura o 'direito à incitação ao racismo', até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra[24]".

23. HC 82.424/RS. Voto do Ministro Maurício Corrêa. p. 13 (Acórdão. p. 567).

24. HC 82.424/RS. Voto do Ministro. p. 30. Sobre o tema, importante verificar a recente decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre o discurso negacionista não

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

A consequência da posição majoritária, assim, é de que não seria possível deixar de amparar os judeus no texto constitucional, que os protege de racismo, e no texto legal, como consequência óbvia[25]. Logo, a definição de racismo precisa ser pragmática e, assim, discriminação contra judeus é de ser considerada crime imprescritível.

As posições vencidas, por outro lado, nunca pretenderam negar diretamente essa necessidade de interpretação ampliativa da noção de racismo. Se o fizeram, foi indiretamente, pois, para o Ministro Moreira Alves, a interpretação deveria ser restritiva pelo imperativo de um direito penal minimalista e para que se evitassem os efeitos nefastos da imprescritibilidade; para o Ministro Marco Aurélio, a discussão deveria seguir mais afeta à discussão da liberdade de expressão e, portanto, dirigida eminentemente em outra direção.

O Ministro Moreira Alves entendeu pertinente conceder o *habeas corpus* e, para isso, buscou na justificação do dispositivo que tratava do racismo (e as referências diretas feitas à escravatura, aos negros e seus descendentes) a vinculação do tema à lógica da raça negra[26]. O Recurso à definição de "raça" de Abbagnano[27] deixa claro que o Ministro não ignorava a complexidade da questão e que bem sabia se tratar o conceito de um "expediente classificatório", portanto, de ordem não natural. A despeito das críticas que lhe foram opostas pelo mérito do voto[28], a sua posição não é descontextualizada de um critério interpretativo defensável: a redução do contexto da noção de raça não vem de graça, sendo ela uma proposta ativa restritiva em nome do princípio da legalidade. Para o Ministro, aliás, as próprias evoluções determinadas pela ciência, que reconhecem a inexistência do conceito de raça, são dos anos 2000, quando a denúncia que orienta o processo é de 1991, quando não havia noção científica de genoma – o que, aliás, sequer poderia ter sido considerado assim pela Constituição, que é de 1988.

O voto do Ministro ainda segue uma linha minimalista do poder punitivo, abominadora da imprescritibilidade: a qualquer raciocínio, a imprescritibilidade é uma aberração jurídica e criaria consequências absolutamente descabidas no

---

estar protegido pela liberdade de expressão. Ver: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of Pastörs *v.* Germany. Application 55225/14. J. 03.10.2019.

25. HC 82.424/RS. Voto do Ministro Nelson Jobim. p. 43 (Acórdão. p. 739).
26. HC 82.424/RS. Voto do Ministro Moreira Alves. p. 10-12 (Acórdão. p. 536-538).
27. HC 82.424/RS. Voto do Ministro Moreira Alves. p. 14 (Acórdão. p. 540).
28. LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos*: Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

sistema penal brasileiro[29], com o que não se pode discordar. Aliás, nenhum dos tratados internacionais que orientariam a interpretação no caso falam de imprescritibilidade e, se isso é verdade, e se crimes muito mais graves do que o que teria sido cometido pelo Paciente são prescritíveis, é necessário, na posição do Ministro, emprestar uma interpretação restritiva ao conceito de racismo. Foi essa forma de pensar que orientou o voto, e não questões de *raça*. O posicionamento, não se descura, é justíssimo e segue a lógica de um Direito Penal mínimo.

Mais do que isso, o voto do Ministro toca em um ponto delicado que, entretanto, não fazia parte das discussões: a edição de um livro poderia ser proibida por terminar caracterizando, como no caso, crime de racismo (imprescritível)? Seria o risco de se criar um *index* de livros proibidos, o que remonta, certamente, a períodos muito funestos da história da humanidade[30]. É nessa esteira que o segundo voto dissidente se fundamenta com mais vigor.

O voto do Ministro Marco Aurélio se fundou, substancialmente, na noção da liberdade de expressão e na sua importância no Estado Democrático de Direito e para a garantia do indivíduo[31]. Para ele, não parecia adequado restringir a liberdade de expressão com base na "simples alegação e que a opinião manifestada seja discriminatória, abusiva, radical, absurda, sem que haja elementos concretos a demonstrarem a existência de motivos suficientes para a limitação propugnada[32]". E, no caso, isso não havia, pois o Ministro não teria encontrado, na obra, manifestações de indução ao preconceito. A ideia do paciente poderia ser inadequada e causar repúdio a alguns, mas a defesa de uma ideologia não é crime e não poderia ser apenada[33]. Mesmo porque não haveria traços claros de antissemitismo generalizado no Brasil (como há no caso de preconceito contra negros, índios e nordestinos, por exemplo) e, como o livro é um meio que não incita diretamente um preconceito (mas apenas aquele que o lê), a predisposição do leitor para com o conteúdo é necessária para que o tema do livro possa despertar algum tipo de violência. Ademais, a restrição à liberdade de expressão, no caso, não passaria no teste da proporcionalidade e o argumento da rejeição da imprescritibilidade,

29. HC 82.424/RS. Voto do Ministro Moreira Alves. p. 4 (Acórdão. p. 597).
30. HC 82.424/RS. Voto do Ministro Moreira Alves em revisão. p. 14-15 (Acórdão. p. 607-608).
31. HC 82.424/RS. Voto do Ministro Marco Aurélio. p. 25 e seguintes, especialmente (Acórdão. p. 882 e seguintes).
32. HC 82.424/RS. Voto do Ministro Marco Aurélio. p. 28 (Acórdão. p. 884).
33. HC 82.424/RS. Voto do Ministro Marco Aurélio. p. 31-32 (Acórdão. p. 888-888).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

ressoando o voto do Relator original, implicava um tratamento excepcional ao crime de racismo.

A posição fora da curva ficou a encargo do Ministro Ayres Britto, que não reconheceu crime por parte do paciente e, assim, concedeu-lhe o *habeas corpus* de ofício. A despeito das críticas que possam ser lançadas ao mérito do *decisum*, é certo que o voto apresentado é denso e complexo, e certamente não retórico.

Ao ver do Ministro dissidente, havia riscos de violação da legalidade, inclusive, dada a falta de certeza se a conduta do paciente teria sido praticada sob a égide da lei que se lhe aplicava, devendo, assim, valer o *in dubio pro reo*[34]. Mas o maior espaço da decisão é reservado à discussão da liberdade de expressão: o Ministro reconhece que a obra individual do Paciente é uma obra de pretensão histórica, ainda que de péssima qualidade "muito pouco atraente, literariamente, e em parte quixotesca. E obra de quem professa uma ideologia. Ainda que pouco verossímil[35]". Em suma, o livro editado pelo Paciente caracteriza exercício da "liberdade de expressão para cimentar uma convicção política. Ou uma convicção político-ideológica, de especial proteção constitucional[36]".

Por isso, Ayres Britto absolveu o paciente: não houve crime de racismo da sua parte (ainda que não pelo argumento de que judeus não são raça, mas pelo argumento de que o que foi dito/publicado não se caracterizava como racismo). Entretanto, apesar dessa posição e dos demais votos divergentes, vingou a maioria, no sentido de que se deveria negar o HC e manter-se a condenação do paciente.

2.2. A criminalização da homofobia na ADO 26

Embora o objeto do trabalho seja a discussão quanto aos critérios utilizados pela Suprema Corte para a criminalização das condutas homofóbicas, é importante esclarecer que não se pretende, aqui, discutir a conveniência dessa postura, mas apenas tratar da adequação da atuação do STF nesse sentido quando da decisão determinada no julgamento da ADO 26[37].

34. HC 82.424/RS. Voto do Ministro Ayres Britto. p. 15 (Acórdão. p. 795).
35. HC 82.424/RS. Voto do Ministro Ayres Britto. p. 65 (Acórdão. p. 845).
36. HC 82.424/RS. Voto do Ministro Ayres Britto. p. 68 (Acórdão. p. 848).
37. Sobre a questão, e por todos, leia-se: CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. In: DE MEDEIROS, Fernanda Luíza Fontoura; SCHWARTZ, Germano (Org.). *O direito da sociedade*. Canoas: Unilassalle, 2014. p. 257-281.

Desde o ano de 2013, vinha tramitando no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, proposta pelo Partido Popular Socialista, que pretendia a declaração de inconstitucionalidade por omissão da inércia do Congresso em proteger penalmente a comunidade LGBT, permitindo que estivessem sujeitos a exposições e graves ofensas perpetradas contra seus direitos constitucionais.

Segundo a parte autora, o Congresso Nacional, ao deixar de legislar para criar um tipo penal específico que puna condutas decorrentes de homofobia, estaria descumprindo seu dever constitucional de proteção da dignidade da pessoa humana, além do mandado fundamental de criminalização de condutas que ofendam direitos garantidos pela Constituição Federal. Sustentam, dessa forma, que a tutela penal fora realizada de maneira incompleta, vulnerabilizando, por omissão, o que estabelece a Lei Fundamental[38].

Nesse sentido, o caráter lesivo da omissão seria facilmente constatado, posto que causada indevida frustração à legítima pretensão da comunidade LGBT à proteção pelo Estado diante dos atos e comportamentos discriminatórios que atentam, gravemente, contra sua dignidade. Além disso, haveria injustos gravames de ordem pessoal, social, profissional e moral que incidem sobre seus direitos básicos, constituindo arbitrário impedimento ao pleno exercício da liberdade de projetar sua própria vida e de aspirar à busca pela felicidade, em conformidade com sua orientação sexual ou identidade de gênero. Por isso, seria necessário o reconhecimento, pela Suprema Corte brasileira, de situação de omissão inconstitucional imputável ao Poder Legislativo, com consequente determinação de que adote as medidas necessárias à concretização das normas constitucionais[39].

Sendo certa a inércia do Congresso Nacional, a parte autora ainda requereu que fosse dada interpretação conforme[40] pela Corte, equiparando as práticas

38. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADO 26. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Petição inicial. J. 13.06.2019. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053] Acesso em: 27.09.2019.

39. Idem.

40. Segundo constante no pedido, foi requerida a colmatação jurisdicional da lacuna normativa existente, conferindo-se interpretação conforme às disposições normativas previstas na Lei 7.716/89, em ordem a explicitar, em harmonia com o que dispõe a Constituição (CF, art. 5º, XLI e XLII), que os atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou gênero dos integrantes da comunidade LGBT acham-se compreendidos na definição ampla de racismo.

Uso Exclusivo do IBCCRIM

homofóbicas ao crime de racismo, porque tais conceitos não estariam adstritos à razão de cor, etnia, religião ou procedência nacional, como já entendido outrora pelo Supremo Tribunal Federal. O pedido, basicamente, lastreou-se no precedente do supracitado Habeas Corpus 82.424/RS, que adotou atitude semelhante quando do julgamento do *writ* impetrado por Siegfried Ellwanger. De forma subsidiária, ainda foi requerido que o Supremo Tribunal Federal inovasse na ordem positiva, tipificando, por meio de decisão judicial, as condutas atentatórias aos direitos e às garantias fundamentais da comunidade LGBT, fixando a respectiva punição e superando-se, em caráter excepcional, o princípio da estrita legalidade.

Apesar de essa demanda estar em trâmite desde o ano de 2013, foi apenas a partir de fevereiro de 2019 que a população e a mídia voltaram os olhos para o caso. Nessa data, o relator da Ação, Ministro Celso de Mello, foi responsável pelo voto condutor da tese de equiparação das condutas, que se sagrou vencedora no dia 13 de junho de 2019. Segundo o voto proferido, uma das funções precípuas do Supremo Tribunal Federal é a proteção de direitos das minorias, de modo que também deveria proteger a comunidade LGBT, a partir de interpretação conforme à Constituição. De acordo com o Ministro, ao dar procedência à ação para fixar o entendimento temporário de comparar a homofobia ao delito de racismo até que o Congresso Nacional legisle sobre o tema, não estaria a Corte ofendendo o princípio da legalidade penal, tampouco violando a separação de poderes por meio de invasão de competências. Isso porque a referida atuação estaria englobada na função contramajoritária típica do exercício do Poder Judiciário, trazida pela própria Carta Constitucional brasileira e pela Reforma do Judiciário introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004[41].

Conforme requerido pela parte autora, o relator reconheceu a omissão seletiva do legislador e a ilicitude afrontosa ao texto da Constituição da República Federativa do Brasil, uma vez que o texto prevê a ordenação positiva de criminalização de condutas que atentem contra direitos fundamentais. Por isso, caberia ao Supremo Tribunal Federal tornar efetiva tal garantia, não podendo tolerar que omissões inconstitucionais dos Poderes do Estado sejam praticadas.

O precedente do Habeas Corpus 82.424/RS foi utilizado na fixação do entendimento, comparando a violência contra membros da comunidade LGBT à banalidade do mal, conceito elaborado por Hannah Arendt. Dessa forma, como na necessária proteção conferida ao "povo judeu" no caso Ellwanger, seria necessário estender o resguardo constitucional às garantias fundamentais da

41. ADO 26. p. 9.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

"comunidade LGBT", com a intenção de prevenir e reprimir comportamentos que objetivem excluir e marginalizar esse determinado grupo, não necessariamente por sua configuração étnica, mas sim por um conjunto de ideais, valores e condutas que se revelam comuns. A noção de racismo, por pressuposto, não se resumiria a um conceito de ordem estritamente antropológico e biológico, projetando-se, ao contrário, como uma dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo situações de injusta agressão resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero[42]. A prática de racismo, portanto, exclui a construção artificial e equivocada de raça, traduzindo-se no dogma da desigualdade entre os seres humanos, resultante da exploração do preconceito e da ignorância, significando, em verdade, a injusta denegação da essencial dignidade e do respeito mútuo que orienta as relações humanas.

Sendo essas as razões do voto relator, nesse mesmo sentido entenderam outros sete Ministros da Corte: Edson Fachin, Luiz Fux, Carmem Lúcia, Rosa Weber, Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Luiz Roberto Barroso. No entanto, o Ministro Ricardo Lewandowski foi o responsável pela abertura da divergência no debate, acompanhado integralmente pelos votos dos Ministros Marco Aurélio e do Presidente da Corte, Dias Toffoli. Em seu voto, Lewandowski se pautou na necessidade de limitação da atuação do Judiciário, sob pena de violação de poderes e ofensa às regras democráticas. Salientou o Ministro que, ainda que caiba ao STF a legítima função contramajoritária, não poderia ele invadir a competência do Poder Legislativo, o que estaria fazendo ao equiparar tais condutas. Estaria configurada, assim, clara ofensa às próprias garantias constitucionais do princípio da estrita legalidade, o qual determina "que não há crime sem lei anterior que o preveja". Ainda segundo o voto, a definição típica das condutas delituosas está subordinada ao postulado constitucional da reserva absoluta da lei penal formal, o que inviabiliza qualquer pleito cujo acolhimento implique a desconsideração dessa garantia fundamental[43]. Exclui-se, assim, a possibilidade de utilização de provimento jurisdicional como sucedâneo legal.

Com a vitória por oito votos a três pelo reconhecimento da Inconstitucionalidade por Omissão pretendida na Petição Inicial, venceu também a tese que pretendia equiparar as condutas com base no controle de constitucionalidade conferido pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal, bem como sua postura contramajoritária necessária para a manutenção da democracia e do Estado

42. ADO 26. p. 14.

43. ADO 26. p. 15.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Democrático de Direito. Assim, restou definido pela Corte que a interpretação analógica seria dada de forma provisória, até que o Congresso Nacional legislasse definitivamente sobre o tema.

Sendo essa a posição já vigente na Corte, resta analisar a decisão em comparação com aquela tomada no caso Ellwanger, em 2003, a fim de concluir se o que houve, *in casu*, foi uma recuperação do precedente anterior ou se a fundamentação utilizada não passou de uma escusa retórica, capaz de causar a ampliação indevida da interpretação penal pelo Judiciário, ofendendo os limites do princípio da estrita legalidade, previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Carta Magna brasileira.

3. O princípio da legalidade penal nas duas decisões: diferenças de tratamento?

Há, certamente, muito em comum entre as duas decisões. Pode-se dizer, a princípio, que nos dois casos o STF precisou discutir questões inerentes à dignidade da pessoa humana extremamente sensíveis para o texto constitucional de 1988. Além disso, os dois casos se referem ao uso do poder punitivo como instrumento de construção de políticas públicas defensivas de certos interesses constitucionalmente elencados. Em geral, da análise das decisões tratadas anteriormente, salta aos olhos que, em suma, o STF defendeu a tese segundo a qual será considerado racismo qualquer inferiorização desumanizante de um grupo social relativamente a outro, em um sistema de relações de poder em que o grupo dominante oprime o grupo dominado, em opressão estrutural, sistemática, institucional e também histórica, geradora da qualificação artificial e ideológica. Mas, mais importante para a presente discussão, em comum nas duas decisões houve também, certamente, uma interpretação ampliativa do texto legal penal, sempre justificada pela necessidade de proteção de grupos específicos contra a barbárie. E, em tema tão complexo, importa lembrar que nas duas decisões houve debates acirrados com a Corte permanecendo dividida.

Aqui, entretanto, interessa mais o que diferencia as duas decisões. E, embora a um primeiro mirar de olhos essas divergências não pareçam tão contundentes, elas são centrais quando vislumbradas a partir da lógica penal. Afinal, nos dois casos (embora com menos vigor no primeiro), empresta-se um novo papel ao Judiciário, que modifica sua condição de tradicional agente da criminalização secundária a um novo papel ativo de realizador de criminalização primária[44].

44. Sobre as noções de criminalização primária e secundária, ver ZAFFARONI, 2011, p. 43 e seguintes.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Inicialmente, ressalta-se um importante avanço determinado pelo STF que diferencia os dois episódios, pois, se no tratamento do caso Ellwanger a Corte se manteve adstrita ao espaço da medida que lhe era submetida, é possível reconhecer que na criminalização da homofobia a Corte usou a Ação Declaratória de Omissão no sentido de avançar em suas competências, ainda que atendendo a um dos pedidos.

O instrumento usado no caso Ellwanger certamente não foi corrompido: no espaço do HC, cabia ao Judiciário fazer o que fez, dando a interpretação adequada ao texto da lei em jogo – mesmo porque foi exatamente a questão que veio à baila por parte do próprio paciente que impetrou a medida. O que o paciente pedia no remédio heroico era o reconhecimento da prescrição, consequência necessária de uma interpretação restritiva do conceito de "racismo". Ao interpretar o vocábulo segundo um contexto mais amplo – sob uma justificativa jus humanista – o STF negou a segurança pretendida.

Menor unanimidade, entretanto, existiu no caso da ADO 26. Conforme se sabe, a ADO tem por escopo sanar omissões inconstitucionais, pelas quais se dá a inobservância de um dever constitucional de legislar decorrente de comandos explícitos da Lei Magna, além de decisões fundamentais da Constituição derivadas do processo interpretativo[45]. Nesse sentido, a inconstitucionalidade por omissão é a inconstitucionalidade negativa, que resulta da abstenção, da inércia ou do silêncio do poder político, que deixa de praticar determinado ato exigido pela Lei Maior[46].

Não se olvida que, ao reconhecer a omissão legislativa, a Corte caminhou dentro desse escorreito trajeto pretendido pela Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão. Perfilhou a mora legislativa em tipificar criminalmente a homofobia por descumprimento de preceito constitucional, pois a Carta Magna determinaria a criminalização de certas condutas, reconhecidas nos mandados constitucionais de criminalização[47]. A exigência constitucional de ação, nesse

45. MENDES, Gilmar. Constitucionalidade e inconstitucionalidade, defesa da Constituição, tipos de inconstitucionalidade. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1160.

46. PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 91.

47. Como posição contrária à existência dos mandados constitucionais de criminalização, confronte-se: PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e direito*

plano, seria mandatória, não bastando o simples dever geral do legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional, ou seja, não se trata de uma norma constitucional exequível por si mesma[48]. Por isso, é omissão constitucionalmente relevante.

No entanto, é de se perguntar se o reconhecimento do atraso legislativo permitiria que o Supremo Tribunal Federal tomasse medidas ativas enquanto atuava nessa posição. De fato, uma coisa é reconhecer a omissão presente (papel indiscutível do STF nessa espécie de ação), outra, bem diferente, é colmatar uma lacuna deixada pelo Poder Legislativo, e aqui a dúvida impera. Nesse sentido, destaca-se da lição trazida pelo próprio Ministro Gilmar Mendes, de que a Corte deve se limitar à declaração de omissão inconstitucional, determinando que o legislador empreenda a elaboração da lacuna[49]. Sob outro aspecto, entretanto, Marinoni concebe que se trata de um direito previsto constitucionalmente e que, dessa forma, não pode ser inviabilizado. Assim, nesses casos, caberia ao Judiciário a preparação da norma que deixou de ser editada[50], já que se trata de importantes bens jurídicos em jogo, cabendo o preenchimento da lacuna pelo processo de argumentação a partir, por exemplo, do discurso dos direitos fundamentais[51]. Isso, no entanto, sob a menor interferência possível na esfera jurídica privada do demandado[52].

Não se ignora, portanto, o debate existente sobre o tema. Mas não é simples admitir que o Judiciário colmate uma lacuna em ampla violação o texto constitucional: afinal, ao decidir o mérito da questão criminalizando a conduta, arroga-se a posição de legislador penal e põe em xeque a determinação decorrente da legalidade de que crimes decorrem de lei escrita – não de jurisprudência. Porque assim tratou de questão penal pela criminalização de conduta, não se pode negar que a opção do STF é certamente sujeita a críticas ao tocar em ponto tão sensível às garantias do cidadão.

---

penal mínimo. São Paulo: Ed. RT, 2003. Sobre o tema em geral, leia-se: DISSENHA, Rui Carlo. Mandados constitucionais de criminalização: uma análise da questão sob a ótica do direito penal nacional. *Raízes Jurídicas*, Curitiba, n. 4, v. 2, 2008. p. 313-349.

48. PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 92.
49. MENDES, 2013, p. 1170.
50. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 1339.
51. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 573.
52. SARLET, 2018, p. 1339.

Uso Exclusivo do IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Além disso, diferenças materiais quanto ao tratamento dos efeitos do princípio da legalidade também separam as duas decisões.

Conforme identificado já na abertura do acórdão do Relator Ministro Moreira Alves, a questão central do debate que se punha à Suprema Corte no caso Ellwanger era a determinação do sentido e do alcance da expressão "racismo"[53], conduta criminosa que seria, por exceção, imprescritível. E, naquela decisão, entendeu-se o óbvio: a lei brasileira também deveria ser interpretada não apenas de forma literal ou mesmo segundo um critério meramente histórico (como feito por alguns ministros que buscaram nas discussões da Assembleia Constituinte o conteúdo da noção de racismo), mas também, e especialmente, teleológico. Mesmo porque, entendeu-se naquele momento que uma interpretação meramente literal esvaziaria o conteúdo da expressão "racismo" de funcionalidade. De fato, a Constituição Federal não admite restrições preconceituosas baseadas em origem, raça, sexo, cor, idade ou em qualquer outra forma, do que se infere que a noção de raça é ampla e não pode ser resumida a um critério de cor. Aliás, se no artigo 4º do texto constitucional a orientação da atuação internacional do País se dá segundo o critério do repúdio ao racismo e ao terrorismo, é certo que não se trata apenas da raça negra, pois não é ela a única a sofrer restrições na ordem mundial. Nesse mesmo contexto, oportuno observar que, se a Constituição reza que não são feitas diferenças entre brasileiros, por conta do fundamento da igualdade, não parece ser certo acreditar que alguns brasileiros estão protegidos contra o racismo, mas outros não. Nem mesmo os defensores da interpretação literal ignoravam essa condição – o fizeram apenas porque entendiam necessário emprestar à lei penal uma interpretação restritiva, mormente quando se tratava da questão muito controversa da imprescritibilidade dos crimes em mesa.

Em suma, entendeu o STF que uma interpretação complexa do texto constitucional afasta a compreensão de que o racismo é apenas aquele cometido contra os grupos negros. A persistência do racismo como fenômeno social demanda uma ação do Estado que, por ordem constitucional, seria criminalizadora.

É certo que essa posição naquela decisão, em certa medida, é criticável, como, de fato, foi feito pela doutrina[54] e pelos argumentos dos votos dissidentes, muito bem apresentados. Em primeiro lugar, a lei penal precisa de interpretação estrita, justamente para garantia do cidadão. O avanço interpretativo, ainda que sustentado em ótimas intenções, é sempre perigoso, porque rompe com a

53. HC 82.424/RS. Voto do Ministro Moreira Alves. p. 8.

54. DAVID; BONATO, 2017, p. 461.

previsibilidade que se espera do Estado e pode violar as fronteiras de um Estado Democrático de Direito. É bem certo que visões funcionalistas têm reconhecido um papel muito mais ativo à lei penal do que aquele que se reservava ao Direito Penal clássico. Entretanto, os males inerentes ao uso simbólico do poder punitivo não são tampouco desconhecidos e já renderam rios de tinta na doutrina, como as críticas de Silva Sanchez aos "gestores atípicos da moral[55]". Além disso, a liberdade de expressão como argumento a justificar as publicações do caso Ellwanger não pode ser considerada uma adução menor – e bem explorada como foi nos votos dissidentes naquela oportunidade, ao menos deve pôr o leitor para pensar.

Ainda assim, o elemento "raça", que deu ensejo a todo o debate, estava presente no tipo trazido à baila naquele momento. Portanto, ainda que feita de forma a alargar o conceito, a interpretação da maioria do STF não criou um elemento novo para o tipo. Apenas discutiu de forma ampla (e muito bem fundamentada em diversos argumentos lúcidos e claros) ou conteúdo de um elemento do tipo. Impende lembrar que o elemento "raça" foi cientificamente desconstituído na virada do século pelos estudos genéticos do ser humano, como lembrado, inclusive, no voto de alguns ministros. Essa discussão sequer poderia ser claramente feita, portanto, quando da elaboração do texto constitucional, por conta da evolução científica sobre esse elemento que, à época, poderia ser relacionado, ainda que equivocadamente, por falta de desenvolvimento tecnológico para tanto, com características inerentes a esse ou àquele grupo de seres humanos, tal como a cor da pele ou o formato dos olhos. A genética mudou essa compreensão: não há raças humanas. Ao mesmo tempo, a genética, portanto, fez com que a expressão típica "raça" mudasse de um elemento descritivo do tipo para um elemento normativo do tipo, dependente, assim, de interpretação. A ressignificação do conteúdo hermenêutico da expressão não foi feita de graça, mas assentou-se em interpretações valorativas absolutamente necessárias naquele momento. Em outras palavras: a ampliação do conteúdo do tipo não foi sem sentido e pode ser perfeitamente defendida como necessária, *levando em consideração o conteúdo constitucional e o momento histórico em que se fazia o exercício hermenêutico*.

Entretanto, se no caso Ellwanger a discussão interpretativa cingiu-se, de certa forma, ao alcance de um dos termos do tipo trazido à baila, na ADO 26 a questão foi muito mais complexa, pois se referiu à inclusão de uma nova forma típica em uma descrição criminosa que jamais a pretendeu alcançar. Ora, a discriminação ou o preconceito punível é claramente, nos termos da lei, aquele decorrente de

55. SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 62.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

"raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional". Não se trata sequer de um dispositivo que admita a interpretação analógica, com a inclusão de outros elementos similares àqueles apresentados pelo tipo. Trata-se de uma lista fechada que, por determinação do princípio da legalidade, especialmente quando referido no seu efeito de *lex stricta*, não pode ser ampliada senão pelo legislador penal. Isso, como já se disse, foi feito anteriormente quando o legislador editou a Lei 9.459/97, que mudou o artigo 1º da Lei 7.716/89 alterando a expressão "preconceitos de raça ou de cor" para "discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional", demonstrando-se, pode-se dizer, o processo evolutivo pelo qual passa a norma penal. Não é (era, ao menos) possível ao julgador que atropele o processo legislativo para incluir novos elementos na lista fechada – não sem uma violenta quebra da separação de poderes em um dos seus aspectos mais garantistas.

Todavia, isso foi exatamente o que se operou no julgamento da ADO 26. Não obstante a prática de atos homofóbicos ser moralmente reprovável, só pode ser combatida por meio da legalidade, posto que esta decorre das regras constitucionais da separação de poderes e da previsão de que a criação de leis penais depende de ato exclusivo do Poder Legislativo. A criminalização de qualquer conduta invade a liberdade do sujeito, além de ferir o postulado da intervenção mínima do direito penal, daí por que o método utilizado é absolutamente proibido na seara penal, por aumentar o alcance de uma norma incriminadora e se configurar verdadeira hipótese de analogia *in malam partem*.

Não se pretende sustentar a impossibilidade de tipificação penal das condutas homofóbicas, mas sim demonstrar que as interpretações dadas pelo Supremo Tribunal Federal nos dois casos não podem ser tidas como equivalentes, tendo em vista estarmos diante de conceitos absolutamente diversos. Não há como se reconhecer que o conceito de homofobia é abrangido pelo conceito ontológico-constitucional de racismo referendado pelo precedente do Habeas Corpus 82.424/RS como se fez com o conceito de "povo judeu", o qual poderia, por exemplo, ser extraído dos substantivos "raça", "etnia" ou "religião" contidos no art. 1º da Lei 7.716/1989.

Nessa oportunidade, a Corte Suprema reconheceu a incidência do racismo nas práticas antissemitas pela pretensa superioridade de um povo sobre o outro, justamente através da "diferença entre raças". Assim, seu fundamento se valida na medida em que era possível observar a pretensão do acusado de dar credibilidade a essa concepção racial estabelecida pelo nazismo, negadora e subversiva de fatos históricos como o holocausto e consubstanciada na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalendo-se, portanto, ao

Uso Exclusivo do IBCCRIM

discrímen de conteúdo racista, pois reforçadas pelas consequências históricas que o permeiam.

Embora com algum debate, parece claro que, nesse caso, a proteção dada pelo Supremo Tribunal Federal pode ser justifica em um exercício de interpretação teleológica do termo. Por outro lado, não é possível extrair, em qualquer medida, de nenhum dos substantivos "raça, cor, etnia e religião" ou mesmo "procedência nacional" qualquer conteúdo que se conecte, minimamente, à orientação sexual ou à identidade de gênero. A impossibilidade de aproximação dos conceitos é evidente.

Não obstante se diga na decisão que o conceito político-social de racismo teria o objetivo de conferir privilégios a um grupo em detrimento de outro, não se relacionando apenas com a cor da pele, não há como sustentar que a proteção do bem jurídico no caso da homofobia é determinada por meio da criminalização do racismo, pois estamos diante de um elemento estrito e taxativo que é dado por conceito de discriminação racial protegida por lei em decorrência de tratado internacional.

Embora a doutrina venha admitindo a adequação social da conduta como medida de descriminalização, o inverso não é verdadeiro[56]. Um dos princípios mais reconhecidos no Direito Penal é aquele segundo o qual não há como se criminalizarem condutas com base em costumes, princípios morais ou qualquer outra fonte senão a lei. Além disso, não pode a lei penal criminalizar condutas com base em conceitos valorativos e carentes de concretização interpretativa; segundo Hungria, "não há direito penal vagando fora da lei escrita"[57]. Por certo, nem mesmo no texto constitucional: é aí que poderia residir uma demanda constitucional de criminalização, mas que precisa ser materializada em uma lei, prévia, escrita, estrita e certa e não reconhecida abstratamente pelos agentes do Judiciário.

Nessa medida, acertado foi o voto dissidente, que sopesou a disposição constitucional do artigo 5º, inciso XXXIX, qual seja, o direito à legalidade penal, ao dispor que a letra constitucional é clara ao afirmar que ninguém será processado ou julgado por crime que não tenha sido criado por lei. Somente ela, em sentido formal, pode criminalizar condutas[58]. E essa atribuição, como consabido, é de

56. LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito penal constitucional*: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 102.

57. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. t. I. p. 21.

58. ADO 26. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. p. 17.

Uso exclusivo do RBCCrim

competência exclusiva do Congresso Nacional[59]. O dogma da reserva legal não permite outra interpretação harmônica com a proteção real (e não meramente ideal ou simbólica) dos direitos humanos: as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, são subsumidas ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, por consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento[60].

A mesma conclusão lógica é possível de ser obtida a partir da simples interpretação hermenêutica do Direito, que dispõe sobre a necessidade de que as regras ampliativas de direito devem ser interpretadas ampliativamente, enquanto as regras restritivas de direitos devem ser interpretadas restritivamente, e as sancionatórias, literalmente[61]. Assim, o alargamento do texto pelo Judiciário é uma afronta não só à legalidade penal, mas também à divisão dos Poderes da República, um dos mais nobres basilares da democracia ocidental. Não há dúvidas de que a decisão proferida pela Corte em 13 de junho de 2019 restringe direitos; daí então a necessidade de ser regulamentada pela via legislativa.

Além disso, importa lembrar que a interpretação oferecida pelo STF na expansão do crime de racismo para outras categorias de proteção tem um alcance maior do que se imagina, a um primeiro olhar. É verdade que, a princípio, as espécies criminosas alcançadas pelo raciocínio da Corte são de gravidade mais simbólica do que penal, pois as sanções aplicáveis às condutas que envolveriam a responsabilização mencionada no caso não são assim tão drásticas, já que, embora todas as penas da Lei 7.176/89 sejam de reclusão, nenhuma delas ultrapassa o *quantum* máximo de cinco anos de apenamento. Assim, seria possível que se apontasse que a decisão do STF teria sido adotada por um risco calculado ao implicar respostas penais apenas brandas.

Essa forma de encarar os efeitos da decisão não é, certamente, razoável. Em primeiro lugar, porque qualquer manifestação penal é perigosa e violenta. A aplicação da pena é apenas uma parte do mal causado pelo sistema penal, pois o

59. Conforme o entendimento de Luiz Flávio Gomes, é sabido que, no direito penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento pode aprovar crimes e penas, de forma exclusiva. Assim, lei não aprovada pelo Parlamento não é válida. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre direitos humanos*: Pacto de San José da Costa Rica. 2. ed. rev., atual e amp. Coleção Ciências Criminais. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

60. SANTOS, 2017, p. 56.

61. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 102.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

próprio processo já representa uma violência enorme contra acusado, por ter consequências que são gravosas já por si mesmas. Ademais, lembrando que a atuação penal é sempre seletiva e, em geral, destinada a uma parcela da população mais sujeita ao poder punitivo – aquela mais pobre, a *vecchia canaglia* referida por Pavarini[62] –, qualquer aumento desse poder é uma forma de geração ou ampliação da desigualdade social.

Em segundo lugar, é imperativo esclarecer que o exercício ampliativo levado a cabo pelo STF é problemático por se aplicar a outras espécies criminosas muito mais graves. Ao pôr a questão relativa à discriminação pela orientação sexual ou identidade de gênero ao lado de outras previstas legalmente como sustentáculo da criminalização do racismo ("raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional"), o Supremo cria a possibilidade de que sempre que a lei fizer referência a grupos de proteção, a lista deve ser tratada de forma exemplificativa, não como *numerus clausus*, segundo uma interpretação estrita. E essa mesma condição se alastra para tipos como terrorismo[63] ou genocídio[64], de gravidade imensamente maior, pois envolvendo condutas que responsabilizam penalmente com penas de 12 a 30 anos de reclusão, e hediondos. Afinal, não parece possível imaginar que o Judiciário reconheça a necessidade de proteger os grupos de gênero e orientação sexual do preconceito, mas não proteja os mesmos grupos de atos muito mais violentos, tais como o terrorismo ou o genocídio.

Isso sem se esquecer de mencionar que o mesmo raciocínio se poderia emprestar a outros grupos, igualmente protegidos pelo texto constitucional – e, aliás, de forma expressa, e alguns até já estando protegidos penalmente com tipos particulares – tal como mulheres, idosos, crianças, portadores de deficiência, por exemplo. Como dito no Acórdão:

> "*Sempre* que um modelo de pensamento, *fundado na exploração da ignorância e do preconceito*, *põe em risco a preservação* dos valores *da dignidade humana*, *da igualdade e do respeito mútuo* entre as pessoas, *incitando a prática da*

62. PAVARINI, Massimo. La giustizia penale ostile: un'introduzione. *Studi sulla Questione Criminale: la giustizia penale ostile*, Roma, anno II, n. 2, 2007. p. 11.

63. Diz o artigo 2º da Lei 13.260/2016 (Lei de Terrorismo): "O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou *preconceito de raça, cor, etnia e religião*, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública".

64. Diz o artigo 1º da Lei 2889/56: "Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, *grupo nacional, étnico, racial ou religioso*, como tal"

Uso Exclusivo do IBCCRIM

> *discriminação* dirigida contra uma comunidade exposta aos riscos da perseguição e da intolerância, *mostra-se indispensável* que o Estado *ofereça proteção adequada* aos grupos hostilizados, *adotando* mecanismos eficientes, *aptos a evitar* os confrontos sociais *e a reprimir* os atos de injusta agressão, *sob pena de ofensa* ao postulado *que veda a proteção penal insuficiente*."[65] (Grifos do original.)

Ora, se a lógica é proteger quaisquer grupos hipossuficientes da violência, é possível imaginar outros grupos difusos que merecem proteção, tais como defensores de ideais políticos, membros de grupos culturais, estratos sociais, atividades laborais, encarcerados e condenados penalmente etc., etc., etc. A lista poderia ser longa, e a pergunta fica (sem que se descure e se negue, evidentemente, a necessidade de proteção dos grupos LGBT) é: por que apenas esse grupo específico e não outros? Se a pretensão do STF era reconhecer uma realidade e tentar resolvê-la, por que não fazer de forma mais ampla? Mais perigoso ainda: poderia o juiz de primeira instância também inovar e passar a aplicar o precedente do STF aceitando denúncias e condenando acusados por preconceitos cometidos contra outros grupos – quaisquer grupos?

A experiência dos tribunais penais internacionais já precisou resolver problemas parecidos diante de argumentações semelhantes e, por isso, lembrar da jurisprudência internacional pode ser importante. Não se ignora que assim como o STF, os tribunais penais internacionais precisam solucionar questões postas *in extremis* e profundamente carregadas de substratos *jus humanistas*, quando é fundamental decidir temas difíceis de forma a se equilibrarem demandas de direitos humanos e de políticas criminais. Por isso, as experiências dessas cortes podem servir de critério de análise e sugerir conclusões importantes.

Enfim, já existiu alguma jurisprudência internacional no sentido de se reconhecer a demanda de proteção a grupos diversos daqueles mencionados em tipos penais. Entretanto, também é verdade que isso se deu em situações excepcionalíssimas, em espécies sujeitas a uma interpretação analógica (e não propriamente, analogia) ou, então, sem admissão direta da ampliação do crime no caso e, mesmo assim, não sem críticas. Veja-se que, no caso da proteção oferecida pelos crimes contra a humanidade na forma de *persecution* – um exemplo bastante lembrado e que talvez mais se aproxime da noção de preconceito inerente ao racismo –, os tribunais penais internacionais *ad hoc*, em algumas decisões, já haviam reconhecido que perseguições de qualquer tipo violariam a dignidade das

65. ADO 26. Voto do Ministro Celso de Mello. p. 72.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

vítimas[66]. Mas nem nesse plano se trata, esse, de um posicionamento unânime, na medida em que tanto a jurisprudência do International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) quanto aquela do International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) indicam que a *persecution* se dá dentro dos grupos mencionados nos respectivos estatutos[67], que são "leis" daquelas instituições. Ainda assim, nesses termos, a decisão do caso Nyiramasuhuko, uma das últimas do ICTR, joga a pá de cal sobre a possibilidade de se ampliar a definição presente no texto do Estatuto[68].

---

66. No caso do International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), por exemplo, embora o artigo 3º, letra *h*, do Estatuto do tribunal criminalize a perseguição como "perseguições com bases políticas, raciais e religiosas", alguma jurisprudência apontou, ainda que sem reconhecer crime no caso, que "A Câmara de Apelações considera que discurso de ódio dirigido contra uma parcela da população por conta de sua etnia ou qualquer outra base discriminatória viola o direito ao respeito à dignidade humana dos membros do grupo atacado e, portanto, constitui 'discriminação real'. Além disso, a Câmara de Apelações acredita que discursos incitando à violência contra a população por conta de sua etnia, ou qualquer outra base discriminatória, viola o direito à segurança dos membros do grupo atacado e se configura, assim, como 'discriminação real'". (Ver: ICTR. The Prosecutor *v.* Nahimana et al. Case ICTR 99-52-A, Appeals Judgment, 16.05.2008, par. 986.)

67. A título de exemplo: "A Câmara de Apelações reitera que, no direito, perseguição como crime contra a humanidade requer prova de um dolo específico de discriminação com base em critérios politicos, raciais ou religiosos e que é obrigação da Acusação provar que atos relevantes foram cometidos com dolo específico de discriminação" (ICTY. The Prosecutor *v.* Milorad Krnojelac. Case IT-97-25-A. Appeals Chamber Judgment, 05.11.2003, par. 184) e "A Câmara de Apelações lembra que perseguição como crime contra a humanidade requer prova de que o autor principal tinha dolo especial de discriminação com base em critérios politicos, reacisis ou religiosos" (ICTY. The Prosecutor *v.* Nikola Sainovic et al. Case IT-05-87-A. Appeals Chamber Judgment, 23.01.2014, par. 579).

68. "A Câmara de Apelações relembra que o Artigo 3(h) do Estatuto limita a jurisdição do Tribunal sobre perseguição como crime contra a humanidade apenas a três bases discriminatórias, quais seja, política, racial e religiosa. Enquanto a perseguição como crime contra a humanidade no direito costumeiro internacional pode não estar restrita a essas três bases discriminatórias, a Câmara de Apelações relembra que 'era permitido ao Conselho de Segurança – constrangido a respeitar as normas peremptórias de direito internacional (*jus cogens*) – adotar definições de crime no Estatuto que divergissem do que estava determinado no direito internacional costumeiro'. Se o Conselho de Segurança definiu ou não o crime de perseguição como crime contra a humanidade de forma mais estreita do que o necessário segundo o direito costumeiro internacional, fato é que a jurisdição do Tribunal está limitada à perseguição com base em critérios políticos,

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Apesar dessa posição jurisprudencial, que reforçava a interpretação restrita da lei penal (ou provavelmente por conta dela), não se ignorava a demanda pela ampliação do contexto que poderia dar ensejo à perseguição. Mas, ainda assim, a resposta seguiu a legalidade. A evolução veio com o texto do crime de *persecution* descrevendo a espécie de forma ampliativa no Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional. Nessa construção, a *persecution* refere-se a

> "Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal."

Importa destacar que o parágrafo 3º referido no texto anterior menciona, especialmente, a questão de gênero, embora em uma forma bastante restritiva e conservadora[69]. Ainda assim, nota-se que se está diante de uma figura que não faz referência à analogia, violadora da legalidade, mas à interpretação analógica, na medida em que o texto claramente solicita que o intérprete preencha a lacuna que, propositadamente, deixa em aberto. Para além disso, é importante lembrar que, na jurisprudência do Tribunal Penal Internacional do Estatuto de Roma, não parece haver sequer possibilidade para uma interpretação ampliativa fora do que se admite na interpretação analógica – vedada, portanto, a analogia[70].

raciais ou religiosos". (Ver: ICTR. The Prosecutor *v.* Pauline Nyiramasuhuko et al. Case ICTR-98-42-A. Appeals Chamber Judgment, 14.12.2015, par. 2136.)

69. "Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo 'gênero' abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado". Sobre o tema, e as críticas pertinente, ver, por exemplo: OOSTERVELD, Valerie. The definition of gender in the Rome Statute of the International Criminal Court: a step forward or back for international criminal justice. *Harvard Human Rights Journal*, 18, 2005. p. 55-84.

70. Em uma das decisões do caso Lubanga, ficou decidido o seguinte: "Assim, não há violação do princípio da legalidade se a Câmara exerce o seu poder para decidir se Thomas Lubanga Dyilo deveria ser submetido a julgamento com base em uma lei penal escrita (lex scripta) e pré-existente em normas aprovadas pelos Estados parte do Estatuto de Roma (lex praevia), definidoras de condutas proibidas a serem aplicadas nas decisões (lex certa) sem que sejam feitas interpretações por analogia *in malam partem* (*lex stricta*)". (ICC. The Prosecutor *v.* Thomas Lubanga Dyilo. Case ICC-01/04-01/06. Pre Trial Chamber Decision on Confirmation of Charges, 29.01.2007, par. 303.)

USO EXCLUSIVO DO BCCRIM

No caso específico do genocídio (já que *persecution* é uma forma de crime contra a humanidade), não parece haver qualquer *opinio juris* internacional a sustentar o reconhecimento da possibilidade de proteção de outros grupos que não os nacionais, étnicos, raciais ou religiosos, inerentes ao tipo na clássica definição da Convenção de Genocídio de 1948 e que serve de base para praticamente todas as legislações nacionais e tratados internacionais sobre a espécie[71]. Mesmo a tendência à fuga de uma definição meramente objetiva dos grupos protegidos pela adoção do critério subjetivo não afasta o império da legalidade[72]. De fato, depois do caso Akayesu no ICTR, pretendeu-se evitar critérios objetivos de definição dos grupos protegidos (por exemplo, determinado pela genética ou outros elemento classificatórios externos e objetivos, dado o risco que essa opção acarreta), optando-se por um critério subjetivo, ou seja, como o perpetrador do crime vê o grupo protegido em sua homogeneidade. A despeito dos problemas que essa condição pode produzir sobretudo no que tange à verificação do elemento subjetivo dos crimes, ainda assim a adoção de um substrato subjetivo não afasta o *numerus clausus* de grupos protegidos pela norma internacional[73]. Aliás, nem

71. Tentou-se, durante muito tempo, reconhecer grupos políticos ou culturais como objeto de proteção do genocídio, mas a instabilidade de pertença a um grupo como esses e a dificuldade de identificação de tais grupos foi critério que resultou na exclusão da espécie dos grupos protegidos pelo genocídio. Nesses termos, ver: BRATHWAITE, Rhea. Towards greater coherence in international criminal law: comparing protected groups in genocide and crimes against humanity. In: BERGSMO, Morten; TIANYING, Song (Ed.). On the proposed crimes against humanity convention. *ICHL Publication Series*, Brussels, n. 18, 2014. p. 231-233.

72. LINGASS, Carola. Defining the protected groups of genocide through the case law of international courts. *ICD Brief*, 18.12.2015. Disponível em: [www.internationalcrimesdatabase.org/upload/documents/20151217T122733-Lingaas%20Final%20ICD%20Format.pdf]. Acesso em: 23.09.2019.

73. Na maior parte do casos, de fato, a jurisprudência internacional pareceu migrar de uma versão meramente objetiva (como adotada no caso Akayesu) para uma tendência mista objetivo-subjetiva (senão mais subjetiva) da verificação da pertença das vítimas a um grupo, como nos casos Rutaganda e Kayishema and Ruzindana, no TPI da Ruanda, e Krstic e Jelisi , no TPI da Iugoslávia. Nesse sentido, ver: ICTR, The Prosecutor *v.* Akayesu, Case ICTR-96-4-T, J. 02.09.1998, para. 515; ICTR, The Prosecutor *v.* Rutaganda, Case ICTR-96-3-T, J. 06.12.1999, para. 57; ICTR, The Prosecutor *v.* Kayishema and Ruzindana. Case ICTR-95-1-T, Trial J. 21.05.1999), para. 98; ICTY, The Prosecutor *v.* Krsti , Case IT-98-33-T, J. 02.08.2001, para. 557; ICTY, The Prosecutor *v.* Jelisi , Case IT-95-10-A, J. 14.12.1999), para. 70. Mais recentemente, mas sempre adotando um modelo tendente à perspectiva subjetiva, ver: ICTY, The Prosecutor *v.* Tolimir, Case IT-05-88/2-T, J. 12.12.2012). p. 325.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

mesmo verificações internacionais separadas dos tribunais penais internacionais ousaram avançar para outras espécies além das quatro clássicas: investigações realizadas por determinação do Secretário-Geral da ONU em cumprimento da Resolução 1564 do Conselho Segurança na região de Darfur, no Sudão, expressamente rejeitaram a inclusão de grupos tribais, por si só, sob a proteção do crime de genocídio[74].

Diante disso, o que se observa é que a postura adotada pelo STF não é corroborada pelas regras constitucionais clássicas de limitação do poder punitivo adotadas no Brasil, tampouco encontra azo nos precedentes do Direito Penal Internacional. Aliás, pelo contrário, ambas as ordens jurídicas são firmes em proteger o primado da legalidade e dos direitos humanos por detrás da fixação dos limites da reserva absoluta da lei penal. O exercício comparado realizado em vários votos, entenda-se então é, em certa medida, apenas *retórico*: serve a tentar fundamentar seu posicionamento em argumentos que são, em geral, inacessíveis mesmo ao jurista técnico, que dirá ao cidadão comum. Note-se que a menção em tratados internacionais de direitos humanos da absoluta necessidade de garantia da comunidade LGBT não implica *criminalizar condutas*, mas, sim, criar políticas públicas com esse intuito de proteção que podem ou não incluir a criminalização de condutas segundo os parâmetros constitucionais.

De fato, ainda no caso Ellwanger, a revisão do voto do Ministro Moreira Alves já fazia uma breve, mas importante, reflexão sobre o exercício comparado: é mesmo possível aproximar espécies estrangeiras da experiência nacional quando "as tradições jurídicas, o raciocínio jurídico, o sistema jurídico e o ordenamento jurídico estão estreitamente vinculados com os aspectos culturais de um povo[75]"? O voto, nesse momento, faz reparações ao exercício comparado que parecem ter passado em brancas nuvens nas discussões dos demais ministros naquele momento e que ainda permeiam as decisões na nossa Suprema Corte.

4. Considerações finais

Não há como olvidar de que estamos diante de uma Corte tendente ao ativismo. Essa técnica, compreendida como o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento em detrimento do Poder

74. UNITED NATIONS. International Commission of Inquiry on Darfur. *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur (Darfur Report)*. UN Doc. S/2005/60, 25.01.2005, par. 496.

75. HC 82.424/RS. Voto do Ministro Moreira Alves. p. 15 (Acórdão. p. 608).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Legislativo, vem afetando o núcleo essencial da separação de poderes[76], ao menos como conhecido na sua forma clássica. Ao tratar de temas polêmicos, e especialmente por tenderem a ultrapassar os limites da atuação do intérprete, decisões dessa espécie se arriscam a se tornar um exercício de judicialização da política[77].

Em paralelo à discussão do mérito das questões envolvidas, a postura ativa da Corte Suprema tem se tornado cada vez mais evidente em um corpo de decisões penais que se avoluma. Enquanto decisões ativas tendentes à redução do poder punitivo parecem, em geral, dogmaticamente mais toleráveis – ainda que despertem algum debate, como no caso da permissão de aborto de fetos anencéfalos[78] ou do acertamento das competências penal e eleitoral[79] – porque apoiadas em princípios classicamente reconhecidos, a criação de espécies criminais parecia uma linha que o Judiciário não poderia ter cruzado. Afinal, é na criação de tipos penais que essa postura ativa se torna mais perigosa, pois se desconhece se o poder legiferante, democraticamente eleito, adotaria posições normogênicas nos mesmos termos adotados pelo Judiciário[80]. Há um evidente e formidável déficit democrático nessa atuação dita *contramajoritária* do STF que não pode ser ignorado.

Ao atropelar a separação de poderes e as garantias fundamentais da legalidade penal do cidadão sob a premissa de dar à lei penal maior eficácia ou proteger determinada parcela social, como pretendeu no caso da homofobia, o Judiciário pode ter arriscado demais. Afinal, não se pode esquecer de que o precedente pode reverberar de forma contundente nas instâncias inferiores e criar uma era de ativismo judicial criminalizador orientado pelas boas intenções do magistrado.

---

76. RAMOS, 2010, p. 309.

77. PENNA, Bernardo Schmidt Teixeira. Ativismo judicial à brasileira: "papel criador do intérprete" x "papel criativo do intérprete" – Dois casos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 3, n. 1, jan.-jun. 2016. p. 59.

78. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. J. 12.04.2012. Disponível em: [http://stf.jusbrasil.com.br/ jurisprudencia/24807932/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fun- damental-adpf-54-df-stf]. Acesso em: 07.08.2019.

79. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.435. Relator: Ministro Marco Aurélio. J. 14.03.2019. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149810]. Acesso em: 07.08.2019.

80. RALHO, Luiz Renato Adler. Efeitos do ativismo judicial sobre o Estado democrático de Direito. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 2, n. 1, jan.-jun. 2016. p. 99.

Uso Exclusivo do RBCCRIM

Em outras palavras, o ativismo, como adotado pelo STF, também provoca instabilidade e acaba por atribuir ao magistrado um poder de criador da norma que é estranho ao modelo de organização do Estado erigido sob a doutrina da separação dos poderes e da legalidade prévia, escrita, estrita e certa. Permite-se, com isso, que Juízes de instâncias ordinárias façam o mesmo, com semelhante posicionamento de satisfação da norma penal.

Provoca-se, enfim, uma subversão dos limites impostos à atividade criativa da jurisprudência, afetando inexoravelmente as demais funções estatais e, principalmente, o Poder Legislativo, com risco ao princípio da separação dos poderes[81] e à estrita legalidade como viga central do Direito Penal. Sob esse mesmo ponto de vista, não há como se olvidar de que a prática do ativismo ou justicialismo judicial vem gerando desestabilização nas relações jurídicas ao mitigar a previsibilidade das decisões adotadas pelos órgãos aplicadores das disposições normativas e por ferir a estabilidade das relações jurídicas já definitivas[82]. Dele decorrerá a insegurança jurídica, afastando-se da normatividade da lei para dar preferência a uma compreensão específica de determinado princípio constitucional, que pode ser costumeira, analógica ou, ainda, intrinsecamente relacionada com os ideais do juiz, provocando, consequentemente, uma incerteza quanto ao conteúdo, geradora da imprevisibilidade da decisão judicial[83] e provável injustiça social. Uma argumentação de suposta superação da concepção tradicional da divisão dos poderes não pode ser usada como pressuposto para esse perigoso exercício, especialmente porque o componente ideológico vai sempre existir na reprovação de condutas e, por certo, vingaria mais facilmente se possível maior abertura[84].

Nesse sentido, transpondo essa ideia aos casos aqui trazidos, a questão da criminalização da homofobia como feita pelo STF é de grande risco democrático. É perfeitamente possível, inclusive, que alguma condenação criminal sustentada na legislação específica do racismo que venha a ser confirmada pelo STF possa ser levada à Corte Interamericana de Direitos Humanos, por possível ofensa ao artigo 9º da Convenção Interamericana[85], ou seja, ao direito humano de ser protegido pela estrita legalidade, como adotada no Brasil.

81. RAMOS, 2010, p. 117.
82. RALHO, 2016, p. 89.
83. ARGUELLES, 2006, p. 80.
84. LIMA, 2012, p. 104.
85. "Artigo 9º. Princípio da legalidade e da retroatividade: Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas,

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

A interpretação extensiva da lei penal feita contra o acusado, nesse caso, demonstra como a ascensão do conceito de supremacia constitucional no mundo tornou os tribunais instituições sensíveis aos reclamos populares de grupos sistematicamente excluídos da esfera política, que, no Judiciário, dispõem de acesso viável, mais simples, mais rápido e menos custoso do que o Legislativo[86]. No entanto, é importante destacar que, mesmo dentro dessa perspectiva assecuratória, existem determinadas atribuições que são de competência exclusiva do Poder Legislativo, trazidas ao escopo da Carta Magna justamente com a intenção de limitar não só o Executivo como outrora, mas agora também os demais poderes, a fim de que não afetem determinados núcleos fundamentais dos sujeitos de direito. É verdade que o Direito é *mite*, mas não pode ser *morbido*[87] e "atalhos institucionais", mesmo orientados por boas intenções, são muito perigosos[88].

Uma última consequência merece ser lembrada, à guisa de conclusão. A atuação criminalizadora do STF cria um ambiente de satisfação popular com a resposta institucional dada contra à violência sofrida pela população LGBT. Assim, acreditando que essa parcela da população está agora protegida, diminui a pressão democrática necessária por reformas eficientes de garantia. Esse é o efeito simbólico da aplicação do poder punitivo, e é ainda mais perigoso do que a óbvia responsabilização criminal seletiva que certamente seguirá a determinação da Suprema Corte, pois, diante da proteção penal periclitante oferecida pelo Estado Judicial, os Poderes Legislativo e Executivo tendem a não tocar no tema que clama por reformas institucionais profundas e por construção de políticas públicas

de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado". (Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica). Disponível em: [www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm]. Acesso em: 28.09.2019.

86. GALANTER, Marc. Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law & Society Review* 9, n. 1, 1974.

87. DISSENHA, Rui Carlo; TAPOROSKY, Paulo Silas. Riscos do imperativo da convicção na jurisprudência: do "diritto mite" ao "diritto morbido"? *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, dez. 2018. p. 205-224.

88. DE CHUEIRI, Vera Karam; MOREIRA, Egon Bockmann. A constituição e seus momentos difíceis: quando precisamos aplicá-la contra ideias boas. *Jota*, 23.03.2019. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-constituicao-e-seus-momentos-dificeis-quando-precisamos-aplica-la-contra-ideias-boas-23032019]. Acesso em: 14.10.2019.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

eficientes de proteção à comunidade LGBT que tratem de educação, reconhecimento de direitos e construção da igualdade. Todas essas demandas e respostas eficientes tendem a ficar para segundo plano, ofuscadas que foram pela política penal punitiva adotada pelo STF.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. O ativismo judicial da "república togada" e o princípio da legalidade na "democracia parlamentar". *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, n. 27, p. 167-198, jul.-dec. 2015.

ARGUELHES, Diego Weneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal Federal e o processo democrático brasileiro. *Revista Novos Estudos: Dossiê STF em discussão*, São Paulo, v. 37, jun.-abr. 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BAQUERO, Marcello; RANICHESKI, Sonia; CASTRO, Henrique Carlos de O. A formação política do Brasil e o processo de democracia inercial. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 12, n. 1, p. 87-106, jan.-abr. 2018.

BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e interpretação do direito penal. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 68, p. 59-89, 2014.

BRATHWAITE, Rhea. Towards greater coherence in international criminal law: comparing protected groups in genocide and crimes against humanity. In: BERGSMO, Morten; TIANYING, Song (Ed.). On the proposed crimes against humanity convention. *ICHL Publication Series*, Brussels, n. 18, 2014.

CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. In: DE MEDEIROS, Fernanda Luíza Fontoura; SCHWARTZ, Germano (Org.). *O direito da sociedade*. Canoas: Unilassalle, 2014.

DAVID, Décio Franco; BONATO, Gilson. Negacionismo histórico e caso Ellwanger – Efetividade ou simbolismo da norma penal? *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 1, n. 46, p. 425-464, 2017.

DE CHUEIRI, Vera Karam; MOREIRA, Egon Bockmann. A constituição e seus momentos difíceis: quando precisamos aplicá-la contra ideias boas. *Jota*, 23.03.2019. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-constituicao-e-seus-momentos-dificeis-quando-precisamos-aplica-la-contra-ideias-boas-23032019]. Acesso em: 14.10.2019.

DISSENHA, Rui Carlo. Mandados constitucionais de criminalização: uma análise da questão sob a ótica do direito penal nacional. *Raízes Jurídicas*, Curitiba, n. 4, p. 313-349, v. 2, 2008.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

DISSENHA, Rui Carlo; TAPOROSKY, Paulo Silas. Riscos do imperativo da convicção na jurisprudência: do "diritto mite" ao "diritto morbido"? *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 205-224, dez. 2018.

GALANTER, Marc. Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law & Society Review* 9, n. 1, 1974.

GOMES, Luiz Flávio. Comentários à Constituição Americana de Direitos Humanos, vol. 4, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre direitos humanos*: Pacto de San José da Costa Rica. 2. ed. rev., atual e amp. Coleção Ciências Criminais. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. t. I.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos*: Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito penal constitucional:* a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

LINGASS, Carola. Defining the protected groups of genocide through the case law of international courts. *ICD Brief*, 18.12.2015. Disponível em: [www.internationalcrimesdatabase.org/upload/documents/20151217T122733-Lingaas%20Final%20ICD%20Format.pdf]. Acesso em: 23.09.2019.

LOURENÇO, Cristina Sílvia. A crise do poder de punir do Estado. *Revista Jurídica (Unicuritiba)*, Curitiba, v. 1, n. 42, p. 399-418, 2016.

MENDES, Gilmar. Constitucionalidade e inconstitucionalidade, defesa da Constituição, tipos de inconstitucionalidade. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis.* Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OLIVEIRA, Denis Augusto. Uma análise do Estado Democrático de Direito sob o prisma da Constituição Federal de 1988. *Revista Ius Gentium*, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 101-119, set.-dez. 2018.

OOSTERVELD, Valerie. The definition of gender in the Rome Statute of the International Criminal Court: a step forward or back for international criminal justice. *Harvard Human Rights Journal*, 18, 2005.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

PAVARINI, Massimo. La giustizia penale ostile: un'introduzione. *Studi sulla Questione Criminale: la giustizia penale ostile*, Roma, anno II, n. 2, p. 7-20, 2007.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

PENNA, Bernardo Schmidt Teixeira. Ativismo judicial à brasileira: "papel criador do intérprete" x "papel criativo do intérprete" – Dois casos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 3, n. 1, p. 57-74, jan.-jun. 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas.* Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RALHO, Luiz Renato Adler. Efeitos do ativismo judicial sobre o Estado democrático de Direito. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 2, n. 1, p. 88-102, jan.-jun. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial:* parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral. Curitiba: Empório do Direito, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional.* 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

SCHMIDIT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Aproximações entre direito penal e direito da antidiscriminação: um (novo?) modelo normativo para pensar a criminalização da Lgbtifobia no Brasil, de Victor Sugamosto Romfeld – *RBCCrim* 170/73-103 (DTR\2020\8324);
- Criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal: a disrupção "democrática" do estado de direito, de Patricio Ferreira e Daury Cesar Fabriz – *RDCI* 119/145-165 (DTR\2020\7399); e
- Criminalização da homotransfobia no Supremo Tribunal Federal (ADO 26): do "racismo social" à discriminação sexista, de Roger Raupp Rios e Lawrence Estivalet de Mello – *RBCCrim* 169/321-345 (DTR\2020\7976).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

Usos e distorções do pensamento foucaultiano pela criminologia crítica brasileira

Uses and distortions of foucaultian thinking by Brazilian critical criminology

Victor Sugamosto Romfeld

Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Homoafetivo e Gênero pela Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Bacharel em Direito pela UFPR. Pesquisador na área de ciências criminais, com ênfase em feminismos e interseccionalidades (classe, raça, gênero e sexualidade).

ORCID: 0000-0003-2386-7080

victorromfeld@gmail.com

Daniel Fauth Washington Martins

Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (2018-2020). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2008-2012) e Pós-Graduado em Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (2014-2015). Graduado em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2015-2019). Ex-bolsista CAPES no PPGD-UFPR, onde desenvolveu pesquisas sobre masculinidade, gênero, raça, violência e política criminal.

ORCID: 0000-0002-3512-3348

danieltranquilo@gmail.com

Recebido em: 15.10.2019
Aprovado em: 02.05.2020
Última versão dos autores: 18.05.2020

Áreas do Direito: Filosofia; Penal

Resumo: O tema do presente artigo é a recepção do pensamento de Michel Foucault na criminologia crítica. O objetivo consiste em verificar como criminólogos críticos incorporaram a obra do filósofo francês em suas reflexões criminológicas. Para fins de delimitação do objeto, escolhemos autores que foram pioneiros ao trazer a crítica criminológica no Brasil (Juarez Cirino dos Santos, Roberto Lyra Filho, Vera Andrade e Vera

Abstract: The subject of this article is the reception of Michel Foucault's thought in critical criminology. The objective is to verify how criminologists incorporated the French philosopher's work into their criminological production. For the purpose of delimiting the object, authors who were pioneers in bringing crititcal criminology to Brazil (Juarez Cirino dos Santos, Roberto Lyra Filho, Vera Andrade and Vera Malaguti) were

Malaguti). Não obstante a utilização da revisão bibliográfica como metodologia, foram selecionados apenas os livros publicados pelos intelectuais mencionados, excluindo artigos e capítulos de obras coletivas. A análise das impressões dos referidos criminólogos sobre Foucault confirma a hipótese de que há uma apropriação problemática de suas ideias pela criminologia crítica no Brasil.

Palavras-chave: Criminologia crítica – Pensamento foucaultiano – Recepção teórica.

selected. Despite the use of bibliographical review as a methodology, only books published by the selected intellectuals were selected, excluding articles and chapters of collective works. An analysis of those authors impressions and uses of Foucault's works confirms a hypothesis that there is a problematic appropriation of his ideas by critical criminology in Brazil.

Keywords: Critical criminology – Foucaultian thought – Theoretical reception.

Sumário: 1. Introdução. 2. O que é a criminologia crítica? 3. O que criminólogos críticos brasileiros dizem sobre Foucault? 4. Por que há uma disparidade entre as reflexões desses autores e o pensamento foucaultiano? 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O tema do presente artigo está centrado nas influências do pensamento foucaultiano na criminologia crítica brasileira. O objeto, por sua vez, é circunscrito à produção acadêmica de criminólogos críticos que inauguraram a crítica criminológica no Brasil a partir da década de 1970. Neste espaço amostral, objetiva-se compreender quais seriam os usos feitos da obra de Michel Foucault para as reflexões a respeito da punição num viés crítico, considerando que uma de suas produções é tida como marco precursor da própria criminologia crítica.[1]

Diante desse objetivo principal, a hipótese a ser confirmada é que, não obstante as efetivas contribuições de Foucault para a criminologia crítica, os criminólogos brasileiros mais destacados e reconhecidos como a "vanguarda" da criminologia crítica brasileira se limitaram a incorporá-lo a partir do livro *Vigiar e punir*, conferindo uma interpretação própria descolada da totalidade do pensamento do referido autor e do contexto teórico da obra em questão.

A metodologia empregada é a revisão bibliográfica, partindo da seleção de criminólogos críticos de referência, responsáveis por fundar essa corrente teórica no Brasil. A análise de suas reflexões sugere que a leitura de Foucault se dá de forma enviesada, na tentativa de acoplá-lo à base epistemológica da própria criminologia

1. Nesse sentido, as considerações de Shecaira: "Na França, a obra de Michel Foucault, *Vigiar e punir*, concebida em 1975, revela-se convergente com os temas centrais da criminologia radical. Referido autor tem produção das mais profícuas, discorrendo sobre a história da prisão, examinando questões intrincadas como a loucura e criando uma verdadeira análise sobre o próprio poder" (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 282).

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

crítica, inspirada no marxismo. Há, entretanto, diversos problemas decorrentes dessa abordagem, na medida em que Foucault não pode ser classificado de forma apressada como um marxista, sendo um autor absolutamente singular.

Desse modo, este trabalho inicia expondo – ainda que de forma breve – em que consiste a criminologia crítica, para que, na sequência, sejam apresentados os principais autores brasileiros que integram essa vertente. Nessa empreitada, uma vez escolhidos de forma justificada os criminólogos críticos nacionais, suas obras serão examinadas com o intuito de verificar quais referências foucaultianas são costumeiramente utilizadas. Em seguida, serão destacadas as lacunas, contradições e inovações existentes entre o pensamento de Foucault e as ponderações realizadas pelos criminólogos selecionados para este artigo. A pretensão do presente trabalho, portanto, consiste em superar uma concepção limitada da teoria foucaultiana por parte da criminologia crítica, sustentando que suas ideias não podem ser aplicadas com recortes arbitrários e contrários às próprias ideias do mencionado filósofo francês.

2. O que é a criminologia crítica?

Roberto Bergalli afirma, com razão, que os fundamentos das teorias criminológicas são produzidos como consequência de um determinado contexto histórico-cultural.[2] Quanto à Criminologia Crítica – também chamada de "nova criminologia" no período de sua emergência –,[3] trata-se, em linhas bastante gerais, de um movimento do pensamento criminológico contemporâneo que nasceu na década de 1960,[4] almejando estruturar uma teoria materialista do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização.[5]

2. BERGALLI, Roberto. O pensamento crítico e a criminologia. In: BERGALLI, Roberto; BUSTOS-RAMÍREZ, Juan (Org.). *O pensamento criminológico I*: uma análise crítica. Trad. Roberta Duboc Pedrinha e Sérgio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 265.
3. Um histórico detalhado pode ser conferido em: LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. 2. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 1992. p. 101-142.
4. "É provável que um motivo desencadeador dessa rápida difusão fosse a união que *A nova criminologia* realizou da perspectiva do etiquetamento com abordagens marxistas em um momento de efervescência política, produto ainda da agitada década de sessenta" (Tradução livre). No original: "Es probable que un motivo desencadenante de esta rápida difusión fuese la unión que *La nueva criminología* realizó de la perspectiva del etiquetamiento con planteamientos marxistas en un momento de efervescencia política, producto aún de la agitada década de los sesenta" (LARRAURI, Elena. Obra citada, p. 114).
5. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 159.

Uso Exclusivo do IBCCRIM

Uso Exclusivo DoBCCRIM

O termo que adjetiva essa vertente teórica ("crítica") foi inspirado na tradição da Escola de Frankfurt,[6] nomeando a mobilização que englobou desde posições interacionistas até materialistas.[7] Apesar das divergências existentes na Criminologia Crítica em relação às propostas de superação do paradigma etiológico, pode-se dizer que existe convergência no sentido de adotar o modelo do conflito em oposição ao do consenso. Como bem apontou Lola Aniyar de Castro, o paradigma conflitual questiona o suposto consenso social que estaria sintetizado em legislações penais, baluartes dos interesses da classe dominante: desde esse ponto de vista, a Criminologia deveria se libertar da "camisa-de-força dos códigos penais", firmando seu objeto de estudo de forma autônoma.[8]

Pode-se dizer que a maioria das vertentes críticas da Criminologia reconhece em sua matriz teórica uma origem comum marxista,[9] muito embora a abordagem da questão criminal se dê a partir de prismas diversos.[10]

Não há como mencionar um único livro que inaugura a Criminologia Crítica, considerando a pluralidade de autores e orientações teóricas. Shecaira defende que sua origem se deu com *Punição e estrutura social* (1939), de Georg Rusche e Otto Kirchheimer,[11] mas outras obras fundamentais podem ser citadas, como *Vigiar e punir* (1975), de Michel Foucault, *Cárcere e fábrica* (1977), de Dario Melossi e Massimo Pavarini, e *The new criminology* (1973), de Taylor, Walton e Young.

Quanto a esta última obra, seu objetivo principal foi criticar as posturas tradicionais da Criminologia, incapazes de compreender a totalidade do fenômeno

6. Não obstante a pluralidade de posturas epistemológicas e políticas entre os autores dessa escola específica, e da Teoria Crítica como um todo, o ponto fundamental que as une, segundo Celso Ludwig, consiste em mostrar como as coisas realmente são, numa perspectiva de como deveriam ser. (LUDWIG, Celso. *Para uma filosofia jurídica da libertação*: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. p. 152).
7. ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 657.
8. ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005. p. 81.
9. Importante diferenciar Marx dos marxistas, os quais, não raro, interpretam sua obra em perspectivas absolutamente distintas. Como nos adverte Alysson Mascaro, o Marx filósofo deve ser compreendido "[...] não pelo movimento marxista e proletário, nem pelos pensadores marxistas, mas por meio de seus próprios textos e de suas ideias" (MASCARO, Alysson. *Filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 267).
10. BERGALLI, Roberto. Obra citada, p. 271.
11. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 279.

criminal,[12] trazendo a política ao debate teórico, até então limitado às questões técnicas.[13] Segundo os criminólogos ingleses, não se trataria de uma "nova criminologia", mas sim de uma "velha criminologia", que deveria encarar os mesmos problemas já abordados no âmbito sociológico, especialmente por Karl Marx.[14]

Isso significa que o marxismo está nas bases fundantes da Criminologia Crítica, responsável por repolitizar a questão criminal, rompendo com o paradigma da criminologia positivista. Nessa ótica, Vera Malaguti Batista sustenta que a transição mencionada confere à criminologia o *status* de ciência do controle social, valendo-se dos conceitos de hegemonia, dominação e luta de classes.[15]

Evidente que o desenvolvimento da Criminologia Crítica não se deu de maneira uniforme em todos os países, sendo possível relatar os meandros históricos das diversas regiões mundiais (Estados Unidos, Europa, Inglaterra, América Latina, e assim por diante).[16] Apesar de cada uma delas apresentar suas particularidades, estas não serão objeto deste tópico, uma vez que sua finalidade consiste em expor o predomínio das análises classistas no momento inicial de surgimento da Criminologia Crítica, quando ainda podia ser mencionada no singular.[17]

Veja-se, por exemplo, que, na década de 1970, Jock Young pautava uma criminologia da classe trabalhadora, que desafiaria o criminólogo socialista a assumir uma série de tarefas, tais como a adoção de paradigmas desenvolvidos em torno

12. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Obra citada, p. 282.
13. TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *The new criminology*: for a social theory of deviance. London: Routledge & Kegan Paul, 1973. p. 278.
14. TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. Obra citada, p. 278-279.
15. BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 80.
16. Sobre as narrativas hegemônicas em torno da criminologia crítica brasileira, conferir a instigante pesquisa de Paula Gonçalves: ALVES, Paula Pereira Gonçalves. *Trocando em miúdos*: narrativas brasileiras em torno da criminologia. Dissertação (Mestrado em Direito). Franca: Universidade Estadual Paulista (UNESP), 2016.
17. Atualmente, não se pode mais falar em uma única Criminologia Crítica, considerando que os autores críticos, não raro, partem de pressupostos teóricos distintos do marxismo. Quando mencionamos essa corrente criminológica no singular, estamos nos referindo tanto aos pensadores que a inauguraram como àqueles que seguem uma tradição criminológica marxista. Apesar de tal advertência, reconhecemos que o agrupamento de criminólogos em determinadas correntes pode implicar excessiva simplificação. Nesse sentido: LARRAURI, Elena. Obra citada, p. 199.

USO EXCLUSIVO DO BOCPRIM

dos interesses de classe.[18] O desvio, portanto, deve ser situado historicamente, em termos de uma luta de classe,[19] exigindo uma estratégia criminológica radical de denúncia da natureza da lei, verdadeiro instrumento de dominação.[20]

Nas palavras do sociólogo americano Richard Quinney, uma teoria crítica do controle do crime na sociedade capitalista, baseada no pensamento marxista, encara o Direito Penal como aparato estatal coercitivo utilizado pela classe dominante para manter o *status quo* da ordem social e econômica.[21] Nesse sentido, o Estado é compreendido enquanto organização política criada por aqueles que têm o poder de impor sua vontade sobre o resto da sociedade, protegendo interesses privados – daqueles que possuem e controlam os meios de produção – diante da necessidade de conter a ameaça de que classes oprimidas eventualmente se tornem poderosas.[22]

Elena Larrauri relata que a criminologia estruturada sobre esses pressupostos normalmente recebe críticas de outras correntes por incorrer num determinismo econômico-social e por apresentar uma concepção instrumentalista e funcionalista do Direito. Esse caráter costuma ser atribuído diante de uma interpretação específica do marxismo, que encara a superestrutura (instituições jurídicas, meios de comunicação, cultura) como mero reflexo da base econômica da sociedade.[23]

Outro aspecto do determinismo econômico mecanicista seria quando as causas da criminalidade são explicadas a partir das falhas estruturais do sistema capitalista (desigualdade material, desemprego, pobreza etc.).[24] Ou seja, o capitalismo, ao marginalizar determinados setores da população do mercado de trabalho, seria responsável por fomentar situações de miséria econômica e social, fazendo com que os indivíduos integrantes desses grupos passassem a delinquir.[25]

---

18. YOUNG, Jock. Criminologia da classe trabalhadora. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). *Criminologia crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p. 106.
19. YOUNG, Jock. Obra citada, p. 109.
20. YOUNG, Jock, Obra citada, p. 110.
21. QUINNEY, Richard. O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). *Criminologia crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p. 236.
22. QUINNEY, Richard. Obra citada, p. 236-237.
23. LARRAURI, Elena. Obra citada, p. 118-119.
24. LARRAURI, Elena. Obra citada, p. 119.
25. LARRAURI, Elena. Obra citada, p. 120.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Não obstante as objeções formuladas contra a Criminologia Crítica, a criminóloga espanhola entende que a versão economicista/determinista do marxismo não foi adotada pela "nova criminologia" nem pela Criminologia Crítica que se desenvolveu na sequência. Primeiro, porque os teóricos representantes dessas vertentes – em especial, Taylor, Walton e Young – afirmariam a existência de relações dialéticas entre infra e superestrutura, influenciadas reciprocamente, sem que uma pudesse prevalecer sobre a outra. Segundo, porque os autores mencionados recomendavam estudos criminológicos focados simultaneamente em fatores estruturais (macrossociais) e microssociais, que contemplassem as subjetividades dos indivíduos.[26]

Esses debates, inicialmente travados nos Estados Unidos e nos países europeus, repercutiram no Brasil: penalistas e criminólogos, ao entrarem em contato com as obras e os autores destacados, passaram a examinar o sistema de justiça criminal a partir da elaboração de vertentes críticas. Juarez Cirino dos Santos, por exemplo, foi responsável por trazer as reflexões da Criminologia Radical para a realidade brasileira, valendo-se dos aportes oferecidos por Taylor, Walton e Young (entre outros teóricos).

Para o referido autor, o compromisso primário da Criminologia Radical seria a abolição das desigualdades sociais (entre riqueza e poder), de tal sorte que a solução para o problema do crime dependeria necessariamente do fim da exploração econômica e da opressão política de classe.[27] Ao lado de tal compromisso, menciona tarefas complementares, tais como a produção de teorias capazes de auxiliar a classe trabalhadora e o conjunto de setores sociais subalternos e marginalizados, na tentativa de fundar uma sociedade verdadeiramente democrática, desmitificando o sistema de controle social penal e sua natureza classista.[28] Trata-se, portanto, de uma corrente criminológica que, em seu projeto científico, tem a finalidade de produzir uma teoria materialista do Direito e do Estado nas sociedades capitalistas, centrada na contradição fundamental entre capital e trabalho assalariado.[29]

Ao estudar o papel do Direito como a fonte de controle social dos processos de trabalho e das práticas criminosas, a Criminologia Radical emprega as categorias

26. LARRAURI, Elena. Obra citada, p. 120-121.
27. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006. p. 36.
28. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*, cit., p. 36-37.
29. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*, cit., p. 38.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

fundamentais da teoria marxista, definindo-o como instituição superestrutural de reprodução das relações de produção.[30] Nas palavras de Cirino:

> "O estudo do crime e do controle social no capitalismo se baseia na divisão da sociedade em classes (estrutura econômica) e na reprodução das condições de produção, fundadas na separação capital/trabalho assalariado, pelas instituições jurídicas e políticas do Estado, que proscrevem práticas contrárias às relações de produção e de reprodução social. Assim, o estudo do crime e do controle social não se reduz aos tipos legais de crimes, mas compreende o tipo *social* de autor (posição de classe), o tipo de sociedade (formação econômico-social), seu estágio de desenvolvimento (nível tecnológico), o papel da formação econômico-social no mercado mundial (posição na relação imperialismo/dependência), as funções na divisão internacional do trabalho (fornecedor de matéria-prima e de mão-de-obra ou exportador de capitais) etc."[31]

Ainda que não se declare expressamente como representante da Criminologia Radical, as críticas feitas por Nilo Batista são similares, ao expor a relação entre capitalismo e sistema penal: historicamente, o primeiro teria recorrido ao segundo para realizar duas operações essenciais, quais sejam, a garantia de mão de obra e o impedimento da cessação do trabalho. Assim, em suma, criminalizava-se o pobre que não se convertesse em trabalhador (por meio do delito de vadiagem) e, ao mesmo tempo, o trabalhador insatisfeito com o seu labor (mediante o delito de greve).[32] Embora essa constatação pareça excessivamente genérica, seria possível verificá-la em diversos períodos da história brasileira,[33] os quais demonstram que o sistema penal e o funcionamento de suas punições encontram-se intimamente vinculados à questão da pobreza.[34] Para além disso,

30. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*, cit., p. 39.
31. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*, cit., p. 40.
32. BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 35.
33. "No Brasil, abolida a escravidão, e proclamada a república, o Código Penal de 1890 trazia a mesma receita: em seu artigo 399 punia a *vadiagem*, e em seu artigo 206 punia a *greve* [...]" (BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*, cit., p. 36).
34. "Para a maioria dos brasileiros – do escravismo colonial ao capitalismo selvagem contemporâneo – a punição é um fato cotidiano. [...] Os brasileiros pobres conhecem bem isso. Ou são presos por vadiagem, ou arranjem rápido emprego e desfrutem do salário mínimo (punidos *ou* mal pagos). Depois que já estão trabalhando, nada de greves para discutir o salário mínimo (punidos *e* mal pagos)" (BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*, cit., p. 38-39).

Uso exclusivo IBCCRIM

a criminalização cindida entre a normalização do trabalhador e a exclusão do "resto" não produtivo da sociedade reproduz uma dinâmica que, como será visto à frente, transcende a perspectiva classista, mas, ainda assim, mantém-se enquanto estabilidade discursiva ao longo das sucessivas mudanças do sistema de criminalização.

Veja-se, dessa forma, que a origem da Criminologia Crítica está associada aos conceitos do marxismo (capital, luta de classes, proletariado etc.), os quais interferiram diretamente nas conclusões dessa teoria criminológica. Significa dizer que, por muitos anos, os estudos críticos acerca da questão criminal se concentraram em dois fatores interligados: a divisão da sociedade em classes e a essência seletiva do sistema de justiça criminal.

Contudo, essa orientação prioritária – de viés econômico e classista – teve como consequência a invisibilidade de outras esferas de opressão e discriminação, tais como a de raça, de gênero e sexualidade, entre outras vulnerabilidades que demarcam o *sujeito* abordado pela criminologia crítica, seja ele criminoso, seja ele vítima.

3. O que criminólogos críticos brasileiros dizem sobre Foucault?

Este tópico é, em partes, inspirado nas constatações realizadas por Flávio Bortolozzi Júnior, que, em sua tese de doutoramento, ressalta a problemática recepção de Foucault pela criminologia, em especial aquela de viés crítico.[35] Antes de ingressar nos criminólogos críticos brasileiros, propriamente ditos, é preciso expor as razões pelas quais determinados autores estão incluídos (ou excluídos) da análise deste artigo. Apesar das dificuldades de mapear a produção criminológico-crítica no Brasil, alguns autores têm definido que criminólogos de inclinação marxista foram responsáveis por difundir o pensamento criminológico-crítico, como Roberto Lyra Filho e Juarez Cirino dos Santos.[36] Nesse contexto, Vera Andrade menciona Juarez Cirino dos Santos, Nilo Batista e Juarez Tavares como intelectuais que incorporaram o criticismo às ciências criminais, produzindo obras que representaram uma ruptura com a tradicional manualística da dogmática

35. BORTOLOZZI JÚNIOR, Flávio. *"Resistir para re-existir":* criminologia (d)e resistência diante do governamento necropolítico das drogas. Tese (Doutorado em Direito). Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2018. p. 9-19.

36. Nesse sentido, conferir: LEAL, Jackson da Silva. *Criminologia da libertação*: a construção da criminologia crítica latino-americana como teoria crítica do controle social e a contribuição desde o Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 414-430.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

penal.[37] O pioneirismo dos três autores citados também é lembrado por Vera Malaguti Batista, ao abordar a história da criminologia crítica brasileira.[38]

Entendemos que num espaço restrito de um artigo não seria possível investigar a totalidade do pensamento criminológico-crítico desenvolvido no Brasil[39] e, por isso, optamos pelos autores que representaram pioneirismo nessa perspectiva teórica. Dessa análise, excluímos Nilo Batista e Juarez Tavares, por se tratar de autores mais afeitos à dogmática penal do que à criminologia. A manutenção de Juarez Cirino dos Santos e Roberto Lyra Filho se justifica por conta da influência de tais autores na criminologia, para além das contribuições que se deram na dogmática penal. Noutro giro, incluímos na revisão bibliográfica Vera Andrade e Vera Malaguti, por duas razões principais: i) primeiramente, o machismo acadêmico que impera nas ciências criminais acaba por silenciar importantes contribuições de criminologas[40]; ii) ainda que as autoras elencadas não se intitulem dessa forma, e por mais que tenham adquirido destaque na década de 1990 (e não na década de 1980, como Cirino e Lyra Filho), é evidente que ambas – docentes da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), respectivamente – foram (e ainda são) autoras protagonistas na construção de olhares críticos em relação à criminologia brasileira.

Uma vez feita a designação das autoras e dos autores que fazem parte da pesquisa empreendida neste artigo, é necessário explicitar que o espaço amostral será formado unicamente por livros com abordagem criminológica de autoria

37. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 100.

38. BATISTA, Vera Malaguti. A escola crítica e a criminologia de Juarez Cirino dos Santos. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (Org.). *Estudos críticos sobre o sistema penal*: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário. Curitiba: LedZe, 2012. p. 125.

39. Embora a menção seja feita no singular (criminologia crítica), a posição assumida neste trabalho é de que não há que se falar em "uma" criminologia crítica, mas em diversas possibilidades de abordar a questão criminal de forma crítica (criminologias críticas). Se, no surgimento desse pensamento, sua singularidade estava restrita ao *approach* marxista, contemporaneamente ele está influenciado por uma multiplicidade de teóricos e vertentes.

40. SÁ, Priscilla Placha. As ciências penais têm sexo? Têm, sim senhor! *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 280, mar. 2016. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5726-As-ciencias-penais-tem-sexo-Tem-sim-senhor]. Acesso em: 12.10.2019.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

de Juarez Cirino dos Santos[41], Roberto Lyra Filho[42], Vera Andrade[43] e Vera Malaguti.[44] Assim, foram descartados artigos científicos de tais intelectuais que eventualmente tenham sido publicados em periódicos, ou como capítulos de livros (coletâneas). A busca realizada pressupõe dois momentos distintos. Primeiro, verificar em cada um dos livros selecionados se houve (ou não) citação de Michel Foucault. Adiante, apresentar – ainda que de maneira breve – como os criminólogos e as criminólogas em questão expõem as ideias do filósofo francês.

41. *Direito penal – Parte geral*, *A criminologia da repressão*, *A criminologia radical* e *As raízes do crime*. Explicamos que a preservação do livro dogmático de Cirino se deve ao fato de que o autor mantém capítulos específicos que versam sobre temas criminológicos, como o controle social exercido pelas prisões (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia da repressão*. Rio de Janeiro: Forense, 1979; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *As raízes do crime*: um estudo sobre as estruturas e as instituições de violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal* – Parte geral. 4. ed. rev. e amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
42. *Criminologia dialética*. Não obstante a vastidão de sua obra, é importante observar que ela transcende as ciências criminais, alcançando outras áreas, como Teoria do Direito, Filosofia do Direito, Sociologia Jurídica, e Ensino Jurídico. O livro supracitado parece ser o único voltado exclusivamente à Criminologia, para além de seus artigos publicados em periódicos, que não fazem parte da presente pesquisa (LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972).
43. *Sistema penal máximo x cidadania mínima*, *A ilusão da segurança jurídica* e *Pelas mãos da criminologia*. Justificamos a ausência de *Dogmática jurídica*, por se tratar de um livro que aborda a dogmática sob um ponto de vista filosófico, e não criminológico (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima*: códigos de violência na era da globalização. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012).
44. *Difíceis ganhos fáceis*, *O medo na cidade do Rio de Janeiro* e *Introdução crítica à criminologia brasileira*. (BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003; BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011; BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*: dois tempos de uma história. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

Como resultado da investigação, apresentamos a seguinte tabela sintética:

Nome do criminólogo ou criminóloga	Nome do livro e ano de publicação	Há citação de Foucault?	Se a resposta for sim, qual obra?
Juarez Cirino dos Santos	*A criminologia da repressão* (1979)	Não	*Prejudicado*
	As raízes do crime (1984)	Sim	*Vigiar e punir* (1977 – Vozes)
	A criminologia radical (2006)	Sim	*Vigiar e punir* (1977 – Vozes)
	Direito penal – Parte geral (2010)	Sim	*Vigiar e punir* (1977 – Vozes)
Roberto Lyra Filho	*Criminologia dialética* (1972)	Não[45]	*Prejudicado*
Vera Andrade	*Pelas mãos da criminologia* (2012)	Sim	*Vigiar e punir* –Vozes (1987)
	A ilusão de segurança jurídica (2015)	Sim	*Vigiar e punir* –Vozes (1987)
	Sistema penal máximo x cidadania mínima (2016)	Sim	*Vigiar e punir* –Vozes (1987)
Vera Malaguti	*O medo na cidade do Rio de Janeiro* (2003)	Sim	*A ordem do discurso* (Loyola, 2001) *Dits et écrits* (Gallimard, 1994) *Em defesa da sociedade* (Martins Fontes, 1999) *História da loucura* (Perspectiva, 1978) *História da sexualidade I* (Graal, 1977) *Microfísica do poder* (Graal, 1982)

45. A ausência de Foucault neste livro de Lyra Filho pode ser explicada pela data de publicação de *Vigiar e punir*, que se deu em 1975.

Nome do criminólogo ou criminóloga	Nome do livro e ano de publicação	Há citação de Foucault?	Se a resposta for sim, qual obra?
Vera Malaguti			*Os anormais* (Martins Fontes, 2002) *Vigiar e punir* (Vozes, 1977)
	Difíceis ganhos fáceis (2003)	Sim	*Vigiar e punir* (1977 – Vozes)
	Introdução crítica à criminologia brasileira (2011)	Sim	*Em defesa da sociedade* (Martins Fontes, 1999) *História da sexualidade I* (Graal, 1977) *Vigiar e punir* (Vozes, 1977)

Verifica-se, inicialmente, que a leitura de Juarez Cirino acerca de Foucault está concentrada em *Vigiar e punir*, como demonstrado anteriormente. Diante disso, Cirino entende que Foucault deu uma contribuição radical para esboçar uma teoria materialista da ideologia da época capitalista, como disciplina da força de trabalho.[46] Então, Foucault apresentaria a disciplina como ideologia do controle social na sociedade capitalista, a partir de fundamentos materialistas,[47] o que – em sua compreensão – representaria pontes de diálogo com a Criminologia Radical.[48] Percebe-se, por conseguinte, que o filósofo francês é utilizado por Cirino como aporte teórico de uma abordagem materialista-marxista do crime e da punição, buscando explicar as funções latentes ("reais") que o sistema de justiça criminal desempenha em sociedades capitalistas.

46. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006. p. 63.

47. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*, cit., p. 77.

48. "Dois séculos de fracasso do aparelho penal, indicado pela manutenção da delinquência, a indução da reincidência e a transformação do infrator ocasional em delinquente habitual, coexistem com dois séculos de manutenção do mesmo projeto fracassado. Neste ponto, a teoria de Foucault reencontra as grandes linhas da Criminologia Radical, porque a explicação desse fenômeno está na distinção entre *objetivos ideológicos* (aparentes) e *objetivos reais* (ocultos) da prisão" (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*, cit., p. 81).

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

Ao discorrer sobre a violência institucional praticada pelo Poder Judiciário, Juarez Cirino conclui que o aparelho judicial aprecia os casos penais de acordo com a posição de classe do acusado, de tal forma que membros de classes dominadas são rigorosamente punidos e, por outro lado, membros das classes dominantes ou ligados aos processos de acumulação do capital são imunizados de quaisquer sanções de ordem criminal. Diante disso, Cirino afirma que esse aparato produz uma "justiça de classe" característica de sociedades capitalistas, fenômeno que Foucault define como "gestão diferencial da criminalidade".[49]

O cárcere, por sua vez, é concebido pelo criminólogo mencionado como um projeto técnico-disciplinar, cuja manutenção fundamentaria a distinção entre objetivos ideológicos (repressão e redução da criminalidade) e objetivos reais do sistema carcerário (seleção de condutas criminalizadas como tática de submissão ao poder). Assim, o fracasso histórico dos objetivos ideológicos esconderia os objetivos reais do referido sistema.[50] Apesar de aparentemente "acoplar" Foucault em suas reflexões, Cirino destaca uma suposta falha na análise foucaultiana, por não vincular a disciplina produzida no panóptico à organização capitalista do trabalho.[51]

De acordo com a posição adotada por Juarez Cirino, a disciplina e a prisão não poderiam ser explicadas por si mesmas, como produtos da imaginação punitiva do ser humano, mas como frutos da administração capitalista do trabalho na fábrica, em que trabalhadores estão submetidos à autoridade do detentor dos meios de produção, funcionamento que se estenderia à sociedade. Essa organização social funcionaria como núcleo ideológico das instituições de controle social da sociedade civil, responsáveis pela manutenção e por uma força de trabalho dócil e útil.[52]

Aproximando-se parcialmente das considerações de Cirino, Vera Andrade, ao abordar Foucault, insere esse autor num viés materialista político-econômico

49. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *As raízes do crime*: um estudo sobre as estruturas e as instituições de violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 142.

50. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *As raízes do crime*, cit., p. 157-158.

51. "A falha da análise de Foucault, resultante do idealismo básico de sua posição estruturalista, residiria na incapacidade de ligar a disciplina produzida pelo panótico à organização capitalista do trabalho, surgindo como um conceito 'caído do céu, que, em certa medida, *esconde a luta de classes* nas relações de produção (estrutura econômica) e de controle social (superestruturas jurídicas e políticas do Estado), conforme a mesma crítica de Melossi" (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *As raízes do crime*, cit., p. 153).

52. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal – Parte geral*. 4. ed. rev. e amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 456.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

entre as "histórias revisionistas" – que apresentam a história oficial da ótica do poder, do controle e da dominação –, acompanhado por Rusche, Kirchheimer, Melossi e Pavarini. Para Andrade, a reforma iluminista e a fundação do sistema penal moderno decorreram de transformações no sistema social, de tal forma que suas funções declaradas ocultam funções latentes.[53]

Apesar de tais definições, Andrade reconhece que há uma certa distância de Foucault em relação à explicação marxista, pois sustenta que a justiça penal moderna não pode ser considerada resultante de ideias reformistas (enfoque idealista) ou das transformações econômicas (enfoque marxista), mas da complexa espiral poder-saber. Nessa perspectiva, a transição do século XVIII para o século XIX não significaria a passagem de uma punição "bárbara" para uma punição "mais humanizada", mas um deslocamento qualitativo da pena, que passa a incidir não mais sobre o corpo, e sim sobre a alma.[54]

Conforme demonstrado anteriormente, entre os criminólogos selecionados, Vera Malaguti parece ser a intelectual que apresenta maior contato e familiaridade com a obra de Foucault em seu todo, sobretudo considerando que sua leitura vai além de *Vigiar e punir*. A referida criminóloga afirma que a criminologia crítica trabalha o século XIII como um marco nas relações de poder, pois o surgimento da pena pública confiscaria o conflito da vítima, reconfigurando as dinâmicas do poder punitivo.[55] Não obstante suas reflexões ultrapassem o livro mencionado, ao que tudo indica, Malaguti entende que Foucault possui uma "formação marxista" que teria lhe permitido compreender a microfísica do poder.[56]

---

53. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 191-192.

54. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*, cit., p. 195-197.

55. "A questão criminal se relaciona então com a posição de poder e as necessidades de ordem de uma determinada classe social. Assim, a criminologia e a política criminal surgem como um eixo específico de racionalização, um saber/poder a serviço da acumulação de capital. A história da criminologia está, assim, intimamente ligada à história do desenvolvimento do capitalismo. É nessa cadência, nesse baião de Marx com Foucault, que a criminologia crítica, em especial a de Zaffaroni, trabalha o século XIII como um marco na mudança das relações de poder" (BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 23).

56. "Ao contrário de parte da esquerda dos anos 1970 que ampliou o poder punitivo na ilusão de *punir os poderosos*, Foucault entendeu precocemente as novas estratégias de controle social. Só com sua formação marxista, a partir do livro de Rusche e especificamente naquela visão sobre a disciplina na prisão na economia política do corpo, é

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Esclarece, ainda, que a passagem dos suplícios para a formação do sistema penal moderno não representou mera "evolução" do aparato punitivo, ou, ainda, a sua humanização, mas um refinamento da própria punição: "[...] não punir menos, mas punir melhor; e inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir".[57] Ademais, nota-se que o aporte teórico foucaultiano é utilizado pela autora para analisar a difusão do medo na cidade do Rio de Janeiro em dois períodos: uma história de medo na corte imperial e uma onda contemporânea de pânico na cidade, no início dos anos 2000, ambas utilizadas como suporte argumentativo para justificar uma política de segurança pública bélica e voltada, prioritariamente, contra a população negra.[58] Malaguti explora um determinado período no século XIX em que se inicia a centralização conservadora no exercício do poder policial, com a criação da Guarda Nacional, diante da necessidade de controlar rebeliões populares e a circulação do povo nas ruas da sede do Império. Vejamos:

> "Enfim, povo na rua, ruas de medo. Foucault nos falava de como, a partir do século XIX na Europa, as cerimônias de execução pública tornam-se perigosas; a solidariedade popular com os delinquentes abre caminho para os reformadores dos séculos XVIII e XIX. Uma nova estratégia é criada para o poder de castigar e seus objetivos principais são: fazer das punições e da repressão uma função regular, não punir menos mas melhor, introjetando no conjunto da sociedade o poder de punir. O regente Feijó tem compreensão deste processo: a brutalidade excessiva compromete a ordem que se quer manter."[59]

A par das ressalvas quanto à compreensão dos criminólogos e criminólogas brasileiros sobre Foucault, Malaguti é aquela que o incorpora de forma mais ampla, abrangendo outras obras para além de *Vigiar e punir*, abordando temas como a biopolítica, a microfísica do poder e o racismo de Estado. Ao fazê-lo, sua pretensão consiste em "[...] compreender estes processos no quadro da atualização da incorporação periférica no processo civilizatório".[60] Ou seja, Foucault é usado

---

que Foucault pôde desvendar aquela microfísica do poder" (BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*, cit., p. 93-94).

57. BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 49.

58. BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*: dois tempos de uma história. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 24-28.

59. BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*, cit., p. 144.

60. BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*, cit., p. 157.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

como referência não para transpor os períodos históricos europeus para a realidade latino-americana, mas para avaliar a recepção dos processos investigados por ele nas "periferias" do capitalismo.

4. Por que há uma disparidade entre as reflexões desses autores e o pensamento foucaultiano?

Antes de examinar pormenorizadamente a compreensão dos criminólogos críticos citados acerca de Foucault, é importante entender que esse autor, devido à vastidão de sua obra e à complexidade de seu pensamento, não pode ser reduzido a uma corrente teórica, muito menos pode ser rotulado como "um marxista", "um pós-moderno", "um materialista" (como sugeriu Vera Andrade), "um estruturalista", menos ainda como "um idealista" (como criticou Juarez Cirino). Nesse sentido, esclarecedoras as colocações de Paul Veyne, que procura desconstruir algumas impressões e leituras apressadas que são feitas a respeito de Foucault: i) não se tratava de um autor estruturalista, como fruto de uma tendência intelectual de 1968; ii) não buscava uma "ideologia oculta" em seus estudos;[61] iii) não acreditava em uma (e única) "grande narrativa" da qual se derivam verdades absolutas.[62]

Diante de tais ressalvas, não é difícil visualizar certas impropriedades, por parte dos criminológos críticos em destaque, ao tentarem conciliar seu *background* teórico (indiscutivelmente marxista) com as reflexões foucaultianas. Isso não significa que não existam possibilidades de diálogos entre Marx e Foucault[63],

61. VEYNE, Paul. *Foucault*: o pensamento, a pessoa. Trad. Luís Lima. Lisboa: Texto & Grafia, 2009. p. 9.

62. "Foucault não foi o inimigo do homem e do sujeito humano que se julgou que fosse; considerava, simplesmente, que esse sujeito não podia fazer cair do céu uma verdade absoluta nem agir soberanamente na constelação das verdades; que só podia reagir contra as verdades e as realidades da sua época ou inovar sobre elas. [...] Se preferirmos, este pretenso adepto do Maio de 68 foi um empirista e um filósofo do entendimento, por oposição a uma ambiciosa Razão. Ele formula, de modo quase inconfesso, uma concepção geral da condição humana, da sua liberdade reactiva e da sua respectiva finitude; o foucaultismo é, na verdade, uma antropologia empírica que tem a sua coerência e cuja originalidade reside em ser fundada sobre a crítica histórica". VEYNE, Paul. Obra citada, p. 9-10.

63. O próprio Foucault explicitaria sua posição sobre a teoria marxista enquanto uma hermenêutica possível da modernidade. Nesse sentido, o autor aponta em sua obra o que os três autores (Marx, Nietzsche e Freud) têm em comum: a postura desconfiada e crítica em relação à primazia da razão, seja pelo viés da ideologia (Marx), da vontade de saber

Uso Exclusivo do IBCCRIM

mas que suas diferenças precisam ser superadas e expostas na produção acadêmica criminológica, sobretudo para fins metodológicos, o que não ocorre nas obras citadas. Se Marx possui uma linha de certa continuidade em seu pensamento, o mesmo não pode ser dito acerca de Foucault, pensador que possui fases muito diferentes e uma metodologia própria ao abordar seus problemas de pesquisa.

A continuidade da obra foucaultiana pode ser vista, entretanto, em seu objeto principal de estudo: o sujeito. É que, conquanto seja conhecido como o teórico do poder, o que o pensamento foucaultiano trabalha em sua horizontalidade é a questão da historicidade da subjetividade. Assim, pode-se dizer que "[...] .a obra de Foucault é, na verdade, um esforço de elaboração da história do presente, e para isso ele se volta à questão do sujeito, embora a partir de diferentes recortes que se foram alterando ao longo de sua produção".[64]

Outra diferença marcante é que Marx, mesmo sendo um representante do materialismo histórico-dialético, aposta em "grandes narrativas", o que certamente não se verifica em Foucault: ao partir de problemas concretos e se debruçar sobre fontes históricas, esse autor pretende fugir de qualquer universalização, fazendo análises tendo como ponto de partida um dado momento histórico. É nessa linha de pensamento, inclusive, que Foucault, em seu momento inicial de produção, busca situar o conceito de *episteme*, como fundação epistemológica que permitiria o pensar e o agir, em suma, o regime de verdade existente em determinado contexto histórico em análise.[65]

Os intérpretes de Foucault costumam dividi-lo em fases, embora esse detalhe pareça ser ignorado pela criminologia crítica majoritária. Nos anos 1960, seus

(Nietzsche), seja pelo inconsciente (Freud). Tais autores são considerados como os pais da dúvida, ou seja, aqueles que, no seio de um paradigma que buscava certezas e verdades, instauram um movimento interpretativo contínuo de colocação em questão dos saberes constituídos como modo de (des)construção do conhecimento. (FOUCAULT, M. Nietzsche, Freud, Marx. In: FOUCAULT, M. *Ditos e escritos II*. Trad. Elias Monteiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 40-55).

64. FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho*: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002. p. 89.

65. "Voltando um pouco no tempo, eu definiria épistémè como o dispositivo estratégico que permite escolher, entre todos os enunciados possíveis, aqueles que poderão ser aceitáveis no interior, não digo de uma teoria científica, mas de um campo de cientificidade, e a respeito de que se poderá dizer: é falso, e verdadeiro. É o dispositivo que permite separar não o verdadeiro do falso, mas o inqualificável cientificamente do qualificável" (FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* Trad. e org. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 247).

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

estudos estão concentrados no discurso. Para além de um mero conjunto de signos manifestados por um sujeito pensante e conhecedor daquilo que fala, o filósofo francês entende os discursos enquanto práticas que constroem os objetos de que falam,[66] constituindo-se um espaço de exterioridade em que se detecta a dispersão do sujeito, inserido em redes de lugares distintos.[67] Assinala, ainda, que existe uma série de procedimentos que permitem o seu controle, sendo um deles determinar suas condições de funcionamento, de tal forma que ninguém ingressa na ordem do discurso sem satisfazer certas exigências ou se não for qualificado para fazê-lo.[68]

Uma segunda fase, referente aos anos 1970, tem sua centralidade no poder, cuja dimensão passa a ser integrada em suas análises de discurso. Vai-se de uma arqueologia do saber (a análise das sucessivas *epistemes* que permitem perceber descontinuidades e permanências históricas nos regimes de saber), para uma *analítica do poder*, com a seguinte definição de seu objeto,

> "[...] concepção do poder que substitua o privilégio da lei pelo ponto de vista objetivo, o privilégio da interdição pelo ponto de vista da eficácia tática, o privilégio da soberania pela análise de um campo múltiplo e móvel de correlações de força, onde se produzem efeitos globais, mas nunca totalmente estáveis, de dominação. O modelo estratégico ao invés do modelo do direito."[69]

O poder – histórico, inserido num determinado tempo-espaço –, para Foucault, não está restrito, portanto, às suas esferas jurídica e política. Não tem uma origem específica, muito menos está concentrado em um sujeito (ou alguns sujeitos) ou em uma instituição (ou algumas instituições), tratando-se de um poder microfísico, pulverizado, que se verifica em diversas manifestações.[70] Em uma

66. "Certamente os discursos são feitos de signos, mas o que fazem é mais que utilizar esses signos para designar as coisas. É esse *mais* que os torna irredutíveis à língua e ao ato da fala. É esse 'mais' que é preciso fazer aparecer e que é preciso descrever" (FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 56).
67. FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*, cit., p. 61-62.
68. FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 24. ed. São Paulo: Loyola, 2014. p. 34-35.
69. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*: a vontade de saber, Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e JA Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988. p. 113.
70. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 4. ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

de suas obras – seguramente, aquela mais conhecida e citada pela criminologia crítica –, as reflexões estão voltadas à investigação sobre o poder punitivo, destacando o papel do saber criminológico moderno na definição de novas estratégicas sobre o controle do corpo dos sujeitos tidos como delinquentes, e ainda, na formação de uma sociedade disciplinar.[71]

Nessa analítica do poder, o autor apresenta, ao menos, três modalidades de organização de um poder que é, como visto, conceito muito mais amplo do que a proibição e o controle legal direto. Ao poder soberano[72], aquele que simplesmente interdita e faz morrer, Foucault acrescentará a disciplina, centro argumentativo da obra *Vigiar e punir*, e a biopolítica, apresentada já ao final dos anos 1970, enquanto o autor elabora seu pensamento sobre a entrada em cena das técnicas de governo que prezam pela norma (em sentido amplo), instituindo a previsibilidade, a estatística, a prescrição não só de condutas individuais, mas de grandes movimentos coletivos de gestão da vida e da morte:

> "Teremos, então, duas séries: a série corpo – organismo – disciplina – instituições; e a série população – processos biológicos, mecanismos reguladores/assecuratórios – Estado. Um todo orgânico institucional: a organodisciplina da instituição se quiserem e, do outro lado, um conjunto biológico e estatal: a biorregulação pelo Estado. [...] esses dois conjuntos de mecanismos, um disciplinar e o outro regulador, não estão no mesmo nível, o que permite a eles, precisamente, não se excluir e poder se articular um sobre o outro."[73]

---

71. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* história da violência nas prisões. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

72. "Em certo sentido, dizer que o soberano possui um direito de vida e de morte significa, no fundo, que ele pode fazer morrer e deixar viver; em todo caso, que a vida e a morte não são fenômenos naturais, imediatos, de alguma forma originários e radicais, que cairiam fora do campo do poder político.[...] em relação ao poder, o sujeito não está, de pleno direito, nem vivo nem morto". Tradução livre de "En un sens, dire que le souverain a droit de vie et de mort signifie, au fond, qu'il peut faire mourir et laisser vivre; en tout cas, que la vie et la mort ne sont pas de ces phénomènes naturels, immédiats, en quelque sorte originaires ou radicaux, qui tomberaient hors du champ du pouvoir politique [...] vis-à-vis du pouvoir, le sujet n'est, de plein droit, ni vivant ni mort" (FOUCAULT, Michel. *Il faut défendre la société*. p. 158).

73. Tradução livre de "On a donc deux séries : la série corps – organisme – discipline – institutions ; et la série population – processus biologiques – mécanismes régularisateurs* – État. Un ensemble organique institutionnel : l'organo-discipline de l'institution si vous voulez, et d'un autre côté, un ensemble biologique et étatique : la bio-régulation par l'État. [...] D'autre part, ces deux ensembles de mécanismes, l'un disciplinaire, l'autre régularisateur, ne sont pas de même niveau. Ce qui leur permet, précisément, de ne pas

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Cumpre, por fim, entender que, nesse cenário de preocupação com o corpo e com a vida, o que está em jogo não é um conceito "natural", mas um construto histórico, um discurso acerca do que é (e do que não é) vida, que servirá de base para as estratégias de governo em níveis infinitesimais. Servirá, em suma, para a constituição dos sujeitos enquanto tais. O conceito de racismo de Estado revela, portanto, que no seio da biopolítica está um conceito de vida que não necessariamente diz respeito a uma vida naturalizada, revelando uma circunscrição normativa daquilo que será visto enquanto digno de cuidado. É nesse sentido, inclusive, que Foucault nomeia seu curso "Il faut défendre la société", que no Brasil foi traduzido para "Em defesa da sociedade"[74], mas que seria melhor compreendido como "Deve-se defender a sociedade", já que essa aludida sociedade não corresponde à soma de seres humanos, mas sim a um determinado conjunto escolhido de indivíduos, um "nós" em detrimento de um "eles", um corpo a ser preservado da invasão estrangeira.

Assim, o Racismo de Estado seria uma distinção fundamental acerca de quem se deve fazer viver e quem se pode deixar ou fazer morrer, um controle sobre a vitalidade e mortalidade em uma sociedade "sobre seus próprios elementos, sobre seus próprios produtos; um racismo interno, aquele da purificação permanente, que será uma das dimensões fundamentais da normalização social".[75]

Por fim, a última fase do pensamento de Michel Foucault, voltada às técnicas de constituição de si e plasmada na série inacabada – por sua morte prematura em 1984 – intitulada *História da sexualidade*, esboça um projeto de se pensar, em um nível carnal e, ao mesmo tempo, macrossociológico, as modalidades de gestão dos saberes e prazeres, as relações entre o saber e o corpo que atravessaram a história. De acordo com um *pedido de inserção* (*prière d'inserer*) anexado por Foucault nos manuscritos originais e reproduzido no prefácio de Frédéric Gros (denominado *Aviso*, ou *Avertissement,* no original) ao volume IV da *História da sexualidade: as confissões da carne*, temos o seguinte mapa das obras II, III e IV, respectivamente:

---

s'exclure et de pouvoir s'articuler l'un sur l'autre" (FOUCAULT, Michel. *Il faut défendre la société*. (Cours au Collège de France, 1975-1976, Édition numérique, Le Foucault Életronique, 2001). Disponível em: [https://monoskop.org/images/9/99/Foucault_Michel_Il_faut_defendre_la_societe.pdf]. Acesso em: 12.10.2018. p. 165).

74. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

75. No original, "un racisme qu'une société va exercer sur elle-même, sur ses propres éléments, sur ses propres produits; un racisme interne, celui de la purification permanente, qui sera l'une des dimensions fondamentales de la normalisation sociale" (FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*, cit., p. 45).

USO EXCLUSIVO DOUTRINA

> "– *O uso dos prazeres* estuda a maneira como o comportamento sexual foi alvo de reflexão do pensamento grego clássico [...]. Como também o pensamento médico e filosófico elaborou esse 'uso dos prazeres' – *khrêsis aphrodisiôn* – e formulou alguns temas de austeridade que se tornariam recorrentes sobre quatro grandes eixos da experiência: a relação com o corpo, a relação com esposa, a relação com os garotos e a relação com verdade.
>
> – *O cuidado de si* analisa essa problematização nos textos gregos e latinos dos dois primeiros séculos de nossa era e a inflexão que tal problematização sofre em direção a uma arte de viver dominada pela preocupação de si mesmo.
>
> – *As confissões da carne* tratarão, enfim, da experiência da carne nos primeiros séculos do cristianismo, e do papel que elas possuem na hermenêutica e no deciframento purificador do desejo."[76]

Em suma, pode-se dizer que o pensamento de Foucault busca compreender de que maneira cada período, dispositivo, regimes de saber e poder, enfim, como toda essa maquinaria que vai muito além da lei acaba produzindo sujeitos, produzindo os corpos, desejos, lutas, narrativas, e assim por diante. O filósofo francês passa, para tanto, da compreensão dos regimes de verdade como produtos históricos à análise do poder enquanto elemento amplamente distribuído e intrínseco a todas as formas de relação, chegando, finalmente, ao papel do sujeito em sua relação com o corpo na constituição de si mesmo.

Conforme apresentamos no tópico anterior, inúmeros são os problemas de recepção do(s) pensamento(s) de Michel Foucault na criminologia crítica, sendo desafiador, no espaço de um artigo, abordar a totalidade dessas imprecisões (teóricas, metodológicas e epistemológicas) de forma exaustiva. A despeito disso, a leitura isolada (e diríamos, ainda, *viciada*) de *Vigiar e punir* fez com que Foucault fosse compreendido não a partir de sua obra e das nuances de sua perspectiva teórica, mas a partir de lentes marxistas utilizadas pela criminologia crítica brasileira. Estas, por sua vez, acabaram reduzindo o autor injustamente como um mero "apêndice" para legitimar grandes narrativas da criminologia crítica, como a tese da seletividade do sistema penal e o funcionamento desse sistema, marcado pela dicotomia entre objetivos oficiais e objetivos ocultos.

Nesse ponto específico, reside um dos problemas mais sérios de criminólogos críticos brasileiros com Foucault. Sua análise histórica da punição e do surgimento das prisões não pressupõe a finalidade de "revelar" objetivos ocultos

76. Tradução livre de: FOUCAULT, Michel. *Histoire de la sexualité 4*: les aveux de la chair. Paris: Gallimard, 2018. p. II e III.

Uso Exclusivo do IBCCRIM

por detrás da ideologia dos discursos oficiais da pena, no sentido marxista deste conceito. Como recorda Paul Veyne, "[...] o método fundamental de Foucault consiste em compreender o mais exatamente possível o que o autor do texto quis dizer no seu tempo".[77] A criminologia crítica, calcada em bases teóricas marxistas, ignora essa minúcia e produz uma interpretação "própria" de Foucault, pondo-lhe uma roupagem marxista que é criticada pelo próprio autor em diversas passagens de seus livros.

No mesmo sentido, a crítica elaborada por Flávio Bortolozzi Jr:

> "Nesta ótica, uma distinção metodológica resta evidente entre Michel Foucault e as concepções da criminologia marxista da época. Ao invés de tentar desenterrar os interesses de classes ocultos pela ideologia ou a lógica histórica 'real' por trás dos aparelhos punitivos (como propõe Melossi e Pavarini em Cárcere e Fábrica), Foucault buscou apresentar os discursos e práticas que o próprio governo professou. Ou seja, não se desenvolve em Michel Foucault um julgamento sobre o que é verdadeiro em relação ao que é ideológico, mas sim um mapeamento do que é considerado verdadeiro pelo regime de poder em análise.
>
> Michel Foucault evidencia em Vigiar e Punir que esta 'verdade' orientou o governo, moldou técnicas e determinou os resultados a serem alcançados, e que formaram os sujeitos imaginados para existir e aqueles que deveriam ser criados.
>
> Não há assim, por exemplo, uma reprovação de Bentham ou dos criminólogos clássicos, ao menos não no sentido de suas intervenções como 'falsas representações da realidade', como 'ideológicas' no sentido marxista.
>
> Críticas nesta perspectiva seriam contrárias à metodologia foucaultiana, pois pressuporiam a adoção de um determinado regime de verdade capaz de revelar o engodo e as ilusões ideológicas arquitetadas por uma classe dominante em detrimento de outra, a partir do conflito de classes. A pretensão que orienta Vigiar e Punir é a de estabelecer uma análise de um determinado diagrama de poder, juntamente com suas premissas e racionalidade, conforme estabelecido por Bentham e outros."[78]

Não menos relevante, uma segunda insuficiência que pode ser constatada diz respeito à abordagem linear que criminólogos conferem a Foucault em *Vigiar e punir*, como se houvesse uma suposta "evolução" na passagem dos suplícios – em

77. VEYNE, Paul. Obra citada, p. 20.

78. BORTOLOZZI JÚNIOR, Flávio. Obra citada, p. 16-19.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

especial, o relato da execução violenta de Damiens na França do século XVIII[79] – para a sociedade disciplinar. Essa é uma aproximação desastrosa em relação ao pensamento foucaultiano, que, definitivamente, não lê a história de forma contínua e linear, mas sobretudo em suas rupturas e descontinuidades.[80] A pretensão de Foucault é esquadrinhar as regras de funcionamento das *epistemes*, do discurso de cada época, é compreender os regimes de poder que se enfeixaram para formar os discursos da penalidade, da segregação celular, da ressocialização, e assim por diante. Em suma, o que Foucault busca em *Vigiar e punir* é mostrar como a prisão é um dispositivo, ou seja, um

> "Conjunto decididamente heterogêneo, contendo discursos, instituições, arranjos arquiteturais, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas, enfim: o dito e também o não dito: eis os elementos de um dispositivo. O dispositivo ele mesmo é a rede que podemos estabelecer entre esses elementos [...] um tipo de formação que, em um dado momento, tem por função maior responder a uma urgência."[81]

Isso insere a problemática da prisão em um quadro crítico muitíssimo mais complexo do que meramente considerá-la como reflexo de uma necessidade econômica. A prisão, inclusive, é a faceta visível e normativa de um discurso bem mais amplo, que envolve os diversos saberes – arquitetônicos, médicos, políticos, religiosos etc. – envolvidos em sua constituição e manutenção, permeada por descontinuidades e permanências, acoplando-se taticamente a discursos e práticas diversas e, em suma, constituindo um dispositivo em forte diálogo com outros dispositivos presentes em cada tempo.

---

79. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

80. A abordagem linear em comento – além de algumas ideias centrais do marxismo – é repudiada por Foucault em diversas passagens da *História da sexualidade* (FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade I*: a vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015. p. 125-139).

81. No original, "un ensemble résolument hétérogène, comportant des discours, des institutions, des aménagements architecturaux, des décisions réglementaires, des lois, des mesures administratives, des énoncés scientifiques, des propositions philosophiques, morales, philanthropiques, bref: du dit, aussi bien que du non-dit, voilà les éléments du dispositif. Le dispositif lui même, c'est le réseau qu'on peut établir entre ces éléments. [...] une sorte de – disons – formation, que, à un moment historique donné, a eu pour fonction majeure de répondre à une urgence" (FOUCAULT, Michel. Le jeu de Michel Foucault. In: FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits*: 1958-1984 (III: 1976-1979). p. 299).

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Novamente, pertinentes as considerações de Flávio Bortolozzi Jr.:

> "Não obstante este interpretação equivocada, também tornou-se corrente uma leitura que atribuía à obra foucaultiana uma perspectiva linear da história: a passagem da soberania para a sociedade disciplinar, uma *mudança epocal* que pode ser interpretada a partir do cotejamento da introdução da obra *vigiar e punir* – quando Michel Foucault relata a execução violenta de Damiens – com o aparecimento das práticas disciplinares nas instituições penitenciárias. Esta perspectiva linear é rechaçada pelo próprio Michel Foucault, na obra *História da Sexualidade I* e principalmente nos cursos que abordam a governamentalidade (ambos publicados com um grande atraso em relação ao livro *Vigiar e Punir*). Ao tempo que estes textos vieram ao público não francófono, esses equívocos já estavam profundamente arraigados."[82]

Apontadas algumas das falhas das inserções de Foucault no pensamento criminológico-crítico, passamos a tecer considerações finais, de modo a sintetizar os argumentos e as críticas desenvolvidas neste artigo.

5. Conclusão

As investigações sobre o surgimento da criminologia crítica demonstram que a maioria dos autores que se vinculou a essa perspectiva teórica tinha suas análises sobre as questões criminais influenciadas pelo marxismo, embora Marx nunca tenha se considerado "um criminólogo", muito menos estudado exaustivamente o funcionamento e a seletividade do sistema penal. Essa "herança" marxista fez com que criminólogos críticos – em especial aqueles que trouxeram a criminologia crítica para o Brasil – interpretassem Michel Foucault pela ótica marxista.

Em algumas passagens dos livros selecionados são nítidas as imprecisões epistemológicas, metodológicas e teóricas a respeito de Foucault. Em termos de epistemologia, esse filósofo não pode ser rotulado, de forma apressada e reducionista, como materialista, menos ainda enquanto idealista. Nesse sentido, é importante observar que os conceitos-chave desenvolvidos por Foucault (como a disciplina) não "caem do céu", como insinua parte da criminologia crítica. O conceito é formulado – e, de certa forma, testado – a partir de problemas concretos, períodos específicos situados numa dimensão espaço-tempo, bem como com o manejo de fontes históricas. As imprecisões sobre o referido autor têm esse pano de fundo, pois Foucault acaba sendo inserido teoricamente em perspectivas das quais ele mesmo se desvencilha em sua obra.

82. BORTOLOZZI JÚNIOR, Flávio. Obra citada, p. 19.

Na seara metodológica, os problemas persistem. Primeiro, porque os textos examinados não parecem definir, com clareza, as convergências e divergências entre Marx e Foucault, dando a impressão de que o diálogo entre esses teóricos seria algo evidente e perfeitamente compatível, quando existem diferenças notáveis entre eles e obras disponíveis do punho do próprio Foucault que nomeiam o lugar da teoria marxista em seu pensamento. Segundo, porque a falta de transparência sobre essa questão metodológica faz com que Foucault seja acoplado acriticamente às reflexões de Marx, ignorando distinções relevantes, como se fosse um apêndice ou um argumento complementar que reforçaria a seletividade do sistema penal em sociedades capitalistas e resumiria o problema da penalidade à questão econômica, ignorando as imensas disputas em torno de elementos como gênero, raça, sexualidade, e assim por diante. Terceiro, porque a leitura enviesada e restrita de *Vigiar e punir* faz com que a visão da criminologia crítica brasileira esteja descolada da complexidade do pensamento foucaultiano, que é esmiuçado em outros livros, cursos, palestras e coletâneas.

Há, ainda, pendências de ordem teórica. A interpretação que criminólogos críticos fazem de Foucault insinua que sua preocupação consiste em encontrar os "objetivos ocultos" da punição, por detrás dos "objetivos declarados" dos intelectuais da época que defendiam certas formas de punir (como Bentham). Essa abordagem, porém, pressupõe o conceito marxista de ideologia[83], bem como

83. O conceito de ideologia esposado por uma visão mecanicista do marxismo é alvo de interessantes e necessárias complexificações e críticas na coletânea de textos de Paul Ricoeur organizada por Hilton Japiassu, intitulada *Interpretação e ideologias*. Nela, o autor avança o uso do conceito de ideologia não como falsificação e mascaramento da realidade criado a partir das necessidades e experiências de uma classe dominante monolítica, mas indica a ideologia como fenômeno em relação dialética com a ciência e o fazer científico. Assim, a ideologia operaria a partir da "necessidade de um grupo social de conferir-se uma imagem de si mesmo [...]". Ela seria "a práxis social [...] movida pelo desejo de demonstrar que o grupo que a professa tem razão de ser o que é". Por fim, toda ideologia seria "simplificadora e esquemática". Com isso, o autor indica que o problema da ideologia estará intrinsecamente vinculado à questão da representação, algo inescapável a qualquer grupo constituído, e é a partir disso que deve ser feita sua leitura quando se pensa as diversas formas de dominação e poder existentes, bem como o papel da teorização. Justamente por isso, "a teoria social não pode desvincular-se por completo da condição ideológica: nem pode efetuar a reflexão total, nem tampouco aceder ao ponto de vista capaz de exprimir a totalidade que a subtrairia à mediação ideológica, a que estão submetidos os outros membros do grupo social". Tal ideia coadunaria fortemente com o já esgrimido conceito de épistémè foucaultiano, ou seja, o próprio pensar é histórico e nunca pode se desvincular por completo das categorias que o tornam possível. Logo, pode-se perceber que a leitura foucaultiana não representa

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

seus desdobramentos para a compreensão do funcionamento do sistema penal (com funções declaradas e funções latentes). Conforme foi exposto, Foucault se preocupa em entender por que certo autor defendia certas ideias em um período histórico específico, e como isso contribuiu para a operação dos mecanismos de poder da época em que se debruça.

Confirma-se, portanto, a hipótese inicial de que a criminologia crítica brasileira recepcionou Michel Foucault apenas a partir de um de seus livros (*Vigiar e punir*), pondo suas ideias em trilhos marxistas. Isso fez com que sua recepção, em termos criminológicos, se tornasse absolutamente deficitária e reducionista em relação à totalidade do seu pensamento, ainda que marcado por descontinuidades. Essa constatação, ao menos de acordo com a postura adotada neste trabalho, evidencia a necessidade de autocrítica da própria criminologia crítica, no sentido de buscar novos horizontes teóricos e maior profundidade de suas análises, abandonando ortodoxias, observando aspectos metodológicos da pluralidade de autores que estão inseridos nessa perspectiva criminológica e, sobretudo, respeitando a originalidade e os pressupostos teóricos dos intelectuais que integram – de forma direta ou interdisciplinar – as ciências criminais.

Ademais, tanto as conclusões das variadas pesquisas empreendidas ao longo do pensamento de Foucault quanto as ferramentas lançadas por ele enquanto método podem e devem ser empregadas para o fortalecimento das criminologias críticas. Enquanto matriz de análise que carrega crise no próprio nome, colocar-se em constante movimento dialético é fundamental ao não engessamento do campo. O pensamento foucaultiano, em toda a sua exuberância (seja trabalhando com a arqueologia do saber, a analítica do poder, seja mesmo com a exploração das modalidades de constituição do sujeito), fornece ferramentas aptas a realizar conexões e trocas entre saberes emergentes e conquistas teórico-políticas já operadas pelo fazer criminológico crítico.

6. Referências bibliográficas

ALVES, Paula Pereira Gonçalves. *Trocando em miúdos*: narrativas brasileiras em torno da criminologia. Dissertação (Mestrado em Direito). Franca: Universidade Estadual Paulista (UNESP), 2016.

uma rejeição do marxismo, se não uma complexificação filosófica possível a partir das ideias e formas de pensar trazidas pelo próprio Marx (RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. In: JAPIASSU, Hilton (Org., trad. e apresentação) Rio de Janeiro: F. Alves, 1990. p. 68-69 e 86).

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*: do controle da violência a violência do controle penal. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima*: códigos de violência na era da globalização. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*: dois tempos de uma história. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. A escola crítica e a criminologia de Juarez Cirino dos Santos. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (Org.). *Estudos críticos sobre o sistema penal*: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário. Curitiba: LedZe, 2012.

BERGALLI, Roberto. O Pensamento Crítico e a Criminologia. In: BERGALLI, Roberto; BUSTOS-RAMÍREZ, Juan (Org.). *O pensamento criminológico I:* uma análise crítica. Trad. Roberta Duboc Pedrinha e Sérgio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BORTOLOZZI JÚNIOR, Flávio. *"Resistir para re-existir"*: criminologia (d)e resistência diante do governamento necropolítico das drogas. Tese (Doutorado em Direito). Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2018, 303f.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia da repressão*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *As raízes do crime*: um estudo sobre as estruturas e as instituições de violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal* – Parte geral. 4. ed. rev. e amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho*: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* Trad. e org. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 4. ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

FOUCAULT, Michel. Nietzsche, Freud, Marx. In: FOUCAULT, M. *Ditos e escritos II*. Trad. Elias Monteiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 24. ed. São Paulo: Loyola, 2014.

FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade I*: a vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

FOUCAULT, Michel. *Histoire de la sexualité 4*: les aveux de la chair. Paris: Gallimard, 2018.

FOUCAULT, Michel. *Il faut défendre la société* (Cours au Collège de France, 1975-1976, Édition numérique, Le Foucault Életronique, 2001). Disponível em: [https://monoskop.org/images/9/99/Foucault_Michel_Il_faut_defendre_la_societe.pdf]. Acesso em: 12.10.2018.

LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. 2. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 1992.

LEAL, Jackson da Silva. *Criminologia da libertação*: a construção da criminologia crítica latino-americana como teoria crítica do controle social e a contribuição desde o Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

LUDWIG, Celso. *Para uma filosofia jurídica da libertação*: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MASCARO, Alysson. *Filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. In: JAPIASSU, Hilton (Org., trad. e apresentação) Rio de Janeiro: F. Alves, 1990.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

QUINNEY, Richard. O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). *Criminologia crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p. 221-247.

SÁ, Priscilla Placha. As ciências penais têm sexo? Têm, sim senhor! *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 280, mar. 2016. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5726-As-ciencias-penais--tem-sexo-Tem-sim-senhor]. Acesso em: 12.10.2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2013.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *The new criminology*: for a social theory of deviance. London: Routledge & Kegan Paul, 1973.

VEYNE, Paul. *Foucault*: o pensamento, a pessoa. Trad. Luís Lima. Lisboa: Texto & Grafia, 2009.

YOUNG, Jock. Criminologia da classe trabalhadora. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). *Criminologia crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais critical criminology: current dimensions, meanings and perspectives, de Salo de Carvalho – *RCCrim* 104/279--303 (DTR\2013\9088).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Direito Por Quem o Faz

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

A tipificação do empréstimo vedado de administradora de consórcio à empresa coligada (Parecer)

The typification of the prohibited loan from consortium administrators to associated company (Legal opinion)

Sérgio Salomão Shecaira
Professor Titular da Faculdade de Direito da USP. Ex-presidente do IBCCRIM.
Ex-presidente do CNPCP.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1529279259637832].
ORCID: 0000-0001-5533-6343
ssshecaira@usp.br

Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini
Doutorando e Mestre pela Faculdade de Direito da USP.
Professor de Direito Penal e Processo Penal na Universidade São Judas Tadeu.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6386724569883698].
ORCID: 0000-0002-7270-1899
luigi.barbieri@usp.br

Áreas do Direito: Penal; Comercial/Empresarial

Resumo: O presente parecer trata da escorreita tipificação da conduta de empréstimo vedado entre uma empresa administradora de consórcios e sua coligada, bem como da possibilidade de reconhecimento do instituto do arrependimento posterior nos delitos de natureza formal. Nesse caminho, após se realizar uma breve exposição fática do caso concreto, passa-se a uma análise histórica da Lei 7.492/86 e daquelas normativas anteriores necessárias à compreensão do caso. Em seguida, adentrando no debate acerca da tipicidade, são caracterizados os delitos previstos nos artigos 4º e 17 da Lei 7.492/86, concluindo-se que, no caso em tela, a conduta perpetrada indubitavelmente se amolda ao

Abstract: This legal opinion deals with the typification of the prohibited loan between a consortium management company and its affiliate, as well as the possibility of recognition of the subsequent repentance in formal crimes. In this way, after a brief factual presentation of the case, a historical analysis of Law 7,492/86 and those previous regulations necessary to understand the case is carried out. Then, entering into the debate about the typification, the offenses described in articles 4 and 17 of Law 7,492/86 are characterized, leading to the conclusion that the conduct perpetrated undoubtedly conforms to the penal type of article 17. Lastly, the legal opinion addresses the possibility of recognizing

tipo penal do artigo 17 de referido diploma. E, ao final, é também abordada a possibilidade de reconhecimento do instituto do arrependimento posterior – artigo 16 do Código Penal – nos delitos de natureza formal, como aquele aqui analisado.

Palavras-chave: Empréstimo vedado – Administradora de consórcio – Empresas coligadas – Artigo 17 da Lei 7.492/86 – Arrependimento posterior – Crimes formais.

the institute of subsequent repentance – article 16 of the Criminal Code – in formal crimes, such as the one analyzed here.

Keywords: Prohibited loan – Consortium administrator – Associated company – Art. 17 of Law 7,492/86 – Subsequent repentance – Formal crimes.

Sumário: 1. Parecer. 2. Dos fatos. 3. Digressão histórica – A Lei 7.492/86 e normativas anteriores. 4. Da tipicidade adequada ao caso concreto. 5. Do reconhecimento do arrependimento posterior (art. 16 do Código Penal). 6. Notas conclusivas. Referências.

1. Parecer

F. M. A. D., ilustre advogado militante no foro da Capital do Estado de São Paulo, apresenta-me cópia integral dos autos referentes à Ação Penal nº ., oriunda da .ª Vara Especializada em Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e Lavagem de Dinheiro, no qual figuraram como réus seus clientes R. P. e D. P. A., e cuja decisão condenatória em relação ao primeiro acusado transitou em julgado no Superior Tribunal de Justiça em ... de dezembro de 2019, tendo sido a corré absolvida.

Segundo pude constatar, foi prolatada sentença condenatória em desfavor de R. P. – com a absolvição de sua irmã, a corré D. P. A. – por suposta infração ao artigo 4º da Lei 4.792/86, condenando-o em 03 (três) anos de reclusão. De forma proporcional à pena privativa de liberdade, fixou-se a pena de multa em 10 (dez) dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, que poderá ser cumprida em menor tempo, nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada, nos termos do artigo 46, § 4º, do Código Penal e prestação pecuniária, consistente em doação de 10 (dez) salários mínimos a entidade assistencial a ser definida pelo Juízo da execução.

Aduz-me o douto consulente que utilizará esse parecer para instruir propositura de ação de Revisão Criminal, por mostrar absoluto inconformismo com a decisão condenatória.

Por uma questão de método, inicialmente exporei de forma sucinta os principais fatos que deram causa à Ação Penal aqui tratada, fixando, em seguida,

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

os pontos controversos sob os quais sou consultado em tópicos distintos, enveredando pela análise específica dos autos, dando minha opinião a respeito do caso.

2. Dos fatos

Consta dos autos que, em 16 de janeiro de 2007, o Consórcio F. A. B. S/C Ltda., de propriedade dos dois acusados, foi inspecionado pelo Banco Central do Brasil. Em referida inspeção, constatou-se que, no período compreendido entre maio de 2004 a janeiro de 2005, houve o desvio de recursos dos consorciados em benefício da empresa coligada F. C. V. Ltda., em que os réus também figuravam como sócios. O pagamento de contemplação de bens era realizado em duplicidade. Um cheque era utilizado para a compra do bem e o outro tinha como destino a conta-corrente da empresa coligada. Ao final de cada mês, o importe correspondente ao cheque transferido à agência de veículos retornava à conta do consórcio sem qualquer remuneração financeira. Embora o trânsito de dinheiro tenha um valor mais substancioso, qual seja, R$ 1.622.835,16 (um milhão, seiscentos e vinte e dois mil, oitocentos e trinta e cinco reais e dezesseis centavos), o prejuízo efetivo aos consorciados foi de tão somente R$ 13.914,71 (treze mil, novecentos e quatorze reais e setenta e um centavos), relativos aos juros não reembolsados à empresa consorciada. Observe-se que tal valor, entre a data da fiscalização e a data do oferecimento da denúncia, foi recolhido ao caixa da empresa consorciada, fazendo com que o prejuízo financeiro fosse elidido.

Os acusados foram imputados originalmente pela prática dos delitos previstos nos artigos 4º e 5º da Lei 7.492/86, em concurso entre si. Já em primeira instância a corré D. foi absolvida, por não praticar quaisquer atos de gestão das empresas, recaindo a culpa sobre seu irmão, R. P. Afastado o concurso de crimes, o réu restou condenado por infringência ao artigo 4º da referida lei. Em grau de recurso, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, afastou a argumentação do douto consulente, segundo a qual o tipo em que deveria incidir a conduta de R. era o do artigo 17 da lei regulatória do sistema financeiro. Não obstante recursos posteriores, tal decisão transitou em julgado.

Eis, em síntese, o que verte dos autos.

Consulta-me o douto causídico, F. D., (i) se a condenação foi correta, por suposta infringência ao artigo 4º da Lei 7.492/86, em desfavor do artigo 17 do mesmo diploma normativo, conforme por ele suscitado em grau recursal; (ii) se, tendo em vista o recolhimento do importe ao caixa do Consórcio, elidindo o prejuízo dos consorciados, seria razoável o reconhecimento do arrependimento

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

posterior, previsto no artigo 16 do Estatuto Repressivo. Posta a controvérsia, que nesses autos não é fática, passemos a discorrer sobre a questão jurídica que envolve a questão.

3. Digressão histórica – A Lei 7.492/86 e normativas anteriores

Não é raro deparar-se o Estado com uma situação nova, decorrente da evolução acelerada das tecnologias ou da transformação acentuada de uma realidade fática. Nessas hipóteses, está a se exigir uma providência legislativa que ponha fim a um comportamento reprovado pela coletividade. Sentida a necessidade da lei, no torvelinho das mutações constantes que se processam na sociedade, leis especiais hão de coibir novas formas de agressão ainda não perfilhadas pelos códigos penais ou leis anteriores. Os novos editos não se incorporam ao Código Penal, convindo mesmo que permaneçam como conjuntos de normas autônomas, suscetíveis de alterações mais ágeis, na conformidade de previsíveis modificações dos fatores que deram ensejo às suas aprovações. Assim é que grande número de leis penais existe, para o fim de regulamentar relações específicas[1], situadas fora da previsão geral contida no Estatuto Repressivo. São as chamadas leis especiais ou extravagantes.

Leis como a vigente, assim como a anterior (Lei 4.595/64), amplamente modificada, são exemplos de normatizações especiais, que regulam as possíveis fraudes aos bens jurídicos supraindividuais constantes de normativas administrativas consistentes em assegurar a saúde do sistema financeiro nacional. Se é verdade que os crimes previstos no Código Penal atingem bens jurídicos individuais, enquanto aqueles da Lei 7.492/86 alcançam bens jurídicos comunitários, não se ignora que muitos dos crimes especiais têm sua origem na tipificação genérica do Código Penal. A gestão *fraudulenta* de instituição financeira, por exemplo, usa emprestado o conceito de estelionato e outras fraudes do Estatuto Punitivo. Se assim não fosse, não se poderia ter critérios hermenêuticos integrativos para uma interpretação sistemática entre os delitos gerais e os especiais, bem como todas as regras concernentes aos tipos permissivos.

Não por outra razão, mecanismos de engodo ao sistema financeiro podem ter sua origem no próprio estelionato e outras fraudes. As relações multiformes do mundo econômico moderno e contemporâneo, cujos surgimento e complexidade se devem ao fenômeno da industrialização e posterior globalização, propiciaram a proliferação de novas modalidades de criminalidade. As grandes

1. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Legislação penal especial*. São Paulo: Ed. RT, 1972. p. 18-19.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

descobertas das ciências alteraram o papel do homem no próprio universo. Em decorrência do surgimento de novas tecnologias, os modos de produção tornaram-se progressivamente mais complexos e escalonados. A industrialização da produção permitiu a criação de ambientes e realidades, destruindo os antigos. E, ao longo desses anos de intensa evolução, paralela e consequentemente, surgiram também novos tipos de ilícitos patrimoniais, entre os quais os fundados na sagacidade e na argúcia dos que se prevalecem de um prévio conhecimento para o engano e a consequente lesão de interesses de terceiros.

O estelionato, como figura autônoma, só é adequadamente contemplado no Código Penal Francês, instituído por Napoleão, em 1810[2]. Antes desse período, os crimes patrimoniais eram, sempre, realizados com violência à pessoa ou mediante a subtração fraudulenta. Hans Von Hentig, citando Dante em sua obra máxima, destaca, outrossim, que o estelionato pode ser mais pecaminoso que a violência, revelando com isso um exato conhecimento do homem: "Sin embargo, como la estafa és pecado solamente de los hombres, desagrada mucho a Dios (Divina Comédia, *Infierno, XI, 25/26)*"[3]. Sem prejuízo de tais considerações preliminares, faremos um breve estudo dos antecedentes históricos do crime de estelionato e sua influência para intelecção dos crimes previstos na Lei 7.492/86.

Nas origens, o crime de estelionato aparece associado aos diversos tipos de fraude, seja no que concerne aos bens de consumo, seja no que diz respeito à moeda. Os ordenamentos da antiguidade, marcados pela diretriz teocrática, nivelavam os *modus operandi* no apoderamento material ou ideal do patrimônio alheio. Eram comuns as confusões acerca da natureza defraudatória e falsária. Na mais antiga e abrangente legislação escrita de que se tem notícia, o Código ditado por Hammurabi ao povo Babilônico no século XVIII a.C., houve a preocupação de reprimir-se a fraude entre os povos da Mesopotâmia:

> "Se um mercador emprestou a juros cevada ou prata e (se) quando emprestou a juros, ele deu a prata em um peso pequeno ou a cevada em um sutum pequeno e quando recebeu, quis receber a prata (um peso grande) e a cevada (em um sutum grande), esse mercador perderá tudo que deu."[4]

Da mesma forma o Código de Manu, da Índia, ao punir com esquartejamento o ourives que obrasse com fraude.

2. COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito penal*: parte especial. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 913.
3. *Estudios de psicología criminal*. Madrid: Espasa-Calpe, 1972. p. 20.
4. BOUZON, Emanuel. *O Código de Hammurabi*. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 112.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Na mesma linha de preocupações do Código de Hammurabi, a lei mosaica dedicou especial atenção à exploração da credulidade pública, bem como aos fraudadores das relações comerciais da época. Um dos livros do Pentateuco tem claramente a previsão desses dispositivos, quer no que concerne à fraude, quer no que tange ao engodo:

> "Não levem na bolsa dois pesos diferentes, um mais pesado do que o outro, nem tenham em casa duas medidas diferentes, uma maior que a outra. Usem pesos e medidas certos, para que vocês vivam muito tempo na terra que o Eterno, o nosso Deus, lhes está dando." (Deuteronômio, 25, 13.)

No mesmo livro, encontramos a proibição dos falsificadores da verdade:

> "Não ofereçam os seus filhos em sacrifício, queimando-os no altar. Não deixem que no meio do povo haja adivinhos ou pessoas que tiram sortes; não tolerem feiticeiros, nem quem faz despachos, nem os que invocam os espíritos dos mortos." (Deuteronômio, 18, 10.)[5]

No Direito Romano primitivo não se conhecia a figura do estelionato. O próprio conceito de punição era diferente do moderno. Os delitos que lesavam a coletividade, também no Direito Romano primitivo, eram perseguidos pelo poder público. Assim era nos casos de traição à pátria, deserção, ofensa aos deuses etc. De outro lado, nessa mesma época, o Estado, por falta de organização eficiente dos poderes públicos, deixou a cargo do próprio ofendido a punição dos delitos que lesavam interesses particulares. Distinguem-se, então, delitos públicos (*delicta publica*) dos delitos privados (*delicta privata*). Os mais importantes delitos privados no direito romano clássico eram: furto, roubo, dano injustamente causado e injúria[6]. Nos últimos tempos da República, no entanto, o pretor Aquilio Galo introduziu no sistema geral de ações extraordinárias um tipo de repressão que corresponderia à ação modernamente denominada de dolosa (*dolus malus*). Na realidade,

> "nenhuma lei dispôs que a ação privada por causa de fraude punível, isto é, por causa de ardis (*stellionatus*), fosse transplantada para o direito penal; o transplante se fez naturalmente, em virtude das mesmas relações de correlação existentes entre o delito próprio do direito civil e o do direito penal.

5. *A Bíblia Sagrada* (Trad. na linguagem de hoje). São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1988. p. 208 e 201, respectivamente.

6. MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. São Paulo: Bushatsky, 1974. p. 155-156.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

> [...] Como a ação privada do estelionato era auxiliar e subsidiária no procedimento civil, a ação criminal era auxiliar e subsidiária no procedimento acusatório."[7]

Assim, nas origens romanas do instituto, não se poderia identificar uma distinção ontológica entre a fraude civil ou de natureza penal. A distinção residia muito mais em razão da presença do dolo (*dolus malus)* com finalidades complementares a figuras não especificadas[8]. Dessa forma, todos os crimes que não se amoldassem a qualquer outro crime patrimonial recebiam o nome de *stellionatus*, cujo nome é oriundo de *stellio*, expressão usada para designar um lagarto mosqueado, astuto e de cores variáveis[9].

A ausência de uma sistemática e de uma técnica mais apurada do Direito Romano prolongou-se no caótico Direito Medieval, que continuou a enfrentar tais atos sem uma objetividade jurídica própria. É verdade que o Direito Germânico chegou a usar as expressões *Bedroch e Trüge* para identificar casos isolados, mas a completa identificação da figura sob comento só afloraria anos mais tarde. O reflexo dessa falta de técnica reflete-se na forma como as Ordenações do Reino definiam a atitude:

> "*Dos bulrões e inliçadores, e dos que se levantão com fazenda alheia.*
>
> Bulrão e inliçador he aquelle, que specialmente hypotheca, ou obriga per fiança huma cousa a dous, não a tendo desobrigada do primeiro credor, não sendo a cousa bastante para satisfazer aos credores ambos. E bem assi, o que vende a diversas pessoas pão, vinho, azeite, mel, sal, e outras cousas dante mão, promettendo pagar logo no primeiro anno de suas herdades, Vinhas, Olivaes, Colméas, ou Marinhas, affirmando a cada hum delles, que tudo aquillo haverá nellas o dito anno, não tendo taes propriedades, de que arrazoadamente possa haver o que assi vende."[10]

Somente no século XIX é que a figura do estelionato logra autonomia científica, tendo sua moderna origem a vinculação com a expansão dos negócios,

7. MOMMSEN, Theodor. *Derecho penal romano*. Trad. Pedro Dorado. Bogotá: Temis, 1991. p. 426.
8. COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito penal*: parte especial. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 912.
9. REGIS PRADO, Luiz. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2000. 2 v. p. 494.
10. PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*: evolução histórica. Bauru: Jalovi, 1980. p. 57.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

impulsionados pela forte industrialização que acometeu a Inglaterra, França, Bélgica e outros países europeus. É exatamente com o Código Francês de 1810 que se tem a tipificação da *Escroquerie*, prevista no art. 405.

No âmbito da tutela penal patrimonial, o antecedente histórico mais consistente reconhecível de uma gestão infiel de patrimônio alheio está na "barataria marítima", aquele delito mediante o qual, nas rotas seminais do capitalismo mercantil, o capitão do navio, por meio de expedientes simulatórios, atraiçoava os mercadores *que nele haviam depositado confiança.*[11] No entanto, resultado da industrialização e das mudanças políticas na França revolucionária, duas leis francesas criminalizavam quem desviasse mercadorias ou dinheiros que lhe houvessem sido confiados, sob o *nomen iuris* de abuso de confiança. Também o direito germânico contou com tipos de administração desleal desde os albores no século XIX.[12] No século XX, vários foram os países que adotaram delitos de infidelidade, em um nascente direito penal societário. Merecem destaque o Decreto-lei francês de 08.08.1935, a Lei italiana de 04.06.1931, bem como o mais recente Código penal espanhol de 1995, que previa a administração desleal no art. 295. O Código Comercial brasileiro de 1850 criminalizava condutas de administradores de sociedades por ação, condutas essas que foram incorporadas ao primeiro Código Penal da República, em seu artigo 340. De modo similar o Decreto-lei 2.627 de 26.09.1940, vigente em grande parte, do qual derivaram por especialização muitos artigos da Lei 4.595/64, que constitui o antecedente legislativo da lei vigente.

De tudo o quanto se disse, pode-se depreender que, assim como o Código Penal tem na principal fraude o estelionato, sem prejuízo das demais que se apresentam no artigo 172 e seguintes, também no âmbito da gestão infiel do patrimônio a diversificação dos bens jurídicos protegidos dará ensejo a tipificações especiais cujas condutas descritas na lei são mais específicas do que aquelas mais genéricas e com resposta punitiva menos graves.

4. Da tipicidade adequada ao caso concreto

No dizer de Miguel Reale Jr., a teoria da tipicidade vem a ser a elaboração científica e técnica do princípio da legalidade, exercendo de forma mais segura

11. BATISTA, Nilo. Empréstimos ilícitos na Lei 7.492/86. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 320.

12. Op. cit., p. 320.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

a função de garantia.[13] É o princípio da legalidade a regra essencial, substancial de todo o ordenamento penal. É uma proposição constitutiva de ponto de partida de um sistema. No plano penal, o corolário do Estado Democrático de Direito é exatamente o princípio da legalidade, como uma das garantias e direitos individuais (art. 5º, XXXIX da CF), ou um valor do Direito Penal Constitucional. O princípio da legalidade se afirma em razão da imprescindibilidade da garantia perante a ação do Estado e supõe não somente a satisfação de uma série de necessidades jurídicas, senão também a garantia, derivada do princípio da divisão dos poderes, de que somente o Poder Legislativo, formado por representantes do povo, determinará quais comportamentos possam ser qualificados como delitos e que penas devam ser impostas.[14]

Observe-se, a propósito, que o princípio da legalidade surge como desdobramento lógico de um processo evolutivo oriundo no Iluminismo, com o objetivo precípuo de assegurar a liberdade do cidadão. A legalidade, ponto de partida do Direito Penal Moderno, que se materializa através da técnica da tipicidade, é valor essencial ao Estado Democrático de Direito e pode ser considerado elemento garantidor do princípio básico da cidadania, posto que lhe fornece instrumentos a permitir a asseguração da liberdade. O princípio da legalidade se desdobra em quatro decorrências lógicas: não se admite a edição de leis retroativas; proíbe-se o agravamento da punibilidade ou a simples punição pelo direito consuetudinário; descarta-se a ideia de analogia *in malam partem*; afasta-se a admissibilidade de leis indeterminadas. A eficácia do princípio está condicionada à técnica legislativa para a descrição de condutas proibidas. Assim, deve o legislador procurar formar tipos observando que não sejam vagos, o que destruiria o próprio princípio, sem perder de vista a generalização de condutas existentes. Lembre-se a respeito as sábias palavras de Alberto Silva Franco:

> "a técnica legislativa de formar tipos utilizando-se de cláusulas gerais, é de todo incompatível com o Estado de Direito. O princípio da legalidade implica que o fato constitutivo do delito se mostre descrito de modo diferenciado, isto é, exige-se que a lei enuncie, mediante a indicação de diversos caracteres da conduta delitiva, a matéria de proibição a fim de que os limites entre o lícito e o ilícito não fiquem à mercê da decisão judicial. Do contrário, o legislador nada

13. REALE Jr., Miguel. *Parte geral do Código Penal* (nova interpretação). São Paulo: Ed. RT, 1988. p. 20.

14. GOMEZ DE LA TORRE, Ignácio Berdugo. Derechos humanos y derecho penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, 11/36, 1986-1987.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

> mais faria do que transferir sua incumbência ao juiz, sobrecarregando-o com tarefas que não lhe são afetas, porque próprias do poder legislativo."[15]

O princípio da legalidade proíbe o emprego de analogia em relação às normas incriminadoras que possam agravar a pena em hipóteses não previstas em lei, semelhantes às que estão mencionadas. Analogia, por ser uma forma de se suprir a lacuna da lei, supõe a inexistência de uma norma legal específica. Ora, a exigência da lei prévia e estrita impede a aplicação da analogia *in malam partem*, não obstando, obviamente, sua aplicação em benefício do agente do delito, por simples questão de equidade. Todas as decorrências lógicas da legalidade devem ser entendidas não como mera característica fundamental das leis penais enquanto tais, mas como ponto de partida que governa toda a atividade repressiva do Estado em todas as suas manifestações, não somente nos estreitos limites da lei penal positiva. Daí por que se afirma que o princípio da legalidade não só apresenta características intrínsecas à lei penal (irretroatividade, clareza, proibição de analogia etc.), mas também se correlaciona com o princípio da separação de poderes, essencial ao conceito de Estado Democrático de Direito e fundamental à sua consecução.

A interpretação do tipo punitivo há de respeitar, no direito penal, a restrição imposta pelos "limites" do tipo, afastando desde logo o arbítrio porventura existente na ação do juiz, por meio dos decisórios. Aflora isso, como essencial, o adequado exame dos tipos penais no plano puramente dogmático. O tipo penal identifica as condutas criminosas e, por via de consequência, descrimina os fatos não delituosos. Vale dizer, o modelo serve para identificar o fato típico e o fato atípico. Serve, ademais, para identificar qual crime, entre muitos do mesmo capítulo, aplica-se ao caso concreto. Imagine-se um delito patrimonial executado mediante fraude. Pode ser estelionato, delito inaugural do Capítulo VI do Título II da Parte Especial, mas pode ser também duplicata simulada (art. 172 do CP) ou fraude do comércio (art. 175), por exemplo. O que caracteriza uma ou outra conduta, senão sua descrição específica? A fraude no comércio (assim como a duplicata simulada) não deixa de ser uma fraude, cuja subsunção imaginária ao estelionato não estaria descartada se não houvesse uma subsunção mais específica daquele delito. O que é comum a todos os crimes desses capítulos é a fraude, o engodo, o engano, o artifício, o ardil, aquilo que no direito romano se remetia aos lagartos que se mimetizavam para enganarem seus predadores. A origem do

15. FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal*: breves anotações sobre a Lei n. 7.209/84. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 4.

Uso exclusivo do RBCCrim

nome do principal crime desse capítulo vem de *stellio*, camaleão que modificava sua cor conforme a cor da folha da árvore que habitava. Tal delito abrangeria todas as condutas desse título em que coubesse a *actio doli* e que não se adequassem a qualquer outro crime patrimonial.[16]

Assim, o tipo penal como estrutura não é uma construção arbitrária, livre, mas decorre do real, e é submetido a uma valoração. A estrutura é própria do objeto e a revelação dessa estrutura indica a inteligibilidade do objeto, a sua composição interna. O aplicador do direito apenas decodifica o que é inerente à conduta realizada. A sua função sistemática corresponde à função de definir a conduta que será penalizada, ou seja, vincula-se à ideia de descrição dos elementos necessários para que a determinada conduta seja classificada como possível de ser apenada, pois possui as propriedades de determinada conduta para ser qualificada como digna de análise pelo direito penal.[17]

Pois bem. Nesse passo, já se está em condições de se estabelecer os elementos distintivos dos artigos 4º e 17 da Lei 7.492/86, com o que responderei à primeira indagação. A conduta praticada – empréstimo vedado de instituição financeira (consórcio) a não financeira (agência de veículos) – subsume-se a qual crime previsto na lei?

A descrição típica trazida no artigo 4º da Lei 7.492/86 parece muito clara ao estabelecer como criminosa a conduta de "gerir fraudulentamente instituição financeira". Entretanto, é preciso notar que as expressões utilizadas em referido dispositivo são por demais abertas, não havendo o legislador trazido em outro momento do ordenamento ou na própria lei, de forma mais clara e direta, o conceito do que poderia ser compreendido como *gerir fraudulentamente* uma instituição financeira, de modo que a ausência de especificação das condutas ali descritas causa enorme insegurança jurídica.[18]

Disso decorrem duas consequências: *a)* é preciso tomar especial cuidado ao se pretender amoldar determinada conduta àquela prevista em referido artigo – o que também demandará o conhecimento das demais condutas previstas no mesmo diploma normativo, em atenção ao princípio da legalidade; *b)* e, diante da

16. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3. p. 270.
17. ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade penal*: uma análise funcionalista. São Paulo: Quartier Latin, 2000. p. 75.
18. FRANCO, Alberto Silva et. al. *Lei penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 2. p. 541.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

ausência de indicação clara do legislador acerca do que se poderia conceituar como *gestão fraudulenta,* mostra-se imperativo atentar às definições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, por meio das quais se permite a compreensão com maior profundidade do fins aos quais se destinaria o tipo ora analisado.

Nesse caminho, segundo a doutrina de Alexis Couto de Brito, o verbo núcleo do tipo, *gerir*, deverá ser compreendido pelos sinônimos *administrar* e *gerenciar*, o que ocorrerá de forma consciente e direcionada ao alcance de determinado resultado. Por consequência, uma *administração fraudulenta* será aquela que, "utilizando-se de qualquer meio, induz a erro o sistema financeiro em geral ou os terceiros que têm seus valores mobiliários administrados."[19] No mesmo sentido, Paschoal Mantecca também caracteriza a gestão fraudulenta "pela ilicitude dos atos praticados pelos responsáveis pela gestão empresarial, exteriorizada por manobras ardilosas e pela prática consciente de fraudes."[20]

Portanto, extrai-se de tais lições que, como característica da gestão fraudulenta, exige-se que seu sujeito ativo induza a outro a erro, seja ele o terceiro, seja o mercado financeiro, contendo, assim, o *dolo* de enganar alguém. É nessa mesma senda que também se posiciona José Paulo Baltazar Júnior, doutrinador que se notabilizou como magistrado federal, para quem a gestão fraudulenta consistirá na gerência ou administração de má-fé, tendo, por fim, *o objetivo de prejudicar terceiro,* enganando-o, sendo o terceiro compreendido como os "sócios, empregados, investidores, clientes ou a fiscalização."[21]

Dessa forma, parece-me que de tais características do delito de gestão fraudulenta decorre a exigência de que as ações tomadas pelo sujeito ativo tenham por específico fim prejudicar um terceiro. Dizendo em outros termos: por meio da gestão fraudulenta será empregado meio ardiloso, por meio do qual *se atua para* causar dano a outro; o sentido que deve ser dado, assim, pode ser analogamente comparado às intenções existentes em um delito de estelionato, conforme descrito anteriormente. *Age-se por meios escusos com o fim de obter vantagens de outro*.

E, como dito, por ser necessário recorrer às lições doutrinárias e à jurisprudência para compreensão do delito previsto no artigo 4º da Lei 7.492/86,

19. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação penal especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2. p. 199-200.

20. PASCHOAL, Mantecca. *Crimes contra a economia popular e sua repressão*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 41.

21. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 622.

Uso exclusivo do IBCCRIM

cumpre-me destacar o recente entendimento jurisprudencial firmado pelo Pretório Excelso:

> "a gestão fraudulenta diferencia-se da gestão temerária, porquanto a primeira consubstancia-se na prática de atos de gestão de uma instituição financeira, pelo emprego de fraude, ardil ou qualquer manobra de natureza desleal *que vise a induzir terceiras pessoas em erro e, desse modo, produzir um ou mais resultados predeterminados pelo agente, que age com dolo*, associada à obtenção de vantagem indevida em proveito próprio ou alheio. [...] A gestão fraudulenta no âmbito doutrinário é reconhecida por força do ardil, compreendido via condutas comissivas ou omissivas, desde que, em quaisquer dos casos, vise a induzir terceiras pessoas em erro. Trata-se, por exemplo, da não inclusão deliberada, nos balanços ou registros da instituição, de informações concernentes à situação de higidez financeira, com o objetivo de iludir terceiros investidores e/ou órgãos oficiais de fiscalização do mercado." (AP 892, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 26.02.2019, acórdão eletrônico *DJe*-104 20.05.2019. Grifos meus.)

Diante disso, repise-se: conforme compreendido pela melhor doutrina, alinhada ao entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, somente restará caracterizado o delito de gestão fraudulenta quando a ação perpetrada tiver *por fim* o *induzimento de pessoas em erro*, empregando, para tal, fraude, ardil ou qualquer outra manobra nesse sentido, e, assim, obter para si ou para outrem vantagem indevida.

Nesse caminho, Alexis Couto de Brito, referenciando julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região[22], traz à baila um relevante exemplo para o deslinde do caso ora analisado: só se caracteriza a gestão fraudulenta nas atividades de um consórcio quando for perpetrada a conduta de

> "transferir ilegalmente valores da conta de empresa de consórcio de veículos para conta de outra empresa, com destino diverso, objetivando vantagem indevida para o diretor da segunda empresa, prejudicando os consorciados que, por essa razão, *não puderam receber seus automóveis*."[23]

Repara-se, assim, que na situação anteriormente descrita por Alexis Couto de Brito, caracterizadora da figura prevista no artigo 4º da Lei 7.492/86, por meio

22. Apelação Criminal 95.01.33704-9-MG, 3ª Turma, TRF1.

23. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação penal especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2. p. 200-201.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

da conduta do administrador da empresa de consórcios restaram prejudicados os consorciados, não recebendo seus veículos. Configura-se a fraude, pois o administrador empregou meios destinados a induzir os consorciados em erro, causando-lhes prejuízos.

Todavia, a situação apresentada é completamente diferente do caso tratado neste parecer. Ainda que R. P. tenha transferido recursos para a empresa coligada F. C. V. Ltda., *todos os consorciados receberam devidamente seus prêmios,* já que os valores sempre retornavam para o fundo de consórcio após curto período.

Logo, daquilo que reverbera dos autos, parece-me certo que o apenado não pretendeu ludibriar os consorciados para deles extrair qualquer forma de vantagem indevida; e, ainda que se fale que houve prejuízo, não se pode deixar de notar que este, além de haver sido integralmente reparado – o que será objeto de discussão no tópico subsequente deste parecer – mostra-se ínfimo quando considerado o montante movimentado. Dessa forma, desde logo se afirma ser impossível falar que os atos perpetrados por R. P. se amoldam à conduta prevista no artigo 4º da Lei nº 7.492/86.

Por outro lado, cumpre-me também tecer considerações acerca da figura típica descrita no artigo 17 da mesma Lei, consistente em "tomar ou receber crédito, na qualidade de qualquer das pessoas mencionadas no art. 25, ou deferir operações de crédito vedadas, observado o disposto no art. 34 da Lei no 4.595, de 31 de dezembro de 1964".

Em termos mais claros, prevê o dispositivo citado a impossibilidade de se realizar *empréstimo vedado,* consistente no ato de controladores ou administradores de instituições financeiras tomarem ou receberem empréstimos de outra instituição a elas relacionadas, como nos casos em que seus controladores ou administradores são as mesmas pessoas.

Valendo-me novamente das lições doutrinárias do magistrado José Paulo Baltazar Júnior, verifico que o objetivo de tal norma é o de evitar que haja prejuízo aos investidores por meio do favorecimento de empresas coligadas, sendo trazido como exemplo pelo autor justamente os consórcios. Em tal caso, o objetivo do legislador, ao estabelecer a figura típica do artigo 17 da Lei 7.942/86, era o de garantir a intangibilidade do mútuo, constituído pelas prestações dos consorciados, mas também de garantir o capital do próprio consórcio, mantendo-se, assim, a higidez da instituição financeira.[24] Ademais, deve-se notar que, segundo

24. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 676.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

firme entendimento jurisprudencial e doutrinário, será irrelevante para a caracterização do delito em tela se o capital emprestado pertence diretamente à instituição ou aos seus consorciados.[25] Inclusive, nessa mesma senda, é cristalino o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, indicando reiteradamente que, para a caracterização do empréstimo vedado, independe se o dinheiro utilizado era da própria empresa administradora do consórcio ou do fundo dos consorciados. Confira-se:

> "Para a configuração do delito previsto no art. 17 da Lei 7.492/1986, mostra-se irrelevante que a origem dos valores tomados como empréstimo seja da própria administradora ou dos consorciados.
>
> Assim, ainda que o empréstimo tenha se originado da utilização da taxa de administração do consórcio, isso não elide, por si só, a prática do crime." (REsp 1577747/GO, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 20.06.2017, *DJe* 26.06.2017.)[26]

Além disso, tratando-se de um *empréstimo* vedado, evidentemente será característica do tipo a posterior *devolução* dos valores e, ainda que se utilize de forma camuflada ou fraudulenta para realização de tal empréstimo, igualmente se caracteriza o delito.[27] Dizendo de outra forma: ser ou não fraudulento o meio utilizado para a realização do empréstimo *vedado* será *irrelevante* para a configuração do tipo penal, não podendo tal circunstância ser empregada para, por exemplo, amoldar a situação fática na figura típica de gestão fraudulenta. Como exemplo, José Paulo Baltazar Júnior destaca como *caracterizadora do delito previsto no artigo 17, da Lei 7.492/86*, a hipótese na qual, *mediante fraude, uma empresa administradora de consórcio realiza empréstimo à sua coligada*.[28]

Diante de tais esclarecimentos acerca dos tipos previstos nos artigos 4º e 17 da Lei 7.492/86, cabe rememorar, aqui, os fatos pelos quais R. P. foi condenado: a) no

25. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 678.
26. No mesmo caminho: REsp 331.393/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, *DJ* 02.02.2004; REsp 331.393/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, j. 25.11.2003, *DJ* 02.02.2004. p. 372; REsp 466.168/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 17.12.2009, *DJe* 22.02.2010.
27. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação penal especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2. p. 221.
28. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 679.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

âmbito da administradora de consórcios, *realizava-se a contemplação de bens em duplicidade*. Logo, destaque-se que os consorciados *sempre* eram contemplados, jamais sendo ludibriados por R. P.; b) essa duplicidade consistia na utilização de um cheque para a compra do bem destinado ao consorciado – sempre contemplado –, enquanto o outro era encaminhado à conta-corrente da empresa coligada, F. C. V. Ltda.; c) poucos dias após a remessa de valores à empresa coligada, eram os cheques novamente transferidos *à conta do consórcio,* ainda que sem remuneração financeira, o que, sem dúvidas, constitui-se como *empréstimo* – havia a tomada de valores da administradora do consórcio, recebidos pela agência de veículos coligada, retornando em poucos dias para a primeira; d) ainda que fosse utilizado de um meio escuso para a realização do empréstimo – consistente na duplicidade dos cheques destinados ao pagamento de bens –, tal circunstância não se mostra como impeditiva para a configuração do delito de *empréstimo vedado,* não se podendo exigir, portanto, a formalização completa da transferência de valores; e) ainda que tenha sido realizado o trânsito de um grande montante – qual seja, R$ 1.622.835,16 (um milhão, seiscentos e vinte e dois mil, oitocentos e trinta e cinco reais e dezesseis centavos) –, o prejuízo efetivo aos consorciados foi de tão somente R$ 13.914,71 (treze mil, novecentos e quatorze reais e setenta e um centavos), relativos aos juros não reembolsados à empresa consorciada, mas posteriormente restituídos por R. P.

Mesmo que tenha havido a emissão de cheques em duplicidade, a prova carreada aos autos é robusta ao indicar que tal procedimento fora adotado *única e exclusivamente* para a realização de um empréstimo vedado à empresa coligada da administradora do consórcio, não se pretendendo, de qualquer maneira, ludibriar os consorciados – até mesmo porque eles sempre foram contemplados, e os valores emprestados sempre foram devolvidos. Situação plenamente diversa seria aquela do exemplo trazido por Alexis Couto de Brito, no qual, valendo-se de meios escusos, a administradora transferiu valores para uma empresa coligada sem qualquer retorno destes, então impedindo o pagamento dos bens contemplados aos consorciados. Sem dúvidas, o caso aqui analisado em muito se afasta de tal conduta, sendo imperioso o reconhecimento de que R. P., em realidade, praticou a conduta típica prevista no artigo 17 da Lei 7.492/86.

Por parecer vital para a melhor compreensão do que aqui se trata, cita-se o recente julgado do Supremo Tribunal Federal no qual trata das figuras típicas descritas nos artigos 4º e 17 da Lei 7.492/86, caracterizando os seguintes atos como típicos do *empréstimo vedado:*

> "Quanto ao nomeado 'terceiro fato' (concessão de empréstimo vedado em lei), narra a denúncia que, ao longo do ano de 2003, a empresa Sul Financeira

USO EXCLUSIVO DO LEBCRIM

> concedeu empréstimos vedados em lei à empresa Diplomata Industrial e Comercial Ltda., vedação essa decorrente do fato de que o ora réu Jacob Kaefer era, na época, concomitantemente, sócio controlador de ambas as pessoas jurídicas. 6.c.2) Afirma-se que as operações praticadas pela Sul Financeira em favor da Diplomata foram de duas espécies distintas: a partir de maio de 2003, a Sul Financeira realizou operações de descontos de títulos em favor da Diplomata, tendo descontado 161 títulos no valor total de R$ 3.645.368,98 (três milhões, seiscentos e quarenta e cinco mil, trezentos e sessenta e oito reais e noventa e oito centavos). 6.c.3) Os títulos foram descontados com taxas de juros (2,43% ao mês) inferiores às que a Sul Financeira praticava habitualmente no mercado com outros clientes (entre 3,14% e 5,07% ao mês); além de a Sul Financeira ter repassado recursos à empresa Diplomata, utilizando-se, para tanto, da intermediação da empresa MRK Representações Comerciais Ltda., para dissimular a origem dos recursos.
>
> [...] 9.b) Constam, ainda, nos autos as cártulas descontadas pela Sul Financeira diretamente em favor da Diplomata, os contratos de capital de giro celebrados pela Sul Financeira com a empresa MRK, bem como os comprovantes de liberação de valores, vinculados aos mesmos contratos, por aquela primeira pessoa jurídica em favor da empresa Diplomata e, ainda, os cheques emitidos pela instituição financeira e empregados como pagamento pela MRK. Ademais, o sobredito fato também se encontra provado pela apuração realizada pelo BACEN em sede administrativa, que confirmou a prática da conduta descrita.
>
> [...] foram duas as formas empregadas pelo réu para que a empresa Sul Financeira concedesse crédito à empresa Diplomata, e, quanto à segunda delas – a utilização de pessoa jurídica interposta, a qual, depois de beneficiada por empréstimos a ela concedidos pela Sul Financeira, repassava o respectivo crédito à empresa Diplomata –, não há qualquer dúvida de que a modalidade creditícia empregada foi a do empréstimo, em que pese a interveniência simulada da pessoa jurídica interposta; 10.e.2) mesmo em relação à primeira forma empregada – operações de desconto de títulos –, o BACEN conferiu natureza de verdadeiro empréstimo. Isso porque, tendo sido a empresa Diplomata a sacadora dos títulos descontados junto à Sul Financeira, não há dúvidas de que as operações consistiram precisamente em vedada e criminosa disponibilização de crédito, a juros, em favor daquela primeira pessoa jurídica, inclusive com taxas inferiores às praticadas pelo mercado." (AP 892, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 26.02.2019, acórdão eletrônico *DJe*-104 20.05.2019.)

A difícil tarefa de operar o sistema de tipicidade está em eleger aquela conduta legal que mais se aproxima da conduta humana praticada. A criatividade ensejada pela complexa realidade admitiria, *ad argumentandum*, pensar uma duplicata simulada emitida sem um serviço prestado como estelionato. No entanto, dada a

existência de figura típica cuja descrição se amolda com perfeição àquela conduta praticada, prevista no artigo 172 do CP, não se fala em processar alguém que comete tal fraude como autor de um estelionato (art. 171 do CP). Da mesma forma, distintas fraudes são previstas na Lei 7.492/86. Os diferentes procederes permitem um enquadramento genérico de gestão fraudulenta de instituição financeira. Mas, dada a existência de conduta humana real a se amoldar perfeitamente na descrição do artigo 17 da referida Lei, a opção deixa de ser do juiz, porquanto o legislador já fez essa escolha. Compreensível o erro do Julgado, mas nem por isso deixa de ser errada a decisão guerreada, cabendo unicamente a hipótese de se eleger como conduta delitiva o empréstimo vedado do artigo 17 da Lei 7.492/86.

5. Do reconhecimento do arrependimento posterior (art. 16 do Código Penal)

O V. Acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, de forma sucinta, além de não considerar a desclassificação do delito, cujo tema já se versou no tópico antecedente, considerou incabível o arrependimento posterior. Fê-lo, nos seguintes termos: "Tampouco se há falar em arrependimento posterior (artigo 16 do Código Penal) porquanto se trata de delito formal que não exige que se tenha causado prejuízo".

Antes de diretamente tecer comentário sobre o r. Acórdão, nunca é demais lembrar o que a doutrina fala sobre o art. 16 do CP. O arrependimento posterior trata-se de um instituto inovador, trazido ao ordenamento pela Reforma Penal de 1984, através da Lei 7.209/84, pois na legislação revogada a reparação do dano constituía-se em mera atenuante genérica, como ainda ocorre com o art. 65, III, *b, in fine*.[29] Tem sido considerado, pela atenta leitura da exposição de motivos, uma providência de política criminal implementada menos em favor do agente do crime do que da vítima. Objetiva-se, com ela, instituir um estímulo à reparação do dano nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa.[30] A ideia segundo a qual tal dispositivo passa a integrar modernas legislações europeias, entre as quais o Código Penal Espanhol de 1995 (art. 21, n. 5), ancora-se fundamentalmente em razões de política criminal para atender a um reclamo da prevenção especial, tema da teoria da pena.[31]

29. MIRABETE, Júlio Fabbrini & FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 150.

30. REGIS PRADO, Luiz. *Tratado de direito penal brasileiro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2019. p. 638.

31. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Madrid: Tecnos, 2007. p. 353/4.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

O arrependimento posterior é, pois, uma causa pessoal de redução da pena, que pode variar de um a dois terços. São requisitos para sua concessão: (i) a ocorrência de crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa; (ii) reparação do dano ou restituição da coisa; (iii) necessidade de existência de efeito patrimonial; (iv) voluntariedade na reparação ou restituição; (v) limite temporal para a reparação ou restituição que segue até o recebimento da denúncia.[32] São esses, e só esses, os requisitos para o reconhecimento do arrependimento posterior. Por ser norma geral, alcança todos os crimes do ordenamento, desde que reconhecidos os requisitos apresentados.

No entanto, o v. Acórdão ora guerreado deixou de aplicar norma federal expressa, "porquanto se trata de delito formal que não exige que se tenha causado prejuízo". *Data maxima venia*, estamos diante de uma verdadeira teratologia que não condiz com o costumeiro acerto comum às decisões do TRF, 3ª Região. Senão vejamos.

No arrependimento posterior, bem o destaca Paulo Cesar Busato,

> "o fato está consumado, ou seja, o arrependimento do autor é demasiado tardio para evitar a produção do resultado e, portanto, não afasta a responsabilidade. Não obstante, o intuito de minimizar as consequências do delito gera uma *causa geral obrigatória de diminuição de pena*."[33] (Grifo meu.)

Portanto, é irrelevante se o crime é de mera conduta (sem resultado naturalístico), formal (de evento naturalístico cortado ou de consumação antecipada) ou material (de resultado),[34] já que tais distinções doutrinárias estão no âmbito da *teoria do crime*. e não na esfera da *teoria da pena*. No entanto, ao falarmos de *arrependimento posterior*, sempre o será depois do crime consumado quer pelo *resultado* (crimes materiais), quer pela *antecipação do resultado* (crimes formais).

Com a tradicional percuciência de serem considerados dois dos maiores juristas da América Latina, Nilo Batista e Eugênio Raúl Zaffaroni observam que

> "só uma insondável força gravitacional entre arrependimentos poderia explicar porque este *arrependimento posterior,* que não pertence à teoria do delito e sim à teoria da aplicação da pena, e que melhor seria chamado de reparação

32. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2014. p. 305/8.
33. *Direito penal*: parte geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2018. p. 658.
34. JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 168.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

> de dano, foi instalado logo após a desistência voluntária e o arrependimento eficaz (previstos no art. 15 CP). Não há dúvida de que topologicamente tal disposição deveria inserir-se no Título V da Parte Geral, que se ocupa das sanções penais, e mais especificamente no Capítulo III (arts. 59 ss), que trata da aplicação da pena."[35]

Em outras palavras, no âmbito do arrependimento eficaz, tema da teoria do crime, alguma discussão doutrinária se admitiria em se indagar se um crime é formal (de consumação antecipada) ou material (de resultado), posto que o *arrependimento eficaz* (art. 15 do CP) deveria anteceder a consumação. Mas no *arrependimento posterior*, como o próprio nome já o diz, o *arrependimento* é – sempre – *posterior* (art. 16 do CP) à consumação. E, por isso, seu *nomen iuris* contempla o adjetivo *posterior*. Assim, basta que tenhamos a obediência aos cinco requisitos retrocitados para seu reconhecimento, e no caso em tela os requisitos estão sobejamente preenchidos, sendo irrelevante a natureza do crime, já que estamos na esfera da teoria das penas.

A Jurisprudência já reconheceu tal fato em julgado do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do saudoso Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro: "O ressarcimento do prejuízo não exclui a tipicidade. Aliás, o Código Penal, a propósito, encerra instituto específico – arrependimento posterior –, cujo efeito é mera causa especial de diminuição de pena." (STJ – 6ª T. –Resp. 105.296 – j. 09.03.1999, *DJU* 26.04.1999. p. 129.)

Dessa forma, também aqui não se houve bem o venerando julgado, estando a merecer reparos para se reconhecer a aplicação do artigo 16 do CP ao caso concreto.

6. Notas conclusivas

De tudo o quanto dos autos consta, bem como da doutrina e da jurisprudência, remansosa e pacífica, podemos concluir que R. P. praticou, sim, um delito: aquele previsto no artigo 17 da Lei 7.492/86 – o de fazer empréstimo vedado de uma instituição financeira a uma empresa coligada. Nenhum outro o fez nem foi acusado de fazê-lo.

Mitigou sua conduta ao reconhecer o erro e voluntariamente fazer ingressar no caixa de instituição financeira o valor do prejuízo causado, estando a merecer

35. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2017. v. II. p. 569.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

o reconhecimento do *arrependimento posterior* previsto no art. 16 do Código Penal Brasileiro.

Sua pena, tendo em vista a baixa culpabilidade já reconhecida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, há de ser a mínima prevista no tipo proibitivo do artigo 17 da Lei 7.492/86: dois anos. Pela incidência do arrependimento posterior, deve ser a pena mínima diminuída em dois terços (art. 16 do CP, *in fine*), restando como definitiva em oito meses de reprimenda corporal, com as substituições cabíveis.

É meu parecer.

Referências

A Bíblia Sagrada. (Trad. na linguagem de hoje). São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1988.

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade penal*: uma análise funcionalista. São Paulo: Quartier Latin, 2000.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BATISTA, Nilo. Empréstimos ilícitos na Lei 7.492/86. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3.

BOUZON, Emanuel. *O Código de Hammurabi*. Petrópolis: Vozes, 1999.

BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal*: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2018.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Madrid: Tecnos, 2007.

COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito penal*: parte especial. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal*: breves anotações sobre a Lei n. 7.209/84. São Paulo: Saraiva, 1986.

GOMEZ DE LA TORRE, Ignácio Berdugo. Derechos humanos y derecho penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, 11/36, 1986-1987.

HENTIG, Hans Von. *Estudios de psicología criminal*. Madrid: Espasa-Calpe, 1972.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação penal especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. São Paulo: Bushatsky, 1974.

MIRABETE, Júlio Fabbrini & FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

MOMMSEN, Theodor. *Derecho penal romano*. Trad. Pedro Dorado. Bogotá: Temis, 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2014.

PASCHOAL, Mantecca. *Crimes contra a economia popular e sua repressão*. São Paulo: Saraiva, 1985.

PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*: evolução histórica. Bauru: Jalovi, 1980.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Legislação penal especial*. São Paulo: Ed. RT, 1972.

REALE JR., Miguel. *Parte geral do Código Penal* (nova interpretação). São Paulo: Ed. RT, 1988.

REGIS PRADO, Luiz. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2000. 2 v.

REGIS PRADO, Luiz. *Tratado de direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2017. v. II.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Consórcio financeiro: o consórcio de bens de consumo como atividade financeira típica, de Felipe Fernandes Ribeiro Maia – *RDB* 40/133 (DTR\2008\233);
- Crime contra o sistema financeiro nacional consórcio - empresa administradora empréstimo em dinheiro para empresas do mesmo grupo – caracterização, de Renê Ariel Dotti – *RT* 718/359-371 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 5/1001-1023 (DTR\1995\583);
- Notas sobre contrato de consórcio empresarial, de Ciro Rangel Azevedo e Pedro Freitas Teixeira – *RDPriv* 76/91-114 (DTR\2017\716); e
- O contrato de consórcio e o direito do consumidor, após a vigência da lei 11.795/2008, de Alexandre David Malfatti – *RDC* 70/9-40 (DTR\2009\249).

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Índice Alfabético-remissivo

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

AUTORES

A

ABADE, Denise Neves
– Bens jurídicos e direitos: repensando a competência penal nas infrações contra a livre-concorrência, p. 59

AZEVEDO, Carlos Henrique Almeida José e
– Prescrição penal para pessoas jurídicas em crimes ambientais, p. 241

B

BARROSO, Érica Montenegro Alves
– A legalidade à luz do garantismo penal nos crimes ambientais: análise dos critérios limitadores na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, p. 263

BOTTINO, Thiago
– Efeitos penais dos acordos de supervisão no âmbito dos procedimentos administrativos sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários, p. 207

BRENER, Paula
– Organização criminosa no direito comparado: desafios da harmonização normativa e problemas dos transplantes legais, p. 125

C

COUTO, Maria Claudia Girotto do
– Gozo, autonomia e poder: a retirada não consentida do preservativo durante o sexo e suas implicações para o Direito Penal, p. 97

D

DISSENHA, Rui Carlo
– Do caso Ellwanger à criminalização da homofobia: a atividade legislativa do Supremo Tribunal Federal e a violação da reserva absoluta da lei em matéria penal, p. 383

DUARTE, Áquila Magalhães
– *Habeas corpus* concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2019: pesquisa empírica e dados estatísticos, p. 323

F

FERRARINI, Luigi Giuseppe Barbieri
– A tipificação do empréstimo vedado de administradora de consórcio à empresa coligada (Parecer), p. 453

FERRAZ, Hamilton Gonçalves
– Gozo, autonomia e poder: a retirada não consentida do preservativo durante o sexo e suas implicações para o Direito Penal, p. 97

FERREIRA, Carolina Cutrupi
– A intricada construção normativa dos Decretos de Indulto no Brasil (1984-2019), p. 19

FERREIRA, Carolina Costa
– A intricada construção normativa dos Decretos de Indulto no Brasil (1984-2019), p. 19

J

JUNCAL, Regina Geni Amorim
– Apontamentos para a construção de um modelo único de responsabilidade penal, p. 161

M

MARTINS, Camila Saldanha
– Do caso Ellwanger à criminalização da homofobia: a atividade legislativa do Supremo Tribunal Federal e a violação da reserva absoluta da lei em matéria penal, p. 383

MARTINS, Daniel Fauth Washington
– Usos e distorções do pensamento foucaultiano pela criminologia crítica brasileira, p. 421

P

PAULA, Maria Helena de Carvalho Nogueira de
– Efeitos penais dos acordos de supervisão no âmbito dos procedimentos administrativos sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários, p. 207

PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda
– *Habeas corpus* concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2019: pesquisa empírica e dados estatísticos, p. 323

PINTO, Felipe Martins
– Ônus probatório argumentativo sob a perspectiva da filosofia da linguagem de Gadamer, p. 293

R

ROMFELD, Victor Sugamosto
– Usos e distorções do pensamento foucaultiano pela criminologia crítica brasileira, p. 421

S

SALLES, Caio
– *Habeas corpus* concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2019: pesquisa empírica e dados estatísticos, p. 323

SHECAIRA, Sérgio Salomão
– A tipificação do empréstimo vedado de administradora de consórcio à empresa coligada (Parecer), p. 453

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

SOUZA, Artur César de
– O perigo do fundamento eugênico em aborto de criança com microcefalia - ADI n. 5.581/DF: uma perspectiva ética filosófica, p. 355

T

TOLENTINO, Lorena Souto
– Ônus probatório argumentativo sob a perspectiva da filosofia da linguagem de Gadamer, p. 293

V

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de
– *Habeas corpus* concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2019: pesquisa empírica e dados estatísticos, p. 323

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

TEMAS

A

Aborto – O perigo do fundamento eugênico em aborto de criança com microcefalia – ADI n. 5.581/DF: uma perspectiva ética filosófica, p. 355

Acordo de supervisão – Efeitos penais dos acordos de supervisão no âmbito dos procedimentos administrativos sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários, p. 207

Administradora de consórcio – A tipificação do empréstimo vedado de administradora de consórcio à empresa coligada (Parecer), p. 453

Alteridade – O perigo do fundamento eugênico em aborto de criança com microcefalia – ADI n. 5.581/DF: uma perspectiva ética filosófica, p. 355

Análise de decisões – *Habeas corpus* concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2019: pesquisa empírica e dados estatísticos, p. 323

Arrependimento posterior – A tipificação do empréstimo vedado de administradora de consórcio à empresa coligada (Parecer), p. 453

Artigo 17 da Lei 7.492/86 – A tipificação do empréstimo vedado de administradora de consórcio à empresa coligada (Parecer), p. 453

C

Caso "Ellwanger" – Do caso Ellwanger à criminalização da homofobia: a atividade legislativa do supremo tribunal federal e a violação da reserva absoluta da lei em matéria penal, p. 383

Competência – Bens jurídicos e direitos: repensando a competência penal nas infrações contra a livre-concorrência, p. 59

Consentimento – Gozo, autonomia e poder: a retirada não consentida do preservativo durante o sexo e suas implicações para o Direito Penal, p. 97

Crimes ambientais – Prescrição penal para pessoas jurídicas em crimes ambientais, p. 241

Crimes contra a concorrência – Bens jurídicos e direitos: repensando a competência penal nas infrações contra a livre-concorrência, p. 59

Crimes contra a dignidade sexual – Gozo, autonomia e poder: a retirada não consentida do preservativo durante o sexo e suas implicações para o Direito Penal, p. 97

Crimes contra a liberdade sexual – Gozo, autonomia e poder: a retirada não consentida do preservativo durante o sexo e suas implicações para o Direito Penal, p. 97

Crimes contra a ordem econômica – Bens jurídicos e direitos: repensando a competência penal nas infrações contra a livre-concorrência, p. 59

Crimes formais – A tipificação do empréstimo vedado de administradora de consórcio à empresa coligada (Parecer), p. 453

Criminalização da homofobia – Do caso Ellwanger à criminalização da homofobia: a atividade legislativa do supremo tribunal federal e a violação da reserva absoluta da lei em matéria penal, p. 383

Criminologia crítica – Usos e distorções do pensamento foucaultiano pela criminologia crítica brasileira, p. 421

Critérios limitadores – A legalidade à luz do garantismo penal nos crimes ambientais: análise dos critérios limitadores na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, p. 263

CVM – Efeitos penais dos acordos de supervisão no âmbito dos procedimentos administrativos sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários, p. 207

D

Direito ambiental – Prescrição penal para pessoas jurídicas em crimes ambientais, p. 241

Direito comparado – Organização criminosa no direito comparado: desafios da harmonização normativa e problemas dos transplantes legais, p. 125

Direito penal e gênero – Gozo, autonomia e poder: a retirada não consentida do preservativo durante o sexo e suas implicações para o Direito Penal, p. 97

Direito processual penal – Prescrição penal para pessoas jurídicas em crimes ambientais, p. 241

E

Efeitos penais – Efeitos penais dos acordos de supervisão no âmbito dos procedimentos administrativos sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários, p. 207

Empresas coligadas – A tipificação do empréstimo vedado de administradora de consórcio à empresa coligada (Parecer), p. 453

Empréstimo vedado – A tipificação do empréstimo vedado de administradora de consórcio à empresa coligada (Parecer), p. 453

Estatísticas – *Habeas corpus* concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2019: pesquisa empírica e dados estatísticos, p. 323

Ética – O perigo do fundamento eugênico em aborto de criança com microcefalia – ADI n. 5.581/DF: uma perspectiva ética filosófica, p. 355

Eugenia – O perigo do fundamento eugênico em aborto de criança com microcefalia – ADI n. 5.581/DF: uma perspectiva ética filosófica, p. 355

Execução penal – A intricada construção normativa dos Decretos de Indulto no Brasil (1984-2019), p. 19

F

Filosofia da linguagem – Ônus probatório argumentativo sob a perspectiva da filosofia da linguagem de Gadamer, p. 293

Uso exclusivo do IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO BOCRIM

G

Garantismo penal – A legalidade à luz do garantismo penal nos crimes ambientais: análise dos critérios limitadores na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, p. 263

H

***Habeas corpus* –** *Habeas corpus* concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2019: pesquisa empírica e dados estatísticos, p. 323

Hans-Georg Gadamer – Ônus probatório argumentativo sob a perspectiva da filosofia da linguagem de Gadamer, p. 293

I

Imputabilidade – Apontamentos para a construção de um modelo único de responsabilidade penal, p. 161

Indulto – A intricada construção normativa dos Decretos de Indulto no Brasil (1984-2019), p. 19

J

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – A legalidade à luz do garantismo penal nos crimes ambientais: análise dos critérios limitadores na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, p. 263

L

Legalidade penal – Do caso Ellwanger à criminalização da homofobia: a atividade legislativa do supremo tribunal federal e a violação da reserva absoluta da lei em matéria penal, p. 383

Lei 9.605/98 (Leis dos Crimes Ambientais) – A legalidade à luz do garantismo penal nos crimes ambientais: análise dos critérios limitadores na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, p. 263

M

Manipulação de mercado – Efeitos penais dos acordos de supervisão no âmbito dos procedimentos administrativos sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários, p. 207

Medida de segurança – Apontamentos para a construção de um modelo único de responsabilidade penal, p. 161

N

Natureza jurídica – Apontamentos para a construção de um modelo único de responsabilidade penal, p. 161

O

Ônus argumentativo – Ônus probatório argumentativo sob a perspectiva da filosofia da linguagem de Gadamer, p. 293

Ônus da prova – Ônus probatório argumentativo sob a perspectiva da filosofia da linguagem de Gadamer, p. 293

Organizações criminosas – Organização criminosa no direito comparado: desafios da harmonização normativa e problemas dos transplantes legais, p. 125

P

Pacote Anticrime – Organização criminosa no direito comparado: desafios da harmonização normativa e problemas dos transplantes legais, p. 125

Pensamento foucaultiano – Usos e distorções do pensamento foucaultiano pela criminologia crítica brasileira, p. 421

Periculosidade – Apontamentos para a construção de um modelo único de responsabilidade penal, p. 161

Pesquisa empírica – A intricada construção normativa dos Decretos de Indulto no Brasil (1984-2019), p. 19

Prescrição penal – Prescrição penal para pessoas jurídicas em crimes ambientais, p. 241

Princípio da legalidade – A legalidade à luz do garantismo penal nos crimes ambientais: análise dos critérios limitadores na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, p. 263

Processo penal – Ônus probatório argumentativo sob a perspectiva da filosofia da linguagem de Gadamer, p. 293

R

Racismo – Do caso Ellwanger à criminalização da homofobia: a atividade legislativa do supremo tribunal federal e a violação da reserva absoluta da lei em matéria penal, p. 383

Recepção teórica – Usos e distorções do pensamento foucaultiano pela criminologia crítica brasileira, p. 421

Regulação – Efeitos penais dos acordos de supervisão no âmbito dos procedimentos administrativos sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários, p. 207

Responsabilidade penal – Apontamentos para a construção de um modelo único de responsabilidade penal, p. 161

Responsabilidade penal da pessoa jurídica – Prescrição penal para pessoas jurídicas em crimes ambientais, p. 241

S

***Stealthing* –** Gozo, autonomia e poder: a retirada não consentida do preservativo durante o sexo e suas implicações para o Direito Penal, p. 97

Supremo Tribunal Federal

– Do caso Ellwanger à criminalização da homofobia: a atividade legislativa do supremo tribunal federal e a violação da reserva absoluta da lei em matéria penal, p. 383

– *Habeas corpus* concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2019: pesquisa empírica e dados estatísticos, p. 323

Uso Exclusivo Do RBCCrim

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

T

Teoria fundamentada nos dados – A intricada construção normativa dos Decretos de Indulto no Brasil (1984-2019), p. 19

Transplantes legais – Organização criminosa no direito comparado: desafios da harmonização normativa e problemas dos transplantes legais, p. 125

Tutela penal de bens jurídicos difusos – Bens jurídicos e direitos: repensando a competência penal nas infrações contra a livre-concorrência, p. 59

Tutela penal de direitos sociais e econômicos – Bens jurídicos e direitos: repensando a competência penal nas infrações contra a livre-concorrência, p. 59

U

Uso de informação privilegiada – Efeitos penais dos acordos de supervisão no âmbito dos procedimentos administrativos sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários, p. 207

Z

Zika Vírus – O perigo do fundamento eugênico em aborto de criança com microcefalia – ADI n. 5.581/DF: uma perspectiva ética filosófica, p. 355

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais

Política editorial determinada pela equipe editorial em conformidade com o conselho editorial da RBCCRIM, sujeita à revisão periódica.

1. Dados gerais do periódico

- **Nome**: Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)
- **Responsável**: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)
- **Formato**: impresso (Editora Thomson Reuters)
- **Ano de criação**: 1992 (sem interrupções)
- **Periodicidade**: mensal
- **Recebimento de manuscritos**: fluxo contínuo e editais especiais
- **ISSN**: 1415-5400
- ***Qualis***: A1

2. Linha editorial:

A Revista Brasileira de Ciências Criminais visa à publicação de **trabalhos científicos** relacionados às **ciências criminais**, essencialmente compreendidas entre as áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia, além de seus pontos de transdisciplinaridade com outras esferas do conhecimento, como a psicologia, a medicina, a antropologia, a sociologia etc.

Com o objetivo de abranger tal escopo editorial, o periódico é dividido nas seguintes **seções**:

a) *Direito Penal*: abrangendo Teoria Geral, Parte Especial, Legislação Penal Especial e Direito Penal Econômico;

b) *Processo Penal;*

c) *Crime e Sociedade.*

Ademais, a RBCCRIM, almejando a interlocução entre a estruturação de uma sólida doutrina nas ciências criminais e seu impacto na prática judicial, também publica **comentários críticos a decisões jurisprudenciais**, preferencialmente aquelas emanadas dos tribunais superiores e internacionais. Tais contribuições integram a seção *Direito em Ação* – Comentário Jurisprudencial. Além disso, também são publicados **Pareceres** acerca da aplicação prática de teorias relevantes às ciências criminais.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Por fim, visando à divulgação de importantes trabalhos científicos publicados em âmbito nacional e internacional, especialmente pesquisas acadêmicas, há a seção **Resenhas Críticas**, em que se apresentam breves comentários a tais publicações, ensejando críticas e incentivo ao debate científico. Ocasionalmente, também serão admitidas e publicadas **entrevistas** avaliadas pela coordenação como relevantes à promoção do debate científico concernente ao escopo do periódico.

3. Regras para submissão

O envio dos trabalhos deverá ser feito por correio eletrônico da RBCCrim, para o endereço revista@ibccrim.org.br e mediante o preenchimento do formulário http://bit.ly/30JjvSo. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word (formatos doc.). Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

3.1. Condições para submissão

a) É exigida **titulação mínima de mestrado** (de autores e coautores) para submissão de artigos ao processo de avaliação.

b) O artigo deve ser inédito; portanto, não publicado em nenhum outro periódico científico e/ou canais de comunicação. Vale ressaltar que ineditismo não deve ser confundido com originalidade, podendo o tema tratado pelo artigo já ter sido abordado por outros autores(as) e/ou publicações.

c) Todos os artigos serão submetidos à inspeção com programa antiplágio. Não são considerados inéditos os textos: divulgados na *internet*; já publicados no exterior (ainda que em outra língua); publicados em anais de eventos científicos. Serão considerados inéditos os artigos que consistam em versões reduzidas de dissertações de mestrado ou teses de doutorado, embora publicados integralmente em bancos de teses de programas de pós-graduação e os publicados anteriormente em anais de eventos científicos, mas que apresentem efetivos aprimoramentos em razão de debates e estudos posteriores (destacar tais modificações à equipe editorial no e-mail da submissão). Alterações não justificadas em trabalhos já publicados, só serão toleradas até o limite de 30% de coincidência de caracteres.

d) Assim, em qualquer das hipóteses acima referidas, quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado pelo autor em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão, **sob pena de proibição de novas submissão pelo período de um ano**.

e) Traduções de artigos também poderão ser submetidas à apreciação do periódico, desde que acompanhadas da autorização de seus respectivos autores e, quando

Uso exclusivo do IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

necessário, do periódico que detenha seus direitos de publicação. No entanto, a decisão sobre a sua publicação ou não será prerrogativa da coordenação da Revista.

f) Uma vez submetido um artigo para avaliação, objetivando sua possível publicação, é vedada a submissão simultânea do mesmo trabalho a outro periódico ou publicação, sob pena de impedimento de submissão de novos trabalhos a este periódico pelo período de um ano.

g) Após o recebimento e cadastramento do trabalho, entraremos em contato para acusar a recepção e solicitar eventuais informações faltantes.

4. Elementos formais obrigatórios

a) Os artigos deverão ser precedidos de uma página de apresentação, na qual se fará constar obrigatoriamente: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos com ano de obtenção, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, link para o currículo LATTES e número do ORCID.

b) Os trabalhos devem ter entre 20 a 40 páginas, com tolerância de duas para mais ou duas para menos; e resenhas críticas (até 15 páginas). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois.

c) Como fonte, **usar a Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm**. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

d) Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois de cada tópico; devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 2,5 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

e) Os trabalhos podem ser escritos em português, espanhol, inglês, francês, alemão ou italiano. Em qualquer caso, **deverão ser indicados, no idioma do artigo e em inglês, o título do trabalho, o respectivo resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave.**

f) Os artigos devem possuir os seguintes elementos em português e inglês: título/*title*; resumo/*abstract*; palavras-chave/*keywords*; sumário (apenas em português ou na língua original do artigo).

g) A numeração do sumário deverá obrigatoriamente ser feita em algarismos arábicos. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:

> Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. Considerações finais. Referências.

h) Os artigos deverão conter itens específicos para introdução, considerações finais (conclusões) e referências.

i) A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) não se responsabilizará por realizar qualquer complemento nos trabalhos, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave, que ficam à elaboração exclusiva do autor do artigo.

j) O título do artigo não deverá ser excessivamente extenso, mas necessariamente precisa apresentar de modo claro a temática e a delimitação de seu objeto.

k) A qualificação/afiliação do(s) autor(es) deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida, completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante e seu respectivo estado da federação e a cidade); finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Deverá ser indicado e-mail para contato. Exemplo:

Doutor em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina. ORCID. E-mail.

l) Solicita-se que o autor informe em nota de rodapé qualquer financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais (por ex., se o artigo é fruto de parecer contratado), e que declare não haver conflito de interesses que comprometam a cientificidade do trabalho apresentado. Se o trabalho for resultante de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento), deverá haver tal informação em nota de rodapé, especificando o edital de que resulta o financiamento.

m) As Referências deverão seguir o padrão da norma NBR 6023/2018 (da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT). As referências bibliográficas completas deverão constar apenas da lista de REFERÊNCIAS, ao final do texto. Exemplo: PEREIRA, Frederico V. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 45. Em notas de rodapé não se inclui referência completa, podendo-se utilizar do modelo autor/data/página. Esse mesmo modelo deverá ser utilizado no corpo do texto, quando de citações de trechos de obras, devendo a informação vir entre parênteses. Exemplos: PEREIRA, 2016, p. 45, quando em notas de rodapé; e (PEREIRA, 2016, p. 45), quando no corpo do texto.

n) Palavras em língua estrangeira devem constar com uso de *itálico*. Jamais deve ser usado negrito ou sublinhado.

o) Citações diretas (transcrição textual de parte da obra de autor consultado) no corpo do texto devem seguir a norma NBR 1052 (ABNT/2002), ou seja:

– Citações diretas de até três linhas devem estar contidas entre aspas duplas, no corpo do parágrafo a que se referem. Exemplo: Barbour (1971, p. 35)

Uso exclusivo RBCCrim

descreve: "O estudo da morfologia dos terrenos [...] ativos[...]". OU: "Não se mova, faça de conta que está morta." (CLARAC; BONNIN, 1985, p. 72)

– Citações diretas de mais de três linhas devem ser destacadas do texto, com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor (corpo 10) que a utilizada no texto corrido, espaçamento simples entre as linhas e sem aspas.

A teleconferência permite ao indivíduo participar de um encontro nacional ou regional sem a necessidade de deixar seu local de origem. Tipos comuns de teleconferência incluem o uso da televisão, telefone e computador. Através de audioconferência, utilizando a companhia local de telefone, um sinal de áudio pode ser emitido em um salão de qualquer dimensão. (NICHOLS, 1993, p. 181).

p) As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de internet deve-se indicar o *link*, introduzido pela expressão "Disponível em:" e a data de acesso, precedida da expressão "Acesso em:". As datas devem seguir o padrão de abreviação universal ABNT. Exemplo: 20 ago. 2012; 15 set. 2018; 22 mar. 2019 etc.

q) Sugere-se que esquemas, organogramas, tabelas e gráficos sejam inseridos no texto por meio de imagens, de modo a evitar distorções na posterior diagramação.

5. Cientificidade

Os artigos deverão apresentar caráter científico, definindo e esclarecendo um (ou mais) problema específico, sumarizando os estudos prévios sobre a temática e informando aos leitores o estado em que se encontra uma determinada área de investigação. Além disso, o trabalho deve buscar identificar relações, contradições, lacunas e inconsistências na literatura e indicar sugestões para a resolução dos problemas identificados.

Preferencialmente, serão publicados artigos que apresentem contribuição inédita e efetiva às ciências criminais, a partir de referências sólidas e/ou pesquisa empírica inédita. Assim, o trabalho deverá ser uma fonte confiável para o leitor conhecer o estado atual de cada área acerca da temática abordada, é necessária a referência a todas as informações nele inseridas e, ainda, precisam ser identificados e justificados os métodos de correção estatística que eventualmente sejam utilizados.

5.1. Pressupostos de Integridade Ética em Pesquisa

a) Autoria: Todas as pessoas que contribuíram para a pesquisa devem ser indicadas. Cada autor deve ter participado suficientemente do trabalho para poder assumir publicamente a responsabilidade pelo seu conteúdo. Sua participação deve incluir: a) a concepção ou delineamento ou ainda análise e interpretação dos dados, ou ambos; b) redação do manuscrito ou sua revisão, quando inclua critica intelectual

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Uso Exclusivo do IBCCRIM

importante de seu conteúdo; c) aprovação final da versão a ser publicada. A simples participação na coleta de dados não justifica autoria.[1]

b) Coautoria: Quando se tratar da publicação de resultados obtidos por meio de pesquisa coletiva, é preciso certificar-se da contribuição intelectual direta e efetiva e do consentimento de todos os colaboradores. A cessão de recursos financeiros e de infraestrutura não é indicação de coautoria.

c) Vedação de Plágio: Quando uma ideia ou uma formulação utilizada no trabalho não sejam evidentemente de domínio público na área de pesquisa em questão, presume-se que se trata de contribuição original. Se não for esse o caso, a ideia ou formulação devem ser expressamente creditadas, sob pena de plágio.

d) Vedação de Autoplágio: Quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão. A falta de menção expressa a esse fato caracterizará o autoplágio.

e) Responsabilidade: O autor ou, quando for o caso, cada um dos autores é responsável pela qualidade do trabalho como um todo, a menos que os limites de sua contribuição sejam indicados de modo expresso e preciso.

f) Termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE): Sempre que, em virtude do objeto ou outras circunstâncias de pesquisa, for possível a identificação dos entrevistados, será exigida a apresentação de TCLE dos entrevistados que puderem ser identificados.

g) Conflito de interesses: quando houver possível conflito de interesses, os autores devem informar a equipe editorial no ato da submissão do trabalho. Os editores decidirão sobre a configuração de conflito de interesses avaliando se a cientificidade da obra foi comprometida.

h) Responsabilidade com Dados

- Fontes: Sempre que se faz referência a dados é necessário que seja apontada a sua fonte.
- Termo de Confidencialidade: Sempre que um trabalho fizer uso de dados obtidos através de TC, é preciso que os autores enviem o termo no ato da submissão do trabalho para que se possa apurar sua observância.
- Manipulação: Sempre que se utilizarem métodos de correção estatística, os mesmos devem ser identificados e justificados.

1. MONTENEGRO, Mario R. ALVES, Venâncio A. Ferreira. Critérios de autoria e coautoria em trabalhos científicos. Acta boT. bras. 11 (2): 1997. Acesso em: 25 abr. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/abb/v11n2/v11n2a14.pdf

Uso Exclusivo RBCCrim

5.2. Responsabilidade editorial

a) O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. O interesse em realizar a melhor avaliação deve prevalecer em face de outros interesses, como o cumprimento estrito de prazos estipulados. As divergências de juízos não devem ser tomadas como razões suficientes para a emissão de parecer desfavorável.

b) O revisor deve tratar com confidencialidade e não fazer uso próprio das informações a que tenha tido acesso no exercício de sua função de avaliador.

c) O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial conflito de interesse, quando mantiver colaboração científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar ou afetiva com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação.

d) Todos os casos em que se verificarem violações de natureza ética, serão devidamente apurados pela coordenação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) mediante estudo, debate e encaminhamento das providências cabíveis.

5.3. Política de Privacidade

a) Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

b) Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota o sistema de controle duplo-cego por pares, de modo que há anonimato entre os avaliadores e autores, respeitando o sigilo sobre os dados do redator do parecer no momento do encaminhamento ao autor.

c) Com relação aos pareceres eventualmente emitidos pelos avaliadores da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), embora utilize-se o sistema de controle duplo-cego (em que autor e revisores não têm informações recíprocas no momento da avaliação), após a finalização do processo editorial, a partir do momento da tomada da decisão final pela equipe editorial, não há proibição de publicização do parecer pelo seu autor (parecerista). Por exemplo, autoriza-se (e sugere-se) a publicação do conteúdo das avaliações no sistema PUBLONS. Ou seja, os direitos autorais sobre os pareceres são dos seus respectivos autores (pareceristas). O direito de anonimato em relação à avaliação é disponível ao parecerista, que pode optar por publicar posteriormente o parecer emitido.

d) A partir dessa lógica, deve-se ressaltar que os autores dos artigos submetidos não podem dar publicidade a eventuais pareceres recebidos, salvo em caso de autorização expressa do parecerista.

e) Por fim, ao submeter o artigo para o processo editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), o autor está ciente e autoriza eventual divulgação do parecer emitido por qualquer avaliador do periódico, por exemplo, no sistema PUBLONS.

Uso exclusivo do IBCCRIM

6. Resenhas críticas, pareceres, comentários jurisprudenciais e entrevistas

a) Resenhas de livros: não serão aceitas resenhas meramente descritivas. Serão publicadas somente **resenhas críticas** de livros de interesse jurídico e científico para o escopo editorial do periódico, com a citação de outras referências, e não somente um resumo do trabalho específico. O tamanho do texto deve respeitar os limites e requisitos das informações necessárias para a boa compreensão do texto analisado (Item 2, b).

b) Os comentários jurisprudenciais poderão ser enviados à Revista e serão publicados, respeitando as regras acima, com o limite de páginas reduzido a 20 laudas. Deve haver uma análise crítica do julgado, a partir de referências doutrinárias representativas acerca da temática em estudo.

c) Os pareceres deverão abordar caso relevante e atual de concretização prática acerca de discussão teórica importante às ciências criminais. Deverá ser embasado em referências consistentes e atualizadas. Se houver qualquer tipo de financiamento, isso deve ser exposto em nota de rodapé, de modo a atestar eventuais conflitos de interesse.

d) As entrevistas com pesquisadores de renome poderão ser propostas ou enviadas à revista, com base na avaliação combinada dos seguintes critérios:

- Representa um avanço no conhecimento que merece ser divulgado para a sociedade?
- Contribui para a popularização do conhecimento científico?
- Apresenta inovações significativas?
- Pode ter impacto na sociedade ou na definição de políticas públicas?
- Além do público-alvo (jornalistas), a entrevista poderá ser utilizada também por tomadores de decisão, pesquisadores, estudantes e público em geral?
- Tamanho: deve ser composta por 4 a 10 questões e o texto deve conter o máximo de 15.000 caracteres com espaço.
- Idioma: poderão ser encaminhadas nos idiomas português, inglês ou espanhol.
- Imagem: deverão, obrigatoriamente, ser acompanhadas pela foto do entrevistado que deve ser enviada em arquivo anexo (.jpg ou .gif), com boa resolução (acima de 100 KB) e com autorização prévia do entrevistado. Caso seja de interesse deste, pode ser incluída também uma imagem que complemente o conteúdo da entrevista.
- Dados sobre o entrevistado: breve texto com dados sobre o entrevistado, contendo informação sobre o currículo, incluindo instituição a qual está afiliado, produção científica resumida, formação acadêmica, outros.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

- Lead: as entrevistas deverão estar acompanhadas do lead que consiste em um pequeno texto que fornece ao leitor a informação básica sobre o tema. O lead deve conter informação que responda às seguintes questões: "O quê" e/ou "Quem?", "Quando?", "Onde?", "Como?", e "Por quê?".

e) A avaliação das resenhas, comentários jurisprudenciais, pareceres e entrevistas serão realizadas pela equipe editorial da RBCCRIM, a partir da relevância, cientificidade e pertinência do trabalho, além da titulação do autor, sem envio à análise cega por pares.

7. Processo de avaliação e publicação

a) Controle preliminar formal *(desk review)*: Recebido o manuscrito, inicialmente haverá um controle preliminar realizado pelos editores (chefe, assistentes, executivos ou editores associados) do periódico, o que condicionará seu envio para o controle por pares. Em tal momento, a avaliação se limitará aos aspectos formais essenciais do artigo, conforme as regras expostas anteriormente, analisando-se os seguintes aspectos:

1. O trabalho obedece às normas de publicação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)?
2. O trabalho é compatível com a linha editorial do periódico?
3. O trabalho apresenta linguagem adequada e cientifica, sem erros excessivos? (considerar que haverá revisão gramatical e de ortografia se aprovado)
4. O trabalho é inédito?
5. A temática abordada é atual e/ou relevante?
6. O artigo utiliza referências atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?

b) Em caso de rejeição preliminar, o autor será notificado, mediante o envio do parecer emitido com os motivos da recusa. Em tal situação, o artigo poderá ser submetido novamente à avaliação para volume posterior, se mantido o ineditismo e corrigidas as deficiências indicadas.

c) No curso da avalição por pares, havendo dois pareceres discordantes sobre a publicação ou não do trabalho, este será encaminhado a um terceiro parecerista. Em casos excepcionais, poder-se-á encaminhar o trabalho para um parecerista convidado, desde que a especificidade do tema e o notório conhecimento do parecerista na área assim o justifique. Do mesmo modo, se por inércia dos avaliadores a conclusão da análise restar pendente por prolongado período e por empate de decisões contrárias, a coordenação da Revista poderá desempatar com a elaboração de um parecer de Minerva.

d) Na avaliação do parecerista, os trabalhos poderão ser rejeitados, aprovados ou aprovados com ressalvas (com sugestões para correções necessárias). Nesta última

hipótese, o autor será informado acerca das correções sugeridas, podendo corrigi-las ou manter justificadamente seu formato original. Em qualquer situação, a decisão final acerca da publicação do trabalho é da equipe editorial do periódico, que poderá condicionar a sua publicação à realização de mais de uma rodada de correções, caso as justificativas apresentadas para a não adoção das recomendações não pareçam consistentes e satisfatórias.

e) Em todos os casos, os pareceres anônimos (sem identificação do avaliador) ficam à disposição dos autores.

8. Direitos autorais

a) Os direitos autorais dos artigos publicados são do autor, com direitos do periódico sobre a primeira publicação.

Os autores somente poderão utilizar os mesmos resultados em outras publicações indicando claramente este periódico como o meio da publicação original. Se não houver tal indicação, considerar-se-á situação de autoplágio.

Portanto, a reprodução, total ou parcial, dos artigos aqui publicados fica sujeita à expressa menção da procedência de sua publicação neste periódico, citando-se o volume e o número dessa publicação. Para efeitos legais, deve ser consignada a fonte de publicação original.

9. Revisão, diagramação, impressão e publicação

Finalizado o processo editorial de seleção dos artigos, os trabalhos aprovados e selecionados para o respectivo volume são enviados para a revisão e diagramação, realizadas ao encargo do IBCCRIM e da Editora Revista dos Tribunais (RT).

Assim, são realizadas a revisão gramatical e ortográfica, bem como a formatação (diagramação) dos arquivos, que retornam ao IBCCRIM. Em seguida, em data próxima à publicação, haverá novo contato com o autor para a análise das sugestões de correção pós-revisão e verificação da formatação, com prazo de 3 (três) dias para resposta. Em caso de inércia, as correções sugeridas pela revisão serão integralmente aceitas. Nesse momento, solicita-se que o autor se abstenha de realizar alterações profundas no texto, mas somente realize a revisão sugerida e atualizações indispensáveis.

No que tange à revisão de ortografia, o IBCCRIM adota a correção ortográfica (ortografia, acentuação, hifenização etc.) do mais recente Acordo Ortográfico (2009) em vigor (obrigatório desde 01/01/2016), até mesmo para citações de originais anteriores ao Acordo. Exceção é feita a documentos antigos em contextos nos quais a preservação da grafia original tem importância e significado historiográfico e/ou linguístico etc.

Em seguida, os artigos, com as aprovações e rejeições dos autores às sugestões de revisão, são encaminhados para a diagramação final e publicação.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota postura de integral respeito ao autor, de modo a vedar qualquer alteração sem sua aprovação (salvo a falta de resposta no prazo determinado), ainda que aparentem ser "meras correções ortográficas". Qualquer atitude distinta a tal diretriz é repudiada pela equipe editorial do periódico.

10. Critérios de espera e preferência para publicação

a) A publicação dos trabalhos aprovados pelo controle por pares e selecionados pelos editores do periódico segue a ordem cronológica de submissão e aprovação, com exceção de autores convidados. Contudo, em razão das regras impostas pela comissão Qualis/CAPES, existem critérios para avaliação e publicação preferencial, que podem ser atendidos pelos autores visando à maior agilidade na publicação de seu trabalho.

b) Em razão das regras de exogenia, artigos de autores representantes do Estado de São Paulo são limitados a 25% do total de trabalhos publicados por volume, de modo que há uma fila específica para artigos que se enquadrem em tal circunstância.

c) Diante das regras de qualidade impostas, cada volume publicado conterá entre 50 a 60% dos artigos com autor (ao menos um) que possua titulação de doutor, de modo que há limitação à publicação de trabalhos sem autoria de autor com essa titulação.

d) Artigos em coautoria entre professores permanentes de Programas de Instituições de Ensino Superior de diferentes unidades da federação, com filiação devidamente identificada.

e) Artigos originais de profissionais vinculados a Instituições de Ensino Superior estrangeiras.

f) Artigos em inglês ou em outras línguas, ainda que o autor seja brasileiro.

g) Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento) devidamente identificados no texto (especificar o edital de que resulta o financiamento em nota de rodapé).

h) Além de tais hipóteses, podem ser publicados com preferência trabalhos que abordem temática de iminente atualidade e que possam se tornar obsoletos em razão do decurso da demora para publicação. Tal situação é determinada por decisão da equipe editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) e pode ser sugerida pelos pareceristas em sua avaliação.

i) Vale ressaltar, contudo, que os critérios expostos neste tópico determinam a preferência do artigo no processo de avaliação e publicação, mas não são requisitos indispensáveis. Por exemplo, embora textos com autoria de escritor com titulação de doutor tenham preferência, não há impedimento para publicação de artigos sem tal característica. Todos serão submetidos ao controle por pares, que adotará idênticos parâmetros na seleção, visando à produção científica de qualidade no periódico.

Uso Exclusivo do RBCCrim

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

10.1. Autores convidados

Conforme decisão de sua equipe editorial, a Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá convidar autores para publicar artigos sobre temáticas específicas, em razão de sua relevância, atualidade e marcante contribuição crítica às ciências criminais. Em tal situação, excepcionalmente, não haverá controle por pares *(double blind peer review)* e atenção à fila de aprovados para publicação. Conforme regra da Qualis/CAPES, o percentual de artigos de autores convidados fica limitado a 25% por volume.

10.2. Volumes e dossiês especiais

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá publicar volumes especiais ou dossiês específicos em seus volumes ordinários, em razão da relevância e da pertinência da temática, conforme decisão da equipe editorial e de seu conselho editorial. O volume ou dossiê poderá ficar sob responsabilidade de um editor associado que possua relevante conhecimento sobre o tema. Em tal situação, haverá divulgação de edital contendo as informações necessárias, como regras e prazos para submissão. De todo modo, haverá o controle por pares *(double blind peer review)*.

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais

Diretrizes determinadas pela equipe editorial em conformidade com o conselho editorial da RBCCRIM, sujeitas à revisão periódica.

1. Composição do corpo de avaliadores

O corpo de avaliadores da RBCCRIM é composto por mestres, doutorandos e doutores, com distinto conhecimento acerca das ciências criminais. Os **artigos submetidos são avaliados por pareceristas de igual ou superior titulação ao autor de maior titulação**.

Interessados em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM que cumpram os requisitos abaixo (item 2) deverão se cadastrar por meio do seguinte link: https://docs.google.com/forms/d/1q8yIS1jaoaNiYyEPjEhr_nJVOaMpnB3t7FLxGnH4dwo/viewform?edit_requested=true

Como contraprestação à contribuição realizada pelo parecerista, serão fornecidas, conforme solicitação, **declaração de sua participação no corpo permanente e individuais por parecer emitido** (para fins de preenchimento e comprovação em Lattes nos campos *Revisor de Periódico* e *Produção Técnica – Parecer,* sem divulgação do título do artigo avaliado). **As declarações serão emitidas uma vez ao ano (mês de dezembro)**, englobando todos os pareceres emitidos no período, salvo casos de urgência motivada.

Além disso, o parecerista que respeitar integralmente as regras contidas nestas Diretrizes e no documento de Política Editorial da RBCCRIM, especialmente com a atenção aos prazos para resposta, **receberá um código de acesso da versão digital do volume referente à avaliação realizada** (fornecido diretamente pela Editora RT e mediante requisição).

Por fim, a cada quatro (4) pareceres realizados adequadamente e com respeito ao prazo determinado, o avaliador terão direito a **um exemplar impresso da RBCCRIM**, conforme disponibilidade no estoque do IBCCRIM. O exemplar deverá ser retirado pessoalmente (ou por terceiro com autorização por escrito) na sede do IBCCRIM em São Paulo, pois não haverá pagamento de custas e disponibilidade para postagem nos correios.

Na versão impressa da revista será publicada a lista dos avaliadores que efetivamente emitiram pareceres referentes ao respectivo volume/mês.

Para fins de **determinação do volume (mês) em que houve a colaboração do parecerista**, por se tratar de periódico de fluxo contínuo (salvo em caso de dossiês temáticos), serão adotados os seguintes critérios:

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

a) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for aprovado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for publicado;

b) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for rejeitado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for rejeitado pela decisão final da equipe editorial.

Portanto, por exemplo, embora o parecerista tenha enviado a avaliação em um determinado mês (junho), se houver pareceres divergentes (sendo necessária a redistribuição a novo avaliador) e a rejeição ocorrer em agosto, considerar-se-á que todos os avaliadores contribuíram ao volume da RBCCRIM de agosto.

2. Requisitos para ingresso no corpo de avaliadores

O pesquisador interessado em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM deverá:

a) possuir currículo LATTES atualizado (se brasileiro);

b) possuir número de registro ORCID;

c) possuir a titulação de mestre ou estar cursando doutorado em Direito ou áreas afins;

d) possuir conhecimento específico acerca das ciências criminais, demonstrado a partir de titulação, experiência na pesquisa e docência ou sólida produção bibliográfica, relacionados à área das ciências criminais;

e) atestar disponibilidade para a realização de **dois pareceres por bimestre** com respeito aos prazos e regras da RBCCRIM.

Em razão das regras determinadas pela Qualis/CAPES, haverá preferência a pesquisadores com doutorado finalizado, professores de Programas de Pós-Graduação e não vinculados ao estado de São Paulo (regra de exogenia).

3. Diretrizes para realização da avaliação

Em razão dos prazos exigidos para a publicação da Revista, e a fim de evitar atrasos na resposta aos autores e no próprio encaminhamento dos textos à Editora, o parecer deve ser enviado no **prazo máximo de 15 (quinze) dias**. Caso haja qualquer dificuldade no atendimento do mencionado prazo, deve-se notificar o periódico para que se busque a solução adequada. O envio do parecer deve ser **em formato DOC (WORD), e não em PDF**, pois posteriormente os dados do avaliador precisam ser suprimidos para o envio anônimo ao autor.

Se houver qualquer identificação do autor do artigo ou sua temática apresentar complexidade que deva ser analisada por avaliador específico, tal fato deve ser informado imediatamente, a fim de que se encaminhe o trabalho a outro parecerista. Contudo, deve-se considerar

Uso exclusivo do IBCCRIM

que existem **limites para a quantidade de recusas à avaliação pelo parecerista**, o que pode resultar no afastamento do avaliador do corpo permanente.

Assim, após a leitura do trabalho encaminhado, deve-se **preencher o formulário constante no modelo de parecer**, manifestando a avaliação do artigo. Na confecção da justificativa do parecer, poder-se-á utilizar o espaço necessário. Além disso, também pode ser realizada a avaliação do texto por meio da **ferramenta de revisão do WORD**, com sugestões de alterações e comentários, desde que atente-se à exclusão de qualquer dado que possa identificar o parecerista. Isso não afasta a necessidade de preenchimento e justificação do parecer.

Para a realização da avaliação, impõe-se o conhecimento prévio das regras contidas no documento referente à Política Editorial da RBCCRIM, que pode ser acessado no link: https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao

Considerando tais diretrizes e os critérios elencados no modelo de parecer, deve-se iniciar a avaliação pelos "critérios de exclusão" (parte 1), que determinam aspectos formais indispensáveis ao artigo científico, sob pena de rejeição preliminar, o que, de qualquer modo, precisa ser motivado no campo de justificação (parte 3). Se considerado apto em tal análise, deve-se realizar a avaliação qualitativa conforme os "critérios de avaliação" (parte 2), determinando-se uma nota ao artigo, e, ao final, motivando-se tal decisão. Por fim, deve-se apontar o parecer final e os demais aspectos acessórios.

A ausência de justificativa ou sua inconsistência acarreta a invalidade do parecer! A mera marcação dos critérios e definição de nota é insuficiente, sendo necessária a motivação específica, onde deve-se descrever brevemente o conteúdo fundamental do trabalho analisado e sua adequação aos critérios determinados.

4. Regras sobre disponibilidade e prazos de resposta

Cada integrante do corpo permanente de avaliadores da RBCCRIM deverá estar disponível para emitir **até dois pareceres por bimestre no prazo de 15 dias a partir do recebimento da solicitação**.

Em caso de não realização do parecer em razão da temática específica do artigo enviado necessitar **avaliador ad hoc**, tal situação deverá ser motivada especificamente no formulário de avaliação.

A cada período de atividade de 12 meses, o avaliador poderá solicitar a **suspensão temporária** de encaminhamento de novos artigos para avaliação pelo prazo de até 3 meses, sem afastamento do corpo de avaliadores permanentes.

Em caso de inatividade por 2 meses (não resposta às solicitações) ou duas negativas injustificadas consecutivas, descumprimento das regras e desrespeito reiterado dos prazos, o avaliador será **imediatamente afastado** do corpo permanente de pareceristas da RBCCRIM, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

Uso exclusivo do IBCCRIM

Uso exclusivo do IBCCRIM

5. Pressupostos de integridade ética aos avaliadores

(Versão inspirada nas diretrizes adotadas e sugeridas pela Revista Teoria Jurídica Contemporânea, periódico do PPG em Direito da UFRJ. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/about/editorialPolicies>. Acesso em: 16 mar. 2016).

O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. A avaliação deve ser realizada com o objetivo de aprimorar a produção científica do Direito.

O parecerista não deve utilizar critérios distintos daqueles determinados no modelo de parecer da RBCCRIM. Um trabalho não deve ser rejeitado por discordâncias pessoais do avaliador (salvo se o trabalho sustentar posições avessas e incompatíveis às diretrizes regimentais e políticas do IBCCRIM) ou formalidades distintas das requeridas pelo periódico, mas **devem ser considerados somente critérios científicos para o aprimoramento das ciências criminais**.

O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial **conflito de interesse**, quando manter colaboração cientifica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação. "Há conflito potencial de interesses nas situações em que a coexistência entre o interesse que deve ter o pesquisador de fazer avançar a ciência e interesses de outra natureza, ainda que legítimos, possa ser razoavelmente percebida, por ele próprio ou por outrem, como conflituosa e prejudicial à objetividade e imparcialidade de suas decisões científicas, mesmo independentemente de seu conhecimento e vontade"

6. Princípios para uma boa avaliação[1]

Confidencialidade: é essencial que a confidencialidade do processo de correção do artigo seja respeitada, durante a avaliação e mesmo após a divulgação dos resultados. Por isso, requer-se do(a) avaliador(a) que mantenha o sigilo a respeito dos trabalhos avaliados, evitando-se comentar ou divulgar, verbalmente ou por escrito, qualquer questão relacionada aos artigos avaliados. O anonimato, garantido pelo processo de avaliação cega (*double blind peer review*) deve ser protegido mesmo após a entrega do parecer. O respeito a esse princípio do processo de avaliação é considerado essencial.

Imparcialidade: a produção intelectual na área das ciências sociais aplicadas, como é o direito, é historicamente marcada pela tensão entre a cientificidade e os valores ou preferências, sejam eles políticos, religiosos ou éticos. É um grande desafio, portanto, avaliar um trabalho carregado por tais tensões. Por isso, recomenda-se uma "autovigilância" constante no processo de avaliação, para que preferências como convicções políticas ou outras convicções

1. Recomendações adaptadas do Guia de avaliação de TCC do programa de pós-graduação lato sensu da FGV Direito SP | GVlaw, disponível online.

subjetivas não contaminem a correção do artigo. Isso não implica conceder, no processo de avaliação, que qualquer tipo de trabalho ou argumentação é aceitável, mas apenas a busca por uma aferição imparcial e objetiva da qualidade, rigor e fundamentação dos argumentos apresentados.

Fundamentação: a melhor forma de garantir-se imparcialidade na avaliação do artigo é fundamentando-se, de forma clara e objetiva, as percepções sobre o trabalho e decisões tomadas a partir daí. Para tanto, é fundamental que os(as) avaliadores(as) se familiarizem com a política editorial da RBCCrim e suas diretrizes. É importante que a avaliação ocorra de forma fundamentada nestes parâmetros. A avaliação deve, necessariamente, ser exercida a partir das mesmas normas e diretrizes divulgadas ao tempo da submissão do artigo ao processo avaliação.

Respeito aos prazos: o processo de avaliação deve obedecer a prazos para que sejam reunidas as condições mais céleres possíveis de resposta aos(às) autores(as). Atrasos podem gerar graves consequências para os(as) autores(as) e para a RBCCrim como um todo, tais como prejuízos ao cronograma de produtividade acadêmica exigida pelos programas de pós-graduação ou morosidade para a confecção antecipada dos próximos números da revista. Não há impedimento à comunicação de indisponibilidade ou afastamento temporário, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

Feedback Construtivo

A avaliação de um trabalho acadêmico implica em um importante exercício de empatia, colaboração e autoconhecimento. O feedback pode alcançar diferentes resultados, a depender da forma que foi emitido: pode ser encorajador e oferecer uma boa contribuição para o artigo, ou ser destrutivo e desestimular o destinatário, sem oferecer qualquer contribuição científica/acadêmica útil para o trabalho. Portanto sugerimos que, ao dar feedback sobre o trabalho sob sua avaliação, leve em consideração as seguintes sugestões:

(I) **Comece ressaltando os pontos positivos**: iniciar uma avaliação ressaltando os pontos fortes do artigo pode auxiliar o destinatário a receber melhor as críticas colocadas, com a segurança de que outros aspectos foram levados em conta. O feedback deve sempre ser equilibrado e levar em conta a integralidade do artigo. Muitas vezes, o ato de apenas enumerar o que está errado desestimula o receptor que se sente desprestigiado e não favorece uma avaliação justa, tendo em vista que é focada apenas nos erros.

(II) **Seja específico e ofereça alternativas**: é muito importante evitar comentários genéricos, que dificultam a compreensão do que pode ser desenvolvido pelo(a) autor(a). Comentários como "muito bom", "muito ruim", "terrível" etc, costumam não apontar nenhuma direção e não fornecem uma colaboração efetiva. Sugestões objetivas facilitam a compreensão e dão ao(à) autor(a) a oportunidade de corrigir seus erros e aprimorar suas habilidades para as próximas pesquisas. A especificidade também auxilia o receptor da informação a entender os critérios para a sua avaliação e a aceitar isso como uma colaboração, não como uma punição.

Uso Exclusivo RBCCrim

Uso exclusivo do IBCCRIM

(III) **Seja mais descritivo e gentil**: assumir uma postura avaliativa muito assertiva pode prejudicar a forma com que essa informação será recebida pelo(a) autor(a). Não podemos esquecer que, para além da avaliação final, esse momento integra uma relação de troca e crescimento com um(a) autor(a) que não espera de uma instituição acadêmica uma contribuição pouco construtiva e hostil. O anonimato garantido pela "avaliação cega" não pode nos fazer esquecer de que, "do outro lado" do Formulário de Avaliação haverá um autor(a) que receberá os comentários.

(IV) **Evite adjetivos**: Normalmente, uma avaliação bem fundamentada e construtiva se caracteriza por trazer poucos adjetivos. Simplesmente dizer que um determinado argumento é "ruim" ou "frágil" é diferente de demonstrar, concretamente, a contradição lógica implicada por esse mesmo argumento. A adjetivação, com frequência, fala menos do artigo e mais das preferências do(a) avaliador(a), pouco contribuindo, portanto, para a compreensão, pelo(a) autor(a), sobre as forças e deficiências de seu artigo.

(V) **Ofereça uma contribuição**: cada pessoa possui uma forma de desenvolver seu raciocínio e uma maneira de escrever. Avaliar não significa impor sua forma de desenvolver a pesquisa, mas sim colocar ao(à) pesquisador(a) uma opção de como o estudo poderia ser melhor desenvolvido. Ainda que esse feedback implique apontar um erro, colocar isso como uma sugestão facilita a absorção da informação, pois muitas vezes a crítica direta desperta a resistência do receptor.

Revista Brasileira de Ciências Criminais

IBCCRIM

Uso exclusivo do IBCCRIM

Condições para Submissão (*Check List*)

(ou "como evitar uma rejeição preliminar")

- ✓ requisitos básicos que não excluem a necessidade de integral atenção às demais regras da Política Editorial da RBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao)
- ✓ **O artigo é inédito e livre de plágio? Ele não está sendo avaliado para publicação por outra revista?** Quando um trabalho idêntico ou semelhante tiver sido publicado em meio distinto (ainda que em outro idioma), esse fato deve ser informado ao editor no momento da submissão.
- ✓ O formulário de submissão foi preenchido em sua integralidade? http://bit.ly/30JjvSo
- ✓ O trabalho aborda temática relacionada às ciências criminais e é compatível com a linha editorial da RBCCRIM?
- ✓ O texto é precedido de **título, resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave, todos <u>no idioma do artigo e em inglês</u>, além de sumário (no idioma do artigo)?**
- ✓ O artigo é divido em tópicos e apresenta **itens específicos para introdução, considerações finais (ou conclusões) e referências**?
- ✓ O trabalho tem entre 20 e 40 páginas sem espaçamentos entre os parágrafos, 1.5 de entrelinha, fonte Times New Roman (tamanho 12 no corpo) e margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm?
- ✓ A qualificação do(a)(s) autor(a)(es), número de ORCID e seu e-mail estão indicados?
- ✓ **<u>Os autores e coautores possuem titulação mínima de mestrado?</u>**
- ✓ Se houver financiamento, os dados do edital estão indicados em nota de rodapé?
- ✓ Se houver apresentação de resultados de pesquisa empírica inédita envolvendo seres humanos, há a indicação em nota de rodapé da aprovação por comitê de ética?
- ✓ O artigo utiliza **referências** atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?
- ✓ O trabalho respeita integralmente as demais regras da Política Editorial da RBCCRIM?

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Edital 1 – Chamada de Artigos Dossiês – 2020

IBCCRIM

Dossiê "Direito Penal Comparado: Parte Geral" – RBCCRIM nº 177 (abr/2021)

Com o objetivo de adequar-se às melhores práticas de periódicos internacionais e incentivar a democratização do conhecimento aplicado aos artigos direcionados à **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, periódico científico **QUALIS A1**, a Equipe Editorial da RBCCRIM torna público que receberá, no período determinado abaixo, artigos científicos a serem publicados no volume **177 (abr/2021)**, sobre o tema "**Direito Penal Comparado: Parte Geral**".

Editores(as)-Associados(as):

Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M. (Harvard),

(Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Bonn – Alemanha)

Link para currículo: https://www.jura.uni-bonn.de/lehrstuhl-prof-dr-stuckenberg/lehrstuhlinhaber/

Prof. Me. Guilherme Francisco Ceolin

(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS)

Link para currículo: http://lattes.cnpq.br/4899801073812309

- **Ementa.** Este número é dedicado ao direito penal comparado e, em particular, às questões relativas à parte geral. Todas as espécies de perspectivas comparativas são bem-vindas: comparações jurídicas podem ser realizadas com finalidades práticas, como, por exemplo, obter ou testar ideias de modo a resolver um problema legislativo, de forma que o direito estrangeiro sirva como uma espécie de laboratório normativo. O trabalho comparativo também pode servir a propósitos puramente teóricos, como, por exemplo, servir a uma melhor compreensão de uma determinada área do direito ou da própria legislação nacional, ao contrastá-la com as diferentes soluções previstas para os problemas comuns. Para ser produtiva, qualquer comparação pressupõe um certo grau de similaridade entre os ordenamentos jurídicos selecionados. As doutrinas da parte geral do direito penal são boas candidatas ao labor comparativo porque são baseadas sobretudo em variações da gramática

Uso exclusivo do IBCCRIM

universal da filosofia prática. Os artigos podem abranger qualquer aspecto relacionado, por exemplo, à causalidade, ao dolo e ao erro, à negligência, à culpabilidade, às causas de justificação ou de exculpação, à participação, à omissão, à tentativa, ao concurso de crimes etc. Os temas da parte geral também podem ser ilustrados por dispositivos da parte especial e não há um limite para quais (e quantos) ordenamentos jurídicos serão examinados. Artigos sobre problemas metodológicos do direito comparado são igualmente bem-vindos se, de alguma forma, estiverem relacionados ao objeto de análise das doutrinas da parte geral do direito penal.

- **Prazo de submissão**: até 30 de setembro 2020.
- **Período de avaliação**: até 30 de janeiro 2021.

Normas:

Os arquivos deverão ser enviados para revista@ibccrim.org.br, contendo, no título do *e-mail*, informação sobre o Dossiê ao qual é submetido. Além disso, os/as autores/as deverão cadastrar os dados pessoais no formulário: http://bit.ly/30JjvSo

O tema do Dossiê deverá ser especificado no corpo do *e-mail* e na folha de apresentação do artigo.

Os textos devem respeitar todas as regras determinadas na Política Editorial da RBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao), sob pena de ser rejeitado preliminarmente. A avaliação será feita por meio do sistema de *controle duplo-cego por pares*, de acordo com as diretrizes da Qualis/CAPES.

A equipe editorial da RBCCRIM poderá encaminhar artigos submetidos à chamada geral de fluxo contínuo, que abordem temática relacionada a algum dos dossiês, para a sua avaliação conjunta; os textos já aprovados e em fila para publicação que tratem do tema de algum dos dossiês poderão ser nele publicados.

Clique para acessar o edital nº 1 de chamada de artigos para dossiês da RBCCRIM em 2020: https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

A garantia da motivação e o artigo 935 do Código Civil: a inconstitucionalidade da vinculação do juízo cível às sentenças do Tribunal do Júri

Reasoned decisions and the article 935 of the Brazilian Civil Code: unconstitutionality of the binding effects from the jury's decisions to the civil justice

Daniel de Oliveira Pontes
Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.
danielop@globo.com

Data de recebimento: 01.11.2017
Data de aprovação: 12.11.2017 e 16.11.2017

Áreas do Direito: Processual; Civil; Penal

Resumo: No presente artigo, destaca-se a problemática dos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e em sigilo. Diante dessas peculiaridades, pretende-se analisar se as sentenças prolatadas nesse rito especial do processo penal podem repercutir no cível, em especial pela garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

Palavras-chave: Motivação – Garantias – Júri – Vinculação – Inconstitucionalidade.

Abstract: The present work seeks to analyze this problem regarding Jury's decisions, because they are confidential and unjustified. Such characters could prevent the application of the article 935 to obey the right of the parts to reasoned decisions.

Keywords: Decisions – Rights – Jury – Binding – Unconstitutionality.

Sumário: 1. Introdução e delimitação do tema. 2. O conteúdo da garantia da motivação em um Direito Processual constitucionalizado. 2.1. O neoconstitucionalismo e seu impacto no Direito Processual. 2.2. O princípio da motivação como garantia estrutural da prestação jurisdicional. 3. O artigo 935 do Código Civil e a influência do juízo penal no cível. 4. Os julgamentos no Tribunal do Júri: a peculiaridade do sigilo do voto e da soberania dos veredictos. 5. A inconstitucionalidade da incidência do artigo 935 do CC nos casos de Tribunal do Júri frente à garantia da motivação. 6. Conclusões. 7. Referências.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM
modelo

1. Introdução e delimitação do tema

Ao longo do tempo, o exercício do poder jurisdicional já comportou relações diversas com a exigência da fundamentação de seus atos: a íntima convicção, a prova tarifada e o livre convencimento motivado. No Código de Processo Civil (CPC) atual, afloram críticas de que não haveria liberdade na formação do convencimento, de modo que nos encaminharíamos para um novo momento histórico, tendo em vista que o direito processual deve servir como mecanismo de controle às decisões judiciais.[1]

Seja como for, é induvidoso que, no atual estado de coisas, a motivação se tornou uma garantia estruturante do processo, que legitima o próprio exercício da jurisdição pelo agente público.

7. Referências

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, abr.-jun. 2005.

CALAMANDREI, Piero. *Procedure and Democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

GALDINO, Flavio. A evolução das ideias de acesso à justiça. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 2.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

TIMOTEO, Gabrielle. Normativos internacionais e escravidão. *Revista Hendu,* n. 4, p. 70-83, 2013. Disponível em: [www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1716/2137]. Acesso em: 27.10.2017.

1. STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

USO EXCLUSIVO DO EBOOK CRIM
modelo

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Diagramação eletrônica:
Linotec Fotocomposição e Fotolito Ltda., CNPJ 60.442.175/0001-80
Impressão e encadernação:
DEK Comércio e Serviços Ltda., CNPJ 01.036.332/0001-99

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM